

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DI DIRITTO ECCLESIASTICO

(GIÀ DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ECCLESIASTICO)

1. E. G. VITALI, *Profili dell'impedimentum criminis*, Milano, Giuffrè, 1979, 8°, p. VIII-356.
2. A. ALBISETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico*, 1980, p. XIV-306.
3. A. ALBISETTI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1983, 8°, p. 132.
4. M. JASONNI, *Contributo allo studio della « ignorantia juris » nel diritto penale canonico*, Milano, Giuffrè, 1983, 8°, p. IV-192.
5. E. VITALI - G. CASUSCELLI (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, Atti del Convegno (Milano-Bergamo 10-12 ottobre 1985), Milano, Giuffrè, 1988, 8°, p. X-436.
6. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità Europea*, Atti dell'Incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990), Milano, Giuffrè, 1992, 8°, p. VI-306.

L. 40.000 I.V.A. inclusa

3593-01.

ISBN 88-14-03214-9

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN THE EC COUNTRIES
L'OBIEZIONE DI COSCIENZA NEI PAESI DELLA COMUNITÀ EUROPEA

W

17906

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DI DIRITTO ECCLESIASTICO

(GIÀ DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ECCLESIASTICO)

6

EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH

CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA
SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN THE EC COUNTRIES

L'OBIEZIONE DI COSCIENZA NEI PAESI DELLA COMUNITÀ EUROPEA

PROCEEDINGS OF THE MEETING
Brussels-Leuven, December 7-8, 1990

ATTI DELL'INCONTRO
Bruxelles-Lovanio, 7-8 dicembre 1990



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1992



5900286952

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DI DIRITTO ECCLESIASTICO
(GIÀ DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ECCLESIASTICO)

6

EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH

CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA
SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN THE EC COUNTRIES

L'OBIEZIONE DI COSCIENZA NEI PAESI DELLA COMUNITÀ EUROPEA

PROCEEDINGS OF THE MEETING
Brussels-Leuven, December 7-8, 1990

ATTI DELL'INCONTRO
Bruxelles-Lovanio, 7-8 dicembre 1990



*Il Convegno è stato organizzato, ed il volume è stato stampato,
con il contributo del Consiglio Nazionale delle Ricerche
e del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Milano*

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1992

ISBN 88-14-03214-9

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright 1992 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INDEX

RUSEN ERGEC, <i>Les dimensions européennes de l'objection de conscience</i>	1
WOLFGANG LOSCHOLDER, <i>The non-fulfillment of legally imposed obligations because of conflicting decisions of conscience - the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG)</i>	27
JEAN DUFFAR, <i>L'objection de conscience en droit français</i>	45
LUIS PRIETO SANCHIS, <i>L'objection de conscience en Espagne</i>	91
SERGIO LARICIA, <i>Conscientious objection in italian law</i>	113
ERIK SIESBY, <i>Conscientious objection in danish law</i>	159
FRANCIS LYALL, <i>Conscience and the law: uk national report</i>	165
GERARD HOGAN, <i>The refusal to fulfill certain obligations imposed by the civil law appealing to the problems of conscience in the countries of the European Community Ireland</i>	181
STELIOS PERRAKIS, <i>L'objection de conscience dans l'ordre juridique hellénique</i> ...	195
RIK TORFS, <i>L'objection de conscience en belgique</i>	211
RIK TORFS, <i>L'objection de conscience dans l'ordre juridique luxembourgeoise</i>	251
BEN. P. VERMEULEN, <i>Conscientious objection in dutch law</i>	259
J.D. MCCLEAN, <i>Protection of Freedom of conscience in fields other than that of military service</i>	291
GERHARD ROBBERS, <i>Rapport de synthèse</i>	303

RUSEN ERGEC

Faculté de droit Université libre de Bruxelles

LES DIMENSIONS EUROPÉENNES DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

1. L'objection de conscience est, assurément, une des prérogatives les plus essentielles de l'individu. C'est par l'objection de conscience que l'individu affirme sa liberté de conscience, cette sphère de dignité et d'intégrité morale, dont on ne s'étonnera pas qu'elle occupe une place de choix dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme. Il convient donc, dans un premier temps, d'évoquer la reconnaissance internationale et européenne de la liberté de conscience. On étudiera ainsi, les contours que la liberté de conscience revêt dans différents textes, sa portée et sa signification, en situant l'expérience européenne dans un contexte international. Cet exposé des principes, nous permettra de mieux cerner les applications que la notion d'objection de conscience a reçues dans la Jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme.

I. LA GARANTIE INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

2. On ne saurait trop souligner l'importance du droit international comme source de protection de la liberté de conscience. L'internationalisation de la protection contribue à établir un équilibre global, en sauvegardant les conceptions minoritaires dans un pays donné contre les empiètements des doctrines majoritaires. Par ailleurs, le foisonnement de nouveaux mouvements philosophiques et religieux qui caractérise nos sociétés contemporaines requiert une

coopération accrue pour l'élaboration de normes communes de protection (1). La communauté internationale n'a pas hésité à s'engager dans cette voie dès la fin de la seconde guerre mondiale. Deux axes de protection se dégagent ainsi: celui de l'ONU et des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, et celui au plan européen qui trouve son siège privilégié dans la Convention européenne des droits de l'homme.

A. *L'objection de conscience dans les instruments universels et régionaux sur les droits de l'homme*

3. L'objection de conscience peut être définie comme "le droit pour un individu ou pour un groupe de se soustraire délibérément à ses obligations légales au nom d'une exigence supérieure qu'il perçoit dans sa conscience" (2). Traditionnellement, l'objection de conscience a été associée avec le service militaire. Mais, ainsi que les exemples jurisprudentiels le montreront, les normes juridiques susceptibles de heurter la conscience de l'individu ne se limitent pas au domaine militaire, loin s'en faut. Quant aux préceptes de la conscience de nature à susciter un conflit avec les prescriptions Juridiques, ils procèdent souvent de convictions religieuses, à telle enseigne qu'on a pu dire de la liberté de conscience qu'elle était "le noyau absolu et sacré de la liberté religieuse" (3). Mais ici aussi, il convient de se garder d'une vision étriquée de l'objection de conscience. La religion n'a pas le monopole de la conscience, celle-ci pouvant recouvrir toute sorte de conviction pourvu qu'elle soit authentique et sincère (4).

4. Entendue dans ce sens, la liberté de conscience se trouve consacrée en germe dans la Charte des Nations Unies. Comme on le

(1) Voy. FERRARI, S. et SCOVAZZI, T., (éd.), *La tutela della libertà di religione*, Padova, Cedam, 1988, p. 15, 19 et 23.

(2) SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p. 158.

(3) COSTE, R., *L'église catholique et la promotion internationale de la liberté religieuse*, in FERRARI et SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 109.

(4) EIDE, A. et MUBANCA-CHIPOYA, *L'objection de conscience au service militaire*, Doc. O.N.U., E/CN.4/Sub.2/1983/30/Rev.1, p. 3.

sait, celle-ci énonce, parmi les buts des Nations Unies, "le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion" et fait obligation aux Etats "à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'organisation" (5). On conviendra que c'est là une obligation peu précise dont la valeur contraignante a pu prêter à controverse. Il serait cependant excessif de lui dénier toute valeur normative, sans la vider de sa substance. De fait, sous l'expression "droits de l'homme et libertés fondamentales", la Charte fait sienne une série de droits à ce point essentiels qu'il pouvaient, à l'époque, être considérés comme déjà reconnus par le droit international général. Au nombre de ces droits, on s'accorde à compter la liberté de conscience et de religion (6).

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, destinée à concrétiser l'engagement souscrit dans la Charte de l'O.N.U., contient un catalogue précis de droits fondamentaux, parmi lesquels, on distingue la liberté de pensée, de conscience et de religion, ainsi que la liberté d'opinion et d'expression (7). Mieux, traumatisés par l'expérience des régimes totalitaires qui ont précipité le monde dans la guerre, les auteurs de la Déclaration considèrent, dans le préambule, "qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression". N'est-ce pas là une reconnaissance explicite du droit de résistance à l'oppression, qui procure à l'objection de conscience un puissant rempart?

La nature juridique exacte de la Déclaration a fait l'objet des controverses que l'on sait. Présentée à l'origine comme une Déclaration manifeste, comme un idéal commun à atteindre, elle paraît acquérir progressivement valeur coutumière. Cette controverse est cependant devenue passablement théorique depuis que les deux Pactes de l'O.N.U. ont repris, sous une forme contraignante, les droits reconnus dans la Déclaration.

(5) Art. 55 et 56. Voy. aussi art. 1er, par. 3.

(6) VAN BOVEN, Th.C., *De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid*, Van Gorcum, 1967, p. 82-85.

(7) Art. 18 et 19.

C'est ainsi que l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 garantit, en des termes circonstanciés, la liberté de pensée, de conscience et de religion. Bien qu'il soit hasardeux, sur le plan strictement juridique, d'établir une hiérarchie entre les droits de l'homme (8), on peut voir dans cette liberté, avec la liberté d'expression, la "pièce maîtresse" du Pacte (9). Cela ressort, entre autres, de ce qu'aux termes de l'article 4, par. 2 du Pacte, la liberté de conscience figure au nombre de droits qui ne sont pas susceptibles de dérogation en cas de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation. On peut cependant se demander si l'article 18 du Pacte fournit un support adéquat à l'objection de conscience. Lors des travaux préparatoires en effet on rejeta un amendement prévoyant que nul ne serait contraint d'accomplir un acte en contradiction avec sa foi ou pratique religieuse (10). Il n'y a pas lieu selon nous de tirer de cet incident des conclusions formelles. Eu égard au lien intime qui l'unit à la liberté de conscience, l'objection de conscience trouve bien un fondement dans le Pacte. Seulement, il est contenu dans des limites d'intérêt public, un peu à l'image de la protection conditionnelle offerte par la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que nous allons le voir.

Les dispositions du Pacte sur la liberté de conscience ont été concrétisées par une Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 25 novembre 1981 (résolution 36/55). La circonstance que la Déclaration soit une simple résolution de l'Assemblée générale ne la prive pas de tout caractère normatif. Enonçant en des termes précis les droits fondamentaux qui découlent de la liberté de religion et de conviction, la Déclaration a une portée interprétative par rapport aux dispositions du Pacte, international relatif aux droits civils et politiques. Il en résulte qu'au moins à l'égard des Etats parties au

(8) Cf. MERON, Th., "On a hierarchy of international human rights", *A.J.I.L.*, 1986, p. 1 et s.

(9) NOWAK, M., *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, N.P. Engel Verlag, Strasbourg, 1990, p. 327.

(10) BOSSUYT, M.J., *Guide to the "travaux préparatoires" of the international covenant on civil and political rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 364.

Pacte, la Déclaration constitue une norme de référence obligatoire dans la mise en oeuvre de la liberté de conscience (11). Que l'objection de conscience n'y soit pas garantie explicitement ne prête pas davantage à conséquence. Ainsi qu'on l'a dit, l'objection de conscience est inhérente à la liberté de conscience et de conviction: comme le rappelle une autre résolution des Nations Unies, il s'agit "d'un exercice légitime du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion...", tel que ce droit est reconnu dans la Déclaration universelle et dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques (12).

5. Enfin, on notera que l'article 12 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 garantit la liberté de conscience et de religion en des termes similaires à ceux du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Quant à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, elle n'ignore pas davantage la liberté de conscience en son article 8, même si la manifestation de cette liberté, et donc l'objection de conscience, est assortie d'une réserve de l'"ordre public" passablement vague.

B. *L'objection de conscience en droit européen*

6. Nous parlons ici de droit européen au sens d'un complexe de normes internationales ou supranationales applicables dans le cadre européen. On trouve, en effet, la reconnaissance du droit à l'objection de conscience dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, ainsi que dans des actes internationaux, comme le Document du 29 Juin 1990 de la session de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la C.S.C.E. On évoquera ces normes en temps opportun. Pour le moment, il suffit

(11) SULLIVAN, D.J., "Advancing the freedom of religion or belief through the U.N. Declaration on the elimination of religious intolerance and discrimination", *A.J.I.L.*, 1988, p. 488; POCAR, F., "La libertà di religione nel sistema normativo delle Nazioni Unite", in FERRARI et SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 35; ODIO BENITO, E., *Elimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, Nations Unies, New York, 1989, p. 62.

(12) Rés. 1987/46 de la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U. (voy. WEISSBRODT, D., "The United Nations Commission on human rights confirms conscientious objection to military service as a human right", *N.I.L.R.*, 1988, p. 53 et s.).

d'observer qu'elles sont loin d'atteindre l'effectivité des normes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. La Convention instaure un mécanisme de protection hautement efficace et éprouvé, qui n'a guère d'égal ni au niveau universel ni au niveau régional. En son article 9, elle porte:

1) "Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité publique, à la protection de l'ordre de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

Cette disposition est conçue en des termes fort proches de l'article 18 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques. Les quelques divergences de libellé ne se traduisent guère par des divergences de fond, de sorte que l'interprétation et l'application des dispositions du Pacte et de la Convention relatives à la liberté de conscience devraient obéir à des règles analogues (13). Devrait également entrer en ligne de compte la Déclaration Universelle des droits de l'homme dont se sont inspirés les rédacteurs de la Convention.

7. La portée de l'article 9 de la Convention a été définie comme suit par la Commission européenne des droits de l'homme:

"l'article 9 protège avant tout le domaine des convictions personnelles et des croyances religieuses c'est-à-dire celui que l'on appelle parfois le for intérieur. De plus l'article 9 protège les actes intimement liés à ces comportements, par exemple des actes de culte

(13) VELU, J. et ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n.709.

ou de dévotion qui sont des formes généralement pratiques d'une religion ou d'une croyance reconnues" (14).

Cette définition met en évidence deux éléments:

La liberté de conscience recouvre d'abord le for intérieur avec toutes les richesses spirituelles et morales que celui-ci peut receler. Toutes les convictions de la personne humaine sont protégées, qu'elles soient d'ordre religieux, philosophique, moral, politique, social, économique ou scientifique (15). Pour ce qui est de la religion, l'article 9 vise aussi bien les convictions théistes ou non théistes que l'athéisme (16).

La Convention ne préjuge point du contenu de la croyance ou de la conviction. Le concept de "société démocratique" qui sous-tend la Convention tout entière postule le pluralisme, la tolérance, l'esprit d'ouverture et le respect des minorités (17). L'Etat est donc tenu à la neutralité. Ni lui ni les organes de la Convention n'ont à se prononcer sur la valeur intrinsèque d'une conception ou d'une croyance (18).

Encore faut-il que la conviction se distingue de simples "opinions" et "idées" et se caractérise par "des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance" (19). C'est dire que ne sont dignes de protection que des convictions "dotées d'un contenu formel identifiable" (20). C'est ainsi que sont étrangers

(14) Commiss., déc. du 15 décembre 1983, req. n. 10358/83, *D.R.*, vol. 37, p. 142; déc. du 13 mars 1986, req. n. 11308/84, *D.R.*, vol. 46, p. 204.

(15) VELU et ERGEC, *op. cit.*, n. 715.

(16) MORVIDUCCI, CL., "La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa", in FERRARI et SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 44.

(17) Voy. Cour. eur.dr. de l'h., arrêt Handsyde du 7 décembre 1976, *série A*, n. 24, p. 23, par. 49.

(18) SCOVAZZI, T., "Diritti dell'uomo e protezione della morale nella giurisprudenza della Corte Europea", in FERRARI et SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 95; SUDRE, *op. cit.*, p. 156; VAN BOVEN, *op. cit.*, p. 217. La Convention n'interdit cependant pas l'église d'Etat, pourvu que l'appartenance à cette église soit facultative (VELU et ERGEC, *op. cit.*, n. 718). (19) Cour. eur. dr. h., arrêt Campbell et Cosans du 25 février 1982, *série A*, n. 48, par. 34. Il s'agit d'un attendu qui concerne la notion de "convictions religieuses et philosophiques" des parents qui doivent être respectées dans le domaine de l'instruction (protocole additionnel n. 1, art. 2). Mais il n'y a aucun motif de ne pas le transposer à l'article 9.

(20) SUDRE, *op. cit.*, p. 156; cons. aussi COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 482. Voy. Commiss., Déc.

a l'article 9 les buts d'une association idéaliste consistant à fournir aux prisonniers des conseils juridiques et de veiller à leurs intérêts sur une base non commerciale (21). Il en est de même du désir d'être enterré non pas dans un cimetière public mais dans son propre jardin (22).

8. Lorsque la liberté de pensée de conscience et de religion s'exerce dans l'intimité de l'individu; lorsqu'elle se meut exclusivement dans son for intérieur et ne s'exteriorise point, cette liberté échappée à toute restriction (23). Mais elle revêt souvent un aspect externe sous la forme de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé par le culte, l'enseignement, les pratiques, et l'accomplissement des rites. L'objection de conscience en tant qu'elle s'exprime par le refus d'accomplir un acte ou par l'accomplissement d'un acte interdit relève précisément de cet aspect externe de la liberté de conscience. Elle ne mérite donc la protection de l'article 9 que si elle s'analyse en une pratique ou en une autre forme de manifestation publique de la liberté de conscience. Or, ainsi qu'on va le voir, la jurisprudence de Strasbourg est assez restrictive à cet égard. Que n'importe quel comportement ne puisse constituer une manifestation d'une croyance ou d'une conviction (24) se comprend. Il faut en premier lieu qu'il y ait un lien intime entre la croyance et le comportement. Mais surtout une conception excessivement extensive de la notion de pratique digne de protection se prêterait à des abus: chaque individu pourrait faire appel à sa conscience pour se soustraire à l'obéissance due aux lois (25). Tolérer pareille situation c'est compromettre la préminence du droit reconnue dans le préambule de la Convention et qui en forme une des valeurs fondamentales. C'est aussi oublier que les droits de l'homme vont de pair avec les devoirs de l'homme et que

du 4 octobre 1977, req. n. 7291/75, D.R., vol. 11 (à propos d'une prétendue religion Wicca dont le requérant ne parvenait pas à établir l'existence).

(21) Commiss., déc. du 13 mars 1986, req. n. 11308/84, D.R., vol. 46, p. 204.

(22) Commiss., déc. du 10 mars 1981, req. n. 8741/79, D.R., vol. 24, p. 137.

(23) VELU et ERGEC, *op. cit.*, n. 714; MATSCHER, F., "Gedanken — Gewissens — und Religionsfreiheit — Internationalrechtliche Aspekte", in *Folterverbot sowie Religions — und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich*, Strasbourg, N.P. Engel Verlag, 1990, p. 62.

(24) FROWEIN, J. Abr., "Freedom of Religion in the Practice of the European Commission and Court of Human Rights", *Zaörrv*, 1986, p. 253.

(25) MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 55.

les fondements spirituels de cette indivisibilité se retrouvent dans toutes les religions (26).

9. Outre l'interprétation raisonnable de la liberté de manifester ses convictions, la conception absolue de l'objection de conscience se heurte à une seconde limitation. Même si une objection de conscience donnée pouvait être considérée comme la manifestation d'une conviction au sens de l'article 9, par. 1er de la Convention, encore reste-t-il que cette manifestation ou pratique pourrait tomber sous le coup des restrictions prévues au paragraphe 2 de l'article 9. Il est vrai que ces restrictions fondées sur des considérations d'intérêt public sont assujetties à des conditions rigoureuses que l'on retrouve dans d'autres clauses de la Convention autorisant des limitations aux libertés (27).

C'est ainsi que la restriction à l'objection de conscience doit être prévue par la loi et être nécessaire dans une société démocratique à la réalisation d'un des buts limitativement énoncés. Mais l'article 9, par. 2, se démarque des autres clauses de restriction sur certains points. D'une part, il n'autorise pas des restrictions pour des motifs de sécurité nationale ou de bien-être économique. D'autre part, la notion de protection de l'ordre qui peut être invoquée comme titre de restriction à la liberté de conscience reçoit ici une acception étroite. Il ne s'agit pas de l'ordre public *sensu lato* au sens de principes juridiques fondamentaux destinés à sauvegarder les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité. L'ordre que vise l'article 9, par. 2, se ramène à l'absence de désordre (28). Cela signifie par exemple qu'un Etat qui a érigé l'athéisme au rang de doctrine officielle ne peut invoquer la protection de l'ordre pour ne pas re-

(26) COLARD, D., "Le principe de l'invisibilité des droits et devoirs de l'homme", in *Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Fribourg, Editions universitaires, 1989, p. 24.

(27) Voy. art. 8, par. 2, 10, par. 2, et 11, par. 2.

(28) PARTSCH, K.J., "Freedom of conscience and expression and political freedoms", in *The international bill of rights*, Columbia University Press, 1981, p. 212 (à propos de la même expression qui se trouve à l'article 18, par. 3, du Pacte relatif aux droits civils et politiques); NOWAK, *op. cit.*, p. 346; ERGEC, R., "Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique: un équilibre délicat in *Main-tien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 12; contra, VAN BOVEN, *op. cit.*, p. 226 et s.

connaître une objection de conscience par cela seul qu'elle serait dictée par des préceptes religieux. Du libellé restrictif de l'article 9, par. 2, et de l'importance de la liberté de conscience on peut, d'une manière générale, inférer que l'Etat, sous réserve d'une certaine marge d'appréciation dont il dispose, ne peut limiter l'objection de conscience qu'en invoquant des justifications particulièrement impérieuses (29). Dans la recherche du difficile équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le respect dû à la conscience de l'individu, il faut garder présent à l'esprit le principe que la liberté de conscience est la règle et ses limitations l'exception, appelant une interprétation étroite, fondée sur des critères objectifs et rigoureux.

10. L'objection de conscience peut encore faire l'objet de deux ordres de limitations, générales celles-là.

En premier lieu, en temps de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, les Etats parties à la Convention sont autorisés, sous certaines conditions, à déroger aux obligations qui leur incombent au titre de l'article 9. A la différence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention américaine des droits de l'homme, l'article 15 de la Convention ne range pas, en effet, la liberté de conscience et de religion au nombre de droits non dérogeables (30). En seconde lieu, l'article 17 de la Convention, qui interdit aux groupements ou individus de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention, peut être invoqué pour combattre l'utilisation de l'objection de conscience à des fins étrangères à l'ordre social démocratique (31).

11. Faut-il, enfin, rappeler le lien étroit qui unit la liberté de conscience à la liberté d'opinion et d'expression garantie à l'article 10 de la Convention, ainsi qu'au droit des parents à ce que l'Etat respecte, dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, leur

(29) FROWEIN, *op. cit.*, p. 260.

(30) Cf. ERGEC, R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 219 et 291; compar. cependant MATSCHER, *op. cit.*, p. 49, note 7.

(31) Cf. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 76 et s.

droit d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques, droit reconnu à l'article 2 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention? On voit par là que l'objection de conscience trouve dans le système de la Convention européenne de multiples supports juridiques, sous réserve des restrictions spécifiques que la Convention ménage par ailleurs. Le cadre juridique étant ainsi tracé, il convient à présent d'en examiner les applications concrètes.

II. LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

A. *Objection de conscience au service militaire*

12. Dans ce domaine, il faut rapprocher les dispositions de l'article 9 de la Convention européenne de l'article 4 de la même Convention relatif à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire. Le paragraphe 3 de cet article dispose que n'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire au sens du présent article:

- b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire".

De la locution "dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime", la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme infère que les Etats contractants sont libres de reconnaître ou non l'objection de conscience au service militaire et si celle-ci est reconnue, de faire accomplir aux objecteurs un service de remplacement (32). L'article 8, par. 3 c), ii), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques contenant une disposition analogue, la jurisprudence du Comité de droits de l'homme de l'O.N.U. abonde dans le même sens (33).

(32) Commiss., rapport du 29 juin 1967, affaire *Grandrath*, *Ann. Conv.*, vol. X, p. 674; déc. du 2 avril 1973, req. n. 5591/72, *Réc.*, n. 43, p. 161; déc. du 5 juillet 1977, req. n. 7705/76, *D.R.*, vol. 9, p. 196.

(33) Com. dr. de l'h., communic. n. 185/1984, 40ème session, suppl. n. 40, A/40/40.

13. Cette Jurisprudence, qui fait prévaloir la *lex specialis* de l'article 4 de la Convention sur les dispositions générales de l'article 9 relatif à la liberté de conscience, a été critiquée (34). On fait valoir que le service militaire ou le service de remplacement ne sont pas visés comme motifs admissibles de restriction à la liberté de conscience dans le texte du paragraphe 2 de l'article 9. Une conception plus respectueuse de la liberté de conscience exigerait que l'objection de conscience au service militaire soit considérée comme la manifestation d'une conviction au sens de l'article 9, par 1^{er}, quitte à ce que l'Etat concerné y apporte des restrictions fondées sur le paragraphe 2 de l'article 9. On le voit, cette interprétation est beaucoup moins rigoureuse que celle de la Commission, puisque suivant cette optique, l'Etat ne dispose plus d'une compétence absolue de répudier l'objection de conscience au service militaire. Un refus de reconnaissance devra se justifier suivant les critères stricts énoncés à l'article 9, par 2, sous le contrôle des organes de la Convention. Ainsi, la nécessité de maintenir des effectifs importants dans un contexte de tension internationale pourrait entraîner des restrictions à l'objection de conscience pour des motifs de "sécurité publique".

Pareille interprétation nous paraît parfaitement défendable. Elle se recommande de la méthode d'interprétation dynamique de la Convention qui doit se lire à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Or ces conditions dénotent une évolution vers la consécration du droit à l'objection de conscience au service militaire, comme en témoignent notamment la Recommandation R(87)8 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (35), la résolution du 13 octobre 1989 du Parlement des C.E. (36) et le Document final de la session de Copenhague de la C.S.C.E. du 29 Juin 1990 (37). Faut-il aussi sou-

(34) VAN DIJK, P. et VAN HOOF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on human rights*, Anvers, Kluwer, 1984, p. 300. NOWAK, *op. cit.*, p. 341 et s. Voy. aussi les opinions individuelles des commissaires BALTA, ERMACORA et EUSTATHIADES dans l'affaire *Grandrath* précitée.

(35) La Recommandation omet de se référer à l'article 9 de la Convention "dans la mesure où une telle référence pourrait soulever des problèmes d'interprétation" (*Rapport explicatif*, Conseil de l'Europe, doc. H(87)3, p. 8.

(36) *EuGRZ*, 1989, p. 460; voy. aussi la résolution du 7 février 1983, *ibid.*, 1983, p. 141.

(37) Voy. le point 18.

ligner que ce droit est reconnu dans les législations de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe? (38)

Il semble que la jurisprudence de la Commission ne soit pas insensible à cette évolution. Une décision récente, statuant sur la requête d'un pacifiste qui voulait se faire exempter à la fois du service militaire et du service de remplacement, concède que la requête "rentre dans le champ d'application de l'article 9 au moins, même si la Convention ne reconnaît pas l'objection de conscience en tant que telle" (39).

14. On peut d'ailleurs se demander, à cet égard, si d'autres dispositions n'entrent pas en ligne de compte également. Il a ainsi été soutenu que le droit à la vie emportait le droit de demander le statut d'objecteur de conscience (40). A première vue, le refus de servir dans un service armé afin de ne pas avoir à porter atteinte à la vie d'autrui peut trouver un certain appui dans l'article 2 de la Convention européenne. Mais c'est oublier qu'une autre disposition de cette Convention, l'article 15, par. 2, prévoit une exception au droit à la vie en autorisant le "déces résultant d'actes licites de guerre". L'objection ne serait donc fondée que s'il s'agissait d'actes de guerre contraires au droit international en général et au *ius in bello* en particulier (41). Serait, ainsi, légitime le refus de servir dans les forces armées utilisées pour faire appliquer un régime de discrimination raciale ou pour perpétrer un génocide. Au surplus, il s'agit là d'actes interdits par le *ius cogens*, c'est-à-dire par des normes impératives de droit international général, à la lumière desquelles, les dispositions de la Convention doivent s'interpréter.

15. Dans les pays qui reconnaissent l'objection de conscience, les dispositions nationales sur le service militaire et le service de remplacement doivent être conformes à l'article 14 de la Convention

(38) Voy. HARTIG, H., "Das Recht auf Wehrdienstverweigerung in den Mitgliedsstaaten des Europarates", *EuGRZ*, 1977, p. 48.

(39) Commiss., déc. du 11 octobre 1984, req. 10410/83, *D.R.*, vol. 40, p. 203.

(40) LAVIELLE, J.-M., "Les rapports entre les droits de l'homme, le développement et la paix", *R.T.D.H.*, 1990, p. 227; EIDE, *op. cit.*, p. 6.

(41) Sur la notion d'"actes licites de guerre" au sens de l'article 15, voy. ERGEC, *op. cit.*, p. 244.

sur l'interdiction de la discrimination. Dans l'affaire *Grandrath*, où le requérant, membre de la secte des témoins de Jéhovah, refusait non seulement tout service militaire, mais également le service de remplacement, au motif que ce service ne lui aurait pas laissé suffisamment de temps pour qu'il puisse remplir ses devoirs envers ses coreligionnaires, le grief de discrimination était au centre du débat: le requérant se plaignait de ce que son refus n'avait pas été accueilli alors que des ecclésiastiques appartenant à d'autres confessions avaient bénéficié de l'exemption du service de remplacement. Le grief fut rejeté au motif que la loi allemande n'accordait la dispense qu'aux ecclésiastiques ne pouvant remplir les devoirs de leur office qu'à la condition de se consacrer à plein temps à l'exercice de leurs fonctions, ce qui n'était pas le cas du requérant (42). Le critère de distinction était objectif et dénué d'arbitraire puisqu'il était fondé en fait sur la fonction ecclésiastique des intéressés et non sur la religion à laquelle ils appartenaient.

Dans une autre affaire mettant en cause la Suede, le requérant avait en vain excipé de ses convictions pacifistes pour échapper à la fois au service militaire et au service de remplacement. Il alléguait une discrimination au motif que les témoins de Jéhovah bénéficiaient eux de cette faveur. Le grief fut écarté car, aux yeux de la Commission européenne, le pacifisme n'était pas comparable à la doctrine suivie par les témoins de Jéhovah. Ces derniers adhéraient à une série de règles de comportement couvrant divers aspects de la vie sociale. Le respect de ces règles était assuré par un contrôle social informel mais strict, exercé par les membres de la communauté. Le rejet du service militaire et de tout service de substitution était une de ces règles. L'appartenance aux témoins de Jéhovah constituait donc une forte indication quant à l'authenticité et au sérieux des convictions qui motivaient l'objection de conscience. Les pacifistes n'étant pas membres d'une communauté structurée comme celle des témoins de Jéhovah, le refus auquel ils se heurtaient en Suede n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention (43). Cette décision de la Commission emporte difficilement l'adhésion. Elle est

(42) Commiss., rapport du 12 décembre 1966, *Ann. Conv.*, vol. 67, p. 627.

(43) Commiss., déc. du 11 octobre 1984, req. n. 10410/83, D.R., vol. 40, p. 203.

d'abord en contradiction avec la jurisprudence selon laquelle le pacifisme est une conviction digne de protection au titre de l'article 9 sur la liberté de conscience (44). Ensuite, exiger que l'objection de conscience procède d'une communauté structurée, dotée de règles de contrainte sociale effectives, aboutit à écarter du champ de la protection contre la discrimination de vastes courants de pensée non religieux qui peuvent imprégner la conscience de l'individu tout aussi profondément que la foi religieuse.

B. *Les rapports entre les groupements et leurs membres*

16. Ainsi qu'on l'a déjà dit, la Convention n'interdit pas le système de l'église d'Etat. Ce que la Convention interdit, c'est l'appartenance obligatoire à une église. La liberté de changer de religion ou de conviction emporte, le cas échéant, l'obligation pour l'Etat de permettre aux adeptes de quitter une église. Si une telle possibilité existe, on ne saurait voir une violation de la liberté de conscience dans les diverses obligations de fidélité ou d'orthodoxie qu'implique la qualité de membre d'une église. En effet, l'article 9 de la Convention ne protège pas seulement la liberté religieuse des individus, mais également celles des groupes religieux (45). La liberté religieuse de l'église serait vidée de sa substance si elle était privée du droit d'exiger de ses membres un comportement conforme à ses préceptes (46). C'est en vertu de ces principes que la Commission a rejeté la requête d'un ministre de culte allemand qui avait été relevé de sa charge pour avoir refusé de baptiser des mineurs (47).

17. Il faut cependant rappeler, avec F. Matscher, que la liberté de quitter une église doit être inconditionnelle et exempte de toute obligation d'indiquer les motifs d'abandon. Admettre le contraire équivaldrait à contraindre la conscience à se révéler, ce qui constituerait une atteinte à la liberté de conscience (48).

(44) Commiss., rapport du 21 octobre 1978, affaire *Arrowsmith*, D.R., vol. 19, p. 5.

(45) Voy. Commiss., déc. du 19 mars 1981, req. n. 8118/77, D.R., vol. 25, p. 105.

(46) VELU et ERGEC, *op. cit.*, n. 718.

(47) Commiss., déc. du 8 mai 1985, req. n. 10901/84, *EuGRZ*, 1986, p. 648.

(48) MATSCHER, *op. cit.*, p. 58.

L'association forcée à un groupement pourrait d'ailleurs s'analyser en une violation de l'article 11 de la Convention sur la liberté d'association. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans l'affaire *Young, James et Webster*. En application d'un accord de *closed shop* conclu entre leur employeur et des syndicats, les requérants avaient été sommés d'adhérer à ces syndicats. Face à leur refus, l'employeur leur notifia un avis de licenciement. Tout en se gardant de déduire de l'article 11 de la Convention le droit négatif de ne pas s'associer en tant que tel, la Cour de Strasbourg a relevé, en l'espèce, la violation de cet article en raison de la gravité de la contrainte exercée sur les requérants (menace de licenciement). La Cour a étayé son raisonnement par un appel à la liberté de conscience et d'opinion:

"La protection des opinions personnelles offerte par les articles 9 et 10 sous la forme de la liberté de pensée, de conscience et de religion comme de la liberté d'expression compte de surcroît parmi les objectifs de la garantie de la liberté d'association par l'article 11. Touche donc à la substance même de cet article l'exercice de pressions, du genre de celles infligées aux intéressés, visant à forcer quelqu'un à adhérer à une association contrairement à ses convictions" (49).

On peut inférer de cet arrêt que la liberté de ne pas adhérer à un groupement ou de le quitter n'est pas absolue. D'abord, cette liberté peut faire l'objet de restrictions autorisées par le paragraphe 2 des articles 9 et 11. Ensuite, tout est question d'espèce. La pratique du *closed shop* peut, dans certaines circonstances, s'avérer conforme à des considérations d'intérêt général déduites de la nécessité d'assurer l'harmonie dans les rapports sociaux. Mais dès que l'association forcée traduit une méconnaissance des convictions de l'individu, pareille ingérence dans la liberté de conviction devrait se justifier au regard de l'article 9, par. 2. Par exemple, la protection de la santé peut nécessiter des mesures pour la prévention des maladies parmi le bétail. En conséquence, un éleveur de bétail peut être contraint d'adhérer au service de santé institué par les autorités, alors même que l'appartenance de cet éleveur à l'Eglise réformée néerlandaise serait

(49) Arrêt du 13 août 1981, *série A*, n. 44, par. 57.

incompatible avec les obligations ainsi imposées aux éleveurs de bétail (50).

C. *Le traitement des Prisonniers*

18. Des membres de l'I.R.A., détenus dans une prison de l'Irlande du Nord, se plaignaient d'être obligés de porter l'uniforme de la prison et d'effectuer du travail pénitentiaire contrairement à leurs convictions et à leur conscience. Ils réclamaient le statut de détenu politique ou de prisonnier de guerre. La Commission a répondu que l'article 9 ne garantissait pas un tel statut préférentiel à une catégorie de détenus (51). Dans cette affaire, la Commission ne semble pas avoir recherché si le statut revendiqué par les détenus leur était dicté par la conscience. Elle paraît s'être bornée à rejeter la conception selon laquelle des traitements privilégiés, comme ceux réclamés, pourraient se rattacher à la liberté de conscience (52). Au surplus, le paragraphe 2 de l'article 9 ménage, à cet égard, suffisamment de possibilités de restriction. Ainsi, même si un détenu objecte que l'obligation de nettoyer sa cellule est contraire aux prescriptions de sa religion, cette obligation peut être considérée comme nécessaire à la protection de la santé publique dans la prison (53).

Il est difficile de se dissimuler que la vie en prison peut favoriser une propension abusive à déguiser derrière des objections religieuses ou philosophiques des refus dus par le dessein de se soustraire aux rigueurs de la vie carcérale (54). Le tout est de faire le départ entre les objections sincères et celles qui ne le sont pas, ce qui nécessite un examen attentif dans chaque cas.

D. *Les cotisations fiscales et autres et le vote obligatoire*

19. Il arrive que l'objection de conscience soit invoquée à l'appui du refus de payer l'impôt. Tel était le cas d'un pacifiste,

(50) Commiss. déc. du 14 décembre 1962, req. n. 1068/61, *Ann. Conv.*, vol. V, p. 279.

(51) Commiss., déc. du 15 mai 1980, req. n. 8317/78, *Mc Feeley c.R.U.*, *Ann. Conv.*, 1980, p. 257.

(52) Frowein, *op. cit.*, p. 251.

(53) Commiss., déc. du 6 mars 1982, req. n. 8231/78, *D.R.*, vol. 28, p. 5.

(54) Matscher, *op. cit.*, p. 63.

adepte des Quakers, qui motivait son refus par la considération qu'une partie des impôts était affectée à des dépenses d'armement. La Commission, dans son rejet de la requête, a manifestement été sensible aux abus que l'argumentation du requérant était susceptible d'entraîner: prise à la lettre, pareille augmentation ne risque-t-elle pas de saper l'autorité des lois édictant des obligations civiques essentielles au bon fonctionnement de l'Etat? C'est pourquoi, la décision de la Commission commence par énoncer que "l'article 9 de la Convention ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction", avant de poursuivre: "... Le terme pratique", au sens de l'article 9, par. 1er, ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction". La limite à l'objection de conscience en matière fiscale réside dans la nature même de l'impôt:

"L'obligation d'acquitter l'impôt est une obligation d'ordre général qui n'a elle-même aucune incidence précise au plan de la conscience. En ce sens, sa neutralité est illustrée également par le fait qu'aucun contribuable ne peut influencer l'affectation de ses impôts, ni en décider une fois le prélèvement effectué" (55).

L'enseignement qui paraît se dégager de cette décision est que l'objection de conscience ne peut être opposée à l'égard de lois générales et neutres qui n'impliquent pas une contrainte *directe* sur la conscience de l'individu. Tant que celui-ci n'est pas contraint d'accomplir, un acte qui entre directement en conflit avec la conscience, la loi l'emportera sur la conscience.

Tel n'était pas le cas dans l'affaire *Darby*. La loi suédoise imposait aux étrangers non résidant en Suède, mais y exerçant des activités, un impôt perçu par les communes, et dont une partie était retournée à l'église de Suède. La Commission a vu dans cette contribution obligatoire au profit d'une église d'Etat, sans possibilité d'exonération, une atteinte à la liberté de religion garantie à l'article 9, par. 1er (56). Ici, le lien entre l'impôt et l'activité religieuse considérée était suffisamment individualisable pour se heurter à la conscience du contribuable.

(55) Commiss., déc. du 15 décembre 1983, req. n. 10358/83, *D.R.*, vol. 37, p. 142.

(56) Commiss., affaire *Darby c. Suède*, rapport du 11 avril 1988, *EuGRZ*, 1990, p. 410.

20. Les cotisations à une assurance obligatoire sont susceptibles de soulever des problèmes beaucoup plus délicats qu'en matière d'impôt: en effet, à la différence de l'impôt, la cotisation est directement affectée à une fin déterminée. Un ministre de culte excipait de sa conscience pour se soustraire au régime obligatoire d'assurance sur les pensions de vieillesse. "Selon la Bible", faisait-il valoir, "Dieu a impérativement prescrit à tous les chrétiens d'assurer la subsistance des personnes âgées qui sont dans le besoin, et notamment des ministres du culte". La Commission n'a pas accueilli le grief, au motif, d'une part, que la loi n'obligeait personne à demander une pension, et que d'autre part, un article de la loi néerlandaise critiquée dispensait les objecteurs de conscience de cotiser directement au régime, en prévoyant qu'à la place, ils feraient des versements équivalents sous forme d'impôts (57).

Pour ce qui est des cotisations dues à des groupements philosophiques ou religieux, la possibilité reconnue par la loi de quitter ces groupements rend irrecevable tout refus de paiement. C'est ce qui a été décidé à propos d'une loi autrichienne qui autorisait les églises à exiger de leurs membres des cotisations (58).

Quant au vote obligatoire, la Jurisprudence de Strasbourg considère qu'il ne se heurte pas à l'article 9, pourvu que l'électeur ne soit pas contraint de voter d'une certaine façon et qu'il soit libre de rendre un bulletin blanc (59).

E. *L'objection de conscience des titulaires d'une fonction publique*

21. La conscience du titulaire d'un mandat public peut entrer en conflit avec les devoirs de sa charge: on en a vu une illustration saisissante lorsque le Roi des Belges a refusé de signer le projet de

(57) Commiss., déc. du 14 décembre 1962, req. n. 1497/62, *Ann. Conv.*, 1962, p. 287.

(58) Commiss. déc. du 14 mai 1984, req. n. 9781/82, *D.R.*, vol. 37, p. 46.

(59) Commiss., déc. du 22 mars 1972, req. n. 4982/71, *Ann. Conv.*, vol. XV, p. 468.

loi sur l'interruption de grossesse qui venait d'être voté par le Parlement (60).

Qu'un mandataire public ne puisse, dans le cadre de ses fonctions, se prévaloir d'un droit absolu à l'objection de conscience tombe sous le sens. On peut même affirmer que la liberté de conscience des mandataires publics connaît des limitations spécifiques, plus amples, à certains égards, que les restrictions auxquelles est assujéti le citoyen ordinaire.

22. Ces limitations découlent du devoir de réserve et de loyauté qui pèse sur les agents publics. La Convention européenne reconnaît ce devoir de façon implicite mais certaine. En ce domaine, en effet, il convient de combiner les dispositions de l'article 11 sur la liberté de conscience avec celles de l'article 10 sur la liberté d'expression et de l'article 11 sur la liberté d'association. L'article 10, par. 2, énonce que l'exercice de la liberté d'expression comporte "des devoirs et des responsabilités", tandis que l'article 11, par. 2, rappelle que des "restrictions légitimes" peuvent être imposées à l'exercice de la liberté de réunion et d'association "par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat".

23. A cet égard, bien qu'elles ne se rattachent pas directement à l'objection de conscience, deux affaires relatives à la pratique dite de "*Berufsverbot*" méritent d'être citées. Cette pratique subordonne l'accès à la fonction publique allemande à l'obligation pour les candidats de défendre constamment le régime libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale. Dans l'affaire *Kosiek*, le requérant avait été engagé comme fonctionnaire à l'essai avant d'être congédié en raison de ses liens avec un parti d'extrême droite et du contenu de deux livres dont il était l'auteur. Dans l'affaire *Glase-napp*, la requérante avait fait l'objet d'une mesure similaire pour avoir refusé de se désolidariser en bloc des objectifs du parti communiste à la suite d'une lettre ouverte qu'elle avait publiée dans le journal de ce parti.

La Cour de Strasbourg estima que les deux affaires mettaient

(60) Voy. ERGEC, R., "L'institution monarchique à l'épreuve de la crise", J.T., 1990, p. 265-267.

en jeu le droit d'accès à la fonction publique. En refusant la nomination à titre définitif, les autorités n'avaient pris en considération les opinions et activités des intéressés que pour apprécier s'ils avaient fait leurs preuves pendant la période d'essai et s'ils présentaient l'une des qualifications personnelles requises pour occuper l'emploi en question. Il ne pouvait selon la Cour être question d'une ingérence dans la liberté d'expression des intéressés. Si ingérence il y avait eu, elle ne pouvait concerner que le droit d'accès à la fonction publique. Comme ce droit n'était pas garanti par la Convention, celle-ci n'avait pas été méconnue par les autorités allemandes (61).

La démarche de la Cour nous paraît critiquable. Dans les deux cas, le refus d'accès à la fonction publique se fondait sur les convictions politiques des intéressés; même si la Convention ne garantit pas le droit d'accéder à la fonction publique, cet accès ne saurait être entravé en raison de l'exercice de droits, qui eux, sont protégés par la Convention. Cela ne signifie pas que les autorités publiques soient dépourvues de la possibilité d'appliquer des sanctions pour assurer le respect du devoir de réserve et de loyauté. Seulement, ces sanctions doivent se justifier au regard des clauses de restriction contenues dans la Convention. La démarche correcte eut été, en l'espèce, de rechercher si les mesures critiquées trouvaient un fondement dans l'article 10, par. 2 (62).

D'ailleurs, poussé jusqu'à sa logique ultime, le raisonnement de la Cour aboutit à faire échapper à la protection de la Convention les sanctions les plus graves dont un mandataire public ferait l'objet en raison de ses convictions: il suffirait d'affirmer que les mesures mettent en cause le droit d'exercer un mandat public.

24. La jurisprudence de la Commission s'inscrit dans une optique plus correcte, comme le montre l'affaire suivante.

Un pasteur de l'église officielle de Norvège avait été licencié en raison de son refus d'exercer une partie de ses charges, en guise de protestation contre la loi sur l'avortement. La Commission s'est exprimée comme suit:

(61) Arrêt *Kosiek* du 28 août 1986, *série A*, n. 105, p. 21, par. 39; arrêt *Glase-napp* du 28 août 1986, *série A*, n. 104, p. 27, par. 53.

(62) Cf. VELU et ERGEC, *op. cit.*, n. 757; COHEN JONATHAN, *op. cit.*, p. 464 et s.

"... Le droit d'occuper une fonction, que ce soit dans l'église officielle ou en général n'est pas, en tant que tel, garanti par la Convention. Néanmoins, il est concevable que, dans certaines circonstances, le licenciement d'un fonctionnaire pour désobéissance pose un problème sur le terrain de l'article 9" (63).

La Commission n'en a pas moins rejeté la requête au double motif qu'il était loisible au pasteur de quitter l'église et que son licenciement n'était pas motivé par ses convictions mais par le refus d'exercer une partie de ses charges.

25. Que faut-il déduire de tout ce qui précède? Un point est certain. L'objection de conscience des mandataires publics ne doit pas s'apprécier à l'aune des critères qui valent en droit commun. En acceptant sa nomination et en prêtant serment, le titulaire d'une fonction publique s'engage à respecter les devoirs et responsabilités inhérents à sa charge. Dans bon nombre de cas, la conscience de l'agent public devra se plier aux servitudes de la fonction que sont les devoirs de réserve et de loyauté. Ce n'est que dans des cas exceptionnels et d'une particulière gravité que la conscience l'emportera sur les devoirs de la fonction.

F. *Le droit à l'instruction et l'objection de conscience*

26. L'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention sur le droit à l'instruction implique le respect dû aux convictions philosophiques et religieuses des parents. Ce droit des parents doit aussi se lire à la lumière notamment de l'article 9 de la Convention (64). Toutefois, sous peine de rendre tout enseignement impraticable, les parents ne sauraient s'opposer à tout enseignement de caractère religieux ou philosophique. Seulement, dans le cadre des responsabilités qu'il assume au titre de l'enseignement, l'Etat doit veiller à ce que les informations ou connaissances soient diffusées "de manière objective, critique et pluraliste": il est interdit à l'Etat de poursuivre un but d'endoctrinement (65).

(63) Commiss., déc. du 8 mars 1985, req. n. 11045/84, D.R., vol. 42, p. 268.

(64) Cf. Cour. eur. des dr. de l'h., arrêt Kjeldsen et autres du 7 décembre 1976, série A, n. 23, par. 52.

(65) *Ibid.*, par. 53.

27. En application de ces principes, la Cour a considéré que l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles publiques danoises ne méconnaissait pas les droits des parents, dans la mesure où elle informait les élèves sur des problèmes inquiétants de caractère très général comme l'avortement ou les maladies vénériennes, à l'exclusion de toute tentative d'endoctrinement visant à suggérer des comportements déterminés (66).

La Commission, quant à elle, n'a pas vu dans l'enseignement obligatoire de la religion dans les écoles publiques suédoises une violation de la liberté de conscience. Selon la loi suédoise, ne pouvaient être dispensés de cet enseignement que les élèves ayant reçu un enseignement religieux analogue dans une autre institution. Or, l'élève requérant était athée et n'avait pu obtenir de dispense. Elle alléguait donc une violation de l'article 9 combiné avec l'article 14 (67). Par un raisonnement passablement sommaire, la Commission a estimé que l'enseignement de la religion était exempt de tout endoctrinement, le but de la politique suédoise étant de procurer à chaque enfant des connaissances religieuses fondées sur des faits objectifs, ce qui rendait la distinction dénoncée légitime au regard de l'article 14 (68).

28. On voit par là que le respect des convictions des parents n'est guère absolu. Et surtout, la Cour a précisé que ces convictions doivent être conformes aux critères prévalant dans une société démocratique, être compatibles avec la dignité de la personne et, de plus, se concilier avec le droit fondamental de l'enfant à l'instruction. La Cour a étayé sa démarche par une référence à l'article 17 de la Convention sur les "liberticides" (69): c'est dire que les convictions qui repudient les droits garantis par la Convention au profit des principes totalitaires peuvent être ignorées par les autorités. L'autre point important est la confrontation des convictions des parents aux inté-

(66) *Ibid.*, par. 54.

(67) La Suède ayant émis une réserve concernant l'article 2 du Protocole additionnel, seul l'article 9 pouvait entrer en ligne de compte.

(68) Commiss., déc. du 3 décembre 1986, req. n. 10491/83, *Lena et Anna-Nina Angelini c. Suède*.

(69) Arrêt Campbell et Cosans du 25 février 1982, série A, n. 48, p. 16, par. 36.

rêts de l'enfant. L'Etat pourrait ainsi interdire les pratiques préjudiciables à la santé et à l'épanouissement de l'enfant, tels les refus de transfusions sanguines.

29. Pourvu qu'elles soient conformes à l'ordre démocratique, les convictions que l'Etat doit respecter ne concernent pas seulement le contenu de l'enseignement, mais couvrent tous les aspects de la vie éducative, comme le montre l'affaire *Campbell et Cosans*. Jeffrey Cosans avait commis une faute disciplinaire. Conformément aux règles en vigueur, les autorités scolaires écossaises décidèrent de lui administrer un châtement corporel. Avec l'appui de ses parents, il s'y opposa, ce qui lui valut l'exclusion de l'école pendant une année. Il n'aurait pu retourner à l'école que si ses parents avaient agi à l'encontre de leurs convictions, en renonçant à leur refus. La Cour a vu dans cette situation une violation de l'article 2 du Protocole (70).

G. Autres cas d'objection de conscience

30. Il paraît légitime qu'en matière d'allocations de chômage, le refus par le chômeur d'un emploi jugé "convenable" donne lieu au retrait des allocations. Toutefois, l'autorité doit, dans l'appréciation des refus d'emploi, tenir compte des convictions de l'intéressé. La Commission a décidé que l'obligation d'accepter un emploi incompatible avec ses convictions morales ou religieuses serait contraire à l'article 9 (71). Dans un ordre d'idées voisin, la Cour de Justice des C.E. a observé que les autorités communautaires devaient faire en sorte que les examens et concours de recrutement de fonctionnaires n'aient pas lieu à une date correspondant à une journée religieuse (72).

On a déjà vu que des mesures nécessaires à la protection de la santé, au sens de l'article 9, par. 2, de la Convention européenne,

(70) Arrêt *Campbell et Cosans* du 25 février 1982, série A, n. 48, par. 41.

(71) Commiss., déc. du 5 mars 1980, req. n. 8753/79, *Digest of Strasbourg case-law relating to the European Convention on human Rights*, vol. 3, p. 375.

(72) C.J.C.E., 27 octobre 1976, affaire 130/75, Rec., 1976, p. 1589. C'est dire que l'autorité peut être tenue à des prestations positives propres à assurer un respect effectif de la liberté de conscience (cf. Commiss., déc. du 12 mars 1981, req. n. 8160/78, D.R., vol. 22, p. 27).

pouvaient tenir en échec des objections de conscience. Il en est ainsi des transfusions sanguines opérées en dépit des objections d'ordre religieux que le patient aurait formulées (73). De même, l'obligation pour un sikh de remplacer son turban par un casque lorsqu'il conduit une motocyclette peut se justifier par le souci d'assurer une protection effective de l'individu contre les accidents de circulation (74).

CONCLUSIONS

31. L'objection de conscience est une problématique à laquelle le droit international des droits de l'homme a été sensible dès ses origines. Corollaire de la liberté de conscience, elle est reconnue, fût-ce implicitement, par maints instruments internationaux. La Convention européenne des droits de l'homme n'a guère innové à cet égard. Mais son système de protection, doué d'une grande effectivité, a donné lieu à une jurisprudence qui permet d'assigner à l'objection de conscience une ébauche de contenu européen, par delà les diversités des systèmes nationaux.

Nous parlons d'"ébauche de contenu" car, outre la relative indigence de la jurisprudence en la matière, l'approche passablement empirique de la Commission européenne des droits de l'homme dans ce domaine se prête difficilement à des généralisations.

La jurisprudence de Strasbourg offre néanmoins certains enseignements.

Tout d'abord, pour fonder une objection de conscience digne d'être prise en considération, la conviction doit procéder d'un système de pensée suffisamment structuré, cohérent et sincère. Une fois cette condition remplie, il faut, ensuite, s'assurer que l'objection de conscience se concilie avec des considérations d'intérêt général et les droits et libertés d'autrui. Cet équilibre entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité qui impliquent aussi des devoirs dans le chef de l'individu, est éminemment délicat à manier. Inhérent à l'ensemble de la Convention européenne, il domine tout entier la ques-

(73) VELU et ERGEC, *op. cit.*, no. 729.

(74) Commiss., déc. du 10 juillet 1978, req. n. 7992/77, D.R., vol. 14, p. 234.

tion de l'objection de conscience. Il semble que dans son ensemble, la jurisprudence européenne soit parvenue à préserver un équilibre raisonnable dans ce domaine, même si certaines décisions témoignent d'une approche quelque peu restrictive. En outre, il ne faut pas perdre de vue que les organes de Strasbourg n'exercent qu'un contrôle subsidiaire, laissant aux Etats contractants une certaine marge d'appréciation dans l'aménagement des droits. Cette approche vaut aussi pour la reconnaissance du droit à l'objection de conscience. Il y a donc peu de chances de voir émerger, à l'échelon européen, une conception absolument uniforme de l'objection de conscience, résorbant les nombreux et inévitables particularismes nationaux.

Ce n'est pas à dire pour autant que les organes de la Convention soient insensibles à l'évolution des mentalités en cette matière. Leur démarche dynamique, qui tient dûment compte des conditions de vie d'aujourd'hui, n'exclut nullement que l'objection de conscience revête des dimensions nouvelles. Dès lors, dans un système normatif, comme celui de la Convention, où l'objection de conscience trouve un fondement textuel aussi adéquat que souple pour appréhender les nouveaux développements, il ne nous paraît pas qu'il y ait place pour l'élaboration de nouveaux instruments. L'effectivité de la protection n'appelle de modification que sur un point: l'objection de conscience au service militaire qui se heurte à l'actuel texte de l'article 4 de la Convention. Le dénominateur commun européen en matière d'objection de conscience sortirait grandement consolidé de l'élaboration d'un Protocole additionnel à la Convention européenne garantissant l'objection de conscience au service militaire.

WOLFGANG LOSCHELDER

Faculty of law University of Bochum

THE NON-FULFILLMENT OF LEGALLY IMPOSED OBLIGATIONS BECAUSE OF CONFLICTING DECISIONS OF CONSCIENCE - THE LEGAL SITUATION IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (FRG)

I. THE CONFLICT BETWEEN OBEYING THE LAW AND EXERCISING FREEDOM OF CONSCIENCE AND ITS SOLUTION

1. The modern state can only fulfill its function of preserving peace and order and providing a framework within which its citizens can develop, if the latter recognize their responsibility to obey the law and to adjust their behaviour accordingly. If individuals refuse to obey the law and give as their reason a conflicting decision of conscience, then a conflict arises which affects in its core the relationship between the state and its citizens. This not only applies to the relationship to the citizens actually concerned in a given situation, but also to the citizens of the whole country, and this is true not only according to democratic standards but also to standards based on the rule of law. For in a state in which the rule of law prevails each individual's obedience is based on the expectation that all the rest are also bound by the law. In a democratic state, on the other hand, the constant possibility of changing majorities presupposes that everybody, even the members of a minority, will respect as the will of the entire people a law which has been passed by the majority. In either respect the binding nature of a law is consequently based on the fact that it is by its very nature a "general" law. It can consequently by no means be taken for granted that a legal system should provide for exceptions from the general validity of a law for a case in which an individual claims that he cannot, for

reasons of conscience, fulfill the obligations imposed upon him. Moreover, the more generously it permits such exceptions, the more carefully it must take precautions to prevent the jeopardizing of the general binding nature of the law and thus the democratic order based on the rule of law.

a) The German constitution, the "Grundgesetz" (Basic Law), guarantees in article 4 paragraph 1 for each individual both religious freedom and freedom of conscience. Without any reservations whatsoever it designates this freedom as "inviolable". Moreover, art. 4 par. 3 Grundgesetz (GG) provides for the particular and highly problematic case of individuals who refuse for reasons of conscience to fulfill their elementary civic obligation of defending their country. According to this regulation no one can be forced to render "active military service" against his conscience, "the details", i.e. the procedural organization being left to the federal legislature. In addition, art. 12a par. 2 GG provides for legally instituting an alternative civil service. Further constitutional regulations that also deal with the freedom of conscience — e.g. prohibitions according to art. 3 par. 3 GG against establishing privileges or implementing disadvantages for reasons of creed or political ideology — will be disregarded in the present discussion.

b) On the level of sub-constitutional law the stipulations provided by the constitution must be mentioned regulating the refusal to render military service and the alternative civil service. In addition, the stipulations in procedural and the law of civil servants concerning oaths are of relevance. They make it possible for those people obliged to swear an oath — e.g. witnesses or civil servants, judges and members of the military — to dispense with a religious formulation and to replace an oath or a vow with a different kind of affirmation.

2. Art. 4 par. 1 GG guarantees, to use the words of the Bundesverfassungsgericht, the Federal Constitutional Court, "the freedom of conscience and its decisions which constitute the moral autonomy of the individual" (BVerfGE 12, 45, 54). It thus regards freedom of conscience as an integral part of human freedom and dignity in general and consequently interprets it as the highest legal principle. This

provides the basis for the entire concept of protection of conscience in constitutional law and elsewhere.

a) Above all the basic priorities are thus established. The binding character of the law does indeed constitute the necessary and absolute rule. But if in individual cases it can be unequivocally concluded that the person concerned is not in a position to comply with the legal authority for reasons of conscience, then this decision has priority as a matter of principle and the law must give way. And there is no penalty for non-compliance with the law.

b) On the other hand this basic priority may not be taken out of the context of the constitution and set up as an absolute value over against all the other constitutional stipulations. As can be seen from the wording of art. 4 par. 1 GG, a simple act of the legislature may not restrict this right. However, this unconditionally guaranteed freedom is not "unlimited" (BVerfGE 30, 173, 193). If it conflicts with other rights and values guaranteed by the constitution it has to be determined in each individual case which one is to be granted precedence. The criteria for making such decisions are in particular the rank of the competing positions and the degree of the impediments imposed.

c) If after such a consideration of conflicting constitutional values it has been established that the moral decision of the individual concerned takes precedence, then the latter is exempted from complying with the law. If it does not take precedence, he continues to be bound by the law. Yet even then the individual's plight of conscience can justify mitigating legal sanctions — e.g. criminal procedures — which are the result of a violation.

3. The unconditional guarantee and the far-reaching consequences make it necessary to determine as precisely as possible the exact nature and the extent of the freedom to be protected. In this context the very nature of this freedom causes extensive difficulties when a legal study is necessary.

a) This question already comes up when the term "conscience" is discussed from a legal standpoint. It cannot be answered simply by adopting theological, philosophical, or psychological positions.

This is not permissible for the simple reason that the ideologically neutral state would thus take sides in ideological controversies. On the other hand it cannot be left to the individual concerned to decide what conscience means, even if it is his self-determination which is being protected. No matter how important the individual's self-image is in this context, especially that of the divergent and singular individual, the state must at least define the limits of what it is willing to guarantee. Thus the state only has the possibility of resorting to an elementary understanding, about which a consensus can be reached. Accordingly the Bundesverfassungsgericht (BVerfG) has defined a decision of conscience as "any serious moral decision based on the categories of "good" and "evil" which the individual experiences as binding and absolutely obligatory for himself in any given situation, so that he could not act against it without suffering severe pangs of conscience" (BVerfGE 12, 45, 55).

b) As far as the extent of this protection is concerned, legal scholars are agreed that it includes both the establishing of a basic attitude in one's conscience and the particular decisions which ensue. Such a shielding of the inner sphere is by no means irrelevant, as is shown by psychic manipulation by means of drugs, hypnosis and other methods which could be misused by the state. However, justice would not be done to the constitutional importance and relevance of this basic right, if it did not also extend to the outer sphere, that is the expression of one's conscience and the actions which follow. Or again in the words of the BVerfG: "The freedom of conscience guaranteed by the constitution comprises not only the freedom to have a conscience but also the freedom not to be obliged by public authorities to act against prescriptions and prohibitions of one's conscience" (BVerfGE 78, 391, 395). However, it is this very interpretive step which causes the conflict with the claim of the legal order to be generally binding, since practically every aspect of human behaviour can be considered from the point of view of a subjective moral evaluation. Consequently it is all the more important to define the ultimate limits as clearly as possible.

c) This necessitates a demarcation in two directions. The first one concerns the criteria which form the basis of individual decisions. They must concern the moral sphere where decisions are

made according to the categories of "good" and "evil". It goes without saying that the state, which is bound by the obligation to remain neutral and avoid identification, does not have the right to judge such a decision according to the categories of right or wrong. However, the possibility must be excluded that mere considerations of "utility" or "desirability" can lead to an exemption from obedience to the law. The second demarcation concerns the seriousness of the decision, the weight it has for the individual concerned, the absoluteness with which he experiences the moral prescription or prohibition. Not every moral motive, not mere "conscientiousness", doubts or indignation are sufficient. Thus the BVerfG has correctly refused the protection of this basic right in the case of a lawyer who did not consider it to be compatible with his conscience to wear the officially prescribed gown in court (BVerfGE 28, 21, 23).

4. If it causes considerable difficulties to define the requirements for a decision of conscience as defined by art. 4 par. 1 GG, it is no less difficult to determine their actual existence in a concrete instance.

a) In some cases, however, the prevailing law considers it sufficient that the individual concerned simply claims to be acting on the basis of his conscience. This is in any case unproblematic if — as is the case in the refusal to take an oath in court — an equivalent legal alternative is available — the so-called "affirmation of equal force to an oath", especially if its misuse can be corrected by the same penal sanctions. Apart from this, however, the simple statement that a decision of conscience has been made does not meet the requirements of legally binding effect and equality before the law. On the other hand, evidence in the strict sense of the word cannot be demanded, because it is a question of internal, purely mental processes which in any case elude proof and counter-proof. An examination of a person's inner sphere is bound to fail not only because of practical but also because of constitutional limits. Thus as a rule the only recourse is for the person concerned to explain his decision in an understandable, conclusive, and convincing manner appropriate to the respective circumstances.

b) The misuse of the basic right of freedom of conscience can be countered by a detailed examination of the arguments proffered — albeit within the limits set out above. In this context conformance with a general — religious, ideological, philosophical — system of values will often provide a clue, but is not a *conditio sine qua non*. The same applies when the person concerned makes reference to acknowledged standards or convictions shared by a group, because the decision always has to be taken by the individual alone. Another possibility consists in testing the seriousness of the decision by means of an “irksome alternative”. It is compatible with the constitution to balance the advantage of an exemption from legal obligations by imposing a burdensome alternative — i.e. affirmation instead of oath, alternative civil service instead of military service. This will frequently be necessary in the interest of equality before the law or in order to secure a legal end. If the person concerned accepts this, it testifies to the seriousness of his decision.

II. CONSCIENTIOUS OBJECTION

1. The most important and at the same time most problematic case of refusing to obey the law for reasons of conscience is provided for in article 4 par. 3 GG: conscientious objection.

a) Just like art. 4 par. 1 GG — regulating the general basic right of freedom of conscience — par. 3 also grants the individual the (exceptional) right not to be called upon to fulfill his legal obligation. Everybody subject to the regulations in force on military service can take advantage of this right, but not groups or associations. In the exemption from military service the constitution's respect for the moral decisions of the individual reaches its uttermost limits. For general military service is the most elementary and far-reaching consequence resulting from democratic equality, and its fulfillment or non-fulfillment has an immediate impact on the stability of the state. In this context it ought to be taken into consideration that art. 26 par. 1 GG prohibits any war of aggression, so that art. 4 par. 3 GG only concerns the individual's share in defending society as a whole.

b) Accordingly, a decision of conscience meant to exempt a person from this duty must meet especially severe requirements. Al-

though the concept of conscience itself does not change, the very phrase “active military service” shows that the problem is one of exempting the person liable for military service from the necessity to kill a human being against his conscience. That is why it is a requirement — according to the joint ruling of the BVerfG and the Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), the Federal Administrative Court, — that the individual concerned should reject the use of weapons as a matter of principle and without exception, both in war and peace. According to this — partially criticized, but factually conclusive — interpretation it is not sufficient for the individual liable for military service to simply oppose taking part in a particular war, in a war in a particular situation or in a war waged with a particular kind of weapon (BVerfGE 12, 45, 58; BVerwGE 60, 336, 337). The exclusion of such decisions “based on particular situations” does not, however, mean that the general refusal to serve actively in the military may not have arisen from experiences in a concrete situation.

2. According to art. 4 par. 3 sentence 2 GG the (federal) legislature is to regulate the “details”. This is not an authorization to restrict the basic right. Rather the procedure is to be established which leads to exemption from military service and which at the same time is meant to prevent an abuse of conscientious objection, as far as this is possible (see e.g. BVerfGE 48, 127, 163).

a) The legal regulations established for this purpose make it necessary to examine the alleged decision of conscience in administrative proceedings and to have the decision officially recognized. Such a proceeding is in the interest of military justice, but is also indispensable for the state's ability to defend itself and for the proper functioning of the German Federal Armed Forces, as was correctly stressed by the BVerfG (BVerfGE 28, 243, 261; 48, 127, 166).

b) The procedure is initiated by a written application which has to be accompanied by a statement of reasons. The application can also be made after the draft call or after the appointment as a (career) soldier (see § 2 of the Act on Conscientious Objection).

3. The examination of the factual conditions must not degenerate to a mere formality which leaves the person concerned free to choose between military service and alternative civil service (the so-called "postcard solution": BVerfGE 48, 127 ff).

a) The application is first of all dealt with by the competent administrative authorities. Against their verdict an appeal may be made to the administrative courts.

b) In unproblematic cases the decision is reached by means of a written procedure, i.e. without a personal hearing of the applicant, if need be after further documentation has been submitted. Only if well-founded doubts about the truth of his statements cannot be dispelled, do special "committees on conscientious objection" reach a decision after the applicant has been heard. This — cautious — examination procedure is supplemented by a "test of conscience", i.e. if the applicant is allowed to refuse military service, he must render an alternative civil service.

c) Details of the examination procedure resulting above all from the law concerning conscientious objection (art. 1 of the Act to Reorganize Conscientious Objection and the Alternative Civil Service — dated February 28th, 1983) will not be further discussed in this paper.

4. Anyone who legitimately objects to rendering military service for reasons of conscience, i.e. anyone whose application has been approved in the described procedure by the competent authorities or by the administrative courts, has to render alternative service outside the German armed forces.

a) This legal consequence is not simply derived from art. 4 par. 2 GG, where only an exemption from "active military service" is provided for. According to this provision the logical consequence of conscientious objection would consist in "passive military service", i.e. the person concerned would merely have to be exempted from all forms of service in which he would have to use weapons or — in view of the division of labour involved in modern weapons systems — in which he would be concerned with technological processes directly associated with the use of weapons (examples: ammu-

nition supply, weapons maintenance, transmission of orders and news directly connected to the deployment of a weapon). The BVerfG has in addition included the training with weapons in times of peace under the provisions of art. 4 par. 3 GG, at least in an indirect manner (BVerfGE 12, 45, 56). The principle of reasonableness in any case dictates this, since otherwise the person concerned would be forced to learn in peacetime skills which he might refuse to employ in times of war. Furthermore the BVerfG has stipulated that anyone who applies for exemption after he has been drafted into the armed forces shall not be forced to bear a weapon until a verdict has been reached (BVerfGE 69, 1, 56).

b) By the authority of art. 12a par. 2 GG the legislature has provided regulations for an alternative civil service which — over and above the provisions of art. 12a par. 2 sent. 3 GG — is in all cases rendered outside of the armed forces. In this context tasks are performed primarily in the sphere of social services, for example in hospitals, homes for the aged and care-centers for the handicapped. In addition other public welfare services — e.g. in areas like environmental protection — may be included.

5. The organization of the alternative civil service has also been left to the federal legislature. According to the Act Concerning the Alternative Civil Service passed in 1986, which has in the meantime been amended several times, the individual rendering civil service has a particular status of service and allegiance under public law.

a) As the arguments brought forward so far have shown, the alternative civil service is by no means a freely eligible alternative to military service, a point which is frequently misunderstood in Germany. It is rather a privilege in the actual sense of the word granted to an individual by the state out of consideration for his plight of conscience.

b) According to art. 12a par. 2 sent. 2 GG the duration of the alternative civil service may not exceed the duration of the military service. By its very nature this stipulation presents a problem because it excessively restricts the principle of "burdensome alternative". With good reason therefore the BVerfG has fully utilized the

possibilities inherent in it (BVerfGE 69, 1, 28 ff.) — which has also been criticized. It has ruled that it is permissible to take into consideration not only the duration of basic military service but also periods of additional service (in particular reserve duty training); further that the actual burdens of military service, such as having to be on duty at irregular intervals or quartering in barracks, should be taken into account. Consequently the court ruled that a longer duration of the alternative civil service — amounting to approximately one third of the military service — is unobjectionable.

6. Art. 4 par. 3 GG makes a final binding settlement concerning the legal consequences of conscientious objection. Thus anyone who unjustifiably refuses to render military service according to the standards of this regulation is sanctioned by the full severity of the law, in particular the criminal code.

a) What is in particular ruled out in cases where the conditions of art. 4 par. 3 GG are not fulfilled is an exemption from military service according to the general principle of freedom of conscience as laid down in par. 1 (BVerfGE 19, 135, 138). This basic right, however, is applicable in cases where par. 3 does not apply. Although alternative civil service may not be refused on the basis of par. 1 because it serves as a surrogate for active military service, multiple punishment in the case of repeated refusal is inadmissible (BVerfGE 23, 191, 205 f.).

b) This pattern is to be applied whenever an applicant's conscientious objection petition does not receive approval. In particular the so-called "situational" refusal to serve (see above, sub II.1.b) cannot be justified by having recourse to art. 4 par. 1 GG. Yet it, too, can be based on a genuine decision of conscience, which must be taken into account when assessing the consequences. The non-fulfillment of legal obligations only indirectly linked with military service and national protection is not covered at all under art. 4 par. 3 GG but rather the general rules apply. For example, the payment of taxes cannot be refused because they serve the purpose of financing the national defense. Since in the national budget the individual taxes have no direct relation to particular national expenses, an exemption according to art. 4 par. 1 GG is not given.

c) The problem of refusing to render the alternative civil service as well (the so-called "total" objection) has occurred above all among members of particular religious sects. In the meantime the problem has become less significant because today the alternative service law provides for an additional solution. Accordingly the person objecting to the alternative civil service is exempt from his obligation if he can prove that he has taken up employment of a particular kind in the sphere of social services which entails the same burden in kind and duration. The person who is not willing to accept this either, is again subject to the general rules as outlined above.

III. OTHER CASES OF CIVIL DISOBEDIENCE FOR REASONS OF CONSCIENCE

Compared with conscientious objection all the other cases of civil disobedience for reasons of conscience are far less important. So in the following discussion a few general positions will be enlarged upon and a few particularly significant cases will be discussed.

1. In view of the fact that almost any legally prescribed action can be made the object of an individual moral decision, it is hardly profitable to attempt to develop a system of all possibly relevant legal regulations over and above what has been said so far.

a) Particular regulations for specific areas are only rarely available. These regulations concerning the obligation of a person to take an oath, which have always been the target of religious and moral doubts, were mentioned above (sub I.1.b). Moreover, the problem is regularly one of applying the criteria derived from the general basic right of freedom of conscience (art. 4 par. 1 GG) in the respective special field.

b) Thus the individual decision, as is characteristic of the administrative authorities and in particular of the law courts, takes on special significance. And indeed it is above all the courts, especially the BVerfG and the BVerwG, which have continuously given concrete form to the abstract principles of the constitution, have worked out the conflicts between competing constitutional values and established the details of the evaluatory mechanisms.

2. The necessity to exhaust all the aspects of the individual case should not, on the other hand, be misinterpreted so that the conflict between obedience to the law and freedom of conscience is lost sight of in unlimited and unstructured attempts to satisfy the principle of reasonableness.

a) The basic binding character of the law, but also the effective protection of serious decisions of conscience rather require a minimum of clear and consistent guidelines which the concrete evaluation can follow. In this context there are three elementary aspects which are to be emphasized. It can be disregarded whether they are understood as limitations originally inherent in the basic right of freedom of conscience or as restrictions of its extent imposed by the constitution. In the first place freedom of conscience does not exempt a person from his fundamental loyalty to the order of the state. The continued existence and functioning of a state and its institutions, the unity of society as a whole and its unswerving peacefulness are preconditions for the protection of the individual conscience and cannot be sacrificed. The use of force is consequently never justified. There can be no curtailments of the criminal code, at least as far as direct actions are concerned. And for the same reason the person concerned has the general obligation of explaining why he cannot fulfill a legal obligation for reasons of conscience. In the second place a person dissenting for reasons of conscience has the obligation to practice tolerance. Just as the respect for his position is based on tolerance, he also has the obligation to uphold the personal dignity and freedom of others. He has to tolerate the expressions of other people's opinions just as they tolerate his. Under no circumstances does his dissension give him the right to violate the values and rights of third parties. Finally this basic right does not cover any infractions against the moral code, understood as fundamental moral concepts which hold a pluralistic society together and give it its form.

b) This again leads back to the tasks of the (federal — and state —) legislatures. They consist, as has been shown, less in conclusively solving all imaginable conflicts. But in order to conceptualize them and cope with them the legislature formulates precisely the conflicting values by e.g. justifying administrative obligations, pass-

ing criminal laws, and conceding private rights to third parties. On the other hand the legislature can make more precise demands concerning the explanation of decisions of conscience and regulate the forms and procedures through which they can be asserted. Even if in this context the limits established by the constitution are only outlined and not shifted, the scope is at any rate clear which the concrete law has at its disposal.

c) In this context it should be mentioned that the legislature, as far as possible, should create alternatives for the person concerned, should provide the "burdensome equivalent" to reestablish equality before the law.

3. Both the legal organization in the various spheres and the decisions of the court in individual cases show all in all the endeavour to reconcile opposing interests in a conciliatory manner. That one or the other regulation and decision has been criticized is normal in view of the nature of this problem. It cannot be denied, however, that the laws and their application on the whole — just like their discussion in legal scholarship — do justice to the importance which the constitution has accorded to the freedom of conscience, but that the laws also counteract excesses with all necessary vigour.

a) Numerous cases in which the law has been applied concern the fulfillment of civic duties. The obligation to take an oath has already been discussed in this connection. The same is true of the obligation to pay taxes, especially in view of national defense spending. Because it is absolutely necessary to collect taxes for fulfilling the state's functions, it can be generally concluded that anyone who refuses to pay taxes for reasons of conscience has to put up with the "burdensome alternative" that they will be collected by force. The obligation to take on public office in an honorary capacity as a rule does not violate the principle of freedom of conscience either (cf. Hessian Administrative Court, in: NJW 1947/48, p. 319). Finally the principle of freedom of conscience is not contradictory to the state's justified necessity to collect information (see the decision of the Bavarian Constitutional Court, BayVerfGHE 3, 4 ff. concerning the duty of a citizen to testify in criminal cases; for a basic decision concerning the problem of "informational self-determination" see

BVerfGE 65, 1 ff. — the verdict on the census —). Mass objection deliberately used as a political instrument is always an abuse and thus inadmissible.

b) When other legal obligations are refused, an examination has to be made as to whether it is a genuine decision of conscience, and if so, if it takes precedence over other competing constitutional values. So in cases like legally imposed health examinations on large segments of the population or the obligation to be vaccinated the problem is not of sufficient significance. But even if a different opinion may be reached in certain individual cases for the people concerned, this freedom reaches its limits when the spreading of an epidemic is imminent, especially when many people have refused to be treated (see on this question e.g. — without further discussion of the aspect of conscience — BVerwGE 9, 78, 79 f.). If the payment of public benefits such as social security depends on a medical examination and the person concerned refuses to have one, then he may have to put up with the loss of this benefit.

c) It is a question of conflicting legal values of the highest priority if a life-saving medical operation has to be undertaken, but the necessary approval of the relatives responsible for the care of the individual is denied. In this connection one might think of the parents who do not permit a blood transfusion for their child. They have to accept the fact that the public authority, i.e. the guardianship court, will assume the right to make a decision in their stead. Another side of the question is to what extent they have committed an offense by their action and what punishment they will have to suffer (see the unfortunate decision of the BVerfGE 32, 98 ff.).

d) Whether the fulfilling of contractual obligations may be refused, e.g. in the case of a debtor who refuses to pay for reasons of conscience, cannot be directly deduced from art. 4 par. 1 GG. For this basic right, like all other basic rights in general, primarily concerns refusal of obligations to the state, not to private third parties. Like all other basic rights its effect is, however, not restricted to the creation of subjective rights. It has, over and above this aspect, an objective legal dimension, it is part of a constitutional system of values by which simple statute law, including civil law, has to be measured. In this connection it is above all the "general clauses" — ac-

ording to which a service should be rendered "in good faith" and a contract offending "common decency" is null and void — that are covered by such an "indirect third party effect" of the basic rights (see the basic decision of the BVerfG, in: BVerfGE 7, 198, ff.). Consequently it is quite possible that in individual cases a contractual service may be refused for reasons of conscience. Nevertheless, contractual fidelity constitutes an essential legal value and has a direct connection to the constitutionally protected human freedom of decision. Accordingly the breach of a contract freely entered into is only possible under certain circumstances outside of the possibilities provided for in civil law. In each case it has to be examined whether the demands of the private conscience cannot be satisfied even without a breach of contractual obligation. Thus the payments for electric current cannot be refused simply because this current comes partly from nuclear power stations (cf. Hamburg Municipal Court, NJW 1979, p. 2315 f.), and this is not possible apart from all other considerations for the simple reason that the person concerned is free to cut his use of electricity at will.

e) Particular obligations ensue when the individual — as a civil servant or soldier, a pupil, an inmate of an institution or a prison — is integrated into processes of an official or institutional nature. However, even in such special relationships the freedom of conscience rooted in a person's inner being remains of course inviolable. On the other hand, in these cases the interests of society as a whole touch very closely the private sphere. Consequently they have to be evaluated with all the special importance that accrues to them in these cases. Thus a civil servant is obligated to obey legitimate official directives, a female criminal investigation officer has to carry a weapon (BVerwGE 56, 227 ff.), a teacher has to refrain from ideologically influencing his pupils (see e.g. BVerwG, Buchholz 11 art. 4 no. 43), that is to say: the basic pattern of the argumentation does not change. The conflicting values are merely — as is always the case — viewed under the aspect of significance which they have in the particular circumstances.

ABKÜRZUNGEN (ABBREVIATIONS)

art.	= Artikel (article)
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Bavarian Constitutional Court)
BayVerfGHE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, Band und Seite (Official Publication of the Decisions of the Bavarian Constitutional Court, No. of edition and page no.)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court)
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band und Seite (Official Publication of the Decisions of the Federal Constitutional Court, no. of edition and page no.)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court)
BVerwGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Band und Seite (Official Publication of the Decisions of the Federal Administrative Court, No. of edition and page no.)
e.g.	= <i>exempla gratia</i> (for example)
f.	= <i>following</i>
ff.	= <i>further following</i>
FRG	= Federal Republic of Germany
GG	= Grundgesetz (Basic Law)
i.e.	= <i>in exemplum</i> (for example)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (New Legal Weekly, legal periodical)
no.	= <i>number</i>
par.	= Absatz (Paragraph)

BIBLIOGRAPHY

- ADOLF ARNDT, *Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1957, S. 764 ff.
- WILFRIED BERG, *Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AÖR) 107 (1982), S. 585 ff.
- HERBERT BETHGE, *Gewissensfreiheit*, in *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, S. 435 ff.
- ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL) 28 (1970), S. 33 ff.
- ROMAN HERZOG, *Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 1969, S. 718 ff.
- ROMAN HERZOG, in *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum Grundgesetz*, Artikel 4.
- JOSEF ISENSEE, *Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, 1980.
- HANS H. KLEIN, *Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat*, in *Bernd Rüthers/Klaus Stern* (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, 1984, S. 177 ff.
- JOSEPH LISTL, *Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit*, in *Ernst Friesenhahn/Ulrich Scheuner* (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Band 1974, S. 363 ff.
- JOSEPH LISTL, *Gewissen und Gewissensentscheidung im Recht der Kriegsdienstverweigerung*, in *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1985, S. 801 ff.
- NIKLAS LUHMANN, *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AÖR) 90 (1965), S. 257 ff.
- ADALBERT PODLECH, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, 1969.
- ULRICH SCHEUNER, *Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit*, in *ders., Schriften zum Staatskirchenrecht*, hrsg. von Joseph Listl, 1973, S. 65 ff.
- CHRISTIAN STARCK, in *von Mangoldt/Klein/Starck*, *Das Bonner Grundgesetz*, 3. Aufl., Band 1, 1985, Artikel 4, S. 418 ff.
- UDO STEINER, *Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit* (Art. 4 I, II GG), in *Juristische Schulung* (JuS) 1982, S. 157 ff.
- REINHOLD ZIPPÉLIUS, in *Bonner Kommentar* (Drittbearbeitung), Artikel 4.

JEAN DUFFAR

Faculté de droit Université de Paris Saint-Maur

L'OBJECTION DE CONSCIENCE EN DROIT FRANÇAIS.

SUMMARY: I. PRINCIPES FONDAMENTAUX DU CONFLIT ENTRE L'OBEISSANCE A LA LOI ET LA LIBERTE DE CONSCIENCE. — 1. L'obéissance à la loi. — 2. La liberté de conscience — 3. L'objection de conscience dans la tradition française. — II. LES OBJECTEURS DE CONSCIENCE ACCOMPLISSENT LES OBLIGATIONS DU SERVICE NATIONAL. — 1. Le service des objecteurs de conscience est une des formes du service national; A. *Le service des objecteurs est organisé par le Code du Service National*; B. *Le ministre chargé des armées est compétent pour agréer les demandes des objecteurs.* — 2. Le service des objecteurs de conscience est partiellement assimilé au service de défense. — A. *La définition des infractions*; B. *La répression des infractions.* — III. LES OBJECTEURS DE CONSCIENCE ACCOMPLISSENT UN SERVICE NATIONAL DE CARACTERE CIVIL. — 1. Les objecteurs sont placés sous l'administration du ministre de la solidarité; A. *Le Ministre de la solidarité organise et éventuellement décide l'affectation des objecteurs*; B. *Le ministre de la solidarité exerce un pouvoir de surveillance sur les objecteurs.* — 2. Les objecteurs effectuent leur service auprès d'organismes d'affectation de caractère civil. — A. *Les organismes d'affectation sont soumis au contrôle du Ministre de la solidarité*; B. *Le service civil des objecteurs est placé sous la responsabilité directe des organismes d'accueil.* — CONCLUSION: Un service civil non armé d'utilité publique accessible égalitaire et non discriminatoire.

I PRINCIPES FONDAMENTAUX DU CONFLIT ENTRE L'OBEISSANCE A LA LOI ET LA LIBERTE DE CONSCIENCE

Le droit français, pour des raisons tenant au régime de la loi, ne fait prévaloir qu'exceptionnellement la liberté de conscience (2) sur le principe de l'obéissance à la loi (1) Au nombre de ces exceptions qui doivent elles-mêmes être prévues par une loi figure l'objection de conscience qui n'a été reconnue que tardivement (3).

1. *L'obéissance à la loi*

L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 permet d'appréhender deux caractères de la loi. Premier caractère: La définition: "La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation". La loi résulte d'une consultation du peuple (directe ou indirecte) de caractère égalitaire. Elle ne peut donc en principe être oppressive.

Second caractère: "Elle doit être la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" Elle doit réaliser son objet dans l'égalité. Chacun doit dans ces conditions obéir à la loi: "Tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance (art. 7)". Dans cette logique, il n'y a pas de place pour la désobéissance à la loi. Il ne peut donc exister théoriquement un conflit entre l'obéissance à la loi et la liberté de conscience.

2. *La liberté de conscience*

La liberté de conscience est d'abord proclamée par l'article 10 de la même Déclaration de 1789. Il n'existe plus de délit d'opinion — aucune pensée n'est constitutive d'une infraction pénale — mais bien plus "nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses". Chacun, sans discrimination, peut penser ce qu'il veut sans inconvénient. En revanche, on ne peut pas tout dire. Il ne faut pas que l'expression "la manifestation" des opinions trouble l'ordre public établi par la loi. Dans un éventuel conflit entre l'expression de l'opinion individuelle et la préservation de l'ordre public les hommes de 1789 donnent la primauté à l'ordre public. Le terme conscience n'est naturellement pas défini puisqu'il n'est même pas employé dans le texte.

Le mot n'est pas davantage utilisé dans le préambule de la Constitution Française du 27 octobre 1946 qui a valeur constitutionnelle. La liberté d'opinion est ici également appréhendée de façon négative: "Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances".

Enfin, l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que la FRANCE: "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion; Elle respecte toutes les croyances". N'est-ce pas la définition de la laïcité, c'est à dire de la neutralité de l'Etat à l'égard des croyances ?

L'ensemble de ces textes n'a pas pour objet de faire prévaloir les exigences de la conscience individuelle sur la règle générale. Bien au contraire, la loi étant présumée égale pour tous échappe par définition à toute critique. Nul ne pourra — en l'absence de texte — invoquer les exigences de sa conscience pour s'exonérer des prescriptions de la loi (1). Il existe en revanche des hypothèses rares pour lesquelles le législateur a, par une disposition expresse, prévu la possibilité d'inapplication ou d'aménagement de la loi pour des motifs de conscience. L'exemple le plus connu est l'article L 162-8 du Code de la Santé Publique qui dispose: "Un médecin n'est jamais tenu de donner suite à une demande d'interruption de grossesse ni de pratiquer celle-ci mais il doit informer, dès la première visite, l'intéressée de son refus. Sous la même réserve, aucune sage-femme, aucun infirmier, ou infirmière, aucun auxiliaire médical quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Un Etablissement d'hospitalisation privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux. Toutefois, dans le cas où l'établissement a demandé à participer à l'exécution du service public hospitalier ou conclu un contrat de concession, en application de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, ce refus ne peut être opposé que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux". Dans sa décision n° 7454 du 15 janvier 1975, le Conseil Constitutionnel a déclaré cette loi conforme à la Constitution au motif notamment: "que la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique" (2). Le second exemple est celui de l'ob-

(1) "N'est pas consacré par la loi une quelconque possibilité "d'objection de conscience à titre personnel" Paris 24.02.1988 Edidata n° 88350.

(2) B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S.T.H., 1988, p. 209 n° 347 et références.

jection de conscience (3): La possibilité d'effectuer un service national civil non armé a été ouverte aux appelés d'abord par la loi n° 631255 du 21 décembre 1963 puis élargie par la loi n° 83 605 du 8 juillet 1983 qui ont successivement modifié le Code du Service National (C.S.N.). Cette reconnaissance juridique est récente. En effet, même si la contestation du service armé a, dans l'histoire des idées politiques, des titres d'ancienneté, la revendication effective de l'objection de conscience a été jusqu'ici minoritaire en FRANCE (4).

3. *L'objection de conscience dans la tradition française*

Malgré les prises de position religieuses d'abord des Eglises issues de la réforme, puis plus récemment de Benoît XV opposé à la conscription, celle-ci devant être, selon le Pape, le premier acte de désarmement (5), l'objection de conscience n'est pas une idée-force dans la pensée politique Française. On ne peut sans doute oublier la pétition apportée par des anabaptistes en 1793 au Comité de Salut public demandant qu'on leur assigne un service militaire dans l'exercice duquel ils n'auraient pas à porter des armes. Leur demande fut agréée et leur régime maintenu jusqu'à la Restauration (6). L'objection de conscience apparut alors comme une atteinte à la conscription universelle qui traduit, sous la forme de l'impôt du sang, un aspect fondamental de l'égalité des citoyens. L'attachement à l'égalité explique que n'ont guère été entendues les personnalités, d'ailleurs peu nombreuses, qui se sont exprimées en faveur de l'objection de conscience. On pense principalement à Jean JAURES, à Romain ROLLAND, à LÉON BLUM, à LANZA DEL VASTO qui a fait connaître la non violence et la désobéissance civile pratiquée par GANDHI. Seule la ténacité de Louis LECOIN a eu une incidence directe sur l'adoption du

(3) L'expression désigne en français le refus du service militaire pour des raisons d'ordre politique ou religieux. Elle n'a pas une portée plus large.

(4) Sur l'objection de conscience V. J.P. CATTÉLAIN, *L'objection de conscience*, P.U.F., 1973; M. AUVRAY, *Objecteurs, insoumis déserteurs, Histoire des réfractaires en France*, Paris, Stock, 1983; J. ROBERT et J. DUFFAR, *Libertés publiques et Droits de l'Homme*, Montchrestien, 1988, p. 269 et 392-400.

(5) 1854 — 1922 Pape de 1914 à 1922.

(6) J.F. THÉRY, *Le statut des objecteurs de conscience en France et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, E.D.C.E. 1980-81, p. 116.

statut (7). Dans plusieurs pays, où l'influence de la Réforme est prépondérante, l'objection de conscience est juridiquement reconnue dès le début du XXe siècle (8). En FRANCE, il faut attendre le 1er décembre 1949 pour que soit déposée la première proposition de loi tendant à la création d'un service civil pour les objecteurs de conscience. Cette proposition dont le statut de 1963 s'inspira plus tard, fut renvoyée à la Commission de la Défense Nationale et ne vint jamais en discussion. Un nouveau projet rédigé par Albert CAMUS, prix Nobel de littérature, fut présenté au Gouvernement le 15 octobre 1958. Malgré le rayonnement moral de son auteur, il ne fut pas retenu, mais l'idée d'un service Civil de remplacement fut reprise plus tard.

(a) Louis LECOIN, militant pacifiste reprit la grève de la faim en mars 1962 et le statut fut voté par la loi du 21 décembre 1963 (9). C'est sur l'insistance du chef de l'Etat — le Général de GAULLE — et de son premier Ministre, Georges POMPIDOU, que le projet vit le jour. Le vote ne fut acquis à l'Assemblée Nationale en première lecture que par la Procédure du vote bloqué. Le Sénat rejeta le projet et ne le vota pas. Le texte ne fut définitivement adopté qu'en quatrième lecture par l'Assemblée Nationale par application de l'article 45 dernier alinéa de la Constitution (10).

(b) Les conditions d'adoption de la loi n° 83 605 du 8 juillet 1983 modifiant le Code du Service National ont montré, sinon la réticence des parlementaires résignés à élargir l'objection de

(7) *Le cours d'une vie*, 1965.

(8) Norvège: 1900; Suède: 1902, Australie: 1903; Afrique du Sud: 1912; Grande Bretagne: 1916 (Les Quakers avaient été exemptés de service pendant les guerres Napoléoniennes); Canada, Danemark, Etats-Unis: 1917; URSS: 1919; Pays Bas: 1921 (La première exemption fut accordée aux Mennonites en 1549 et 1580; Finlande: 1923).

(9) La France appartient au groupe de pays qui n'ont reconnu l'objection de conscience qu'après la 2^{ème} guerre mondiale, RFA 1949; Autriche 1955; Luxembourg 1963; Belgique 1964; Italie 1972; Portugal 1976; Espagne 1977. En Europe seuls la Turquie, Chypre et la Suisse n'acceptent pas l'objection de conscience. Dans ce, dernier pays, lors de l'initiative populaire du 26.2.1984, 64% des votants s'étaient exprimés contre l'introduction d'un service civil en Suisse. Il y aurait actuellement 125.000 objecteurs dans l'Europe des douze dont 70.000 en R.F.A. pays où depuis que l'objection a été proclamée 1 million d'objecteurs ont été reconnus.

(10) V. J.F. THÉRY, *op. cit.* p. 118.

conscience, du moins leur relative indifférence. Pourtant le nombre des objecteurs est en augmentation constante, même si celle-ci est lente (11) et le niveau général de ces appelés est élevé (12). Le législateur a voulu que les objecteurs accomplissent un service civil non armé d'utilité publique accessible, égalitaire et non discriminatoire.

— Les objecteurs de conscience accomplissent les obligations du Service National (II).

— Les objecteurs de conscience accomplissent un service civil non armé (III).

II. LES OBJECTEURS DE CONSCIENCE ACCOMPLISSENT LES OBLIGATIONS DU SERVICE NATIONAL

La FRANCE est un pays de conscription ou: "Le Service National est universel (13). Les femmes n'y sont pas assujetties mais peuvent à titre volontaire avoir accès aux différentes formes du service national (14). Elles ne peuvent en conséquence bénéficier du statut d'objecteur de conscience (15). Pourtant le personnel féminin est expressément désigné dans l'article 43 de l'Ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la Défense (16). C'est par

(11) 1/1/1985: 2.817; 1/1/1986: 3.525; 1/1/1987: 4.078; 1/1/1988: 4.608; 1/1/1989: 4.863; 1/1/1990: 5.250.

(12) Le niveau général moyen des objecteurs s'élève à 14,6, à 10,58 dans l'armée de terre, 11,71 dans l'armée de l'air, à 10,92 dans la Marine et 13,47 dans la gendarmerie, G.M. CHAUVÉAU le Service National, la Documentation Française 1990, p. 16 et 27.

(13) L 1, CSN. En 1987 les objecteurs représentaient seulement 0,6 % de l'effectif.

(14) L 3 al. 2, CSN.

(15) R 228, CSN, Dans la réalité, on ne peut cependant exclure que des engagés volontaires deviennent ultérieurement objecteurs. Certaines législations l'admettent (Irlande, et Grande-Bretagne) A. Eide et C. Mubanga-Chipoya, l'objection de conscience au service militaire, Rapport établi en application des résolutions 14 (XXXIV) et 1982/30 de la Sous Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des Minorités, Nations Unies 1985, E/CN.4/Sug.2/1983/30/Rev.1, n° 85.

(16) L'article 43 prévoit notamment que dans les circonstances décrites par les articles 2 et 6 (mobilisation générale, mise en garde, menace portant notamment sur une

rapport aux obligations prévues dans cette Ordonnance que certaines femmes se seraient déclarées objecteurs. Non prévues par ce texte, ces déclarations sont en tout cas étrangères à la loi du 8 juillet 1983 et au Code du Service National dont le champ d'application est limité aux seuls "jeunes gens soumis aux obligations du service national" (17).

Malgré son caractère universel, le service national peut faire l'objet d'exemptions (18) et de dispenses (19). Les objecteurs de conscience n'entrent pas dans ces catégories: ni exemptés, ni dispensés, ils accomplissent leur service national comme les autres appelés (20). C'est un service civil non armé (21). Cependant pour des raisons qui tiennent à la généralité du Service national et au principe d'égalité de tous les appelés, le service des objecteurs de conscience est organisé par les textes qui règlent le service national et partiellement administré par les autorités compétentes en matière militaire. Le service des objecteurs de conscience est une des formes du service national — 1-. Le service des objecteurs de conscience est partiellement assimilé au service de Défense (2).

partie du territoire, sur un secteur de la vie nationale ou sur une fraction de la population) le personnel féminin peut être réquisitionné et qu'en tout temps les personnels féminins susceptibles d'occuper des postes nécessaires à la défense sont soumis aux obligations de recensement et de déclaration concernant leur état civil, leur domicile ou résidence et leur situation professionnelle et familiale.

(17) L 116-1 CSN Voir Le Guide Pratique de l'objection de conscience 2ème édition (Mouvement des objecteurs de conscience (M.O.C.) p. 24. Le même ouvrage signale (p. 106) qu'aux Etats-Unis pays où la conscription n'existe plus depuis 1972 mais où le recensement est obligatoire depuis 1980, l'objection de conscience s'exprimerait par le refus de se faire recenser. Il y aurait 500.000 cas de refus de recensement de puis 1980.

(18) L 29 C.S.N.

(19) L 31 C.S.N. Le taux d'exemption et de réformes atteint environ 27 % de la classe d'âge soit 99.047 hommes en 1988 sur 497.212. Un homme sur quatre n'accomplit pas son service national G.M. CHAUVÉAU *op. cit.* p. 12. La même année 3.003 objecteurs étaient agréés.

(20) "Tout système de service militaire obligatoire impose au citoyen une lourde charge qui ne doit être considérée comme acceptable que si elle est partagée équitablement entre tous et si toute exemption de l'obligation d'accomplir le service se fonde sur des raisons solides. En effet, si certains citoyens étaient exemptés sans motif valable, il se poserait une question de discrimination à l'encontre de leurs concitoyens. Com. Europ. Dts de l'Homme D 10410/83, 11.10.1984 DR 40/212.

(21) V. la IIIème partie n° 43 et s.

1. *Le service des objecteurs de conscience est une des formes du service national*

Le droit français est davantage attentif à l'aménagement qui doit être apporté au service national plutôt qu'à l'idéologie qui inspire les objecteurs: Le service des objecteurs de conscience est organisé par le Code du Service National (A), Le Ministre chargé des Armées est compétent pour agréer les demandes des objecteurs (B).

A. *Le service des objecteurs est organisé par le Code du Service National*

Le service des objecteurs de conscience est une des formes que revêt le service national. Il ne procède donc pas juridiquement de dispositions propres à la liberté d'opinion ou de conscience. Il est régi par la loi relative au service national (1) et les demandes des objecteurs sont déposées par référence aux périodes d'accomplissement du service national (2).

1. *Le service des objecteurs est régi par la loi relative au service national.* — A la différence de certains pays dont la Constitution proclame le principe de la conscription universelle (22) celle-ci est instituée en droit français par un texte seulement législatif: l'article L 1 du Code du Service National. De même, le droit à l'objection de conscience qui n'est expressément cité par aucune convention internationale (23), en revanche se trouve expressément reconnu ou

(22) La conscription universelle est instituée par les constitutions des pays suivants: RFA; Brésil, 1979, art. 92; Bulgarie, 1947, art. 91; Cap Vert art. 14; Colombie art. 165; Danemark art. 281; El Salvador art. 113; Grèce, 1952, art. 3; Haiti art. 189; Honduras, 1965; Hongrie, 1949; Koweït, 1976, art. 47 et 157; Maroc art. 16; Mexique art. 5 et 31; Norvège, 1914; Portugal art. 276; Roumanie art. 36; Suisse, 1874, art. 18; Tchécoslovaquie 1960; Turquie, 1961, art. 60; URSS, 1977; Vénézuëla 1961; Yougoslavie art. 241; Zaïre 1964.

(23) On ne peut déduire ce droit des dispositions de la Déclaration UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME (art. 18 et 19) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art. 9 et 10) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 18 et 19) relatives à la liberté de conscience et de religion et à la liberté d'opinion et d'expression.

garanti par certaines constitutions (24). La situation est différente en droit français: Même si dans le débat politique et parlementaire l'objection de conscience a été présentée comme l'expression de la liberté d'opinion et de conscience voire, la forme avancée du respect du droit à la vie, elle n'a pas été reconnue comme un droit fondamental constitutionnel. Le législateur a seulement prévu dans le texte relatif au service national le service des objecteurs de conscience. L'expression de l'objection de conscience en droit français n'a donné lieu qu'à une organisation particulière du service national (25).

Ainsi, ni prévue, ni impliquée par la Constitution, pourrait-elle être théoriquement supprimée par le législateur qui l'a instituée. Il n'en résulterait pas la violation d'une disposition constitutionnelle explicite (26). Le Gouvernement pourrait aussi — toujours en principe — apporter des modifications substantielles à son contenu eu égard à l'importante partie réglementaire du Code du service National qui lui est consacrée (27). Ce caractère de "service" national demeure mal accepté par certains objecteurs d'ailleurs très minoritaires. Ceux-ci considèrent que le lien avec l'institution militaire est encore trop lourd. Leur réticence les conduit parfois à refuser même de demander le statut, se rendant ainsi coupables d'insoumission (28).

2. *Les demandes des objecteurs sont présentées par référence aux périodes d'accomplissement du service national.* — La date de présentation des demandes devait être fixée par rapport à des repères. Ce sont les périodes d'accomplissement du service national qui ont été retenues. Ce choix souligne encore que le service des objecteurs est soumis comme les autres formes de service à des

(24) Autriche art. 9 a (3); Brésil; Guyane; Pays Bas art. 99 (189); Portugal art. 41 (5); RFA art. 4 (3); Surinam art. 122 6; Zambie.

(25) Loi n° 63 1255 du 21 décembre 1963, Loi n° 71424 du 10 juin 1971; Loi n° 83 605 du 8 juillet 1983 modifiant le Code du Service National.

(26) Cette constatation ne permet pas d'exclure, que le Conseil Constitutionnel éventuellement saisi par application de l'article 61 de la Constitution puisse déclarer la loi non conforme aux principes de valeur constitutionnelle.

(27) R 227-1 à R 227-20 C.S.N.

(28) Cette attitude est parfois prise par certains témoins de JÉHOVAH qui refusent le service armé et le service de substitution. En raison de cet empêchement de caractère religieux, ils sont dispensés de tout service en Suède. V. D. 10410/83, 11.10.1984 (préc.) DR 40/203.

contraintes communes. Les objecteurs sont en effet tenus de se conformer aux règles concernant l'appel au service (29). La loi de 1983 a étendu les délais de présentation des demandes avant l'incorporation (b) (30) et a introduit la possibilité de présenter une demande après l'accomplissement du service national — c — mais d'abord elle a permis que l'appelé soit informé de l'existence du service des objecteurs de conscience (a).

a) L'information sur l'existence du service des objecteurs de conscience

(a) L'intitulé de la loi 63 1255 du 22 décembre 1963 relative à "certaines modalités particulières à l'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement" ne révélait pas le statut des objecteurs de conscience qu'elle instituait. Plus explicites, les dispositions introduites dans le Code du Service National par la loi du 8 juillet 1983 mentionnent expressément "le service des objecteurs de conscience" qui est une des formes civiles non armées du service national. Les documents distribués aux jeunes gens recensés (31) font état du service des objecteurs et des conditions à remplir pour en faire la demande.

(b) Cette diffusion de l'information sur le service des objecteurs a été rendue possible par l'abrogation de l'ancien article L 50 du Code du Service National qui interdisait: "Toute propagande sous quelque forme que ce soit tendant à inciter autrui à "bénéficier des dispositions"... de la loi du 22 décembre 1963. Sans doute la propagande seule était-elle interdite et non l'information. Pourtant, la sévé-

(29) R 227-3 C.S.N.

(30) La nouvelle rédaction n'a pas repris la formule "à peine de forclusion" qui figurait dans l'ancien texte. Le Conseil d'Etat avait décidé que ni le ministre ni la Commission juridictionnelle (actuellement supprimée) n'avaient le pouvoir de relever un demandeur de la forclusion, CE 20.11.1974 Mior, rec. 570.

(31) Le recensement est obligatoire pour tous les français ages de 17ans. Il est annonce par voie d'affiche dans toutes les mairies et les établissements scolaires. Les Français qui ne se font pas recenser spontanément sont recensés d'office, ils sont en augmentation 14,94 % pour la classe 85; 21,41 % pour la classe 89. S'ils ne peuvent être joints au moment de leur appel au service actif, ils risquent d'être poursuivis pour insoumission. G.M. CHAUVEAU, *op. cit.* p. 81.

rité des sanctions pénales encourues (32) et aussi l'interprétation donnée par la jurisprudence à la notion de "propagande" (33) avaient en fait conservé à la loi du 22 décembre 1963 un caractère relativement confidentiel. L'article L 50 a été considéré comme une consigne de silence portant sur l'existence même du statut (34). Aujourd'hui, la législation et la pratique française sont conformes aux principes affirmés par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe (35) par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (36) et par le Comité des Ministres (37).

b) L'extension des délais de présentation des demandes

Le jeune homme qui ne devançait pas l'appel ne pouvait former sa demande de statut que dans le bref délai de trente jours à compter de la date de l'arrêté ministériel portant appel du contingent. Depuis l'entrée en application de la loi du 8 juillet 1983, si le terme d'expiration du délai reste inchangé, (38) en revanche, la demande peut être présentée à n'importe quel moment à compter — en fait — de la date de recensement (39). Le jeune homme qui devance l'appel (40) n'a plus à présenter simultanément les demandes de statut d'objecteur de conscience et d'incorporation; il peut présen-

(32) Six mois à trois ans de prison et une amende de 400 à 20.000 Francs.

(33) La Cour de Cassation a décidé que toute personne qui incite autrui à réclamer le statut "dans un but autre que de satisfaire des impératifs moraux" tombe sous le coup de la loi pénale Cass. Crim. 27.3.1974, Bull. Crim. 1974, p. 345 n° 135, même si seule pouvait être poursuivie la publicité constituant une incitation à échapper à l'obligation du service militaire Cass. Crim. 3/3/1980, Bull. Crim. 1980 p. 173.

(34) J.F. THERY, *op. cit.* p. 121.

(35) "Il est nécessaire d'informer la Personne astreinte au service militaire de ses droits immédiatement après la première notification d'inscription sur les listes ou d'appel imminent sous les drapeaux" Résolution 337 (1967) du 26.1.1967.

(36) Recommandation 816 (1977) du 7.10.1977.

(37) "En vue d'une application efficace des principes et règles de la présente recommandation, la personne soumise à l'obligation du service militaire doit être informée préalablement de ses droits. A cet effet, l'Etat lui fournit toutes informations utiles ou permet aux organisations privées intéressées d'en assurer la diffusion nécessaire" Recommandation aux Etats membres, R (87)8 du 9.4.1987.

(38) L 116-2 CSN.

(39) Les jeunes gens sont recensés à l'âge de 17 ans à la mairie de leur lieu d'habitation.

(40) L'appel est normalement à 19 ans mais il est possible au moment du recensement à l'âge de 17 ans d'obtenir un report d'incorporation jusqu'à l'âge de 22 ans.

ter sa demande de statut d'objecteur avant celle de l'incorporation (41).

L'appel n'est plus recevable à présenter une demande à de statut d'objecteur après son incorporation (42). Ce principe existe aussi dans d'autres législations (43). Le code du service national le met ainsi en oeuvre: le recours introduit devant le Tribunal Administratif contre le refus d'agrément de la demande de l'objecteur suspend l'incorporation (44). En effet, l'incorporation présente, par rapport aux demandes d'objecteur, un caractère irréversible. En revanche, le législateur français a permis que le changement d'opinion puisse s'exercer en sens inverse. L'objecteur, par une Déclaration expresse adressée au Ministre chargé des Armées, peut à tout moment demander à être incorporé dans une formation militaire (45). Cette possibilité existe également en temps de guerre. La demande dans ce cas vaut renonciation aux dispositions législatives du Code du Service National relatives au service des objecteurs de conscience (46).

c) Les demandes présentées après l'accomplissement du service national

Certaines manifestations d'objection sont interdites par la loi. Le Code du service National réprime l'assujetti au service national

(41) L 116-2-al. 4 C.S.N. Cette période commence à la date du recensement.

(42) Malgré un usage courant, le mot "incorporation" n'est pas défini par le Code du Service National qui ne précise pas non plus les modalités de l'incorporation au titre du service de défense. V. concl. de Monsieur l'Avocat Général DULLIN sur Cass. Crim. 4.3.1980, D 1980-J-330. Le Conseil d'Etat a décidé que les dispositions de l'article L 116-2 du C.S.N. qui limitent dans le temps le droit de demander le service d'objecteur de conscience ne sont pas incompatibles avec les dispositions claires de l'article 9 de la Convention Européenne des droits de l'homme relatives à la liberté de changer de religion ou de conviction, CE 8.6.1990, Chardonneau.

(43) La législation de certains états paraît autoriser les objecteurs à présenter des demandes à tout moment: RFA, Norvège, Suède. Cette possibilité paraît exclue pendant la durée du service militaire en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Italie, Pays Bas, RDA.

(44) L 116-3 al 2 C.S.N.

(45) L 116-7 al. 1 C.S.N. L'alinéa 2 précise que la durée du service accompli au titre du service des objecteurs de conscience sera imputée pour la moitié sur le temps de service national actif imposé au contingent avec lequel ils ont été incorporés.

(46) R 227-20 C.S.N.

qui, par exemple, a renvoyé son livret militaire (47). C'est le cas des réservistes qui revendiquent le statut d'objecteurs et refusent de conserver le livret national. Il a été jugé que cette violation de l'article L 133 du C.S.N. s'analysait comme un acte matériel et non comme une manifestation d'opinion (48). Une libéralisation a été introduite par la loi du 8 juillet 1983. Actuellement, les demandes d'objecteurs peuvent être présentées *après* l'accomplissement des obligations du service national actif et de la disponibilité ou lorsque les intéressés ont été exemptés ou dispensés; elles sont recevables à tout moment et valent renonciation au grade militaire éventuellement détenu (49). Pendant la disponibilité, dont la durée est de quatre ans après l'accomplissement du service national (50) la demande n'est pas recevable puisque les disponibles peuvent être convoqués à des manoeuvres d'entraînement (51).

B. *Le Ministre chargé des Armées est compétent pour agréer les demandes des objecteurs*

En rendant le Ministre chargé des Armées compétent pour agréer les demandes des objecteurs (52), le législateur a encore souligné par là que le service des objecteurs de conscience est une forme du service national. C'est au Ministre chargé des Armées que les objecteurs doivent adresser une demande motivée (1); c'est lui qui agréé les demandes (2); enfin les refus d'agrément sont susceptibles de recours (3).

1. *Les objecteurs doivent présenter une demande motivée au Ministre chargé des Armées.* — L'article L 116-1 du Code du Service National impose aux demandes des objecteurs des exigences allégées: "Les jeunes gens soumis aux obligations du service national qui, pour des motifs de conscience se déclarent opposés à l'usage

(47) L 133 C.S.N.

(48) AGEN, 9.04.1987, CAMPANA, (Edidata 8743207).

(49) L 116-2 C.S.N.

(50) L 67 C.S.N.

(51) L 81 al L 85 C.S.N.

(52) L 116-3 al. 1 C.S.N.

personnel des armes"... Pour mesurer le chemin parcouru en vingt ans ce texte doit être rapproché de l'ancien article L 41 du C.S.N. issu de l'article 1 de la loi du 22 décembre 1963 qui ouvrait le statut d'objecteur aux seuls jeunes gens qui avant leur incorporation se déclaraient: "en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes" (53). Sans doute l'exigence d'une motivation a-t-elle été maintenue mais elle consiste (54) seulement pour les objecteurs à se déclarer opposés à l'usage personnel des armes (a) pour des motifs de conscience (b).

a) Les objecteurs doivent se déclarer opposés à l'usage personnel des armes

Il n'est plus légalement exigé que les objecteurs déclarent être opposés "en toutes circonstances" à l'usage personnel des armes. Des demandes présentées par application de la loi du 22 décembre 1963 fondées sur une opposition circonstancielle et non permanente à l'usage personnel des armes avaient été écartées (55). En effet, il existe des variations d'intensité dans l'objection: soit l'objection totale qui est le refus de tuer en toute circonstance, soit l'objection circonstancielle et partielle. Dans cette seconde hypothèse, le recours à la force peut être accepté pour une action défensive voire offensive en cas d'expansion, d'agression, de génocide, de violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme, de guerre injuste. L'objection peut enfin porter sur les méthodes d'utilisation de la force selon que

(53) La rédaction de la loi du 22.12.1963 s'inspirait de la proposition de loi du 1er décembre 1949 (précitée) qui définissait l'objecteur de conscience comme "celui qui, en raison de ses convictions religieuses ou philosophiques se déclare opposé en toutes circonstances à l'usage personnel de la violence et qui en conséquence, se refuse pour motif de conscience à l'accomplissement de ses devoirs militaires tout en étant prêt à fournir un service civil de remplacement si long, si pénible et si périlleux qu'il puisse être" cité par J.F. THERY, *op. cit.* p. 117.

(54) Cette rédaction correspond à celle retenue par la recommandation R (87) 8 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 9.4.1987 qui énonce que: "L'Etat peut ... accepter une déclaration motivée de la personne concernée". V. aussi rapport 1-546/82 de Mme Maria Antonietta MACCIOCCHI adopté par la Résolution du Parlement Européen du 7.2.1983 et le Rapport de Mme Barbara SCHMIDBAUER (doc. A 3-15/89) adopté également par le Parlement Européen.

(55) J.F. THERY, *op. cit.* p. 126.

celles-ci sont ou non acceptables juridiquement et moralement (56). Même si les exigences du contenu de la Déclaration ont été assouplies, les objecteurs sont encore légalement tenus de "se déclarer opposés à l'usage personnel des armes". Si cette formulation expresse n'est pas citée dans leur demande, celle-ci leur est retournée accompagnée du texte de l'article L 116-1 du C.S.N. Il leur suffit alors de la réitérer en y insérant les termes exprès de cet article. Une motivation qui invoquerait une opposition de caractère collectif ou politique ne répondrait pas à l'exigence d'opposition personnelle.

b) Les motifs de conscience

Les objecteurs ne doivent plus, dans leur demande faire état de "convictions" (57). Il est vrai que pour l'application de la loi du 21 décembre 1963, le Conseil d'Etat avait interprété les "convictions" religieuses ou philosophiques sans restriction excessive. Sans doute un objecteur titulaire de diplômes de théologie se préparant au ministère du culte ne justifiait-il pas par ces seuls éléments d'une

(56) A. EIDE et C. MUBANGA-CHIPOYA, *loc. cit.* n° 26 et s. On pense naturellement aux circonstances qui conduiraient à commettre des infractions pénales, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité V. n° 75. Les extraits des déclarations de la première (1970) et de la deuxième (1974) conférence mondiale sur la religion et la paix.

(57) Le sens du mot "convictions" a été utilement éclairé par un arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme "considéré isolément et dans son acception ordinaire le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinions" et "idées", tels que les emploie l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression; on le retrouve dans la version française de l'article 9 (en anglais "beliefs") qui consacre la liberté de pensée de conscience et de religion. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance". CAMPBELL et COSANS, 25.2.1982, 36. Ce rapprochement ne doit pas porter à penser que la Convention Européenne garantirait un droit à l'objection de conscience. Dans plusieurs décisions, la Commission Européenne des Droits de l'Homme a rappelé qu'un tel droit n'était pas garanti DR 5591/72 (rec. 43 p. 61) D 7565/76; DR 9/117; D 7705/76, DR 9/196; D 10640/83, DR 38/219 non plus que celui d'être exempté d'un service civil de remplacement D 10600/83, DR 44/155. Il faut cependant relever que dans la décision 10410/83 du 11/10/1984 DR 40/212 la Commission: "accepte que les griefs du requérant se situent au moins dans le domaine de l'article 9 de la convention, bien que cette dernière ne garantisse pas en tant que tel un droit à l'objection de conscience". Dans sa Résolution 337 (1967) relative au droit à l'objection de conscience l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe avait déjà déclaré le 26 janvier 1967 que "ce droit est considéré comme découlant logiquement des droits fondamentaux de l'individu garantis par l'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme".

conviction religieuse (58); de même que certaines demandes fondées sur l'antimilitarisme (59) ou l'écologisme (60) furent jugées, en raison de leur caractère trop général ou politique, étrangères au champ d'application de la loi. En revanche, la conviction religieuse fut considérée comme établie par le refus déclaré d'infliger la mort et la non violence fut reconnue comme conviction philosophique (61).

Les objecteurs n'ont plus à se réclamer d'une école de pensée ou d'une croyance reconnue auxquelles ils adhèreraient par conviction. Invoquer les "motifs de conscience" (62) comme la "clause de conscience" (63) pour les journalistes suffit pour bénéficier des avantages qui s'y attachent. La sincérité des motifs est établie par l'acceptation d'un service de 24 mois (64).

2. *Les demandes des objecteurs sont agréées par le Ministre chargé des armées.* — Les demandes sont agréées par le Ministre chargé des Armées (65). Cette formulation du législateur peut surprendre puisqu'elle confère le pouvoir d'accorder ou non le statut à une autorité administrative qui est au surplus le responsable des Armées. Peut-on mieux marquer que le service des objecteurs de conscience est bien une forme du service national ? Le législateur ne fait pas que désigner le Ministre, il paraît bien lui imposer aussi le

(58) CE, S, 1.12.1972, FOUCHE, rec. 768.

(59) CE 23.1.1974, VIRICEL, rec. 53.

(60) CE 18.7.1973, PRUVOST, rec. 505.

(61) CE 14.2.1973, rec. 131; CE 27/7/1979 VANNIER, rec. 340 V. J.F. THERY, E.D.C.E., 1980-81, *op. cit.*, p. 127.

(62) L'expression avait été déjà utilisée dans la Résolution 337 (1967) relative au droit à l'objection de conscience de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe. Plus restrictive la Recommandation R (87) 8 du Comité des Ministres aux Etats Membres relative à l'objection de conscience au service militaire obligatoire adoptée le 9.4.1987 énonçait comme principe de base: "Toute personne soumise à l'obligation du service militaire qui pour d'impérieux motifs de conscience refuse de participer à l'usage des armes, a le droit d'être dispensée de ce service dans les conditions énoncées ci-après".

(63) Le journaliste qui invoque la clause de conscience peut résilier son contrat de travail en invoquant les cas prévus par l'article L 761-7 du Code du Travail sans perdre ses droits à indemnité. V. B. COUSIN et B. DELCROS, *Le droit de la Communication*, Ed. le Moniteur, 1990, p. 217.

(64) Un service d'une durée plus courte entraînerait vraisemblablement un examen de la sincérité des motifs par le ministre.

(65) L 116-3 C.S.N.

sens des décisions à prendre: le Ministre serait en situation de compétence liée et ne pourrait qu'agréer les demandes.

Les demandes de statut d'objecteur présentées en application de la loi du 21 décembre 1963 devaient être adressées au même Ministre des Armées mais celui-ci les soumettait à une Commission juridictionnelle qui appréciait les justifications produites devant elle et statuait définitivement. Cette Commission qui ne comprenait que 7 membres et qui n'était pas permanente dût faire face à un nombre croissant de demandes (66). Bien que ses séances ne fussent pas publiques (67) et que la Procédure fut écrite la Commission ne pût matériellement user de la faculté que lui ouvrait l'ancien article L 34 du C.S.N. c'est à dire "convoquer toute personne dont l'audition lui paraît utile et notamment le demandeur". Les décisions de rejet de la Commission, globalement peu nombreuses (68), donnèrent cependant lieu à des censures réitérées du Conseil d'Etat juge de cassation. Contrairement à la Commission, le Conseil d'Etat estima que les demandes stéréotypées « PELLE et PIOCHE » déposées par les objecteurs du mouvement « OP 20 » entraient dans le champ d'application de la loi, le texte de la lettre exprimant des convictions philosophiques (69). La Commission ayant estimé que la reproduction de la formule stéréotypée ne suffisait pas pour établir les convictions religieuses ou philosophiques du requérant, le Conseil d'Etat estima que la Commission avait établi: "une condition de preuve non prévue par la loi". Selon la Haute Assemblée, il appartenait à la Commission,

(66) Entre 1964 et 1978: 7 251 demandes furent déposées dont 1 208 pour la seule année 1978 V. J.F. THERY, *op. cit.* p. 124.

(67) CE 21.12.1979, VIMARE, rec. 478; D 1980-J-225 note Y. MADIOT CE 20.2.1980, GROSHENRY-HERVE: l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui impose la publicité des audiences ne s'applique pas à la Commission juridictionnelle.

(68) Entre 1964 et 1978 sur 7 251 demandes déposées, 5 655 furent acceptées soit un pourcentage de 77,9 %.

(69) La lettre de ces objecteurs était ainsi rédigée: "Je me déclare opposé en toutes circonstances à l'usage personnel des armes. C'est là une attitude de principe dans laquelle j'engage ma personnalité tout entière. En effet, mes armes sont la pelle et la pioche pour l'élaboration d'un monde meilleur, ou tous les humains, qu'ils soient noirs, jaunes, rouges, blancs pourraient vivre en paix et heureux. Je suis au service de l'humanité tout entière sans aucune distinction de race, de nation, de religion d'éthique. Etant profondément épris de liberté, je ne pense pas pouvoir m'épanouir dans le cadre de l'armée". V. CE 16.2.1973, JUMEL, rec. 131.

pour apprécier la sincérité du requérant, de compléter l'instruction en provoquant la production de nouvelles pièces et éventuellement en convoquant le demandeur (70). Le juge de cassation sanctionna à nouveau une insuffisance d'instruction (71) mais s'il suggérait que les demandeurs soient convoqués, les conditions matérielles de travail de la Commission ne le permettaient pas (72). Celle-ci se borna donc à ordonner un supplément d'instruction écrite sans convoquer les demandeurs en personne. Ces mesures d'instruction ont été jugées suffisantes par le Conseil d'Etat (73). Pourtant un commentateur particulièrement averti a pu écrire: "qu'en optant pour une instruction exclusivement écrite, en se refusant à recevoir les intéressés comme la loi pourtant lui en donnait le pouvoir, la Commission n'a pas toujours su éviter les décisions arbitraires" (74). Au surplus, les décisions de la Commission juridictionnelle n'étaient soumises qu'au juge de cassation à qui le contrôle de l'appréciation des faits échappait nécessairement.

L'ensemble de ces critiques n'est pas étranger au régime instauré par la loi du 8 juillet 1983: la Commission juridictionnelle est supprimée comme d'ailleurs le préconisait une proposition de loi du 18 décembre 1979 (75). Aujourd'hui le Ministre chargé des Armées est seul compétent pour agréer les demandes. Une autorité administrative offrirait-elle des garanties plus étendues qu'un organisme juridictionnel ? Tous les textes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe insistent au contraire sur la nécessaire séparation qui doit exister entre l'organisme administratif qui reconnaît le droit à l'objection de conscience et l'autorité militaire (76). On ne peut ou-

(70) CE, Ass. 21.12.1973, MICHALET, rec. 747; D 1974-J-421 note J. MOURGEON; JCP 1974 - 17854 Obs. M. DURUPTY.

(71) CE 27.7.1979 DOLLET, rec. 341.

(72) Organe non permanent, la Commission se réunissait seulement une fois par mois et devait traiter une centaine de dossiers par séance, V. J. ROBERT *Le service national, la conscience et la loi*, Le Monde 29/1/1974.

(73) CE, 25.7.1980, DOLLET, rec. 323; RDP 1981 212, note J. ROBERT AJDA 1981, 154, Concl. J.F. THERY. Sur l'évolution de la jurisprudence depuis 1963 V. JP PANCRAÏO, *Le nouveau statut des objecteurs de conscience*, RDP, 1985, 117 et s.

(74) J.F. THERY, *op. cit.* p. 133.

(75) Proposition de loi déposée par Messieurs Michel CREPEAU et Paul DURAF-FOUR.

(76) Résolution 337 (1967) précitée; Recommandation 816 (1977) adoptée le 7.10.1977 par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

blier les critiques dont la Commission juridictionnelle avait fait l'objet (77) ni omettre de constater que le Ministre, lorsqu'il agréait les demandes actuellement se trouve dans une situation de compétence quasi liée conformément au vœu exprimé par le Parlement Européen (78). Les chefs des bureaux de recrutement, sur délégation du Ministre chargé des Armées, agréent en principe toutes les demandes. Les demandes susceptibles d'être rejetées sont traitées au Ministère. Ce sont celles présentées hors les délais impératifs de l'article L 116-2 ou celles qui malgré la demande de régularisation du Ministre ne sont toujours pas rédigées conformément aux exigences légales de l'article L 116-1 du C.S.N. Dans ces cas, des refus d'agrément peuvent être prononcés mais ils sont soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

3. *Les refus d'agrément du Ministre chargé des Armées sont susceptibles de recours.* — Le législateur a désigné le Tribunal Administratif comme juridiction compétente pour connaître des refus d'agrément du Ministre chargé des Armées (79). Ce recours doit être formé dans les délais de droit commun c'est à dire deux mois à compter de la notification du refus d'agrément. La compétence du Tribunal Administratif, juge de l'excès de pouvoir, s'étend au contrôle de l'exactitude matérielle des faits. Il n'est pas invraisemblable en effet que des erreurs puissent être commises par l'autorité administrative dans la computation des délais prévus par l'article L 116-1 du C.S.N. Ce recours présente en outre trois particularités.

Première particularité: le recours juridictionnel suspend l'incorporation de l'appelé. Cette solution qui s'inspire des textes adoptés

(77) Il faut rappeler que les séances de la commission n'étaient pas publiques, qu'en fait le demandeur n'était pas entendu et qu'il n'avait ni le droit de se faire assister d'un avocat ni de désigner des témoins comme le préconisait pourtant la Résolution 337 (1967) du 26.1.1967 relative au droit à l'objection de conscience de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe.

(78) Le Parlement Européen dans sa Résolution sur l'objection de conscience adoptée le 7 février 1983: "observe que nul tribunal ou nulle commission ne peut pénétrer la conscience d'un individu et qu'une déclaration individuellement motivée doit donc suffire, dans l'immense majorité des cas, à obtenir le statut d'objecteur de conscience".

(79) L.116-3 al. 2 C.S.N.; T.A. Paris, 11 juillet 1984, O. BORNEC / Min. de la Défense, Rev. fr. Droit adm, 1985 425, note Ph. COUZINET.

par l'Assemblée du Conseil de l'Europe (80) est cependant exceptionnelle en droit français. En effet, le principe est celui de l'effet non suspensif des recours administratifs et juridictionnels (81). Il faut en déduire qu'en l'absence de texte contraire, le recours administratif gracieux qui peut être formé devant le Ministre chargé des Armées (82) ne serait pas suspensif.

Deuxième particularité: Le Tribunal statue suivant la procédure d'urgence. Si le Code des Tribunaux administratifs et des Cours Administratives d'appels organise des "procédures d'urgence" (83) en revanche, il ne prévoit pas une procédure particulière dite "d'urgence". Certains textes, il est vrai, précisent par exemple "Le Conseil d'Etat... devra statuer d'urgence" (84) sans que cette exhortation soit davantage définie. On peut rattacher la formulation de l'article L 116-3 du C.S.N. à cette catégorie: le juge est invité à instruire et à juger le recours dans les plus brefs délais possibles sans que lui soit assignée une date pour prononcer sa décision (85).

Troisième particularité: le Tribunal statue en premier et dernier ressort. Cette disposition est exceptionnelle: les jugements des Tribunaux administratifs relèvent par la voie de l'appel soit des Cours administratives d'appel soit du Conseil d'Etat. Ici le seul recours possible contre le jugement du Tribunal Administratif est le recours de cassation qui est de droit commun (86). Le pourvoi qui doit être formé devant le Conseil d'Etat n'est pas dispensé du ministère d'Avocat (87).

(80) Résolution 337 (1967) du 26.1.1967 (précitée); Recommandation 816 (1977) du 7.10.1977.

(81) R. CHAPUS, *Droit du Contentieux administratif* Montchrestien, 1982, p. 146 n° 232. L'auteur énumère le très petit nombre de dérogations au principe.

(82) CE 11.02.1987, DUTILLOU, *Gaz. Pal.* 20-22/12/1987 p. 8.

(83) R 128 a R 138.

(84) Loi 1er janvier 1936, relative aux groupes de combat et milices privées art. 1-dernier alinéa.

(85) V. pour la discussion sur cette question J.P. PANCRACIO, *op. cit.* p. 130-132 et les références.

(86) CE 7.2.1947 D'AILLIERES, *rec.* 50.

(87) CE 4.03.1988, COUCHOUD; CE 25.06.1990, MASSIERA.

2. *Le service des objecteurs de conscience est partiellement assimilé au service de défense*

Le service de Défense est une des formes civiles que peut revêtir le service national. Les objecteurs de conscience ne sont pas assujettis à l'ensemble des obligations du service de Défense puisque dans l'accomplissement de celui-ci le port d'une arme n'est pas exclu (88). Les objecteurs ont droit cependant: "au bénéfice du régime des pensions militaires, d'invalidité et des victimes de guerre pour les blessures reçues et les maladies contractées ou aggravées du, fait ou à l'occasion de l'accomplissement du service de Défense (89). Enfin, comme les autres appelés assujettis au service de Défense les infractions qu'ils peuvent commettre sont définies par le Code du Service National (A) et leur répression relève du Code de justice militaire et de juridictions spécialisées (B).

A. *La définition des infractions*

Les infractions que les objecteurs peuvent commettre dans l'accomplissement de leur service civil présentent un caractère d'ordre militaire et sont définies par le Code du Service National (90). La constatation de ces infractions est également organisée par l'article L 141 du C.S.N.: l'autorité compétente signale l'infraction à la brigade de gendarmerie ou à l'autorité de police; l'infraction est constatée par procès-verbal d'un officier ou d'un agent de police judiciaire. Le ministre chargé des Armées est tenu informé des infractions commises par les objecteurs ainsi que de la suite donnée aux poursuites qui sont engagées contre eux. Ces infractions sont au nombre de quatre: (1) L'insoumission; (2) la désertion; (3) l'abandon de poste; et (4) le refus d'obéissance.

1. *L'insoumission.* — Par renvoi des articles L 116-4 et L 141 du C.S.N. l'objecteur de conscience entre dans le champ d'application de l'article L 124 du C.S.N. qui dispose: "Tout assujetti au

(88) TA, Dijon, 2.07.1989.

(89) L 89 C.S.N.

(90) L 145 et s. C.S.N.

service national appelé ou rappelé au service à qui un ordre de route a été notifié et qui, hors le cas de force majeure, n'est pas arrivé à sa destination au jour fixé par cet ordre est, après les délais fixés aux articles L 125 et L 126, considéré comme insoumis et passible des peines prévues par l'article 397 du Code de Justice militaire". L'insoumis est l'objecteur qui n'a pas satisfait aux formalités d'incorporation.

(a) Les objecteurs de conscience sont, en temps de paix, assimilés aux assujettis du service de Défense pour l'application notamment de l'article L 124 à L 128 relatifs à l'insoumission (91) qui définit une infraction de caractère militaire (92).

(b) La poursuite de l'infraction est marquée par un formalisme particulier. Ne peuvent être déclarés insoumis que les seuls objecteurs qui ont fait successivement l'objet d'abord d'un ordre d'appel puis d'une mise en demeure sous la forme d'un ordre de route auquel ils n'auront pas déféré dans les délais impartis par l'article L 125 du C.S.N. Le juge vérifiera la compétence du signataire non seulement de l'ordre de route (93) mais aussi de la dénonciation ou de l'avis qui doit précéder la mise en mouvement de l'action publique. L'absence d'avis ou de dénonciation ou une dénonciation émanant du ministre des affaires sociales rend la Procédure irrégulière d'une nullité d'ordre public: la dénonciation ou l'avis ne peuvent émaner que du ministre chargé de la Défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui (art. 698-1 du CPP) (94). Cette exigence confirme la compétence exclusive du Ministre chargé des ar-

(91) Cass. Crim. DARRIGOL, 16.12.1987, *Bull. Crim.* 1987 p. 1239 n° 471.

(92) Dijon 4.12.1986, *Gaz. Pal.* 13-15.09.1987. L'insoumission étant une infraction militaire et non un délit de droit commun l'article 465 du Code de procédure pénale qui donne au Tribunal la faculté de décerner mandat de dépôt ou d'arrêt lors d'une condamnation a au moins un an d'emprisonnement n'est pas applicable. Cass. Crim. 25.4.1990, Gasnault.

(93) Versailles, 18.12.1988, 8e Chambre GUY (EdiData n° 8840663) La notification d'un ordre de route est la condition exigée pour pouvoir caractériser le délit d'insoumission.

(94) Paris 1.07.1987, ARENOU (Edi Data n° 8859), Versailles 29.07.1987, Ch. d'Accu. n° 882/87 (Edi Data n° 8742969) Paris 11 ch. Section A 19.04.1988, Aizpurva; 24.05.1988, Stutz.

mées pour la poursuite des infractions pénales militaires des objecteurs de conscience.

(c) Enfin, l'infraction d'insoumission commise par un objecteur de conscience relève, non du Tribunal Correctionnel, mais d'une formation des Tribunaux de droit commun spécialisée en matière militaire telle que prévue par les articles 697 et s. du Code de Procédure Pénale (95). Les droits de la Défense s'exercent sans aucune restriction devant ces formations.

2. *La désertion.* — L'objecteur de conscience entre aussi dans le champ d'application de l'article L 147 du C.S.N. qui dispose en particulier: "Est déserteur à l'expiration des délais de grâce prévus aux articles 398 à 413 du Code de Justice militaire et passible des peines que ces articles édictent ainsi que du séquestre ou de la confiscation des biens dans les conditions prévues au chapitre II du Titre V du Livre II dudit Code:

- "a) Tout individu qui, déjà incorporé au titre militaire, reçoit une affectation de Défense et ne rejoint pas la destination qui lui est donnée à ce titre;
- "b) Tout individu qui déjà incorporé au titre du service de Défense reçoit un ordre de mutation dans le service de défense et ne rejoint pas sa nouvelle destination.
- "c) Tout individu qui servant sous statut de Défense, quitte sans autorisation l'administration, l'entreprise, l'établissement ou le corps de Défense auquel il est rattaché.
- "d) Tout individu qui, servant sous statut de Défense, reçoit un ordre de mutation au titre du service militaire et ne rejoint pas la formation militaire qui lui a été assignée. L'infraction militaire de désertion ne peut être commise que par l'objecteur déjà incorporé qui n'a pas rejoint ou a quitté son poste d'affectation (96).

(95) Cass. Crim., DEGRE 18.02.1987 *Bull. Crim.* p. 241; Bordeaux 9.12.1987, (Edi Data n° 8750418).

(96) L'article 27 dernier alinéa de l'Instruction du Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale relative à l'emploi des objecteurs de conscience en date du 28 juin 1990 recommande: "en cas de désertion il paraît souhaitable que le poste

3. *L'abandon de poste.* — L'objecteur de conscience qui s'absente de son poste de travail sans autorisation est coupable d'abandon de poste et passible des peines prévues à l'article 468 du Code de Justice militaire (97). Les rares condamnations prononcées pour abandon de poste ont été amnistiées.

4. *Le refus d'obéissance.* — L'objecteur de conscience qui refuse d'obéir ou qui, hors le cas de force majeure, n'exécute pas l'ordre reçu de ceux qui ont qualité pour le donner est passible des peines prévues aux articles 447 et 448 du Code de justice militaire. Cette infraction est le plus souvent commise par les témoins de Jéhovah, qui en général ne demandent pas le service d'objecteurs, puisqu'ils n'acceptent pas le service de substitution, et lorsqu'ils le demandent y renoncent rapidement. Dans les deux cas, ils sont incorporés pour effectuer le service militaire. Comme ils refusent le port des armes et de l'uniforme ils sont alors poursuivis pour refus d'obéissance. S'ils sont condamnés à une ou plusieurs peines d'emprisonnement sans sursis dont la durée totale est égale ou supérieure à un an (durée normale du service) leur situation est soumise à la Commission juridictionnelle de l'article L 51 du C.S.N. Cette instance décide selon quelle forme ou modalité les intéressés seront tenus d'accomplir le service national actif. Il sera souligné que la Commission est rendue compétente par la seule condamnation et non par l'exécution de la peine. En général, elle dispense les objecteurs.

B. *La répression des infractions*

Les dispositions du Code de Justice militaire qui répriment les faits d'insoumission, de désertion, d'abandon de poste et de refus d'obéissance sont applicables aux objecteurs de conscience qui — il faut le rappeler — sont assimilés aux assujettis du service de défense (98). Le code de justice militaire détermine les sanctions appli-

laissé vacant par l'objecteur de conscience demeure temporairement disponible (45 jours) afin de permettre son éventuelle réintégration".

(97) L. 148 C.S.N.

(98) L. 145 C.S.N.

cables aux infractions énumérées ci-dessus (1) et son application relève des tribunaux de droit commun spécialisés en matière militaire (2).

1. *Les sanctions applicables.* — Les infractions commises par les objecteurs sont d'ordre militaire et les sanctions qui les répriment varient selon que les circonstances sont la paix ou la guerre. Dans le petit nombre des décisions disponibles, il sera rendu compte de certaines d'entre elles intervenues en matière d'insoumission (a) et de désertion (b).

a) *L'insoumission*

L'insoumis en temps de paix est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an (99). L'objecteur qui ne se présente pas à la destination qui lui a été fixée par un ordre de route régulièrement notifié est insoumis; mais le prononcé de la peine dans cette espèce a été ajourné, le prévenu étant à la recherche d'un organisme susceptible de l'employer pendant deux ans comme objecteur (100). En revanche, la peine de 6 mois d'emprisonnement a été confirmée en appel à l'encontre d'un appelé qui ne s'était pas présenté sciemment au bureau du service national en invoquant la liberté de conscience et qui n'avait pas demandé le statut d'objecteur (101). A cet égard, est inopérante l'invocation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: l'article 4-3-b abandonne à la législation interne la réglementation de l'objection de conscience dans les pays où elle est reconnue et l'exercice de la liberté d'opinion reconnue par l'article 10 comporte des devoirs et peut être soumis à des restrictions, conditions ou sanctions légales qui constituent dans une société démocratique des mesures nécessaires notamment à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique (102).

(99) Art. 397 du Code de Justice Militaire (C.J.M.).

(100) Paris 11ème Chambre section a 24.11.1986, ZUCCO (Edidata n° 86 27882).

(101) Paris 17.4.1987, MARICOURT (Edidata, n° 84 23412).

(102) Cass. Crim. 5.03.1989 GUILLORE.

b) La désertion

La désertion à l'intérieur en temps de paix est punie de six mois à trois ans d'emprisonnement (103). Un objecteur qui n'a pas rejoint son poste à l'Office National des forêts ne peut invoquer la force majeure qui résulterait pour lui d'une allergie aux pollens et graminées; l'examen médical d'incorporation n'ayant pas mis en évidence l'impossibilité d'une vie normale en milieu forestier. La condamnation à 1 an d'emprisonnement avec sursis et à une mise à l'épreuve de 3 ans prend en compte la situation actuelle de l'objecteur qui effectue son service civil dans l'équipe d'encadrement d'un village de vacances (104). Un objecteur, à l'expiration d'une permission, ne se présente pas dans les quinze jours au lieu d'affectation et exprime le souhait de demeurer en situation irrégulière. La désobéissance à la loi étant illégitime et inadmissible en démocratie, l'auteur est condamné à une peine d'emprisonnement de 4 mois. (105).

2. *La compétence des Tribunaux de droit commun spécialisés en matière militaire.* — L'article L 139 du C.S.N. dispose qu' "En temps de paix les assujettis au service de défense relèvent, pour l'application du Livre III du Code de justice militaire, de la compétence des Tribunaux de droit commun dans les conditions prévues par les articles 697 à 698-8 du Code de Procédure Pénale" Ces Tribunaux de droit commun sont dans le ressort de chaque Cour d'Appel, un Tribunal de Grande Instance compétent pour l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions mentionnées à l'article 697-1 du Code de Procédure Pénale. Le décret n° 82 1120 modifié du 23 décembre 1982 a fixé la liste et le ressort des juridictions compétentes pour connaître des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat. Les objecteurs de conscience comme les militaires sont justiciables de ces juridictions de droit commun. L'arrêt d'une Cour d'Appel qui ne fait pas application de ces principes doit être annulé et le Ministère Public doit être renvoyé à se pour-

(103) Art. 399 C.J.M.

(104) Orléans, 26.10.1987, BERTIN (Edidata n° 8744830).

(105) Grenoble, 22.06.1989, BREMOND (Edidata n° 8945808).

voir (106). Rien ne distingue ni par la définition, ni par les sanctions, ni par la juridiction compétente les infractions commises par les objecteurs de conscience de celles commises par d'autres recrues.

III. LES OBJECTEURS DE CONSCIENCE ACCOMPLISSENT UN SERVICE NATIONAL DE CARACTERE CIVIL

Les objecteurs de conscience accomplissent leur service national qui est partiellement assimilé au service de défense. Ce service organisé par le Code du service national conserve un caractère militaire, ne serait-ce que par le rôle du Ministre chargé des armées pour accorder le statut et par celui du Code de justice militaire pour réprimer les infractions d'ordre militaire commises éventuellement par les objecteurs. Mais les appelés qui accomplissent leur service d'objecteurs ne commettent pas d'infractions d'ordre militaire dans la généralité des cas. Ils n'ont guère de rapports avec l'autorité militaire; ils sont placés sous l'administration du Ministre de la Solidarité, de la santé et de la protection Sociale (ci après "ministre de la solidarité")- 1- et ils effectuent leur service auprès d'organismes de caractère civil — 2-.

1. *Les objecteurs sont placés sous l'administration du ministre de la solidarité*

Le Ministre de la solidarité (107) n'est pas "l'interlocuteur" permanent des objecteurs mais il intervient pour des événements marquants du service. L'intérêt de celui-ci dépend d'abord des tâches à exécuter. Or, l'affectation des objecteurs, à cet égard déterminante, est organisée et éventuellement décidée par le Ministre de la solidarité.

(106) Cass. Crim. 3.10.1986, Bull. 267; DS 1987-82 note G. AZIBERT; Cass. Crim. 18.2.1987, rev. sc. Crim. 1987 464, obs. BRAUNSCHWEIG.

(107) Les objecteurs de conscience ont d'abord (1964 - 1969) été mis à la disposition du Ministre de l'Intérieur puis transférés de 1969 à 1972 au Ministre de la santé (lettre du Premier Ministre du 1/1/1969). Regroupés à partir de 1972 (art. 2 du Décret n° 72 805 du 17.8.1972 et art. 1 et 3 du Décret n° 72808 du 31.08.1972), dans l'office national des Forêts (ONF), les objecteurs sont placés sous l'autorité du Ministre de l'agriculture. Depuis le 1er janvier 1983 (décret n° 821158 du 31.12.1982) ils sont placés sous la responsabilité du Ministre des affaires sociales.

rité (A) L'intérêt du service dépend ensuite des périodes de loisir et de détente et de l'absence de punitions. C'est le même Ministre de la solidarité qui, régulièrement informé, exerce un pouvoir de surveillance sur les objecteurs (B).

A. *Le Ministre de la solidarité organise et éventuellement décide l'affectation des objecteurs*

L'affectation est l'opération la plus délicate et la plus importante: conciliation difficile entre les souhaits de l'objecteur et les besoins des organismes d'accueil. Décision importante puisqu'elle va engager en principe pendant deux années la vie quotidienne de l'objecteur. Aussi le rôle du Ministre est-il déterminant dans les trois phases suivantes: la Procédure préalable à l'affectation (1) l'incorporation et la notification de la décision d'affectation (2) et le changement d'affectation (3).

1. *La Procédure préalable à l'affectation.* — A partir du moment où le Ministre chargé des armées a mis les objecteurs de conscience à la disposition du Ministre de la solidarité, ce dernier a la responsabilité des appelés pendant l'accomplissement du service. Il les répartit, pour y être employés, dans des administrations de l'Etat ou des collectivités locales ou les met à la disposition d'organismes à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt général. Le Ministre arrête la liste de ces administrations et de ces organismes. Cette liste, accompagnée d'un questionnaire de choix d'affectation et d'une fiche de poste est communiquée aux objecteurs (108). Ceux-ci prennent alors contact avec l'organisme qui paraît leur convenir et si un accord intervient (109) ils retournent le questionnaire et la fiche de poste complétée et signée par l'organisme d'affectation. Celui-ci adresse au Ministre le nom de l'objecteur qu'il accueillera et la description du poste de travail offert à l'intéressé (110).

(108) R 227-2 C.S.N. et art. 6-2 de l'instruction du 28 juin 1990 (préc.).

(109) 85 % des cas.

(110) L'instruction précitée du 28 Juin 1990 abroge l'instruction précédente du 9 juillet 1984 du Ministre des Affaires sociales et a introduit un nouvel article 6-3.2 inti-

2. *L'incorporation et la notification de la décision d'affectation.* — Les objecteurs de conscience: "sont tenus de se conformer aux règles concernant l'appel au service, l'affectation et les examens médicaux (111). Ils sont donc convoqués pour subir la visite médicale d'incorporation (112). Si cette visite ne confirme pas leur aptitude à servir qui a été reconnue antérieurement lors du passage au centre de sélection (113), ils regagnent leur domicile. Le Ministre de la solidarité avise le Ministre de tutelle (114) et l'organisme d'affectation que l'objecteur ne sera pas mis à leur disposition.

L'objecteur reconnu apte est immédiatement incorporé. Il reçoit un ordre d'appel à son domicile lui prescrivant de se présenter à une date précise au poste qu'il a le plus souvent choisi avant son affectation (115). Photocopie de l'ordre d'appel est adressée à l'organisme d'accueil ainsi que deux exemplaires de la décision d'affectation. L'exemplaire original doit être signé par l'appelé et renvoyé au Ministre de la solidarité accompagné de l'avis d'arrivée. Si, à la date portée sur l'ordre d'appel l'objecteur ne se présente pas, l'ensemble du dossier est retourné au Ministre de la solidarité (116).

nulé "fiche de poste" qui consacre un développement minutieux à la rédaction de cette fiche.

(111) Art. R 227-3 al. 1.

(112) Depuis mai 1986 l'organisation de ces visites est confiée aux directions régionales des affaires sanitaires et sociales de Bordeaux, Lille, Lyon, Nancy, Paris et Rennes en liaison avec le service de santé des armées.

(113) Période dite des "trois jours" en fait 3 demi-journées non obligatoires; les jeunes gens qui ne s'y présentent pas sont déclarés "aptes d'office".

(114) Les "Ministres de tutelle" sont ceux qui ont passé une convention avec des organismes d'affectation. Ils sont les intermédiaires obligés entre le ministère des affaires sociales et les organismes d'affectation. Le Ministre des affaires sociales conclut directement des conventions avec certains organismes. Dans ce cas, il est lui-même le ministère de tutelle.

(115) L'objecteur ne doit rejoindre son lieu d'affectation qu'à l'issue de son incorporation par le Ministre des affaires sociales.

(116) Le défaut de présentation à la date indiquée expose l'objecteur à des sanctions disciplinaires, au report de sa libération et éventuellement à des poursuites pour insoumission. La situation s'est sensiblement améliorée depuis que les objecteurs peuvent pratiquement choisir leur affectation: en 1983 sur 1.000 objecteurs, environ 20 % ne répondaient pas; en 1990 sur 6.000 objecteurs, le pourcentage est passé seulement 2 %.

L'objecteur qui n'a pas cherché ou trouvé un organisme d'affectation pour l'accueillir (117) est incorporé au Ministère de la solidarité ou il est convoqué par un ordre d'appel au service national actif. Il reçoit alors un ordre de mutation par exemple à l'Office National des Forêts ou même au Ministère des affaires sociales dans la limite des postes restant disponibles. Ces affectations qui doivent être acceptées, sans avoir été nécessairement souhaitées, peuvent faire l'objet de changements ultérieurs.

3. *Les changements d'affectation.* — (a) Les changements d'affectation constituent une possibilité d'assouplissement du statut. Celle-ci s'était avérée utile lorsque l'affectation des objecteurs était décidée par voie d'autorité (118) ou encore aujourd'hui si elle n'est pas celle demandée originellement par l'objecteur. Tout changement d'affectation doit être soumis à une décision préalable du Ministre de la solidarité. Il peut en exister deux exemples: — la mutation auprès d'un autre organisme d'affectation et — la mutation interne.

(b) La mutation auprès d'un autre organisme d'affectation intervient en général à la fin de la première année de service national. Elle est réservée aux objecteurs qui n'ont pu être affectés conformément aux vœux qu'ils ont émis avant leur incorporation (119). Le Ministre de la solidarité peut, à son appréciation, prononcer cette mutation en faveur d'autres catégories d'objecteurs.

(c) La mutation interne est aussi prononcée par le Ministre de la solidarité mais à l'intérieur d'un même organisme d'affectation. elle peut être rendue nécessaire pour des raisons de service, de rapprochement du domicile familial ou de convenances personnelles.

(117) Environ 15 % des cas.

(118) De 1969 à 1979 les objecteurs furent réunis dans le "groupement des secouristes pompiers" créé le 1er juin 1964 principalement pour lutter contre les incendies de forêts ou après 1972 dans l'Office National des Forêts (O.N.F.).

(119) Instruction du 28.6.1990 (précitée) art. 12-1.

B. *Le Ministre de la solidarité exerce un pouvoir de surveillance sur les objecteurs*

Lorsque la Procédure d'affectation est achevée, les objecteurs accomplissent leur service civil auprès des organismes auxquels ils ont été affectés. Ils restent cependant sous l'autorité du Ministre de la solidarité. Celui-ci est tenu informé des conditions d'exécution du service (1) il est de surcroît investi du pouvoir disciplinaire (2).

1. *Le Ministre est tenu informé des conditions d'exécution du service.* — Le Ministre est d'abord pleinement averti de la condition matérielle des objecteurs qu'il détermine lui-même pour une large part. Il fixe le taux de la solde journalière par analogie avec celui applicable aux appelés militaires; le montant de l'indemnité d'habillement et d'entretien; le taux des dépenses d'hébergement et de nourriture avancées par les organismes d'affectation et le taux de l'indemnité pour frais de nourriture versée aux objecteurs qui logent dans leur domicile habituel.

Le Ministre prend en outre des décisions qui affectent directement les objecteurs: il accorde ou refuse les demandes de mutation interne et de congé sans solde. Il rembourse les frais d'hospitalisation supérieurs à 5 000 Francs dont la demande de prise en charge lui a été préalablement adressée.

Enfin, l'information du Ministre de la solidarité provient principalement de certains documents énumérés ci-après qui lui sont transmis et lui permettent de "suivre" le service de chaque objecteur. Les titres d'absence établis pour les permissions de courte durée (72 heures maximum) et les autorisations d'absence (moins de 24 heures). La photocopie des permissions de longue durée dite de "détente". Accordées dans la limite de seize jours par an, elles ne peuvent être d'une durée inférieure à cinq jours. La photocopie des permissions à caractère familial (3 jours pour mariage, naissance, décès, 5 jours pour décès du conjoint); ces permissions peuvent se cumuler avec une permission de longue durée si l'intérêt du service ne s'y oppose pas. La photocopie des permissions en raison de la profession d'agriculteur ou d'aide familial agricole: (majoration de

permission de 10 jours par an). Enfin, la photocopie du congé formation (12 jours maximum) qui a été accordé par le Ministre de tutelle (120).

2. *Le Ministre est investi du pouvoir disciplinaire.* — Le ministre reçoit le rapport établi par le responsable de l'objecteur sur les fautes et infractions commises par ce dernier (121). Il prend les mesures nécessaires. Dans le cas d'infraction (122) justiciable des Tribunaux la gendarmerie ne sera saisie pour l'établissement du procès-verbal prévu à l'article L 141 du C.S.N. que sur indication du Ministre de la solidarité —: (123). Les fautes exposent leurs auteurs à des sanctions disciplinaires. Le Ministre (124) peut prononcer l'avertissement (125) et le déplacement d'office (126) après que l'objecteur ait été mis en mesure de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés (127). Les sanctions sont rares (128).

La discipline n'est pas maintenue seulement par la crainte ou l'application des sanctions, le Ministre peut également, à titre exceptionnel décerner les récompenses ou les faveurs spéciales suivantes: un congé exceptionnel dans le cas ou un événement nouveau intervient dans la situation de l'objecteur de nature à ouvrir droit à libération anticipée (129). Des permissions individuelles à titre de récompense dans la limite de cinq jours par an pour acte exceptionnel

(120) Il a été envisagé qu'à la fin des deux années, l'organisme d'accueil établisse, à l'intention du Ministre des affaires sociales, un rapport sur le service de l'objecteur.

(121) La Convention conclue avec l'organisme rappelle à l'article 9 que celui-ci "sera tenu d'informer immédiatement le Ministre des affaires sociales des... absences irrégulières et manquements d'ordre disciplinaire des intéressés".

(122) Cf. *supra* n° 32 et s.

(123) Instruction du 28.5.1990 (préc.) art. 27-2.

(124) R 227-2 et 4 C.S.N.

(125) L'avertissement entraîne la suppression de deux jours de permission; il est inscrit au dossier R 227-5 C.S.N.

(126) Le déplacement d'office sanctionne une faute grave. Il est assorti de la suppression de 5 jours de permission. Les objecteurs sont alors placés à l'office national des Forêts.

(127) R 227-4 C.S.N.

(128) Moins de cinquante par an pour l'ensemble des objecteurs soit environ 6.000 recrues.

(129) Art. L 31-L 32 du C.S.N.

de courage et de dévouement (130). Un congé sans solde exceptionnel précédant la libération du service et ne pouvant excéder quatre vingt dix jours (131) accordé en raison de la bonne conduite pendant la durée du service. Enfin, le détachement de l'objecteur hors du territoire national pour des missions temporaires organisées dans le cadre des activités de l'organisme d'affectation (132).

2. *Les objecteurs effectuent leur service auprès d'organismes d'affectation de caractère civil*

L'article L 116-1 du C.S.N. prévoit que les jeunes gens objecteurs sont admis à satisfaire à leurs obligations: "soit dans un service civil, relevant d'une administration de l'Etat ou des collectivités locales, soit dans un organisme assurant une mission d'intérêt général agréée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat". Dans la première catégorie les postes sont notamment offerts au sein des administrations centrales, surtout celle du ministère de la solidarité à Paris, ou dans les services extérieurs c'est à dire les directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales. La deuxième catégorie est constituée par les centres communaux d'action sociale. Ce sont des établissements publics qui, en fonction des choix effectués par les municipalités, mettent en oeuvre les actions sociales de tous ordres: aide aux personnes âgées à domicile, animation de foyers et maisons de retraite, réinsertion sociale des adolescents, alphabétisation des travailleurs migrants, activités administratives, activités manuelles (entretien de logements et d'espaces verts, cuisine). Enfin, la troisième catégorie se caractérise par une grande diversité (133). La loi du 8 juillet 1983 a ouvert aux objecteurs la possibilité d'effectuer leur service civil: "dans un organisme à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt gé-

(130) Art. R 227-13 al. 1 du C.S.N.

(131) Art. R 227-14.

(132) Instruction du 28.6.1990 (préc.) art. 18.

(133) Associations nombreuses, collectivités locales et établissements qui en relèvent, organismes relevant des secteurs et ministères suivants: Jeunesse et sports, Environnement, Culture et Communication, Agriculture et Forêt, Institut National de la Statistique, Education Nationale, Equipement et Logement, Justice, Industrie et aménagement du territoire.

néral". Ces organismes qui sont environ 2.000 proposaient en 1988 10000 postes à seulement 4.578 candidats. La présence d'un appelé objecteur de conscience est recherchée et constitue un "avantage indéniable" (134). Comme le service des objecteurs est placé sous la responsabilité directe des organismes d'affectation (B) ceux-ci sont soumis au contrôle du Ministre des affaires sociales (A).

A. *Les organismes d'affectation sont soumis au contrôle du Ministre des affaires sociales*

Le contrôle du Ministre de la solidarité se traduit d'abord par la vérification des conditions que certains organismes doivent remplir pour être agréés. Ce contrôle est préalable à l'habilitation (1). La seconde phase du contrôle est commune à l'ensemble des organismes d'affectation: ils doivent tous signer la convention relative à la mise à disposition d'appelés objecteurs de conscience (2).

1. *Le contrôle préalable à l'habilitation.* — L'article L 116-1 dispense de l'agrément les services civils relevant d'une administration de l'Etat ou des collectivités locales. En revanche, les organismes à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt général qui sollicitent l'habilitation pour recevoir des objecteurs doivent adresser une demande au Ministre de tutelle dont ils relèvent (135). Celle-ci mentionne les renseignements relatifs à l'identité des dirigeants et des personnes chargées de l'encadrement. La liste des activités de l'organisme doit être jointe avec un exemplaire des statuts et du règlement intérieur. L'objet de ces prescriptions n'appelle qu'un commentaire. Il existe certains organismes qui ne sont pas régis par un règlement intérieur. Dans ce cas, le Ministre des Affaires sociales les invite à en adopter un afin de se mettre en conformité avec la loi. Les organismes sont légalement tenus d'édicter une réglementation puisque le législateur a disposé que les objec-

(134) Note de la Direction de l'administration générale du personnel et du budget du Ministère des affaires sociales en date du 11 août 1986 et instruction du 28 juin 1990.

(135) R 227-15 C.S.N.

teurs y sont soumis (136). Ceux-ci ont par conséquent droit à la sécurité juridique que donne un règlement écrit et accessible.

Les Ministres dont les organismes relèvent doivent, dans leurs propositions au ministre de la solidarité, prendre en compte les éléments suivants: "la mission d'intérêt général poursuivie, l'absence de but lucratif, la capacité financière de l'organisme ainsi que les possibilités d'encadrement des objecteurs de conscience". (137). La mission d'intérêt général et l'absence de but lucratif résultent le plus souvent des statuts et de la forme juridique de l'organisme. La capacité financière peut être appréciée à partir du bilan et du compte d'exploitation de l'année précédente ainsi que du budget provisionnel. L'organisme doit être en mesure de faire l'avance de la solde et des indemnités (138) des objecteurs de conscience sur une période comprise entre 6 et 9 mois soit environ 3000 Francs par mois et par objecteur. Enfin, pour assurer effectivement ses responsabilités à l'égard des objecteurs, l'organisme doit disposer d'un personnel suffisant et qualifié. Peuvent être habilités les seuls organismes qui présentent certaines garanties (139). Le Ministre de la solidarité, sur proposition des ministres de tutelle, procède à l'habilitation, mais celle-ci est subordonnée à la signature d'une convention entre l'Etat et l'organisme d'affectation (140).

2. *La convention relative à la mise à disposition d'appelés objecteurs de conscience.* — A la différence des services civils relevant d'une administration de l'Etat ou des collectivités locales, les organismes à vocation sociale ou humanitaire, assurant une mission d'intérêt général doivent seuls être agréés, c'est à dire faire l'objet

(136) L 116-4 al. 2 C.S.N.

(137) R 227-16 al. 2 C.S.N.

(138) Indemnité d'habillement et d'entretien, frais correspondants aux soins médicaux dentaires d'hospitalisation et pharmaceutiques dépenses de transport, dépenses diverses entraînées par la prise en charge des objecteurs (art. 3 de la Convention relative à la mise à disposition d'appelés objecteurs de conscience) V. *infra* n° 72 et s.

(139) L'article R 227-16 al. 3 C.S.N. prévoit que l'habilitation peut être retirée si l'organisme ne remplit plus les conditions ayant présidé à son agrément ou s'il ne respecte pas ses obligations. Aucun agrément n'a été à ce jour retiré.

(140) R 227-16 al. 1 C.S.N.

d'une décision d'habilitation. En revanche, ceux-ci comme ceux-la doivent conclure une convention avec l'Etat (141).

Divisée en douze articles, cette convention se borne, pour l'essentiel, à reprendre des dispositions législatives et réglementaires du Code du Service National. Certaines interprétations rassemblées dans l'instruction du 28 juin 1990 (précitée) y sont également incorporées et se trouvent ainsi contractuellement acceptées par les organismes d'affectation: emploi des objecteurs, avance des indemnités par l'organisme, remboursement par le Ministre, permissions, discipline, etc. Deux dispositions finales doivent être mentionnées. Première disposition: l'article 10 prévoit expressément la possibilité pour le Ministre "de rappeler à tout moment les objecteurs de conscience affectés" après un préavis d'un mois. L'organisme peut demander le rappel des objecteurs après un préavis de 45 jours (mutation ou déplacement d'office). Seconde disposition: l'article 11 fait obligation à l'organisme d'accueil "d'accepter et de faciliter" les contrôles administratifs tendant à "vérifier l'assiduité des appelés et les bonnes conditions d'application du Code du Service National". Cet article réserve au profit de l'administration compétente la faculté d'exercer, semble-t-il, des contrôles inopinés. Les articles 10 et 11 de la convention pourraient être à l'origine d'éventuelles difficultés dans les rapports entre l'Etat et les organismes. Afin notamment de les prévenir et d'y remédier une commission a été instituée en application de l'article R 227-18 du C.S.N. "Elle peut entendre des représentants des organismes habilités et des associations concernées par l'objection de conscience. Sa composition est définie par arrêté (142).

B. Le service civil des obj-objecteurs est placé sous la responsabilité directe des organismes d'accueil

Le caractère du service lui est imprimé par l'objet de l'organisme d'accueil (143) mais dans tous les cas les objecteurs effectuent

(141) R 227-17 C.S.N.

(142) Arrêté du 7.02.1986 (Jorf 18.02.1986). Cette commission placée sous la présidence du représentant du Ministre des affaires sociales ne comprend que des représentants des ministères suivants: Economie et finances (2), garde des sceaux (1), Ministre des relations extérieures (1); Ministre de la Défense (1). La commission s'est réunie trois fois depuis sa création.

(143) Cf. *supra* n° 57.

un service civil (1). On a vu que le ministre de la solidarité exerçait une autorité réelle mais ponctuelle sur les objecteurs (144), en revanche, tout au long des deux années le service se déroule sous la responsabilité directe des organismes d'affectation (2).

1. *Un service civil.* — Le service des objecteurs de conscience est un service civil d'utilité publique (a) organisé pour être égalitaire et non discriminatoire (b).

a) Un service civil d'utilité publique

Le service des objecteurs de conscience est une forme civile du service national. Il en existe d'autres: le service de défense (145) le service dans la police nationale, le service de l'aide technique et le service de la coopération (146). A la différence cependant des deux premiers, le service des objecteurs est dans tous les cas non armé, comme celui de l'aide technique et de la coopération. Les objecteurs peuvent aussi, s'ils en remplissent les conditions, choisir ces deux dernières formes de service civil non armé.

Le législateur définit le service des objecteurs comme des "travaux ou missions d'utilité publique" (147). L'utilité publique est inscrite le plus souvent dans les statuts de l'organisme habilité mais elle doit être la finalité effective du service de l'objecteur. Ainsi, l'accomplissement d'un cycle d'études ou de formation universitaire ne peut être considéré comme l'exécution du service d'objecteur (148).

Les objecteurs doivent être employés à plein temps (149) et accomplir, à l'exclusion de tout autre, le travail défini en accord avec le Ministre. Ils ne peuvent ni faire grève, ni s'absenter de leur lieu de travail sans autorisation. Ce n'est qu'en dehors des heures de ser-

(144) Cf. *supra* n° 51.

(145) On a vu que le service des objecteurs de conscience est partiellement assimilé au service de Défense, cf. *supra* n° 31-42.

(146) L 1 C.S.N.

(147) L 116-5 al. 1 C.S.N. (préc.).

(148) Instruction du 28.6.1990 (préc.) et G.M. CHAUVEAU, *op. cit.* p. 28.

(149) R 227-3 al. 2 C.S.N.

vice et hors des lieux où ils sont employés qu'ils peuvent exercer une activité politique ou syndicale (150).

- b) Un service organisé pour être égalitaire et non discriminatoire

La durée du service des objecteurs de conscience est de vingt quatre mois (151). Cette période — double de celle du service militaire (12 mois) — est présentée parfois comme discriminatoire (152). Les autorités militaires regardent cette durée comme la pierre de touche de la sincérité des motifs de conscience de l'objecteur. Il est fait remarquer, au surplus, que la durée de 24 mois n'est pas disproportionnée par rapport à celle des autres formes de service civil non armé: 16 mois dans l'aide technique et la coopération et 24 mois pour les appelés qui effectuent des services en qualité d'enseignant (153). La durée de 24 mois a été critiquée devant les juridictions françaises sur le terrain de la violation de la convention européenne. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a rappelé qu'il ne résulte d'aucune disposition de la Convention une interdiction d'imposer aux objecteurs de conscience un service de substitution dont la durée excède celle du service militaire obligatoire (154). En revanche, le temps du service des objecteurs de conscience n'était pas pris en compte par la loi du 22 décembre 1963 pour le déroulement de la carrière des fonctionnaires et des magistrats. Aujourd'hui, cette discrimination a disparu. L'article L 63 al.2 du C.S.N. dispose que: "le temps de service national actif accompli dans l'une des formes du titre III est compté, dans la fonction publique pour sa

(150) L 116-8 C.S.N.

(151) L 116-6 C.S.N.

(152) Il n'est pas rare que la durée du service de substitution soit deux à trois fois plus longue que celle du service militaire A. EIDE et C. MUBANGA-CHIPOYA, *op. cit.* n° 114.

(153) La tendance paraît être de traiter globalement les sujets relatifs aux formes civiles du service national comme en témoigne la création d'une commission interministérielle des formes civiles du service national dont les attributions sont définies par le Décret n° 90501 du 21 juin 1990 modifiant certaines dispositions du Code du Service National (Jorf 24.06.1990 p. 7325).

(154) Cass. Crim. 3.05.1989, GUILLORE, *Bull.* n° 181 p. 467.

durée effective dans le calcul de l'ancienneté de service exigée pour l'avancement et pour la retraite" (155).

Par ailleurs, l'égalité entre toutes les recrues doit être effectuée en temps de paix comme en temps de guerre. En temps de paix, le service des objecteurs "consiste, au cours de périodes d'activité en travaux ou missions d'utilité publique pouvant revêtir un caractère périlleux" (156). En temps de guerre, les objecteurs "sont chargés de missions de service ou de secours d'intérêt national d'une nature telle que soit réalisée l'égalité de tous devant le danger commun" (157). L'article R 227-19 du C.S.N. pris pour l'application de ce texte énumère un certain nombre de missions à l'exécution desquelles les objecteurs devraient participer en temps de guerre (158). Le législateur a voulu que le service des objecteurs de conscience soit le plus proche possible des autres services civils. C'est ainsi qu'en dehors de la solde, les objecteurs ne peuvent percevoir aucune rémunération à titre de contrepartie des obligations du service national qui leur serait versée par les organismes d'accueil ... Comment se traduit la responsabilité directe de ceux-ci à l'égard des objecteurs?

2. *La respectabilité directe des organismes d'accueil.* — Les objecteurs passent en principe les deux années du service auprès du

(155) Cette disposition extraite de l'article L 63 al. 2 du CSN est l'aboutissement d'une proposition de réforme du médiateur qui avait dénoncé dans l'ancienne législation une situation "dont l'iniquité paraît choquante" Rapport annuel 1983 p. 49. Cependant l'article L 63 du C.S.N. n'a pas un caractère rétroactif et ne s'applique pas aux objecteurs qui ont effectué leur service d'objecteur sous l'empire de l'ancien article L 1 TA, MONTPELLIER, 26.02.1988, BOULBES C/ Min. de l'Education Nationale (Edidata).

(156) L 116-5 al. 1 C.S.N.

(157) L 116-5 al. 2 C. S.N. Ces dispositions devraient être mieux adaptées que l'ancienne législation aux exigences de conscience des témoins de Jéhovah. Ceux-ci refusaient de demander le statut d'objecteur par crainte d'être versés dans un service militaire non armé ou dans un organisme de défense en cas de mobilisation générale.

(158) L'information, l'évacuation, l'hébergement et la mise à l'abri de la population civile; l'aide à la circulation, le sauvetage des victimes, les premiers secours et le transport des blessés; la lutte contre les incendies et les tempêtes de feux; la désinfection et la décontamination; le déblaiement des décombres, le rétablissement des moyens de communication et de transmission, la protection de l'environnement et du patrimoine artistique, culturel et scientifique de la Nation.

même organisme. La convention conclue avec l'Etat et éventuellement l'agrément soulignent la responsabilité des organismes. Ceux-ci sont investis d'une autorité sur les objecteurs (a); ils assument leur prise en charge matérielle (b) et ils accordent permissions et congés (c).

a) L'autorité des organismes d'accueil sur les objecteurs

Les objecteurs sont soumis au même régime que le personnel relevant de l'organisme d'accueil et sont tenus de se conformer à la réglementation qui y est en vigueur (159). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs décidé que les objecteurs sont des agents publics qui doivent se conformer aux ordres qu'ils reçoivent (160). Ils peuvent même être tenus, pour l'accomplissement de leur mission, de résider dans les locaux mis à leur disposition par l'administration ou l'organisme d'accueil (161). Par ailleurs, le Ministre de la solidarité exerce — il est vrai — le pouvoir disciplinaire sur les objecteurs (162) mais le responsable de l'organisme d'accueil établit préalablement un rapport circonstancié sur les faits constitutifs de fautes ou d'infractions après que les intéressés aient été mis en mesure de "s'expliquer sur les faits qui leur sont reprochés". (163)

b) La prise en charge matérielle des objecteurs

Les organismes d'affectation doivent assumer immédiatement la prise en charge des objecteurs même si le Ministre de tutelle rembourse trimestriellement les frais payés (164). Dans ces frais, il faut distinguer entre les dépenses fixes (a) et les dépenses occasionnelles (b).

(159) Cf. *supra* n° 46.

(160) CE 28.2.1979, DESCHOMETS, rec. 86.

(161) R 227-3 al. 3 C.S.N.

(162) Cf. *supra* n° 55-56.

(163) R 227-4 C.S.N.

(164) Pour une critique des modalités de remboursement, V. G.M. CHAUVÉAU, *op. cit.* p. 29.

(a) Les dépenses fixes

Les dépenses fixes comprennent trois catégories de dépenses. L'allocation journalière (165), dont le taux est fixé par le Ministre de la solidarité par analogie avec le taux applicable aux appelés militaires (166), est due mensuellement à terme échu le dernier jour de chaque mois lorsque l'objecteur est en situation régulière (167).

L'indemnité d'habillement et d'entretien fixée par le Ministre des affaires sociales à 1 800 francs (168) pour les deux années de service national est versée en deux fois. La première fraction soit 1.200 francs quinze jours après l'arrivée de l'objecteur; la deuxième fraction soit 600 francs au début de la seconde année du service national.

L'objecteur doit être logé et nourri par l'organisme d'affectation. Celui-ci perçoit une indemnité d'hébergement, et de nourriture de 71 francs par jour qui est réduite à 16 francs si l'objecteur est hospitalisé. L'objecteur qui a été autorisé à résider à son domicile habituel garde à sa charge les frais de logement et il reçoit une indemnité de nourriture de 55 francs par jour (169).

(b) Les dépenses occasionnelles

Ces dépenses occasionnelles sont les frais de transport (170) et de santé. Les risques de maladie et d'accident des objecteurs, comme ceux de tous les appelés du service national, sont intégralement pris

(165) L'objecteur de conscience n'est pas assujéti fiscalement ni au titre de la solde, ni plus généralement au titre des diverses prestations qu'il perçoit en qualité d'appelé.

(166) La solde s'élève à 15,40 F. par jour à compter du 1.3.1990.

(167) Elle n'est pas due lorsque l'objecteur est en situation irrégulière et pendant la durée du congé exceptionnel sans solde qui précède éventuellement la libération du service et ne peut excéder 90 jours art. R 227- 14 C.S.N.

(168) Décision du 28 juin 1985.

(169) Décision du 11 octobre 1984.

(170) Les frais de transport sont ceux liés aux droits de permission Sur l'itinéraire entre le domicile et le lieu d'affectation en train 2^{ème} classe. Certaines permissions et congés peuvent être assortis d'une réduction de 75 % dite "quart de place" sur un itinéraire autre que celui désigné ci-dessus à condition que la distance parcourue ne soit pas supérieure.

en charge (171). Les dépenses de santé comprennent d'abord des visites obligatoires: visites de dépistage des affections tuberculeuses par radioscopie une fois par an, vaccinations obligatoires (B.C.G., D.T.T.A.B.; Variole) (172). En cours de service, l'objecteur est soigné de préférence dans un hôpital, dans un centre de soins et par un médecin conventionné désigné comme "médecin agréé". Pour des soins ou fournitures particuliers (173) l'accord préalable du Ministère de tutelle est exigé.

Il doit être fait mention de l'article 7 de la Convention passée avec l'Etat qui stipule que: "La responsabilité des dommages causés par les intéressés à des tiers dans le cadre des activités ou travaux pour lesquels ils sont mis à disposition, incombe à l'organisme d'accueil qui peut souscrire en son nom et sur ses crédits une assurance destinée à couvrir les risques en cause. Dernière expression de la responsabilité des organismes à l'égard des objecteurs: les permissions et les congés.

c) Les permissions et les congés

Les permissions et les congés diffèrent dans leur finalité mais aussi selon l'autorité compétente pour les octroyer. Les permissions sont accordées en principe par les responsables des organismes d'accueil (a), mais ceux-ci peuvent seulement proposer les congés (b).

(a) Les permissions

Les permissions peuvent être de courte durée ou de longue durée. Le responsable de l'organisme d'accueil peut accorder à titre de récompense des permissions de courte durée n'excédant pas soixante douze heures, des autorisations d'absence d'une durée inférieure à vingt quatre heures et "quartier libre" au titre du repos hebdomadaire pendant lequel les objecteurs doivent rester dans les limites de la commune d'hébergement ou des communes limitrophes.

(171) Les avantages sociaux à caractère familial sont identiques à ceux dont bénéficient les autres appelés: Prestations familiales, assurance maladie, maternité, décès, etc.

(172) Les objecteurs qui refusent les radioscopies ou les vaccinations doivent signer une décharge de l'administration.

(173) Massages, prothèses, certaines lunettes.

Les permissions de longue durée peuvent être "de détente" ou exceptionnelles. La durée des permissions de détente ne peut être inférieure à 5 jours par an, déduction faite des dimanches et des jours fériés. Les permissions exceptionnelles de longue durée viennent en majoration des droits annuels en raison des circonstances spéciales suivantes: conditions particulières de service (174) événement à caractère familial (175) permission en attente d'une libération anticipée (176) permission de convalescence, permissions en raison de la profession d'agriculteur ou d'aide familial agricole (177)

(b) Les congés

Les permissions sont accordées par les responsables de l'organisme à l'exception des permissions exceptionnelles pour raisons médicales et de 5 jours par an "pour acte exceptionnel de courage et de dévouement" qui sont attribuées par le Ministre des affaires sociales sur rapport circonstancié du responsable de l'organisme d'affectation. Celui-ci joue également un rôle consultatif pour l'attribution des congés: congés formation dans la limite totale de 12 jours ouvrables par an ainsi qu'un congé exceptionnel sans solde de 90 jours maximum avant la libération des objecteurs.

CONCLUSION

Un service civil non armé d'utilité publique accessible, égalitaire et non discriminatoire

Le service civil des objecteurs de conscience est non armé et d'utilité publique. Il n'est pas le seul à présenter ces caractères: l'objecteur, s'il en remplit les conditions, peut également choisir le service de l'aide technique ou de la coopération. En revanche, l'obten-

(174) Congé compensateur accordé à l'objecteur qui n'a pu bénéficier du repos hebdomadaire.

(175) 3 jours pour son mariage, la naissance de son enfant, le décès d'un parent proche; 5 jours pour le décès du conjoint.

(176) Art. L 35 du C.S.N.

(177) Cette permission constitue un supplément de 10 jours par an au maximum.

tion du statut d'objecteur de conscience est facile puisqu'il suffit à l'intéressé de se déclarer opposé à l'usage personnel des armes pour l'obtenir.

Le service des objecteurs est égalitaire. Comme tous les appelés les objecteurs sont soumis au Code du service national, ils doivent se conformer aux règles concernant l'appel au service, l'affectation et les examens médicaux. Leur situation sociale et matérielle est proche de celle des autres appelés. En temps de paix comme en temps de guerre l'égalité de tous devant le danger doit être réalisée. Les infractions commises par les objecteurs ou d'autres appelés sont définies et sanctionnées par les mêmes textes et réprimées par les mêmes tribunaux.

Pour correspondre aux vœux de la Commission des droits de l'homme de l'ONU (178) le service ne doit pas "avoir le caractère d'une sanction" il ne doit pas être discriminatoire. La totalité du service de deux années est prise en compte pour la carrière et la retraite dans les emplois publics. Enfin pour éviter tout risque de discrimination ultérieure, dans l'éventualité de circonstances exceptionnelles, la Commission nationale Informatique et Libertés a subordonné la création d'un fichier des objecteurs à l'accord exprès des intéressés préalablement à toute collecte d'information par le Ministre des affaires sociales (179).

ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité Juridique Droit Administratif
Cass. Crim.	Cour de Cassation Chambre Criminelle
C.E.	Conseil d'Etat
C.J.M.	Code de Justice Militaire
C.P.P.	Code de Procédure Pénale
C.S.N.	Code du Service National
D.	Recueil Dalloz
D.R.	Décisions et Rapports de la Commission Européenne des Droits de l'Homme
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
J.C.P.	Juriscasseur Périodique (La Semaine Juridique)
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat
T.A.	Tribunal Administratif

(178) Résolution 1989/59 du 8.3.1989 "Objection de conscience au service militaire".

(179) Délibération n° 87.102 du 27.10.1987 Commission Nationale Informatique et Libertés, 8ème rapport d'activité 1987 p. 217. Cet accord doit être exprimé par écrit, CE, S, 5.6.1987 KABERSELL, rec. 205, V. J. ROBERT et J. DUFFAR *Libertés Publiques et Droits de l'Homme*, Montchrestien 1988 p. 286 et s. Arrêté du 30 août 1988 (Jorf 21.12.88).

LUIS PRIETO SANCHIS
Université de Castilla - La Mancha

L'OBJECTION DE CONSCIENCE EN ESPAGNE

SOMMAIRE: I. QUESTIONS GÉNÉRALES SUR LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE DANS LE DROIT ESPAGNOL. — II. LE CONFLIT ENTRE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET L'OBEISSANCE À LA LOI. PRINCIPES FONDAMENTAUX. — 1. *Normes constitutionnelles et légales.* — 2. *Les critères pour la résolution des conflits.* — 3. *Le concept légal de conscience.* — 4. *La constatation juridique de la conscience.* — III. L'OBJECTION DE CONSCIENCE AU SERVICE MILITAIRE. — 1. *Formalités générales pour l'exercice du droit.* — 2. *Procédure.* — 3. *Examen des motifs de conscience.* — 4. *L'exemption du service militaire pour des motifs de conscience.* — 5. *La prestation sociale substitutive.* — 6. *Les conséquences légales du refus au service militaire et civil.* — IV. D'AUTRES CHAMPS D'OBJECTION DE CONSCIENCE. — 1. *Récapitulation et avertissement.* — 2. *Les domaines particuliers du conflit.*

I. QUESTIONS GÉNÉRALES SUR LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE DANS LE DROIT ESPAGNOL

La Constitution de 1978 ne contient pas une reconnaissance particulière sur la liberté de conscience, cependant dans l'art. 16, 1^o "La liberté idéologique, religieuse et de culte des individus et des communautés, sans plus de limitations, dans leurs manifestations, que celle nécessaire au maintien de l'ordre public protégé par la loi, est garantie"; ajoutant au n^o 2^o que "personne ne sera obligé à déclarer sur son idéologie, sa religion, ou ses croyances". Cependant, aussi bien la doctrine que la jurisprudence admettent unanimement que la liberté de conscience est garantie dans l'art. 16: "La liberté de conscience est une concrétion de la liberté idéologique" et "elle suppose non seulement le droit de former librement la propre conscience mais aussi d'agir conformément aux impératifs de celle-ci." (STC 15/1982, du 23 avril).

Le droit fondamental reconnu dans l'art. 16 influe dans l'en-

semble de l'ordonnance, mais son développement direct et immédiat se trouve dans la Loi Organique 7/1980, du 5 juillet, sur la liberté religieuse. Même si cette loi se réfère à l'aspect exclusivement religieux, les droits qu'elle énonce dans son article 2° sont en grande partie extensibles à l'ensemble des croyances et des idéologies: professer celle choisie librement, manifester ses propres convictions, l'enseigner, se réunir, s'associer, etc...

Donc, nous affirmons que le système juridique espagnol reconnaît le droit de la liberté de conscience en des termes homologues à ceux qui inspirent les droits démocratiques et libéraux et les Déclarations internationales en matière de droits humains. L'art. 16 de la Constitution et la norme de développement protègent la libre formation des consciences, l'extériorisation des convictions et la pratique individuelle et collective des croyances; en somme, comme le déclare le Tribunal Constitutionnel, il permet d'agir conformément aux impératifs de conscience.

II. LE CONFLIT ENTRE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET L'OBÉISSANCE À LA LOI. PRINCIPES FONDAMENTAUX

1. Normes constitutionnelles et légales

a) *Le problème dans le cadre de la Constitution*

En général, il n'existe aucun critère qui permette de résoudre les conflits entre l'opinion de conscience et les prescriptions légales. Dès le début, le Tribunal Constitutionnel a soutenu que: "l'objection de conscience constitue une spécification de la liberté de conscience" (STC 15/1982, du 23 avril) et, de fait, s'appuyant sur cet unique précepte il a reconnu depuis l'objection de conscience dans la pratique de l'avortement (STC 53/1985, du II avril) même si ni la Constitution ni la loi n'admettaient d'une manière expressive cette modalité concrète. Cela équivalait faire un droit fondamental et général de l'objection de conscience; c'est à dire affirmer une présomption *prima facie* de qui agit conformément à sa conscience agit légitimement, situant la résolution du conflit en des termes de pondération des biens et des valeurs constitutionnelles.

Postérieurement, cependant, un changement drastique de la jurisprudence constitutionnelle s'est produit. Dans les sentences 160/1987 et 161/1987, du 27 octobre, les deux relatives au service militaire, on refuse d'admettre catégoriquement que la liberté de conscience constitue un appui juridique à l'inaccomplissement des devoirs légaux; concrètement, la première des deux affirme que, puisqu'il n'existe pas une tutelle spécifique de l'objection au service militaire (art. 30, 2 de la Constitution), la simple liberté de conscience serait insuffisante pour libérer les citoyens de devoirs constitutionnels ou subconstitutionnels pour des cas de conscience". La seconde sentence affirme plus catégoriquement encore que "l'objection de conscience en général, c'est à dire le droit d'être exempté de l'accomplissement des devoirs constitutionnels ou légaux si cet accomplissement résulte être contraire aux propres convictions, n'est nullement reconnu dans notre Droit ou dans n'importe quel Droit, car cela signifierait la négation même de l'idée de l'Etat"

En conséquence, le fait de maintenir cette dernière doctrine, le système espagnol ne soutiendrait que deux modalités d'objection: celle du service militaire puisque l'article 30, 2° l'établit ainsi; et celle de l'avortement puisque le Tribunal Constitutionnel le déclare ainsi, se basant paradoxalement sur l'art. 16, 1° (STC 53/1985, du II avril). On pourrait toutefois ajouter une troisième figure même si elle ne mérite pas la dénomination d'objection elle répond cependant à son fondement en préservant la liberté de conscience; je me réfère à la clause de conscience des journalistes (art. 20, I d. de la Constitution)

b) *Reconnaissance légale*

Certainement, l'unique loi d'objection de conscience, c'est à dire la seule loi qui régularise le conflit entre conscience et devoir juridique, est la 26-XII-1984, relative à l'objection au service militaire. Cela ne signifie pas, cependant, qu'elle soit l'unique norme qui prenne en considération la conscience et sa collision possible avec d'autres obligations. Il existe, en effet, d'autres manières de résoudre le problème sociologique de l'objection sans provoquer le problème juridique: ainsi, quand le droit tend à éliminer l'obligation génératrice du conflit ou établit des devoirs alternatifs ou des modalités al-

ternatives pour l'accomplissement d'un devoir, l'individu peut éluder facilement la conduite qui est l'objet de son refus moral.

C'est le cas des normes qui régularisent le mariage et l'enseignement, qui offrent des formules alternatives vis à vis des croyances idéologiques ou religieuses des personnes. Par exemple, si le Code civil n'admettait pas la célébration facultative du mariage civil ou religieux (art. 49) et si la Loi Organique du droit à l'éducation (8/1985, du 3 juillet, arts. 4 et 5) ne permettait pas que les mineurs reçoivent la formation morale désirée par leurs parents, comme à une autre époque, il se produirait sans aucun doute de nombreux cas d'objection. Et c'est la même chose pour le serment, dont la pratique permet d'opter soit entre serment et promesse, soit entre serment à Dieu ou à l'honneur (Vid. Art. 434 de la Loi de Procédure criminelle, Loi du 24-VII-1980 sur le rituel du serment au drapeau, Real Decreto du 4-VII-1972 sur le serment des fonctionnaires et des officiers ministériels.)

2. Critères pour la résolution des conflits

a) Le problème de la priorité

Ce problème apparaît étroitement uni à l'idée qu'on possède sur l'existence d'un droit général à l'objection, c'est à dire, à la question -déjà exposée- par exemple si la liberté de conscience (art. 16) offre ou non une couverture aux modalités d'objection non proprement régularisées par la loi. Soutenir une réponse affirmative, comme le fit initialement le Tribunal Constitutionnel, l'objection devrait être traitée comme un cas de conflit entre un droit fondamental et les droits, biens ou valeurs protégés par la norme ou le devoir objecté. Dans de tels cas il n'y a aucune règle sure qui ordonne une préférence pour un des droits ou l'autre ou des biens en conflit, mais il est indispensable que le juge réalise une tâche de pondération et tienne compte de la présence d'un droit fondamental; c'est à dire, il n'est pas "obligé d'octroyer une préférence à un des droits en jeu ou à l'autre, mais si... à prendre en considération la concurrence éventuelle dans le cas d'une liberté fondamentale (STC 104/1986),

Au contraire, si on estime que la liberté de conscience n'est dans aucun cas une raison suffisante pour libérer un citoyen de l'ac-

complissement de devoirs juridiques, la priorité correspondra toujours à ce dernier; autrement dit, il n'y aura pas de modalités viables que celles expressément reconnues.

L'option présente dans le Droit espagnol une importance capitale; selon un spécialiste, si l'on admet le soutien général de l'art. 16 cela signifie que "l'objection ne doit pas être conçue comme une exception du devoir juridique, exception qui, pour autant, doit être expressément consacrée à la loi, mais le contraire, que le devoir juridique doit être conçu comme une limitation à la liberté des personnes et donc, le juge qui se trouve en présence d'un conflit doit être obligé à pondérer et à se demander dans quelle mesure ce devoir est justifié pour préserver d'autres biens constitutionnels". (M. Gascón, "Obéissance au droit et objection de conscience, Thèse, Madrid 1990, vol. II, P. 561)

b) Quelques orientations particulières

Comme nous l'avons indiqué, puisque la question est posée en des termes de conflit entre le droit fondamental à la liberté de conscience et le devoir objecté, il n'existe pas -comme c'est logique- un critère général qui oblige à donner une priorité à l'un ou à l'autre. Cependant, et appliquant par analogie la doctrine du Tribunal Constitutionnel à propos du conflit entre les droits, il faudrait tenir compte de trois éléments: l'existence ou non d'un appui constitutionnel en faveur du bien qui essaie de préserver le devoir objecté; l'importance que présente ce devoir par rapport à la tutelle de ce bien; et le degré de sacrifice que supposerait son accomplissement pour le droit à la liberté de conscience, tenant compte qu'il ne pourrait jamais arriver à affecter son contenu essentiel (art. 53, 1^o de la Constitution)

D'autre part, la Constitution de 1978 forme un système de coexistence dont la raison d'être réside dans le respect à la dignité de la personne et aux droits inviolables qui lui sont inhérents (art. 10, 1^o de la Constitution, ceci donc, forme un système basé sur les valeurs de la philosophie libérale. C'est pourquoi je crois que quelques principes du libéralisme et en particulier, celui de l'autonomie individuelle, peuvent servir comme critères herméneutiques à l'heure de résoudre le conflit. Des auteurs comme Nino, Raz ou Greenawalt

ont formulé récemment certaines règles directives, mais il y en a une assez claire: quand il s'agit de devoirs paternalistes ou perfectionnistes, c'est à dire, établis au bénéfice du propre sujet, la liberté de conscience doit prévaloir; a sensu contrario, la priorité correspondra au devoir juridique quand celui-ci sera le reflet des droits d'autres personnes. Dans une situation intermédiaire et plus complexe les devoirs qui protègent les intérêts génériques de la communauté s'y trouveraient; il faudrait tenir compte ici de divers aspects, comme l'existence d'un compromis préalable (se porter garant), la facilité de substituer l'objecteur. etc.

c) *Conséquences de la reconnaissance ou non reconnaissance du conflit moral*

Le fait que l'inaccomplissement d'un devoir juridique dû à une opinion de conscience ne présente en principe aucune conséquence spéciale: si cet inaccomplissement est uni à une peine ou à une sanction, celle-ci s'imposera en ses termes, sans aggravation ni atténuation; si le devoir constitue une condition pour accéder à un emploi ou une charge, pour jouir d'un service ou pour exercer un droit, son inaccomplissement empêchera l'accès à ceux-ci.

Logiquement, quand on concède une priorité à la conscience, l'effet immédiat consiste à annuler la conséquence juridique défavorable unie à l'inaccomplissement du devoir. Cependant, il convient de faire deux précisions: la première est qu'une prestation substitutive du devoir inaccompli peut s'établir, mais cela n'arrive pas nécessairement; en réalité elle constitue une caractéristique propre de l'objection au service militaire.

La seconde précision est que, lorsque le devoir objecté n'est pas uni à une sanction ou une peine, mais qu'il constitue, par exemple, une requête pour accéder à une charge, pour exercer un droit, etc..., on ne parle pas alors d'objection de conscience car la question se pose comme un problème de discrimination pour des raisons idéologiques ou religieuses. Cela signifie qu'au lieu de l'art. 16, l'on tient compte de l'art. 14, relatif à l'égalité juridique. Plus en avant nous verrons quelques exemples.

3. *Le concept légal de la conscience*

a) *L'absence d'une définition légale*

Proprement dit, il n'existe pas un concept légal de la conscience, entre autres parce que, comme je l'ai dit, il manque une reconnaissance expressive de la liberté de conscience. Cependant, et bien qu'elle se réfère au service militaire, la loi 48/1984 nous offre une approche à ce concept légal quand elle parle de "raisons de conscience en faveur d'une conviction d'ordre religieux, éthique, moral, humanitaire, philosophique ou tout autre chose de la même nature (art. I, 2°), formule suffisamment ample pour accueillir n'importe quelle stimulation de conscience; en plus la propre loi ajoute qu'en aucun cas l'Administration "jugera les doctrines alléguées par le sollicitateur" (art. 4, 3°).

Même quand il manque une définition légale ou constitutionnelle, il existe un certain consensus dans la culture juridique espagnole où l'objection de conscience peut répondre à n'importe quelle motivation pour ne pas poursuivre n'importe quelle finalité. Le conflit n'est seulement digne d'attention que quand la désobéissance à la loi a l'objet de préserver la propre conscience, non quand elle se propose un but politique de pression sur les autorités; conduite qui est marquée dans le concept de désobéissance civile. De là que l'objection soit toujours directe, c'est à dire, que l'inaccomplissement doit être dirigé précisément au devoir qui suscite le refus de la conscience. Il s'agit dans tout cela d'une exigence conceptuelle développée par la doctrine, difficile de constater en pratique et non expressément requise par le Droit positif.

Naturellement, du point de vue juridique, la seule chose importante est l'extériorisation de la conscience, et plus concrètement celle qui se traduit par l'inaccomplissement d'un devoir juridique. La conscience en elle-même ou intérieurement ne présente ni ne peut présenter une importance juridique.

b) *D'autres motifs pour désobéir à la loi*

La désobéissance à la loi engendre une responsabilité sauf dans les cas strictement reconnus. Ainsi dans le domaine criminel, le Code

Pénal énumère une série de causes d'exemption de responsabilité: défense légitime, état de nécessité, aliénation mentale, minorité de 16 ans, etc.

4. *La constatation juridique de la conscience*

Il n'existe pas sur ce point une réglementation générale. On a seulement prévu pour l'objection au service militaire un procédé qui implique une certaine fiscalisation sur la conscience manifestée. Donc, dans les autres modalités qui pourraient être admises, seulement la déclaration de l'individu doit suffire.

III. L'OBJECTION DE CONSCIENCE AU SERVICE MILITAIRE

1. *Formalités générales pour l'exercice du droit*

Comme ceci a été déjà indiqué, la loi espagnole est assez ambiguë et générique dans la description des cas qui donnent lieu à l'exemption du service militaire pour des raisons de conscience. Elle n'exclut aucune raison ou motif -v.gr. motifs politiques- ni spécifie non plus quel doit être l'objet du refus moral. En principe, donc, il semble que n'importe quelle conviction morale est apte pour fonder l'exercice du droit, et nous verrons que la fiscalisation s'oriente plus à démontrer la sincérité du solliciteur qu'à juger le caractère des motifs de conscience qu'il allègue. De même, l'objection peut se formuler vis à vis de n'importe quel aspect de l'organisation ou du service militaire; on ne prévoit pas l'objection sélective par rapport à un certain conflit armé ou sur un aspect déterminé de la politique de défense ou du système militaire, mais on ne la considère pas non plus interdite légalement. Avec tout cela et vu le silence de la loi, il s'agit d'aspects soumis en grande partie au pouvoir discrétionnaire de l'Administration et de la Justice.

C'est important de signaler, dans ce sens, que la procédure pour la déclaration de l'objection montre une position centrale dans la propre structure du droit. Selon l'interprétation du Tribunal Constitutionnel, la procédure n'est pas seulement un élément qualificatif destiné à constater la condition de l'objecteur, mais celui-ci "se

constitue" grâce à un acte de reconnaissance: le contenu essentiel du droit "consiste à constituer le droit d'être exempt du devoir général de remplir le service militaire (non seulement de ne pas le remplir)" (STC 160/1987 du 27 octobre). Cette position a mérité la critique unanime de la doctrine espagnole et dans la pratique elle suppose fortifier le pouvoir discrétionnaire des autorités pour remplir les nombreuses omissions que la loi a laissées: l'objection politique, l'objection sélective, la possibilité de fiscaliser la sincérité et la cohérence du solliciteur, etc.

2. *Procédure*

a) *Manière de rendre le droit effectif*

L'exercice du droit à l'objection de conscience répond au système d'autorisation ou de reconnaissance préalable dans chaque cas. C'est pourquoi il requiert la présentation d'une sollicitation détaillée (Real Decreto 551/1985, du 24 avril, art. 5, 2^o) dans laquelle "les motifs de conscience qui s'opposent à l'accomplissement du service militaire, ainsi que les aptitudes et les préférences pour réaliser la prestation sociale substitutive seront exposés. De même l'intéressé pourra apporter tous les témoignages et les documents estimés pertinents afin d'accréditer les manifestations alléguées" (art. 3, 1^o de la loi 48/1984). Lorsque la sollicitation se présente au moins deux mois avant l'incorporation elle sera retenue jusqu'à la résolution administrative ou, si c'est le cas, juridictionnelle ordinaire (art. 2, 2^o de la loi 48/1984 et 7, 2^o du Real Decreto 551/1985). Néanmoins, si elle est présentée dans le délai de deux mois l'autorité militaire pourra concéder un permis de six mois (Real Decreto 661/1986, du 21 mars, art. 132).

L'Administration aura six mois pour prendre une résolution et, selon une règle exceptionnelle dans le Droit espagnol, le silence sera interprété positivement, de manière que si dans ce délai la résolution n'est pas échouée, on comprendra que la sollicitation est concédée. Dans le cas d'un débouté, on peut faire appel devant la juridiction ordinaire et postérieurement devant le Tribunal Constitutionnel (Loi Organique 8/1984, du 26 décembre, art. 1^o).

Le système espagnol ne contient aucune prévision sur le devoir

d'informer les jeunes mobilisés sur le droit de l'objection ni il limite sa propagande

b) *Temps pour rendre le droit effectif*

La sollicitation doit se présenter avant l'incorporation au service ou une fois finie celle-ci, pendant la situation de réserve. Donc, la loi espagnole exclut ladite objection subite, c'est à dire, celle qu'on allègue durant la prestation du service militaire.

Le problème fut l'objet de plusieurs questions d'inconstitutionnalité présentées par la Audiencia Nacional puisque cette règle peut s'interpréter comme une suspension non autorisée des droits fondamentaux et, en tout cas, comme une limite excessive qui enfreint son contenu essentiel. La sentence du Tribunal Constitutionnel (161/1987) confirma la validité de la loi, bien qu'elle obtint le vote particulier de quatre magistrats.

3. *Examen des motifs de conscience*

a) *L'autorité compétente*

La constatation des requêtes légales pour l'exemption du service militaire pour des motifs de conscience et la concession du statut de l'objecteur correspond à un organe administratif spécial, le Conseil National de l'Objection de Conscience, formé par cinq membres: un Magistrat qui exercera les fonctions de président et qui sera désigné par le Gouvernement; trois membres nommés par les Ministères de la Justice, de la Défense et la Présidence du Conseil; et un cinquième membre, Proposé aussi par la Présidence du Conseil entre les objecteurs qui ont terminé la phase d'activité de la prestation sociale substitutive. De même pourront s'intégrer dans le Conseil, avec voix mais sans vote, toutes ces personnes considérées comme convenables et, spécialement, les représentants des entités où se réalise la prestation sociale substitutive.

b) *La fiscalisation des motifs de conscience*

Les facultés du Conseil ne se limitent pas à la constatation des éléments formels qui doivent contribuer à l'exercice du droit, mais

sa compétence s'amplifie dans un double sens: vérification pour que le motif allégué soit appuyé par la loi, c'est à dire, qu'il ait un caractère religieux, moral, humanitaire, philosophique ou tout autre de la même nature; et enquête sur la sincérité et la congruence du sollicitateur. Sans aucun doute, celui-ci est l'aspect le plus discutable, surtout quand le Conseil peut "réquérir des sollicitateurs ou autres personnes l'apport de documentation ou de témoignages pertinents" (art. 3, 2^o loi 48/84). Sur ce point également le Tribunal Constitutionnel appuya l'option législative, qui représente une exception claire à l'art. 16, 2^o de la Constitution: "personne ne sera obligé à déclarer sur son idéologie, religion ou ses croyances".

4. *L'exemption du service militaire pour des motifs de conscience*

La reconnaissance de la condition d'objecteur implique l'exemption du service militaire et l'obligation d'accomplir une prestation sociale substitutive organisée en marge de la structure militaire. On ne prévoit pas de formules intermédiaires, comme par exemple un service militaire non armé, la formation d'unités spéciales, etc...

5. *La Prestation sociale substitutive*

a) *L'exception et la non-alternative*

La prestation sociale substitutive ne constitue pas une alternative à laquelle la personnes appelée à remplir le service militaire puisse recourir, mais elle s'entend comme une exception à un devoir général qui demande la déclaration préalable de la condition de l'objecteur. Selon le Tribunal Constitutionnel, l'objection présente une "nature exceptionnelle", car elle suppose "le droit à une exception à la norme générale, à un devoir constitutionnel, comme l'est la défense de l'Espagne (STC 160/1987).

b) *La durée des services militaire et civil*

Les deux services ont une durée totale identique de 15 ans, divisée en trois périodes: disponibilité, activité et réserve (art. 8 de la

Loi d'Objection et art. 25 de la Loi du service militaire). La période d'activité de la prestation sociale sera fixée par le Gouvernement, mais elle ne sera pas inférieure à 18 mois ni supérieure à 24; actuellement le Real Decreto 20/1988 fixe une durée de 18 mois, tandis que celle du service militaire est de 12 mois (art. 28, 2° de la Loi du Service Militaire). La période de réserve s'étend dans les deux cas jusqu'à 34 ans.

c) *Les conditions des services militaire et civil*

Pour des raisons diverses, entre autres la réfutation de la loi d'objection devant le Tribunal Constitutionnel, le peu de tradition hispanique sur le volontariat civil et le haut niveau de chômage, il n'existe pas une pratique consolidée en matière de prestation sociale substitutive. Pour la période de disponibilité le Real Decreto 20/1988 régularise les causes de l'exemption, de l'ajournement et de l'exclusion en des termes analogues à ceux qui régissent le service militaire. Au sujet de la période d'activité la loi prévoit aussi que le service civil se réalise dans "un régime analogue à celui établi par le service militaire" (art. 8, 3°), bien que sous la dépendance des autorités civiles. Comme indication, l'art. 6 énumère les secteurs prioritaires de la prestation: protection civile, conservation de l'environnement, services sociaux et sanitaires, et des programmes de coopération internationale; précisant qu'on leur "assignera des travaux et des fonctions de telle manière qu'elles n'entravent pas le marché du travail". Lors d'une guerre la prestation "consistera nécessairement au développement des activités de protection civile et de défense civile", ce qui, certes, rend l'indépendance postulée de la structure militaire assez problématique.

L'activité se réalisera de préférence dans des organismes de l'Administration publique, bien que des entités privées non lucratives qui servent l'intérêt général et ne favorisent pas l'option idéologique ou religieuse concrète puissent s'incorporer, (art. 7). De même, dernièrement quelques Communautés Autonomes ont organisé des services spécifiques pour l'accomplissement du service civil.

Finalement l'art. 10 de la Loi établit que les objecteurs auront

droit à la même rétribution que les soldats et à des prestations équivalentes pour l'alimentation, les vêtements, le transport, les services sanitaires et la sécurité sociale; de même, ils ont droit à la réserve du poste de travail. Cette équivalence, cependant, ne peut pas être absolue; les objecteurs sont des civils et donc les limitations qui affectent ceux qui sont soumis à la discipline militaire dans l'exercice de quelques droits fondamentaux, ne pèsent pas sur eux; par exemple le droit de pétition collective, activités politiques et syndicales, etc.

d) *Régime disciplinaire*

On cherche ici également un certain parallélisme entre le régime des objecteurs et celui des soldats, bien que la différence capitale soit qu'aux premiers on ne puisse pas imposer les sanctions de privation de liberté puisque l'art. 25, 3° de la Constitution l'interdit. Des infractions légères sont énumérées dans le Real Decreto 20/1988, par exemple: manque de respect aux autorités, querelles et bagarres entre camarades, retards et absences injustifiées inférieures à 24 heures. négligences inexcusables dans l'activité entreprise, etc. Les sanctions prévues sont l'admonestation par écrit, la perte de rémunération jusqu'à au moins un mois et la suppression des sorties pendant huit jours maximum ou de permis facultatifs pendant un mois. La Loi Organique 12/1985 du régime disciplinaire des Forces Armées, établit des sanctions analogues pour les infractions légères, bien qu'elle possède une figure de "retention" qui, selon mon opinion, implique une privation de liberté.

Entre les infractions graves se trouvent des conduites telles que l'insubordination, l'inaccomplissement de la tâche assignée pour exécuter d'autres activités, la destruction du matériel, etc. Dans ces cas on doit tenter une procédure formelle qui peut culminer par l'assignation à un service différent ou par un surplus de trois mois maximum dans la durée de la prestation. Pour des cas analogues la Loi militaire prévoit la perte de la destination ou l'arrêt de un à trois mois, (art. 10 de la Loi Organique 12/1985).

6. Conséquences légales du refus au service militaire et civil

a) Régime pénal

Ne pas accepter l'accomplissement du service militaire constitue un délit, et en conséquence, ce même traitement reçoit le refus de la prestation sociale substitutive. Il faut considérer trois types pénaux: la négation à l'accomplissement du service, la non-présentation injustifiée à celui-ci et la désertion. Par rapport au premier, le Code Pénal Militaire impose une peine de un à six ans de privation de liberté en temps de paix, et de cinq à quinze en temps de guerre; de son côté, la loi de l'objection prévoit pour ce cas les peines de prison mineure au degré moyen et maximum en temps de paix (de deux ans, quatre mois et un jour à quatre ans et deux mois) et de prison majeure ou réclusion mineure au degré minimum en temps de guerre (de six ans et un jour à quatre ans et huit mois). Ne pas s'incorporer sans justification à l'heure et à l'endroit signalé a une sanction plus grave dans le régime de la prestation sociale que dans le régime militaire. En temps de paix, la peine est de trois mois et un jour à six mois dans le cadre militaire et d'un arrêt majeur au degré maximum à la prison mineure au degré minimum (de quatre mois et un jour à deux ans et quatre mois) pour les cas d'objection. Egalement en temps de guerre, la peine militaire est de un à six ans, tandis que celle établie par la loi d'objection s'élève à la prison mineure, au degré moyen et maximum et à la prison majeure au degré minimum (de deux ans, quatre mois et un jour à huit mois).

La similitude revient, cependant, dans le délit de désertion ou d'abandon du service pour plus de trois jours consécutifs. Dans le cas de la prestation sociale les peines sont les mêmes que celles signalées pour le type précédant de non-présentation injustifiée. Dans le cadre militaire, par contre, la peine est maintenant de trois mois et un jour à deux ans en temps de paix, et de deux à huit ans en temps de guerre.

b) Exclusion de peines consécutives

L'accomplissement de la peine annule l'obligation. La Loi Organique 8/1984 l'établit ainsi pour les objecteurs (art. 2, 3º), de

même le Code Pénal Militaire pour les soldats; dans les deux cas, lors d'une mobilisation à cause d'une guerre, non.

IV. D'AUTRES CHAMPS DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

1. Récapitulation et avertissement

Comme nous l'avons indiqué, l'unique objection de conscience reconnue par la Constitution est celle relative au service militaire. En conséquence, le sort des deux autres modalités dépend de la manière d'interpréter le droit fondamental à la liberté de conscience, question malaisée. Si on suppose que cette liberté ne soutient en aucun cas l'inaccomplissement des normes juridiques, d'autres figures possibles d'objection devront attendre leur reconnaissance par le législateur ou par le Tribunal Constitutionnel, c'est le cas du problème de l'avortement; si, en échange, nous estimons que la liberté de conscience offre une justification "prima facie" des conduites désobéissantes, le problème devra se traiter comme un cas de conflit entre ce droit fondamental et les droits, biens ou valeurs protégés par la norme objectée, en accord avec les orientations qui furent exposées.

En somme, et à l'écart des réponses juridiques possibles, il convient de rappeler que l'objection de conscience constitue en premier lieu un problème culturel et social, de manière qu'il est difficile d'étudier d'une façon abstraite ses différentes modalités ou prétendre transposer dans un certain système les problèmes surgis dans un autre. Peut-être que la nation la plus riche en cas d'objection de conscience soit les Etats-Unis, logique, puisqu'il s'agit du pays le plus hétérogène du point de vue religieux, mais c'est aussi celui qui a forgé avec plus de force une certaine idéologie de loyauté civile basée en grande partie sur des ingrédients religieux. Autrement dit, de nombreuses croyances unies à de nombreux devoirs juridiques de fort contenu idéologique doivent donner lieu à de nombreuses modalités d'objection de conscience. Ce n'est pas le cas de l'Espagne, où la pluralité est plus un principe constitutionnel qu'une réalité sociologique, au moins si nous la comparons avec les Etats-Unis, et où les ordonnances se montrent assez circonspectes à l'heure d'imposer des devoirs avec des implications idéologiques et religieuses. Et la raison

est la suivante: traditionnellement l'Espagne a été catholique ou non, mais pas autre chose et, certes, cette idée de religion civile qui caractérise l'histoire de certains pays ne s'est jamais étendue. C'est pourquoi les décisions juridiques relatives aux aspects de conscience ont été orientées dans les limites de cette frontière, lors de la consolidation de l'Etat non confessionnel: ne pas obliger la pratique de rites qui rappellent la vieille union du trône et de l'autel, éliminer les exigences d'adhésion idéologique qui dans notre histoire ont toujours été imprégnées de motifs religieux; et ne pas obliger non plus les catholiques à réaliser des pratiques contraires à leurs convictions ou les empêcher de réaliser celles qui constituent pour eux un devoir moral. Evidemment, cela ne nous élimine pas le phénomène de l'objection, car quelquefois le conflit est inévitable et en plus il y a toujours d'autres confessions et idéologies, quelques unes très vigoureuses comme l'antimilitarisme; mais je crois que leur phénoménologie est peut-être moins ample que dans d'autres pays et en tout cas particulière.

2. *Les domaines particuliers du conflit*

a) *L'objection à certains devoirs civils*

En Espagne l'exercice du droit de vote n'a pas un caractère obligatoire et l'institution du Jury d'assises, bien que prévue dans la Constitution, n'a pas été mise en pratique, ce qui fait qu'il manque deux cas typiques d'objection de conscience. En réalité ce paragraphe peut se réduire à deux cas: l'objection au serment et ladite objection fiscale. Peut-être faudrait-il penser à d'autres modalités, comme la négation à prendre part dans certains organes administratifs (par exemple, les collèges électoraux) ou la non-comparution aux convocations administratives ou judiciaires, mais, à mon avis, aucun cas d'objection se référant à ces obligations n'a été enregistré.

Au sujet du serment, nous avons déjà averti que la législation espagnole prévoit quelques options afin de sauvegarder la conscience religieuse ou laïque du sujet. Cependant, l'objection à l'acte même du serment n'est pas prévue et le Tribunal Constitutionnel a tendance à la réfuter lorsqu'il déclare que l'obligation de promettre ou de jurer l'observance à la Constitution résulte légitime et ne doit pas

s'interpréter comme une exigence d'adhésion morale, sinon comme une simple expression volontaire d'obéissance (STC 18 novembre 1983). En somme, les devoirs d'adhésion et de loyauté idéologique n'abondent pas dans le droit espagnol, et, excepté dans le domaine militaire, le serment ne figure pas comme une obligation d'accomplissement inexorable, mais plutôt comme une condition pour l'exercice de quelque droit ou pour l'obtention d'une charge; c'est pourquoi quelques cas d'objection ne se posent pas, comme les "flag salute cases", le salut au drapeau dans les écoles, ou l'exigence de se déclarer croyant en Dieu pour accéder à une charge publique.

Pour ce qui se réfère à l'objection fiscale, celle-ci se pose sous sa forme sélective qui consiste à dévier un pourcentage de l'impôt coïncidant avec celui assigné dans le Budget de l'Etat aux dépenses militaires. Dans ces cas on impose la sanction tributaire correspondante et aucune sanction n'a pondéré l'existence de motifs de conscience, rien ne prévoit que cela se fasse vue la dernière jurisprudence du Tribunal Constitutionnel.

b) *L'objection à l'accomplissement de formalités légales pour l'usage de bénéfices sociaux*

Dans l'éventail de l'objection de conscience quelques cas de refus à certains contrôles ou recherches établis par la loi pour accéder à des services ou bénéfices sociaux se sont posés, ainsi que le cas analogue de refuser un type particulier d'emploi pour des raisons de conscience. Les institutions européennes pour la protection des droits fondamentaux ont connu certaines de ces modalités d'objection et, il existe réellement une jurisprudence importante du Tribunal Suprême Nord-américain sur cet aspect.

En Espagne cependant, je ne connais pas de manifestations juridictionnelles où la négation d'accomplir ce genre de conditions ait été envisagé sous le point de vue de l'objection de conscience.

c) *L'objection à certains traitements médicaux*

La riche casuistique enregistrée par le droit comparé dans cette matière est considérablement réduite dans la pratique jurisprudentielle espagnole. Concrètement, le conflit se pose quand les Témoins de

et le droit à l'idéologie ou "caractère propre" que peuvent présenter les centres d'enseignement de titularité privée. Il n'existe aucune solution catégorique, on peut seulement formuler des critères ou des principes généraux qui devront être pondérés pour chaque cas par la juridiction compétente. Ainsi tout d'abord, le contenu négatif de la liberté de chaire est le même pour les centres publics que pour les centres privés, ce qui signifie que personne ne peut obliger le professeur "à se convertir en un apologiste de celle-ci (l'idéologie) ni transformer son enseignement en propagande ou endoctrinement, ni subordonner à cette idéologie les exigences que la rigueur scientifique impose à sa tâche" (STC, du 13 février 1981). Mais en même temps, le professeur ne peut pas non plus "diriger des attaques ouvertes ou dissimulées contre cette idéologie" (STC du 13 février 1981); concrètement pour qu'un licenciement laboral pour une cause idéologique soit licite "il faut démontrer qu'il y eut non seulement des divergences mais aussi des frictions, contre les critères du centre, consistant, celles-ci, des actes concrets... et en une activité contraire (ou au moins non ajustée) à l'idéologie" (STC, du 17 mars 1985). Et quelque chose de semblable peut être indiqué sur la conduite du professeur hors des cours: elle peut être une cause de licenciement quand elle devient notoire et tout à fait contraire à l'idéologie (STC du 13 février 1981).

e) *La liberté de conscience dans des situations d'assujettissement spécial*

J'appelle situations d'assujettissement spécial celles où l'individu n'apparaît pas comme un citoyen autonome face aux pouvoirs publics, mais celles où il accomplit un rôle ou une fonction qui l'attache d'une manière spéciale à l'Etat ou à quelque organisation hiérarchisée; c'est le cas des fonctionnaires, des militaires, des prisonniers et, par analogie, celui aussi des mineurs soumis à la scolarisation obligatoire. Dans les pages antérieures nous avons fait allusion au problème du serment qui affecte spécialement les fonctionnaires. Pour ce qui touche les autres cas, la législation espagnole reconnaît en général la liberté de conscience et le principe de non — discrimination pour des raisons idéologiques dans ces domaines d'assujettissement spécial; ainsi, les Ordonnances Royales des Forces Armées

(arts. 177 et 185), dans la Loi Organique Générale Pénitentiaire (art. 54), dans la Loi Organique du droit à l'Education (art. 6, I.c). Cependant, outre les déclarations théoriques, il ne s'agit pas de chercher que dans ces situations se produit une perte de l'autonomie individuelle et une invasion inévitable d'exigence d'uniformité et d'adhésion idéologique; par exemple, c'est difficile de trouver une festivité militaire sans aucune projection religieuse.

Jéhovah refusent une transfusion de sang, le médecin recourt à l'autorité judiciaire et celle-ci ordonne sa pratique, violant ainsi la liberté de conscience au nom de la protection à la vie ou à la santé. Dès mon point de vue il serait ici important de considérer si le consentement est nié par le propre patient majeur ou par une tierce personne -les parents, le conjoint- mais, aujourd'hui la position jurisprudentielle est identique: le juge qui autorise la transfusion agit légitimement en tout cas et il a été même suggéré dans une sentence qu'il se rendrait justement responsable s'il appuyait la négation au patient (Auto du Tribunal Suprême du 14 mars 1979 et du 22 décembre 1983. Auto du Tribunal Constitutionnel du 20 juin 1984).

d) *L'objection à l'accomplissement d'obligations contractuelles et professionnelles*

En principe, il résulte difficile d'accepter ce genre d'objection, puisque les obligations contractuelles sont librement acceptées et, autant du point de vue moral que juridique, elles semblent revêtir plus de force que les devoirs imposés par l'Etat ou, au moins, provoque dans la collectivité une expectative plus solide par rapport à la conduite du sujet obligé. Cependant quelques cas se sont posés dans le domaine laboral et particulièrement, il faut inclure dans ce paragraphe, l'importante modalité d'objection du personnel sanitaire à la pratique de l'avortement.

— Refus de travailler les jours fériés

Un cas bien connu est la négation de travailler certains jours considérés fériés par la propre religion. Le Tribunal Constitutionnel s'occupa du problème dans la sentence du 13 février 1985, déboulant l'appui sollicité par un membre de l'Eglise Adventiste du Septième Jour, licencié de son entreprise pour refuser de travailler le samedi. Le Tribunal allègue que les impératifs religieux ne peuvent pas prévaloir sur les clauses d'un contrat librement pacté en accord avec les normes générales et que, d'autre part, c'est une erreur de considérer le repos dominical comme "une institution dont l'origine causale est uniquement religieuse".

— L'objection de conscience à l'avortement

C'est le contraire pour l'objection du personnel sanitaire à la pratique de l'avortement. L'interruption de la grossesse ne figure pas en Espagne comme un droit subjectif dans le sens strict sinon comme une atténuation de la responsabilité criminelle qui exige la concurrence de certaines raisons ou circonstances, c'est pour cela qu'il est moins douteux qu'une tierce personne puisse se considérer obligée. De toute manière, ce qui est certain, c'est que la loi qui modifia le Code Pénal sur ce point ne contenait aucune prévision sur l'objection de conscience et un des arguments du recours d'inconstitutionnalité interposé à ce moment se basait sur cela. Le Tribunal fut très clair sur ce cas: l'objection de conscience à l'avortement "existe et peut être exercée indépendamment de si telle norme ait été dictée ou non" car, elle "fait partie du contenu au droit fondamental à la liberté idéologique et religieuse.." (STC 53/1985). En conséquence, on peut affirmer que le personnel sanitaire, autant des hôpitaux publics que privés peut refuser d'intervenir dans un avortement sans pour cela encourir la responsabilité disciplinaire ou une faute laborale.

— La liberté de conscience dans les entreprises idéologiques

Bien que le concept d'entreprise idéologique ne soit pas bien délimité, nous nous référons dans ce paragraphe au conflit qui peut surgir entre l'idéologie d'une entreprise et la liberté de conscience de celui qui y travaille: par exemple, les partis politiques, les syndicats, les propres confessions religieuses, etc. Comme nous l'avons indiqué, la Constitution de 1973 contient une révision spécifique pour le cas des journalistes, ladite clause de conscience (art. 20, I d) pas encore développé par la loi. Et de son côté, la Loi Organique de la Liberté religieuse semble penser aussi au conflit quand elle établit que dans les règlements des confessions pourront être incluses "des clauses de sauvegarde pour leur identité religieuse et caractère propre, ainsi que le respect absolu à leurs croyances, sans préjudice au respect des droits et des libertés reconnues par la Constitution, et spécialement ceux de la liberté, égalité et non discrimination" (art. 6, 1°).

A mon avis, le cas le plus élaboré par la jurisprudence est celui de la collision possible entre la liberté de chaire des professeurs

SERGIO LARICCIA

Faculty of Political Sciences University of Rome - La Sapienza.

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN ITALIAN LAW

1. FUNDAMENTAL PRINCIPLES AND SOLUTION OF THE CONFLICT BETWEEN OBEDIENCE TO THE LAW AND FREEDOM OF CONSCIENCE

1.1. *Freedom of conscience in Italian law and legal practice*

In the Italian legal system during the fascist period (1922-1944) as well as during the previous liberal period (1871-1921) there was no law which specifically regulated freedom of conscience. During the period preceding the stipulation of the Lateran Pacts (11th of Feb. 1929), even though with some limitations, mostly regarding the real possibility of choice between atheism and religion (1), freedom of conscience was guaranteed by the Italian laws of the time which were committed to the lay evolution of the institutional system (2).

However during the fascist period, on the contrary, a policy toward a clerical evolution of the institutions and the dominance of the « *libertas Ecclesiae catholicae* » was implemented, whereas to the denominations other than the catholic and to atheistic circles, only a mere formal freedom was guaranteed (3). Among the legal provisions which came into force during the fascist period before the Lat-

(1) Fundamental in this regard is the research by C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai giorni nostri*, Bari, DE DONATO, 1973.

(2) On this point, see S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967; ID., *La rilevanza giuridica degli interessi religiosi*, in AA. VV., *La legislazione ecclesiastica a cura di P. A. D'AVACK* (Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione), Vicenza, Neri Pozza, 1967, pp. 293-323.

(3) Cfr. C. CARDIA, *Ateismo*, cit., in particular p. 50.

eran Pacts, with reference to the problem of freedom of conscience, special attention must be paid to the notices of the undersecretary for Public Education of 11th Nov. 1923 and that of 26th June 1926, as well as to the decree by the minister of 11th Nov. 1923 which made compulsory the permanent display of a cross on a wall inside classrooms, court rooms, barracks and public offices.

After the stipulation of the Lateran Pacts, the predominance of the Catholic Church over the other religious denominations reached its highest recognition with the reaffirmation and real implementation of the principle of art. 1 of the Statute of 1848 by King Carlo Alberto "for which the Roman, Catholic and Apostolic religion is the sole religion of the state". However in this regard Piacentini could note that, in spite of the set up given by fascism to the state, which meant a return to the concept of Catholic religion as state religion, freedom of conscience and cult were equally protected by law N. 1159 of 26th June 1929 whose art. 4 states:

Difference of cult is no exception to enjoying civil and political rights and to being admitted to civil and military positions (4).

The Minister of Justice Rocco, MP, in his report on 30th Apr. 1929, introducing the law to parliament, remarked that:

a special legal position having been rightly reserved to the Catholic religion, which is the state religion, free practice of all cults whose doctrines and rites are not against public order must be allowed, according to the principle of freedom of conscience.

The Italian constitution of 1st Jan. 1948 does not specifically mention freedom of conscience, an expression not appearing in any of the provisions contained in art. 3, 7, 8, 19 (5) and 20 of the constitution regulating and preserving freedom and equality on religion, and in art. 21 preserving freedom of thought and expression.

The right to behave according to conscience is not specifically

(4) Cfr. M. PIACENTINI, *La tutela della libertà di coscienza e di culto nell'ordinamento dello Stato fascista*, in AA. VV., *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, III, Roma, Foro italiano, 1933, pp. 144-54, espec. p. 144; G. MACCHIARELLI, *La libertà religiosa nello Stato fascista*, in « Rivista penale », 1935, pp. 185-95, espec. p. 187.

(5) This provision, in particular, guarantees the right « diritto di professare liberamente la propria fede religiosa ».

envisaged by the constitution (6). Neither did Parliament ever discuss the proposal of constitutional revision submitted on the 23rd Feb. 1972 by Lelio Basso, MP, aiming at changing art. 7, 8 and 19 of the constitution. In particular referring to the last article Basso suggested the insertion of the following two regulation formulae:

Freedom of faith and conscience is inviolable.
Discussion of religious matters is completely free (7).

This proposal raised a lively debate and was discussed during an important meeting held at Siena in 1972 (8). However it was never discussed in the parliament and it expired with the premature end of the 5th legislature.

In spite of lack of mention in the constitution, there is however no doubt that freedom of conscience, as a natural, original and essential right, belongs to the area of respect of the human personality, that is the respect of the opinion of everybody to behave according to his own free will (9).

On the other hand it is well known that in the constitution there are implied admissions not less valid and important than those specifically stated especially when they are the necessary assumption from which other liberties derive (10), as it was precisely specified by Franco Finocchiaro:

The «caput et fundamentum» of all faculties deriving from the right of religious freedom is the one referring to freedom of conscience, that is the personal disposition of the individual toward the problem of existence

(6) For freedom of conscience as a form of freedom with a « contenuto in un certo senso indefinito », cf. F. C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 539-62, especially p. 543.

(7) For proposal and report of proposer see S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia. 1948-1980*, Brescia, Queriniana, 1981, pp. 208-11.

(8) The acts of the meeting were collected in the volume by A. RAVÀ *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973.

(9) P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 63.

(10) G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, Utet, 1960, p. 1642; see also to the same regard F. BETTINELLI, *Profili di diritto costituzionale della disciplina legislativa dall'obiezione di coscienza Prime osservazioni della legge 15 dicembre 1972, n. 772*, in « Giurisprudenza costituzionale », XVII, 1972, pp. 2923 ss., especially p. 2929.

and life in its religious, ethical, political, social and other aspects. Admitting or denying the existence of God, joining this, that or no religion concerns the formation of belief before giving place to external behavior (11).

In this regard we must remember that the Italian constitution in its 2nd article recognises and guarantees the inviolable rights of man both as an individual and in the social associations where his personality is fulfilled. Now referring to this provision we must remember that the most important principle is the respect and the protection of the individual, of man as such considered in all of his expression (12). Acceptance and protection of freedom of conscience must be derived from art. 2 of the constitution which demands respect for the individual and from art. 19 and 21 of the constitution regulating both religious freedom and freedom of thought and expression. So in the case that we find in the Italian law limitations to the formation of a religious or non religious conscience, due to privileges that, may be granted by the existing law to cultural entities such as religious denominations, these privileges must be abolished, being against art. 2, 19 and 21 of the constitution and against the principle of natural equality contained in art. 3, 2nd paragraph of the constitution (13).

Delicate problems of constitutional adherence, with reference to the principles of freedom and equality on religious matters, were raised by regulations which recently came into force after the revision of the Concordat, regarding teaching of religion in Italian state schools. This revision took place with the pact of Villa Madama, stipulated between Italy and the Holy See, on the 18th of Feb. 1984. These regulations must be examined with reference to the position

(11) F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (1986), Bologna, Zanichelli, 19903, p. 135.

(12) This sentence by Aldo Moro is mentioned by U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella costituzione italiana*, in *Il pluralismo sociale nello stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 70.

(13) Cf. to this regard F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., 137, and there the right, critical remarks on the existence of a « diritto alla formazione di una coscienza individuale non condizionata ». With reference to this cf. recent contributions published in the volume *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa* (Acts of the meeting held at Arcos de la Frontera during 1st and 2nd Feb. 1989), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989: see in particular publications by Martines, Bellini e Finocchiaro.

recognised to non believers, whose rights were in theory considered worth being preserved (however the real situation is very different) according to the principle of respect of freedom of conscience and of non discrimination contained in art. 9 of the Concordat. With reference to the provisions concerning the commitment of the state in guaranteeing the freedom of choice on teaching of religion and avoiding any form of discrimination, we must remember that according to an obvious principle:

a person cannot be compelled even indirectly [...] to declare his confessional denomination or his religious opinion (14).

The principle committing the Italian state to guarantee to everybody freedom of conscience is also contained in art. 9, 2nd par. of law N. 449 of 1984, according to which: The Valdesse Board acknowledges [] the fact that the Italian state while it ensures teaching of Catholic religion in state schools, kindergartens, elementary, grade and high schools, at the same time, in order to guarantee to everybody freedom of conscience, it grants to pupils of these schools the right of not following religious practices and teachings either upon their own request, in the case they are of major age or upon request by one of their parents or tutors (15).

The expression freedom of conscience for everybody is very important for an interpretation of the Italian law in line with the tendency to consider religious freedom as an aspect and an expression of freedom of conscience. However this important principle, whose application is today strongly supported by the Italian religious minorities (16), is as a matter of fact facing remarkable difficulties in its daily implementation in schools.

(14) G. LO CASTRO, *Un'istituzione giurisdizionale gerarchica della Chiesa. La prelatura personale Opus Dei*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCV, 1985, I, p. 547-79, especially p. 574.

(15) « La Tavola valdesse prende altresì atto che, per dare reale efficacia all'attuazione di tale diritto, l'ordinamento scolastico provvede a che l'insegnamento religioso ed ogni eventuale pratica religiosa, nelle classi in cui sono presenti alunni che hanno dichiarato di non avvalersene, non abbiano luogo in occasione dell'insegnamento di altre materie, nè secondo orari che abbiano per i detti alunni effetti comunque discriminanti ».

(16) The last statement to this regard, at this moment (July 1990), is the one by the president of the chiese evangeliche italiane, Giorgio Bouchard, and by the president of the unione delle comunità ebraiche italiane, Tullia Zevi, in which the bill on the "ora di religione", approved by council of ministers on 26 Jan.1990, is defined « una viola-

1.2. *The right of man to objection on the grounds of conscience. The resolution of the European Parliament of 7th Feb. 1983. The principle of irrepressibility of freedom of conscience*

The problem of objection on the grounds of conscience has often been the main topic of political and legal debates in Italy and in Europe during the last decades. Originally it referred mostly to objection to military service but later it was analysed also in relation to abortion law, to opposition to state military expenditure and to requests not to pay taxes for this purpose. The case for objection on the grounds of conscience is expressed with his usual clarity by Bertrand Russel using these words:

If a man thinks that a certain law is unjust he has the right and he may have the duty, to try to change that law. However only on rare instances will he do the right thing by breaking the law. I am not denying that there are instances when breaking the law is a duty. It is a duty when man deeply believes that obedience would be sinful. This is the case for instance of those who raise conscientious objection to serving in a war. Even though you are fully convinced that this man is wrong you cannot say that he should act differently from what his conscience tells him to do (17).

Rinaldo Bertolino defined objection on the grounds of conscience as:

the antithesis to a reality or to an object which can be of any nature, on the basis of intimate opinions of the human spirit. Usually however objection on the grounds of conscience means opposition, refusal by the individual to obey to a command of the authorities or to a legal imposition (18).

It was rightly stressed that objection on the grounds of conscience which concerns us is the one referring to refusal to behave according to a formal law of the state by a person who is a subject of that state and who must obey that law, making no difference to

zione del principio costituzionale dell'uguaglianza dei cittadini ». The declaration is an « appello alle forze sociali e politiche del Paese che hanno veramente a cuore la neutralità confessionale dello Stato come indispensabile garanzia di libertà (...) ».

(17) B. RUSSEL, *Autorità e individuo*, Milano, Longanesi, 1975, p. 118.

(18) R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCIII, 1983, I, pp. 323-48. By the same author see also the book *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 1967.

the fact that it is the case of a general law or that of a regulations regarding the individual (19).

On this subject the tendency (clearly evident in some international documents) becomes very important to recognize conscientious objection. It is remarkable, for its relevance recently acquired, the resolution of the European parliament of 7th Feb. 1983, according to which the highest European legal authority, on the basis of art. 9 of the European convention on human rights, guaranteeing the right of freedom of thought, of conscience and of religion, as well as on the basis of previous statements, namely: resolution N. 337 of 1967 and recommendation N. 816 of the parliamentary assembly of the Council of Europe on the right to conscientious objection:

1. Reminds us that the right to freedom of thought, of conscience, and of religion belongs to fundamental rights;

2. Realizes that preservation of freedom of conscience implies the right to refuse military service on grounds of conscience.

3. Acknowledges that there is no tribunal nor committee, which has the right to probe the conscience of a person and so an individual statement is sufficient in most cases in order to obtain the benefits for conscientious objectors;

4. States that performing a replacement duty of the type envisaged by resolution 337 (1967) by the parliamentary assembly of the Council of Europe, cannot be considered as a sanction and must be organised with the respect of the dignity of people involved and for the good of the community, above all in the social field as well as in the fields of aid and cooperation to development.

5. Thinks that the duration of the replacement service, when carried out within an administration or a civil institution, must not be longer than that of normal military service including also training following basic military formation;

6. Insists on the need to align the laws of the member states of the community regarding the right to conscientious objection, its regulations, relevant procedures and the replacement service;

7. Stresses the need that the procedures do not entail delays and further administrative complications as often happens;

8. Invites governments and parliaments of member states of the community to examine their laws in this field;

9. Supports efforts toward acceptance of the right to conscientious objection within the convention on human rights;

(19) F. C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 539-62, especially p. 539.

10. Asks its president to send this resolution to the commission, to the governments and to the MP's of the member states as well as to the parliamentary assembly of the Council of Europe (20).

In my opinion all points approved by the European parliament clearly and fully express aspects which should be by now common to all European countries as preassumptions of any legal regulation of the problem of conscientious objection. I would like to stress point 3 of the resolution where it is remarked that there is no tribunal or committee which can probe the conscience of a man and so an individual statement is sufficient in most cases in order to obtain the benefits envisaged for conscientious objectors. This statement is important as philosophical, religious and moral opinions representing the essence of freedom of conscience belong to the individual core of each person so that it cannot be admitted that institutions judge the sincerity and foundation of conscience motivations (21). If the system considers some behaviour inspired by reasons of conscience illegal, in those cases, controls, repressions and possible penalties must refer not to the conscience of the individual but to the acts performed by him (22).

However, in order to avoid any infringement on the freedom of conscience of a person, it is necessary to eliminate any verification of the personal motivations of the applicant, in such a way that there

(20) The text of the resolution was published in Italy in the « Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee », 14 marzo 1983 (N. C. 68/14).

(21) Cf. in this regard T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Modena, Mucchi, 1989, IV, pp. 1403-42, especially p. 1412 ss., who in this regard shares the decision of the plenum of the consiglio di stato of 24 May 1985 n. 16, which denied inquisition powers to the commissione ministeriale supposed to judge on the acceptance of the applications of conscientious objection. As remarked by R. VENDITTI (*Valutazione dei motivi dell'obiettore e reiezione della domanda di ammissione al servizio civile*, in « Giurisprudenza italiana », CXXXVII, 1985, III, I, cc. 302 ss.), the consiglio di stato, with such a decision, proposed « una interpretazione della l. 15 dicembre 1972, n. 772, notevolmente riduttiva dei poteri inquisitori della Commissione e del Ministro della difesa ».

(22) As Capograssi wrote: l'ordinamento si tiene all'azione, « perchè l'azione è la vera, certa ed effettiva conclusione e manifestazione della coscienza autentica del soggetto e della sua autentica volontà di vita »; ma « richiedendo l'azione, l'ordinamento lascia libero corso alla vita della coscienza, non la disturba, non la tormenta, le lascia avere la propria vita, svolgere le proprie esigenze, tentare per così dire la propria avventura »: G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in « Foro italiano », LXXV, 1950, II, cc. 47-52, specialmente c. 49.

must be for the objector, an automatic way of applying his right (23), whereas this is now not the case regarding conscientious objection to military service in our current system, as we know and as will be comprehensively explained later.

2. IN PARTICULAR: THE REFUSAL TO DO MILITARY SERVICE ON THE GROUNDS OF CONSCIENCE

2.1. *Legal provisions on conscientious objection to military service: the contribution of the constitutional court*

At the constitutional assembly (1946-1947) the problem of conscientious objection to military service was discussed during the debate on art. 52 of the constitution (24). All proposals of amendments submitted by the committee in order to regulate conscientious objection in the Constitution were rejected.

In particular during the meeting of 20th and 21st May 1947 the amendment proposed by Caporali, MP, was rejected, which would allow exemption from carrying arms for people objecting for reasons of conscience whether philosophical or religious (25). The system currently in force considers military service to be compulsory, specifying that it must be performed according to the law (26).

The first Italian law aiming at regulating hypotheses of priority of conscience over orders coming from the legal authority is law of N. 772 of 15th Dec. 1972.

Before the approval of this law, objectors were prosecuted according to several laws of the military penal code for peace time: art. 173, 1st par. (refusal to obey) calling for imprisonment up to

(23) Cf. to this regard T. MARTINES, *Obiezione*, cit., p. 1414.

(24) Art. 52 of the cost. reads: « La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino. / Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, nè l'esercizio dei diritti politici ».

(25) On the meaning to attribute to lack of mention in the constitution on conscientious objection, cf. S. PRISCO, *Le metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXIV, 1989 (issue now being published).

(26) The clause later approved « nei limiti della legge » had been proposed by the MP's: Laconi, Targetti, Gasparotto, Merlin and others.

one year, art. 151 (absent when called) calling for imprisonment from six months to two years, art. 1486 (desertion in peace time) calling for imprisonment up to one year; art. 138 of the DPR N. 237 of 14th Feb. 1962, (resistance to the draft) calling for imprisonment from one to two years. As the duration of the terms spent in prison is not considered as time spent doing military service, after the prison term the objector must resume military service. To a new form of objection a new trial would follow with a new aggravated sentence due to relapse.

To avoid the possibility that such a situation would become recurrent up to the time when the objector became dischargeable having reached the age limit, the expedient was used of rejecting him either for medical reasons or for heart neurosis or sending him to the criminal asylum at Aversa on the grounds of religious delirium (27).

There are three forms of conscientious objection considered by law N. 772 of 1972, namely for religious, philosophical and moral reasons (conscientious objection due to political reasons was excluded). An investigation committee, polemically called a conscience tribunal by the objectors, was set up in order to examine applications for conscientious objection and act as a consultant for the ministry of defence (28).

The law on conscientious objection was rightly considered one of the worst additions to the Italian penal code in recent years (29). It was puzzling on the grounds of theory (30) and prac-

(27) For a comprehension of the situation before 1972 and of the various proposals aiming at envisaging a law coherent with the needs of conscientious objectors to military service see S. LARICIA, *Diritto ecclesiastico* (1972), Padova, Cedam, 1986³, p. 399 ss.

(28) For the analysis of some problems discussed to this regard cf. Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 1980, in « Foro italiano », CIV, 1981, III, c. 230 ss.; Id., ad. plen., 24 maggio 1985, n. 16, ivi, III, c. 285 ss., with wide note of references: this is the decision afore mentioned, nt. 20.

(29) V. MAGGI, *Non è mai troppo tardi: la riforma della giustizia militare*, in « Foro italiano », CIV, 1981, V, c. 167 ss..

(30) Cf. among others F. C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 539 ss.; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, cit.; F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno della obiezione di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCII, 1982, I, pp. 222-49; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 62; E. CUCCODORO, *Parametri costituzionali di equilibrio tra obiezione di coscienza e prestazione del servizio*

tice (31) and the judges raised many objections of constitutional legitimacy (32), so that a legal revision became necessary (33). The first ten years of its application proved the limitations of this law and the difficulties of its implementation.

It is likely that new laws will be soon approved by the parliament to regulate this problem, the approval of a bill submitted in 1982 to the senate being long overdue (34).

It must be kept in mind that in 1985 with a wide ranging deci-

mitare in Italia, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXXV, 1985, pp. 444-76; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli, Jovene, 1986. But for major indications see works quoted at the end of this paper.

(31) For the many decisions, during the decade of application of law. n. 772 of 1972, cf. Trib. Sondrio 11 febbraio 1983, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCIII, 1983, II, p. 327; Pret. Chivasso 15 marzo 1983, in « Foro italiano », CVI, 1983, I, c. 1118; Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 1983, n. 233, ivi, 1983, III, c. 382; T. A. R. Piemonte 4 luglio 1983, n. 470, ivi, 1983, III, c. 383. For an examination of the tendencies of legal literature cf. G. RICHELLO, *Rifiuto del servizio militare di leva. Sintesi della giurisprudenza*, in « Rassegna Arma carabinieri », LXXV, 1975, p. 1101 ss.; R. VENDITI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare nella giurisprudenza amministrativa*, in « Giurisprudenza italiana », CXXXVI, 1984, IV, c. 73 ss.; P. MORMILE, *L'obiezione di coscienza al servizio militare nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, Jovene, 1988 ed ivi la giurisprudenza citata; AA VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, Cedam, 1989: but see many other references at the end of this relation.

(32) Questions of constitutional legitimacy raised in 1978 and 1979 were considered groundless by constitutional court with sent. 24 May 1985, n. 164, in « Giurisprudenza costituzionale », XXX, 1985, I, p. 1203 ss. with major note of quotations and observations by R. VENDITI, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 164 del 1985 relativa alla legge sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare*. Many other decisions by the const. court on the problem of conscientious objection are quoted infra.

(33) Cf. law. 21 May 1975, n. 249, circ. min. difesa n. 500081/30 del 5 novembre 1974; d. p. r. 28 novembre 1977, n. 1139. We are still waiting for a new law on conscientious objection.

(34) With this project, submitted by some senators of the sinistra indipendente and consisting of 22 articles the achievement of the following objectives was attempted: abolition of non armed military service, recognition of conscientious objection as such not only to the use of arms, objective and non discretionary conditions for recognition of objection; demilitarisation of the alternative civil service and its management by the regions; involvement of objectors in the management of alternative civil, extension of alternative civil service to the social, medical and penitentiary sectors; constitution of a national fund for alternative civil service without increase of public spending. However the entire problem of military service may soon be regulated by new procedures.

sion dec. N. 164 of 1985 (35) for the first time the constitutional court analysed problems relevant to the constitutional legitimacy of law N. 772 of 15th Dec. 1972 recognising conscientious objection to military service (36). Especially relevant in this decision is the statement referring to a doubt of constitutional legitimacy of the entire law because it conflicts with art. 52 of the constitution.

The decision states that not only does such a conflict not exist, but that the elimination of the law from our code would be a step backwards, so much worse now after a resolution by the European parliament (7th Feb. 1983) [...] remarks that the preservation of freedom of conscience implies the right to refuse to do armed military service.

As to the relation of conscientious objection with art. 52 of the constitution the court made a distinction between defence duty and the obligation to do armed military service. The former is an absolute duty of political solidarity, whereas the latter is not such, even though it relates to defence duty. This difference led the court to the conclusion that defence duty can be performed through the supply of suitable non — armed services with a social orientation. The civil service of objectors does not contravene the duty of defence of the country demanded by the 1st par. of art. 52 of the constitution.

With reference to art. 3 of the law, the decision of the court also examined the term of 6 months to accept applications by objectors and, by declaring the regulation contained in art. 3 constitutionally legitimate, considered this term mandatory stating that it operates peremptorily through a mechanism of application/notice versus

(35) Decision n. 164 of 1985, with note by R. VENDITTI, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 164 del 1985 relativa alla legge sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXX, 1985, I, n. 6 p. 1213-26. Sulla stessa sentenza cfr. anche E. Rossi, *Una decisione interlocutoria in tema di obiezione di coscienza*, in « Foro italiano », CVIII, 1985, I, c. 2516 ss..

(36) In a previous decision, sent. N. 53 of 1967, the court stated: "la difesa della patria grava su tutti i cittadini senza esclusione, e rappresenta un dovere supremo che trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare. Infatti, mentre il dovere di difesa è inderogabile, nel senso che nessuno lo potrebbe far venir meno, il servizio militare è obbligatorio, ma, come precisa l'art. 52 cost., « nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge »".

no-reply/refusal. The constitutional court in 1986 re-examined the problem of conformity to the constitution of the provisions contained in law N. 772 of 1972. In fact with the important decision N. 1113 of 24th Apr. 1986 continuing the debate on non-armed defence started with decision N. 164 of 1985, the court declared art. 11 of the above law constitutionally illegitimate, it being in conflict with art. 103, 3rd par. of the constitution, where it states that conscientious objectors admitted to civil service are subject to the jurisdiction of military tribunals (37).

The principles invoked by the court in order to claim the thesis that, during his civil service, the objector, like any other person not belonging to the armed forces, is responsible to a regular tribunal are the following:

a) the moment a person becomes a soldier, that is, the person acquires the status of belonging to the armed forces, is upon his enlistment;

b) after the acceptance by the Ministry of Defence of the application of the objector and his admission to civil service the objector loses any military status;

c) this loss, which is a new aspect of not belonging to the armed forces, adds to the others already contained in art. 6 of the military penal code for peace time;

d) however it is a case of termination (from belonging to the armed forces) with a conditional clause of resolution as it can be revoked (38) in the cases envisaged by art. 6 and 9 of the law N. 772 of 1972, which namely consider: the former, the failure to report to the assigned post together with severe cases of lack of discipline and the latter breach of the prohibition to possess, use, manufacture and deal in arms or ammunition.

(37) The decision is published in « Giurisprudenza costituzionale », XXXI, 1986, I, n. 4, pp. 652-5, with major note of quotations and comment by R. VENDITTI, *Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 113 del 1986 che esclude gli obiettori di coscienza dalla categoria degli "appartenenti alle Forze armate"*.

(38) The law mentions « decadenza dal beneficio dell'ammissione al servizio civile ».

2.2. *The problem of duration of civil service and its differences compared to military service*

Parliament is trying to replace law N. 772 of 1972 with another one more adequate to the principles stated by the constitutional court in the afore mentioned decisions (39). However, in the meantime, a new question of constitutional legitimacy of this law was raised particularly regarding the duration of civil service compared to that of the draft (40).

The judges who raised the question remarked that it cannot be stated in general and in principle that non — armed civil service is less demanding than military service, as often the former, especially when performed in communities for care of drug addicts, is on the contrary more demanding and of greater responsibility. Furthermore, it is not certain that civil service cannot and will not be more demanding than the military one, in consideration of the fact that it is organized by the national civil service. Therefore, the «ratio» of a longer duration for civil service appears only to be a deterrent and a concrete obstacle to the fulfillment of conscientious objection, some sort of a hurdle in order to verify its seriousness.

However the state can neither violate the principle of equality considered in art. 3 of the constitution

in order to follow clever and basically authoritarian short cuts [...] nor endorse procedures for implementation of the civil service capable only of discrediting it in front of public opinion.

As early as 1964 Aldo Capitini with reference to the bill by Pistelli, about this aspect of the problem remarked

that the service is made oppressive by a duration which is dou-

(39) The unified text was approved by the defense committee of the camera dei deputati, against the vote of MP: Giovanni Pellegatta, Andrea Mitolo, Gastone Parigini e Francesco De Carli, on 20 Apr. 1989: in this meeting undersecretary Gaetano Gorgoni has reminded: "come il governo non abbia voluto ostacolare il lavoro della commissione e non ha pertanto presentato un proprio testo ma solo emendamenti; ed ha ribadito le principali contrarietà rispetto al testo poi approvato dalla commissione, con particolare riferimento alla previsione di un diritto soggettivo all'obiezione di coscienza, alla durata del servizio civili sostitutivo ed alla funzionalità delle strutture".

(40) The questions of constitutional legitimacy were raised by: tribunale di Cagliari, by the giudice istruttore presso il tribunale di Rimini, by the corte di appello di Venezia, by the tribunale di Camerino.

ble (art. 6). It is obvious that this is a deterrent to discourage people who dodge the draft for personal reasons and actually from a utilitarian point of view spending twice as much time can be a deterrent. On the other hand a bill with these burdens for the conscientious objector will more easily obtain parliamentary approval by everybody. However we must say that people who take into consideration the ideals leading to conscientious objection cannot be satisfied by such a difference in conditions for those choosing one or the other of the two forms of service, as only equality creates the mutual respect between the two forms of sacrifice for the community, that in war times are, as I have said, equally hard and dangerous. However we can imagine that after the law has been approved and implemented, further corrective action may follow, calling upon everybody's conscience to take a stand (41).

In accordance with the principle stated by the European parliament in the afore mentioned resolution of 7th Feb. 1983, performing another service in place of the military one cannot be considered a form of punishment and so this service must not last longer than ordinary military service.

It would be about time that we moved towards a major respect for conscience, remarked Paolo Barile (42), hoping that the court, in reply to the questions of legitimacy of the provisions regarding the duration of civil service, would pass a decision that, by forbidding any discriminatory increase of the duration of service, would at the same time eliminate an existing provision and avoid it reappearing in the future (43).

Accepting these wishes the constitutional court with the decision N. 470 of 31st Jul. 1989 declared art. 15, 1st paragraph of law 772 of 1972 constitutionally illegitimate, considering it unjustified,

(41) A. CAPITINI, *Il progetto di legge Pistelli circa l'obiezione di coscienza*, in « La cultura », II, 1964, pp. 670-2, spec. p. 672.

(42) P. BARILE, *La naia degli obiettori*, in « la Repubblica », XIV, 1989, 7 aprile.

(43) With reference to the problem of duration of the civil service vs. military service cf., in "nota all'ordinanza di rinvio alla corte costituzionale emessa da trib. Cagliari 20 gennaio 1988, A. PUGIOTTO, *Durata del servizio civile e principio costituzionale di eguaglianza*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXIII, 1988, II, n. 3 (fasc. n. 5), pp. 1049-55.

on the basis of art. 3 of the constitution, the difference in duration of the service by the objector versus the one served by drafted soldiers (20 months for the former, 12 for the latter).

After the decision by the constitutional court N. 470 of 1989, which fixed months the duration of both services to 12, the Minister of Defence Mino Martinazzoli, MP, in a speech on 21st Dec. 1989 to the defence committee in the house of representatives expressed his intention of submitting a series of corrections to the draft of the bill as it had been prepared by the defence committee.

In particular the Minister stressed the need for a solution which would have been a compromise between the principles stated by the court and the doubts of the military establishment in order to avoid the possibility that objection could have become an alternative short cut to military service. In order to promote the draft, without damaging those opting for conscientious objection, the minister of defence proposed introducing some time differences between the two services by formally leaving the duration of service the same in both cases, but holding the objector for a further three months to be spent in a training course. If the objector refuses to perform the assigned duty he would be punished with imprisonment from 6 to 24 months. Economic incentives for soldiers were also considered with the introduction of an equal basic salary, which for soldiers would increase by 70 % through allowances.

Still according to these proposals an objector, as opposed to what happens now, would have received food and lodging from the civil institution. This last provision was opposed by those observing that in most cases objectors served in their own city, so it would have overloaded the institutions which seldom had funds to accommodate objectors coming from far away. Objectors would be managed by a department for civil service in the premier's cabinet office and no longer by the ministry of defence. There would be forms of control and limitations for those opting for objection. For lack of discipline an objector could be assigned to military service. In fact, if the administration notices on the part of the objector, behaviour incompatible with the nature of service performed or with the mission of the institution to which he was assigned, there would be a provision allowing the possibility of sending the objector to barracks or mili-

tary prisons in spite of the ruling by the constitutional court demilitarising civil service (44). Hunters, people familiar with guns, applicants for an arms permit and people sentenced for violence were to be excluded from Civil Service. People not suitable for military service (because of a poor physical, psychological or temperamental profile) could do civil service. As already mentioned, civil service institutions would not only be compelled to supply the objector with accomodation (food and lodging) but also with training courses, without receiving any state economic support for their obligations.

It will be necessary to evaluate each provision of the newly proposed law. However, it is already possible to welcome some solutions like the establishment of a Department for Civil Service within the premier's cabinet office and the provision assigning to this office some functions, regarding conscientious objectors, previously carried out by the Minister of Defence. On the other hand, those provisions which consider the choice of conscientious objection as a convenient opportunity do not appear as acceptable. With this in mind, we must also worry about preserving military service and avoid that too good a law on conscientious objection would empty the barracks.

Rightly the national secretary of CESC (Coordination of Civil Service Institutions) said in a recent interview that in order to make the Civil Service significant and demanding (but not stupidly oppressive), discouraging in this way false objectors, several factors are needed: firmness of the state office selected for the application of the law, agreements only with serious institutions on the basis of projects of social defence of people in need and of the national community [...], regulations on civil service for institutions and objection discussed on a national basis, a great theoretical and practical effort of training, thorough and objective monitoring, regular consultations, trust and collaboration (45). According to the press in Feb. 1990 the Minister of Defence Mino Martinazzoli, MP, announced the submission to Parliament, of a bill on armed forces regarding the duration of military service within 6 months. The law then being

(44) The constitutional court established the non belonging of objectors to armed forces with sent. n. 113 of 1986.

(45) The interview is in « Adista », XXIV, 1990, n 3 (4581-3), p. 4.

studied by the high command, would reduce the time served, in the sense that, although the total formal duration would remain as one year, the actual duration of military service would be curtailed to 9 months, through what was defined as a long leave of absence (46).

The consequences, due to the acceptance of such a proposal, would have been the creation of a big difference in duration between civil and military service. This difference would have amounted to six months if the proposal of a preliminary three month course for objectors had been approved, as this would have added to the lack of long leave for the objectors, who unlike the soldiers would not have benefited from Martinazzoli's proposal.

Personally I do not agree with the solution of creating different conditions between civil and military service, because, as observed by Aldo Capitini in the above mentioned text, only equality creates reciprocal respect between the two forms of sacrifice for the community.

2.3. *Punishableness of the crime of refusing military service on grounds of conscience. Decision N. 409 of 1989 by the constitutional court. Two important decisions by the military tribunals of La Spezia and Turin*

The constitutional court with decision of 18th Jul. 1989 N. 409 declared constitutionally illegitimate art. 8, 2nd par. of law N. 772 of 15th Dec. 1972 as replaced by art. 2 of law N. 965 of 24th Dec. 1974, with regard to the part fixing the minimum applicable sentence to two years instead of six months and the maximum sentence to four years instead of two.

With a decision, which I approve, the court declared constitutionally illegitimate the law which considers refusing military service to be a crime, for the part relevant to punishment which the court considered unreasonable and disproportionate. Instead it was rightly considered rather puzzling the part of the decision which established

(46) Cf. F. GRIGNETTI, *Meno soldati e naja più corta. Come sarà il disegno di legge sulle Forze Armate annunciato da Martinazzoli*, in « La Stampa », CXXIV, 1990, n. 36, 13 febbraio.

the new measure of punishment for the said crime, using as a basis the punishment established by a regulation considered to be of similar nature (art. 151 of the military penal code for peace time)

After the decision of the constitutional court N. 409 of 18th Jul. 1989, an important problem was faced by jurisprudence, which by using a restricted interpretation of the above decision, absolved on two occasions a conscientious objector, in this instance a Jehovah's Witness, from the charge of refusing military service on grounds of conscience, as this fact was not a crime (47).

These are two decisions of remarkable importance, as they consider the problem, which perhaps has not been adequately considered by the constitutional court, of punishment of conscientious objection on penal ground.

What are the principal aspects of these two decisions? As we saw, the constitutional court, with the above-mentioned decision N. 409 of 1989, declared constitutionally illegitimate art. 8 of law N. 772 of 15th Dec. 1972 (replaced by art. 2 of law N. 965 of 24th Dec. 1974) as this provision envisages penalties considered too severe (from 2 to 4 years imprisonment) for people refusing both military and civil services, in comparison to the penalties (from six months to two years) for the crime of not answering to the draft (48). The court considered more appropriate to inflict upon the conscientious objector the lower penalty established by art. 151 of the military penal code for peace time.

However two military tribunals, namely at La Spezia and Turin, did not agree with the consideration of the court, which did not declare illegitimate art. 8 of law N. 772 of 1972 but only the penal-

(47) These are 2 decisions not yet published: the 1st by the tribunale militare di La Spezia on 28 Sep. 1989, the 2nd by the tribunale militare di Torino in Jan. 1990.

(48) To this regard see decision issued by the constitutional court on 2 Feb. 1990, stating "che i giovani che hanno beneficiato del rinvio del servizio militare di leva per motivi di studio o per altre legittime ragioni dovranno essere chiamati alle armi entro il termine perentorio di un anno dalla data di scadenza dell'ultima proroga: con tale sentenza la corte ha dichiarato in parte illegittima una norma della l. del 1975, che non fissava alcun termine preciso, limitandosi ad indicare che, cessato il periodo di rinvio, si va al servizio militare « con il primo scaglione o contingente chiamato alle armi ». Pertanto, mentre prima i giovani restavano in attesa della chiamata senza scadenza, adesso, se non riceveranno la cartolina entro un anno, non avranno più l'obbligo di presentarsi in caserma".

ties envisaged by this article and suggested instead to apply the penalties established for failing to answer to the draft.

In the decision of the La Spezia tribunal, with a motivation used later also by the Turin military tribunal (49), it is remarked that, if it was within the powers of the constitutional court to declare illegitimate the law regulating the crime of refusing military service, for its part relevant to penalties considered to be unreasonable and disproportionate, nevertheless the decision of the court was not institutionally correct. With its decision the court fixed a new scale of punishment for a crime on the basis of another law considered similar. This solution implies a legal role which cannot be attributed to the constitutional court. With this procedure, reads the decision, the constitutional court, in violation of art. 28 of law N. 87 of 11th Feb 1953 as well as of the legal reservation mentioned in art. 25, 2nd par. of the constitution, created a new penal law complete with provision and penalty. To establish a penalty of any nature for human behaviour implies an operation, attributed by the constitution to legislators, which implies the political evaluation of that behaviour, the identification of the social purposes to serve and the will to really protect the good after it has been identified. Now the constitutional court in this case took the place of the legislator doing some reconstruction which is certainly outside its legal powers. It is without doubt that the reduction of the penalty for the «de quo» crime [...] means to have considered less worth protecting the good preserved by the law. Furthermore it means to have made a choice between several possible solutions and it means having modified at this point the penal system, besides achieving the original purpose. Rightly, in this decision is quoted the opinion of those remarking that the constitutional court does not have the power of, proving by itself and with binding authority, the way to implement constitutional principles (and not certainly non constitutional legislative principles) (50).

The decision concludes by adopting a solution, which I share,

(49) Cf. The interview by the president of military tribunal of Turin, dott. Alfio Coco, published in «La Stampa», CXXIV, 1989, n. 28, «Cronaca di Torino», p. 3.

(50) G. ZAGREBELSKY, *Il giudizio di costituzionalità sulle leggi*, Bologna, Il Mulino, 1989.

that after decision N. 409 of 1989 by the constitutional court, which was not followed by legislative action, conscientious objectors cannot be sentenced as the code was deprived of the law relevant to the penalty. Even without accepting this conclusion, we must remember that regarding crimes derived from conscientious objection to military service two procedural and penal provisions can help avoiding part of the prison term for people calling themselves total objectors and refusing not only military service but also civil service. These are “freedom on condition” of the condemned soldier (art. 71 of the military penal code for peace time) and “trial custody” in care of a civil institution or a non-military institution (art. 1 of law N. 167 of 29th Apr. 1963 and later revisions) (51).

The interpretation of these provisions is very problematic. In fact, as to the real concession of the benefit of freedom on condition many lawyers and judges think that evaluation of good behaviour for the concession of the benefit itself must be related to the notion of sure reparation, also in relation to the need to preserve the armed forces.

According to this interpretation, there must exist the disposition by the party involved, to mend his ways by reacquiring his sense of responsibility toward himself and society which he offended and to which he should return (52).

Also, as far as the trial custody is concerned there were quite a few cases of rejection by the overseeing tribunal, which were justified on the basis of the consideration that the defendant retained a negative attitude toward the state and the law. To this regard the cassation court has rightly ruled that, if the legislator wanted to relate the trial custody of the defendant for crimes deriving from conscientious objection, to sure and ascertained reparation, there would not be any need of envisaging the provisions being considered (53).

(51) Cf. on this point P. MORMILE, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 161.

(52) See P. MORMILE, *L'obiezione di coscienza*, cit. p. 162.

(53) Cass., I sez. pen., 2 luglio 1987, n. 2977, quoted in *Intolleranza religiosa alle soglie del Duemila*, by the Associazione europea dei Testimoni di Geova per la tutela della libertà religiosa, Roma, Fusa, 1990, p. 186, nota 16.

2.4. *Problems still outstanding. Importance and urgency of a new law on conscientious objection. Guidelines on some fundamental principles*

For people committed for many years to the analysis of subjects relevant to individual freedom of conscience (54) it is a pleasure to see the fact that, due to important action by legislators, to many and important decisions by judges of all types (55) and levels (56) and to the development of numerous and diversified studies, as proved by the rich bibliography at the end of this report, the right to conscientious objection is generally considered a right of freedom of the individual, which acquires a particular position within the category of the rights recognised to the individual for a better fulfillment of his personality (57).

However, as was rightly observed, the tendency to classify conscientious objection as a perfectly subjective right is growing, but the way this institute is at present regulated according to law 772/72 is that of a « legitimate interest » (58).

In fact the law on conscientious objection to military service

(54) For a global evaluation of these problems, see S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, Il Mulino, 1989.

(55) One of the most recent decisions issued by penal judges is the one by corte di assise di Roma, 14 feb.1990, by which sig. Athos De Luca, assessore all'ambiente della provincia di Roma, was absolved from « istigazione di militari a disertare », per avere distribuito volantini per l'obiezione di coscienza davanti ad una caserma di Civitavecchia, nel 1981¹.

(56) For an updated review of administrative law, cf. P. MORMILE, *L'obiezione di coscienza*, cit.

(57) For an evaluation of the legal positions configuring conscientious objection as « come interesse legittimo o come diritto soggettivo », see in the rich bibliography, A. PUGIOTTO, *Alcuni problemi di tutela giurisdizionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, in Aa. Vv., *La tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali* a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 1988, espec. p. 134 ss. e 144 nt. 30; G. ANZANI, *La natura giuridica dell'obiezione i poteri della commissione ministeriale* (sent. 16/1985 del Consiglio di Stato, ad. plen.), in Aa. Vv., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, Cedam, 1989, spec. p. 110 ss.; S. PRISCO, *Le metamorfosi*, cit.

(58) Cf. G. ANZANI, *La natura giuridica*, cit., p. 62.

was conceived as a concession for the objector in exchange for heavy recompense (59).

Therefore, so much more important appears to be the new law now being examined by the parliament. The unified text discussed by the defence committee in the House of representatives during the meeting of 20th Apr. 1989 states in art. 1 that: People who obey their conscience in exercising the rights of freedom of thought, of conscience and of religion admitted by the universal declaration of human rights and by the international convention on civil and political rights and who oppose armed violence and so do not accept being drafted in the armed forces, can fulfill their obligations by performing civil service in place of military service. This service can be different from and unrelated to the military service, but, like the latter it fulfills the constitutional duty of defence of the country and it is in agreement with the aims stated by the fundamental principles of the constitution.

Among the principles which, on the basis of the experience of 20 years of application of law N. 772 of 1972, must be considered by the new law, there is, first of all, the right consisting in the establishment of an individual right to freedom for those who apply for recognition of objection on the grounds of conscience.

Art. 2 of the bill presently being discussed in the parliament explicitly mentions the right of conscientious objection to military service. However it must be kept in mind that a different attitude is still supported by the government as proved by the speech, delivered by the undersecretary Gaetano Gorgoni, to the defence committee during the above-mentioned meeting of 20th Apr. 1989 He first remarked the fact that the government did not want to hinder the work of the committee and so did not submit its own draft of the law but just submitted some amendments.

However in conclusion he restated the main objection to the text about to be issued by the committee, referring in particular to the recognition of conscientious objection as a « subjective right », to the duration of the replacing civil service and to the setting up of the organisation [...]. The essential fact is that civil service per-

(59) P. CONSORTI, *Per una nuova legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « il tetto », XXIV, 1987, pp. 127-39, specialmente p. 127.

formed in place of military service must not be considered subordinate or a replacement of the latter but it must rather consist of an activity which, being suitable to fulfill the constitutional duty, could even be chosen by the objector (60). We must not admit the presence of any filter between the application and the admission to a service that doesn't imply the personal use of arms. We must furthermore eliminate any verification of the personal motivations of the applicant (61). After having abandoned the connotation of a concession and having acquired that of a right, civil service must be considered, in the new law, as an alternative to and not as a replacement of military service. Therefore a principle of parity must be created between the two possibilities of fulfilling the duty to serve by having a non militarized civil service and an equal duration to carry out both services (62). To this regard the proposal, already mentioned in par. 3, of setting up within the premier's cabinet office a department for non-armed civil defence is very important (63).

Many of the problems considered regarding conscientious objection relate to the need, in the interpretation of art. 52 of the constitution, to identify, referring to the state and to the community, the legal concept of a country, whose defence is a sacred duty of all its citizens (and not only of those serving in the armed forces) with a concept which agrees with the international orientation of the Italian state and its open attitude to the international community clearly evident in many principles contained in the constitution (64).

In this regard it was rightly pointed out that it is necessary to

(60) R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 334-5.

(61) Cf. to this regard T. MARTINES, *Obiezione di coscienza*, cit., pp. 1413-4, who "giustamente auspica la previsione di « una sorta di automatismo » nella ammissione all'esercizio del diritto da parte dell'obiettore, osservando che ogni accertamento sulla domanda del medesimo è incompatibile, tra l'altro, con la libertà di coscienza, « che non può essere in alcun modo sindacata o soggetta a limitazioni »".

(62) See for interesting considerations on the principles of a new legislation on conscientious objection, P. CONSORTI, *Per una nuova legge*, cit., especially pp. 129-138; *Id.*, *Obiezione di coscienza al servizio militare e servizio civile*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCVII, 1986, II, pp. 393-401.

(63) We must hope in a rapid approval of the bill of Guerzoni and others (n. 3935), which in art. 3 asks for the creation of this department.

(64) Cf. T. MARTINES, *Obiezione di coscienza*, cit., pp. 1419-20. On the subject of the disposition of the Italian state toward the international community, see A. CASSESE, Art. 10-11, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, pp. 461-88 and with particular reference to the pacifist ideal, which was a « idea portante » of the work by the assemblea costituente, pp. 468-9.

have a rational idea of country, which does not entail abstract concepts of patriotism and nationalism.

The national state inherits in the name of sovereignty conceived in modern terms, the ancient duty of dying for the country, affirming in this way the preeminence of the nation above all other earthly goods. This nationalism and the mentality deriving from it has lagged behind with respect to the technological development of armament. People using arms to threaten another country know that they can at the same time destroy their own country. In this way from a moral point of view conscientious objection to the use of arms is now more justifiable than military service itself (65).

As far as international public law is concerned, the duty to defend the country represents the expression of duty to solidarity not only political but also economic and social. It is a form of duty which becomes real in the commitments to civil collaboration envisaged by the legal system (66). As the modality of using objectors and the limitations of their duties are not presently regulated by law N. 772 of 1972 (67) and are instead defined in the conventions according to art. 14 of DPR N. 1139 of 1977, the timely setting up of a national civil service is, in accordance with art. 23 of the constitution, a necessary realisation of the implications of this duty and of the limitations of its performance (68).

chelli-Il Foro italiano, 1975, pp. 461-88 and with particular reference to the pacifist ideal, which was a « idea portante » of the work by the assemblea costituente, pp. 468-9.

(65) J. HABERMAS, *Per un'idea razionale di patria*, in « MicroMega », II, 1987, n. 3, pp. 121-35, spec. p. 128.

(66) On these duties cf. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967 and with particular reference to the duty to defend the country; *Id.*, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino (profili critici)*, in « Giurisprudenza costituzionale », XII, 1967, 343-50.

(67) Art. 5 l. n. 772 of 1972, without mentioning institutions and organizations with which the ministry can stipulate suitable conventions, just specifies « qualora l'interessato opti per il servizio sostitutivo civile, il Ministero della Difesa, nell'attesa dell'istituzione del servizio civile nazionale, distacca gli ammessi presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza, di istruzione, di protezione civile e di tutela e incremento del patrimonio forestale ».

(68) Cf. observations by T. MARTINES, *Obiezione di coscienza*, cit., pp. 1420-1.

3. OTHER INSTANCES OF CIVIL DISOBEDIENCE ON MORAL GROUNDS

3.1. *The fiscal conscientious objection to military expenses. The proposal of setting up a department for non armed civil defence*

As was recently remarked by Luciano Guerzoni,

Every citizen is under the obligation of doing personally something real in order to voice his need and hope of a world without arms and violence in such a way that peace, not based on arms, becomes the most important thing. This need and hope cannot wait any longer and cannot be left to the government or entrusted to the calculations of the ruling institutions. This is the meaning of fiscal conscientious objection to military expenditure (69).

With reference to what is defined as fiscal conscientious objection, it must be reminded that in Italy this form of objection is not legally recognized, so the objector risks civil and fiscal penalties (70). There are no penal sanctions for people practising fiscal objection, but they apply instead to people promoting it, as it is considered a form of instigation to disobedience to the law regarding public order (art. 415 of penal code calling for prison terms from 6 months to 5 years). On 11th Feb. 1983 the first court case for promotion of fiscal objection took place in Sondrio and on the first hearing as well as on the following hearings, the defendants were absolved because the act was not a crime. In spite of this decision, cases of pressing charges for the crime described by art. 415 of the penal code, are rather frequent (71).

(69) L. GUERZONI, *E io obietto*, in « il manifesto », XX, 1989, 2 giugno: in this article the author, MP for the « sinistra indipendente », announces the submission of a bill for recognition of « diritto » all'esercizio dell'obiezione fiscale in materia di spese per la difesa, per il contenimento delle spese militari e per l'istituzione — presso la presidenza del consiglio — del « Dipartimento per la difesa civile non armata »: see infra in the text.

(70) On conscientious objection to military expenses cf. the clear paper by F. ONIDA, *L'obiezione fiscale*, in « Il Ponte », XLII, 1986, n. 3, pp. 41-52 and the book by A. DRAGO e G. MATTA, *L'obiezione fiscale alle spese militari. Quale pace? Quale difesa?*, Torino, Gruppo Editoriale Abele, 1986.

(71) One the most outstanding took place at Fidenza in 1988 against the entire city council: 15 communist, socialist and christian democrats members were accused of

Selfreduction of fiscal dues by the tax payer, through deduction on a percentage basis of the share allocated to military expenses, entails for those who act this way the possibility of being considered partial tax evaders who will be prosecuted by the state administration. Recently however a person in Verbania had a different and original idea: He paid a hundred thousand lire but soon afterwards he applied for restitution of seven thousand lire as it was allocated to military expenditure not approved by him. As there was still no reply by the revenue service after 90 days, which legally meant being refused restitution, this person, as allowed by the law, turned to the first level fiscal committee of Verbania. The fiscal judges took the case and sent it to the constitutional court having taken into consideration a doubt of constitutional breach of the law which compels the tax payer to pay all dues including those relevant to arms production (72).

Hopefully, as in the cases of the decisions passed by the constitutional court on the problem of conscientious objection to military service, also in this case the judge evaluating compliance of laws to the constitution, will give a contribution to legal recognition of the right to fiscal objection to military expenditure, by accepting as relevant the question submitted for constitutional examination.

On 29th May 1989 Luciano Guerzoni, with the support of several members of parliament belonging to different political groups, submitted to the House of representatives a bill aiming at a political solution for the choice of objection and civil disobedience implemented by then by more than 5000 italians. This bill (10th legislature N. 3935) contains regulations for the implementation of the fiscal option relevant to expenditure for military defence, control of

having instigated to disobedience of the law « approvando una mozione di solidarietà con gli obiettori fiscali, contenente tra l'altro dichiarazioni di incitazione alla cosiddetta obiezione di coscienza alle spese militari ».

(72) Cf. G. GALLO-ORSI, *Come spende lo Stato le nostre tasse? All'esame della Corte costituzionale la cosiddetta « obiezione fiscale » alle spese militari*, in « Stampa sera », CXXII, 1989, n. 5, 8 gennaio, p. 7. «La commissione tributaria di primo grado di Verbania ha contemporaneamente rinviato alla corte costituzionale anche la legge che stabilisce una piccola retribuzione a cottimo per i giudici tributari e che prevede che il compenso non è dovuto per le decisioni con le quali gli atti vengono rinviati alla corte costituzionale».

arms costs and setting up a department for non-armed civil defence (73).

The Bill consists of 5 articles. Art.1 describes the criteria for the implementation of the fiscal option by the tax payer. Art.2 delegates the minister of finance to set up the procedures for the preparation of suitable income tax forms. Art. 3 provides the creation, within the prime minister's cabinet office, of a department for non-armed civil defence, having the responsibility to research, organise and manage civil defence. To this department each region will submit schedules and plans for setting up its territorial non-armed civil defence. Art. 4 delegates the government to issue a law to regulate the activities of this department, the policy of submission of regional plans and their approval. Art. 5 regulates finances of the department for civil defence and the allocation of funds, which will come from those managed by the prime minister, dividing them between the department (for its expenses) and the regions (for implementation of territorial plans).

In my opinion principles and solutions contained in the bill must be fully supported. They represent an important contribution to a deep and necessary transformation of our present defence system and propose an alternative model to traditional defence. Worthy of mention in this bill is the proposal of setting up a department for "non-armed civil defence" and its title, in place of the more common term of "non violent people defence". This choice is justified, in the description of the bill on the basis of two considerations.

First of all for reasons of uniformity because the former expression was adopted by the unified text of the proposals of conscientious objection to military service [...], in the second place because the expression «non armed civil defence» better shows the aim of the [...] proposal in the short term, that is the start of a defence model which is different and which is an alternative to the one based on armed defence. The expression «civil defence» within this context must not be confused with the one having a wider implication of civil protection as it must be interpreted as organized resist-

(73) The bill is published in the section Documentazione of « Quaderni di diritto e politica ecclesiastica », VI, 1989.

ance, even though not armed, by the « citizens » to armed aggression.

As will be evident in the following paragraphs the need to envisage a different defence model compared to that based on armed defence is one of the fundamental aspects of the problem of conscientious objection to military service.

3.2. *Conscientious objection in art. 9 of law N. 194 of 22nd May 1978 relevant to procured abortion*

New subjects for discussion about conscientious objection were introduced by the law on abortion (74), which came into force in 1978. This is a problem which cannot be properly analysed here. It is a problem relating to important aspects affecting the development of individual and social life of the people in a democratic state. Just some of the more relevant aspects will be recalled herebelow:

Art. 9 of law N. 194 of 22nd of May 1978 envisages the fact that medical and paramedical personnel are not bound to take part in the procedures described by art. 5 and 7 of the law and in operations aimed at interrupting pregnancy, when there may be a case of conscientious objection, provided that the claim has been made in advance.

Conscientious objection — it is stated in the regulation - exempts medical and paramedical personnel from performing procedures and activities which are specifically and necessarily related to interruption of an existing state of pregnancy, even when the interruption may happen after beginning of the intervention.

Objection can be revoked or be declared also outside the terms stated in the previous paragraph but in the last case becomes effective only a month after it was submitted to the district doctor.

Excluded from objection are those categories of people who, even though they have a casual relation with abortion, neither belong to medical personnel nor perform paramedical activities. To this last

(74) On the problem of a comparison between the provisions on conscientious military service and those on conscientious objection to the abortion law, cf. the recent paper by C. SALLUSTIO SALVEMINI, *Obiezione di coscienza: aborto e servizio militare. Un caso di strabismo legislativo*, in « il tetto », XXVI, 1989, n. 155, pp. 507-22.

category belong people managing hospitals, on whom the law specifically imposes (art. 9, 4th par.) the guarantee of not only the performance of expected procedures stated by art. 7 but also the performance of operations of pregnancy interruption according to the law.

Particularly complex is the position of the guardian judge described by art. 12, 2nd par. in cases of pregnancy interruption for a girl less than 18 years old or in the case of legal incapacity of a woman (75).

Conscientious objection described by art. 9 of law 194 of 1978 was inspired by a very liberal conception regarding the form and the subject of the objection (76). In my opinion, we must approve the choice of the legislator in envisaging a regulation which guarantees to medical and paramedical personnel the possibility of not collaborating in abortion, accepting in this way the motivation of a large part of the Italian public opinion which for moral and social reasons is against the introduction of a law on interruption of pregnancy as it is regulated by law 194 of 1978. We must remember however that the above-mentioned regulation raised a lively debate due to the frequency with which medical personnel, resorting to this law, asked to be exempted from performing operations of interruption of pregnancy. It was observed that the law on abortion found many obstacles in its real application.

It must then be observed that, in this hypothesis, contrary to what is envisaged for conscientious objection to military service, there is no committee supposed to examine the application by the

(75) Cf. on this point: PANE, *L'aborto della minorenne*, in « Rassegna di diritto civile », 1983, p. 775 ss.. The question of constitutional legitimacy of the provision which does not allow conscientious objection by a judge was submitted to the constitutional court. Cf. the decision by the constitutional court 25 May 1987, n. 196 and the note by Rossi E., *L'obiezione di coscienza del giudice in Foro it.*, 113, 1988, I, c. 759 ss. The decision is published also in « Giurisprudenza costituzionale », XXXII, 1987, I, pp. 1460-6.

(76) F. C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 544. It is important to remember that art. 9, 6th par., law n. 194 of 1978 specifies that conscientious objection « si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'abbia sollevata prende parte a procedure o interventi per l'interruzione della gravidanza previste dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente ».

objectors and no legitimate motivation is required (77). Deadlines exist only in order to establish the moment the objection becomes juridically operative whereas military personnel, who only during service by themselves develop a situation of objection cannot automatically impose it due to the deadline. It is evident that there is a difference in the treatment between the two hypotheses of conscientious objection accepted by legislators for interruption of pregnancy and for military service (78).

It is at this point only appropriate to try to eliminate the difference in treatment of the two categories of people submitting, within different contexts, application for 'conscientious objection. Furthermore, in order to safeguard the principles stated by the law on interruption of pregnancy, we must face the problem of establishing a suitable way of discouraging the manifestation of non-genuine forms of objections, by creating an alternative service whose difficulty is proportional to the risks of malfunction of the institution (79).

3.3. *Compulsory medical treatment: namely blood transfusion*

A complex and topical problem, occurring often here in Italy, is the legitimacy of the refusal to undergo blood transfusion by the followers of the Christian denomination of Jehovah's witnesses. This question is part of the wider picture of the theme of constitutional limits of medical treatment and right of freedom of conscience. The problem raised a lot of interest in Italian public opinion requiring quite often the intervention by a magistrate. It was also the subject of many legal analyses and studies, due to its importance as a subject

(77) This is a further argument in favour of the theses, supported in this essay, which wishes the suppression of any « filtro » between the application of the conscientious objector to military service and admission to a different service from the one involving personal use of arms and the elimination of any verification of the personal motivations of the applicant.

(78) On the recognition of conscientious objection envisaged by art. 9 of law n. 94 of 1978 cf., among the laws, Pret. Milano 17 gennaio 1979, in « Foro italiano », CII, 1979, II, c. 266; Pret. Torino 16 gennaio 1981, ibidem, 1981, II, c. 317; in the literature: F. C. PALAZZO, *Obiezione*, cit., p. 544; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 65; L. V. MOSCARINI, *Aborto*, in *Dizionario del diritto privato* a cura di N. Irti, Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1980, p. 21. See also bibliography at the end of this essay.

(79) Cf. in this regard F. ONIDA, *Contributo*, cit., especially p. 249.

which also in the past, even though from different points of view, attracted the attention of authoritative jurists (80).

The question of the legitimacy of blood transfusion assumed a dramatic relevance at the beginning of the eighties due to interest created in public opinion by the so called « Oneda case ». With the decision of 10th Mar. 1982 the court of assizes at Cagliari condemned a couple considered to be responsible for the death of their younger daughter, having refused to submit the girl, affected by homozygotic thalassemia, to regular blood transfusions.

In the decision the following principles are stated: (81)

Parents who, in order not to violate a religious principle of the cult of the Jeovah's witnesses, which they follow, omit to submit their daughter affected by homozygotic thalassemia to regular blood transfusions, accepting thereby the risk of not preventing her death, which later actually occurred due to severe anemia are responsible of complicity in the crime of murder.

The problem of making medical treatment compulsory was made more complex by the circumstances that, in this very particular case, the religious freedom of the two defendants was in conflict with the right of life of a person who is legally incapable person, due to her minor age. This circumstance induced the judges to conclude that, in this case, the manifestation of religious freedom guaranteed by the constitution (art. 19 of the constitution) was not applicable as religious freedom exists only within its natural limits.

The court of appeal at Cagliari, with the decision of 13th of Nov. 1982, confirmed the condemnation for complicity in first-degree murder and the non-applicability of extenuating circumstances for particular moral and social reasons (82).

(80) On the legitimacy of drawing blood against the will of the person involved in order to supply first aid to third party, cf. F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue* and F. DEgni, *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, in « Foro italiano », LXIII, 1938, IV, cc. 89 e 129.

(81) The decision is published in « Foro italiano », CVIII, 1983, II, 27 with comment by G. Fiandaca. The event was amply commented: cf., among the many contributions, M. BARNI, *Giustizia o intolleranza?*, in « Avanti! », 24 marzo 1982; S. LENER, *I testimoni di Geova e la punizione dell'omicidio*, in « Civiltà cattolica », 1982, IV, p. 159; P. NUVOLONE, *Religione e diritto alla vita*, in « L'indice penale », XVI, 1982, p. 133.

(82) The principles are mentioned in « Foro italiano », Rep. 1983, entry Reato in genere, n. 42.

However the cassation court declared the decision of the court of appeal null and void and sent it back, stating that the existence of possible intention, in the form of acceptance of the risk of occurrence of death, should have been ascertained considering the fact that the tribunal for minors had issued provisions aiming at solving for good the problem relevant to the medical assistance of the minor (83).

The decision by the court of assizes of appeal at Rome, which in June 1986, examined the case again (84), decided that parents of a minor affected by thalassemia must be considered responsible for cooperation in the crime of manslaughter, as an unwanted consequence of the crime of violation of the duty of family assistance, if, for religious reasons, they omitted to submit their daughter to regular blood transfusions necessary to guarantee her life. In the decision it was stated: Parents who, in order not to violate a religious prohibition of the cult of Jeovah's witnesses, which they follow, omitted to submit their daughter, affected by homozygotic thalassemia to regular blood transfusion accepting the risk of not preventing her death, which later actually occurred due to severe anemia are responsible for complicity in manslaughter, as an unwanted consequence of the crime of violation of the duty of family assistance

(83) The decision by the cassazione, sez. I penale, 13 dicembre 1983 is published in « Foro italiano », CIX, 1984, II, c. 362, with a very interesting note by P. Floris. The decision declares clearly groundless the question of constitutional legitimacy of art. 147 c. c. e 570 c. p., «dai quali discende l'obbligo giuridico di impedire un evento penalmente rilevante ex art. 40, cpv., c. p., nella parte in cui non prevedono un esonero dagli obblighi di assistenza familiare nei casi in cui questi siano in contrasto con una fede religiosa, ovvero non prevedono che tale contrasto possa dar luogo a quelle situazioni di incapacità che rappresentano il presupposto dell'intervento sostitutivo dello stato, in riferimento agli art. 2, 3, 19, 21 e 30, 2° comma, cost. e si afferma inoltre il seguente principio: ai fini dell'accertamento del delitto di omicidio doloso, l'indagine sull'elemento psicologico del reato, trattandosi di una componente soggettiva interiore di inafferrabile connotazione esterna, non può che essere rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, il quale deve tuttavia offrire del suo convincimento una motivazione scevra da vizi di ordine logico e giuridico ed ancorata essenzialmente a quei fatti esteriori che siano indicativi di tale componente psicologica.

(84) Corte assise app. Roma, 13 giugno 1986, in « Foro italiano », CXI, 1986, I, c. 606, with major nota di richiami.

Extenuating circumstances for particular moral and social reasons are inapplicable to parents charged with manslaughter, who, in order not to violate a religious prohibition of the cult of Jeovah's witnesses, which they follow, have omitted to submit their daughter, affected by homozygotic thalassemia, to regular blood transfusion, so accepting the risk of not preventing her death, which later actually occurred, due to severe anemia.

Extenuating circumstances apply only to cases of unpremeditated crime.

The parents responsible for this crime were sentenced to a penalty of three years and eight months. On the 16th of Feb 1987 the decision and the penalty were confirmed by the cassation court.

The four decisions analyse, from different points of view, the complex and ever more debated problem of legitimacy of refusing blood transfusion by the Jeovah's witnesses. To this regard it was remarked that cases such as that of a murder as a consequence of the crime of violation of the duty of family assistance tend to represent very well in theory the hypothesis of exclusion of possible intention. In fact the intention of omission assumes the certainty that the unrealised action is necessary to prevent the harmful event. From this point of view, exactly the religious belief that faith and prayer are the best way to avoid the worst, that can lead a person to an error of evaluation of how effective a certain safety conduct is, and such a circumstance is a proof which excludes intention (85).

Considering the general aspects of the question we must stress the fact that it is unacceptable a provision allowing the intervention of medical authorities and legal authorities, without having the support of legal regulations, and arbitrarily imposing on a person the restriction of the freedom of disposing of his own body and of religious freedom (86). Opposition to blood transfusion by a person of

(85) See comment by Fiandaca, in quoted note published in « Foro italiano », 1983, about the « caso Oneda ». On difference between "dolo eventuale e colpa cosciente" cf. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, Milano, Giuffrè, 1980, p. 287.

(86) Cf. to this regard F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e costituzione*, in « Diritto e società », V, 1982, p. 303, and authors quoted there...

major age cannot be overruled, except in the case of emergency (in this case also without the consent of the patient). Opposition by a parent to blood transfusion on a minor can be overruled by the intervention of a judge (87).

3.4. *Conscientious objection by a guardian judge*

Art. 12 of law 194 of 1978 envisages the hypothesis that a woman of minor age in order to interrupt her pregnancy must have the approval of person having paternal authority over her or guardianship. However during the first 90 days of pregnancy if there are serious reasons impeding or not recommending the consultation of the people having the authority or the guardianship, or in the case that these people, upon being consulted, refuse their approval or have different opinions among themselves, in this case the family doctor or the advisory bureau or a medical institution, after having analysed with the woman and with the person indicated as the possible father the various solutions which could remove the causes leading to the interruption of pregnancy, must send within seven days a report stating his opinion to the guardian judge of the district in which he operates (art. 5). The guardian judge, within 5 days, after having spoken with the woman and considering both her will and the medical report, can authorize the woman to interrupt her pregnancy, by an act not subject to appeal. The approval of the guardian judge is not necessary if a doctor verifies the urgency of the intervention due to serious danger for the health of the minor. With reference to this provision a magistrate in Naples and another in Abbiategrosso, with provision of the 14th Sep. 1984 (88) and 15th Dec. 1985 (89), raised a question of constitutional legitimacy for absence

(87) Cf. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 389.

(88) This regulation is published in « Il Nuovo diritto », LXII, 1985, pp. 405-8, with the note by G. LOTTO, *Aborto di minorenne e intervento del giudice tutelare ex art. 12 della l. 22 maggio 1978, n. 194. Obiezione di coscienza del giudice?*, pp. 408-11.

(89) This regulation is published in « Giurisprudenza costituzionale », XXXII, 1987, II, p. 391 ss.

of presence in the provision of the possibility for a guardian judge of raising conscientious objection (90).

The constitutional court with decision N. 196 of 25th May 1987 considered this question groundless by remarking that the provision of the judge is a case falling within the authorized schemes or « adversus volentem », that is it integrates the will of the minor, who has a limited capacity of taking action. So the judge remains alien to any procedure of real verification of the conditions required by the legislator in order to proceed with the interruption of pregnancy (91). Furthermore, the court specifies the fact that the conscience of the judge and his duty to carry out his legal obligations are well protected in absolute terms, but any conflict among them must be resolved in favour of needs of the « judicare ». These concepts were later restated by the constitutional court in decision n. 445 of the 3rd Dec. 1987.

REFERENCES FOR FURTHER RESEARCH

Bibliography on conscientious objection is of considerable size. In particular the following works, herebelow grouped by subject and listed in chronological order, can be consulted.

On freedom of conscience cf., among the many titles, CALOGERO G., *Disobbedienze civili*, in « Il Mondo », XII, 1960, 27 dicembre and in ID., *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967, 96-8; VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, Utet, 1960, 1642 ss.; JEMOLO A. C., *Il diritto positivo e i diritti della coscienza*, in « Giurisprudenza italiana », CXVI, 1964, II, 91-4; FLORIS P., *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in « Foro italiano », CIX, 1984, II, 361-80; PRISCO S., *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli, Jovene, 1986; BELLINI P., *Ateismo*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, I, Torino, Utet, 1987, 513-21; ID., *Centralità della coscienza e condizionamenti dell'ambiente*,

(90) The pretore di Napoli, in particular stated of having incurred a « conflitto insanabile tra la propria coscienza e gli obblighi derivantegli dalle funzioni che è chiamato a svolgere in base alla L. 194/78 ». Stating furthermore that « (...) i propri convincimenti trovano ampia tutela negli artt. 21 e 19 Cost. che garantiscono i diritti di libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero, nonché il diritto di libertà religiosa » and so thinking of being entitled to the recognition according to the Constitution, of the right of raising conscientious objection".

(91) The decision is in « Foro italiano », CXI, 1988, I, cc. 758-71, with note by E. Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice*.

in AA. VV., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa* (Acts of the meeting held at Arcos de la Frontera during 1st and 2nd Feb. 1989), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, 81 ss.; BERTOLINO R., *La libertad de conciencia: el hombre ante los ordenamientos estatales y confesionales*, in « Anuario de derecho eclesiastico », III, 1987, 39-68; FINOCCHIARO F., *Diritto ecclesiastico* (1986), Bologna, Zanichelli, 1990³, 135. See also DE SANCTIS F. M., *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 994-1003; ROSSI E., *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in « Diritto e società », XI, 1988, n. 3, 513-24; LARICCIA S., *Libertad ideológica y libertad religiosa en el ordenamiento jurídico de Italia*, Report to the 4th nat. conv. on Spanish ecclesiastical law, in « Anuario de derecho eclesiastico », 1989; TOSO P., *Dovere di fedeltà e diritto di resistenza. L'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XL, 1990, n. 2, 426-45.

With specific reference to the proposal of modification of art. 19 of the const. cf. FOIS S., *Garanzia costituzionale delle manifestazioni di pensiero in materia religiosa*, in AA. VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, 1215-26.

For a general evaluation of the problem of freedom of conscience (or of the conscience) various new author can be consulted, *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa* (Acts of the meeting held at Arcos de la Frontera during 1st and 2nd Feb. 1989), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989; LLAMAZARES FERNANDEZ D., *Derecho eclesiastico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, Servicio publicaciones facultad derecho Universidad Complutense, 1989; LARICCIA S., *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, Il Mulino, 1989 (and bibliography there enclosed, especially 311-71).

On conscientious objection evaluated in the perspective of the comparison between different codes, see BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, specialmente 8.

Particularly interesting is, still today, a pamphlet published in Perugia in 1975 by « Movimento nonviolento », with its center at Perugia, by the title *L'obbedienza non è più una virtù*, containing: una dichiarazione di cappellani militari contro l'obiezione di coscienza al servizio militare; la lettera di don Lorenzo Milani ai rispostai ai cappellani militari; l'autodifesa di don Milani al processo per apologia di reato intentatogli a seguito della lettera ai cappellani militari. Under the significant title: *L'obbedienza non è più una virtù* la Libreria Editrice Fiorentina in 1967 published all documents of the trial of don Milani. On the thought by Don Milani see AA. VV., in « Testimonianze », X, 1967, fasc. n. 100 (dedicated to don Lorenzo Milani); RAMAT M., *Immagine di don Milani*, in « Il Ponte », XXIII, 1967, 1628-34; BALDUCCI E., *La fede di don Milani*, in « Testimonianze », XIII, 1970, n. 123, 463-72; FALLACI N., *Dalla parte dell'ultimo. Vita del prete don Lorenzo Milani*, Milano, Libri edizioni, 1974; POMBENI P., *Sugli inediti di don Milani*, in « Idoc Internazionale », XIX, 1976, n. 6, 75-6; BALDUCCI E., *Attualità inattuale di don Lorenzo Milani*, in « Testimonianze », XX, 1977, n. 196-7, 471; LANCISI M., *Don Lorenzo Milani. Dibattito aperto*, Roma, Borla, 1979; AA. VV., *Don Lorenzo Milani tra Chiesa, Scuola e Cultura*, Milano, Vita e Pensiero, 1983; CATTI G., *Don Milani e la pace*, Torino, Gruppo Abele, 1988.

A further pamphlet published at Perugia by the same « Movimento nonviolento » in 1971 is the one containing the essay of Aldo CAPITINI, *Teoria della nonviolenza*: This pamphlet collects writings by Aldo Capitini, who died in Perugia, his native city, on the 19th Oct. 1968. He was the greatest theorist and promoter of nonviolence in Italy. The volume was republished by the publisher Giunti di Firenze nel 1990. For a review of the

writings by Aldo Capitini cf. the bibliography by Aldo Stella, in CACIOPPO G., *Il messaggio di Aldo Capitini*, Manduria, Lacaita, 453-87. Interesting indications can be drawn also from the text sent by Capitini to his friend Guido Calogero, on 17th aug. 1968, in order to have it published by the review directed by Calogero, « La cultura », where it was published with n. 6/1968: this text was recently republished in « Linea d'ombra », VII, 1989, n. 44 (dicembre), with the title: *Attraverso due terzi del secolo* (pg.55-61): This review also published the small volume by Aldo Capitini, *Lettere agli amici*, 1947-1968, suppl. to fascicolo n. 44 (dicembre 1989): in particular see with regard to conscientious objection: the letter to Pietro Pinna, which reads: « (...) il suo attuale sacrificio sarà utile a tanti altri come guida verso una civiltà migliore e servirà come elemento prezioso a tutti quelli che operano per una legge che riconosca l'obiezione di coscienza; la quale, senza dei generosi che pongano con la loro azione di rifiuto il problema, non arriverebbe in porto (...) » (pp. 8-9). Pietro Pinna was the first objector who, due to conscientious objection underwent a trial in 1949.

In particular with reference to conscientious objection to military service (and to the related subject of nonviolence) considering mostly (but not only) the legal aspects of the problem, cf. LUCIFREDI R., *Il problema della convertibilità dei pubblici doveri con particolare riferimento all'obbligo militare*, in « Rivista di diritto pubblico », XXVIII, 1936, I, 127 ss.; CAPOGRASSI G., *Obbedienza e coscienza*, in « Foro italiano », LXXV, 1950, II, 47-52 e in Id., *Opera omnia*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 197-208; PREDIERI A., *La difesa e le forze armate*, in *Commentario sistematico alla Costituzione* a cura di P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, Barbera, 1950, 475 ss.; SEGRÉ B., *Costituisce reato l'obiezione di coscienza?*, in « Foro penale », V, 1950, II, 149 ss.; VITALE A., *L'obiettore di coscienza*, in « Giustizia penale », LV, 1950, I, 186 ss.; ANGELONI G. C., *Qualche nota sull'«obiezione di coscienza»*, ibidem, LVI, 1951, I, 227-31; MESSINEO A., *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia cattolica*, IX, Firenze, 1952, 17 ss.; PEDIO T., *Osservazioni sull'obiezione di coscienza*, in « Foro italiano », LXXVI, 1953, II, 206-13; CAPITINI A., *L'obiezione di coscienza in Italia*, Manduria, Lacaita, 1959; CALOGERO G., *L'obiezione di coscienza*, in « Il Mondo », XIII, 1961, n. 50, 16 dicembre, 16; BACHELET V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962; CASALINUOVO, « Non uccidere »: gli obiettori di coscienza, in « Calabria giudiziaria », 1962, 34 ss.; PEYROT G., *Il problema degli obiettori di coscienza*, Roma, Associazione italiana per la libertà della cultura, s.d. (1962); BALDUCCI E., *La Chiesa e la patria*, in « Giornale del mattino », 13 gennaio 1963, 2; BARATTA A., *Antinomie giuridiche*, cit.; CAPITINI A., *Il progetto di legge Pistelli circa l'obiezione di coscienza*, in « La cultura », II, 1964, 670-2; JEMOLO A. C., *Il diritto positivo e i diritti della coscienza*, cit.; CAPITINI A., *La nonviolenza oggi*, Milano, 1965; ORECCHIO O., *Obiezione di coscienza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, Utet, 1965, 708-29; PERGAMENO S., *Una legge per gli obiettori di coscienza*, in « Democrazia e diritto », VI, 1965, 413-23; FABBRINI F., *Tu non ucciderai*, Firenze, Cultura Editrice, 1966; GOMEZ DE AJALA A., *L'obiezione di coscienza al servizio militare nei suoi aspetti giuridico-teologici*, Milano, Giuffrè, 1966; GREGORIO O., *L'obiezione di coscienza*, Torino, 1966; MESSINEO A., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Civiltà cattolica », CXVII, 1966, I, 226-67; RIVA C., *L'obiezione di coscienza nei documenti conciliari*, in « Iustitia », XIX, 1966, 77-91; ROSADONI L., *La violenza dei disarmati*, Torino, 1966; BATTAGLIA F., *Coscienza (Obiezione di)*, in *Enciclopedia filosofica*, II, Firenze, 1967, 1270 ss.; BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 1967; CAMPBELL A. H., *La morale della disubbidienza alla legge*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XLVII, 1967, n. 4, 657 ss.; LOMBARDI G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano,

Giuffrè, 1967; Id., *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino (profili critici)*, in « Giurisprudenza costituzionale », XII, 1967, 343-50; MERANGHINI U., *I motivi dell'obiezione di coscienza nell'ordine morale e apprezzamento di essi circa l'applicabilità dell'attenuante dell'art. 62 n. 1 del Cod. pen.*, in « Rivista penale », XCIII, 1967, II, 57 ss.; BAINTON R. H., *I cristiani, la guerra, la pace*, Torino, 1968; BOSCH R., *Violenza o nonviolenza. Rivoluzione culturale nella chiesa?*, Roma, 1969; GANDHI K., *La forza della nonviolenza*, Milano, 1969; CARETTI P., MORBIDELLI G., *Obbligo di prestare il servizio militare e tutela delle posizioni soggettive*, in « Foro amministrativo », XLVI, 1970, II, 425 ss.; PASSERIN D'ENTREVES A., *A chi obbedire? Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milano, Comunità, 1970; THOREAU H. D., *La disobbedienza civile*, Milano, 1970; DE ROSA G., *Riconoscimento giuridico dell'obiezione di coscienza*, in « Civiltà cattolica », 1971, n. 2910, 524 ss.; BETTINELLI E., *Profili di diritto costituzionale della disciplina legislativa dell'obiezione di coscienza. Prime osservazioni della legge 15 dicembre 1972, n. 772*, in « Giurisprudenza costituzionale », XVII, 1972, 2923 ss.; CAMPANINI G., *Obiezione di coscienza e democrazia*, in « Studium », LXVIII, 1972, II, 807-19; FOSCOLO U., *Aspetti penali militari della legge per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza*, in « Rassegna Arma dei Carabinieri », XX, 1972, 1015 ss.; GUERZONI L., *Nuova problematica della libertà e crisi dello Stato di diritto*, in « Archivio giuridico "Filippo Serafini" », CLXXXII, 1972, 447; VERRI P., *Dell'obiezione di coscienza*, in « Rassegna Arma dei Carabinieri », XX, 1972 (suppl. ai nn. 1 e 6); CATTANEO A. M., *Considerazioni su diritto di resistenza e liberalismo*, in *Autonomia e diritto di resistenza* (Atti del convegno di studi « Forme di autonomia e diritto di resistenza nella società contemporanea », Sassari, 12-15 maggio 1971), Milano, Giuffrè, 1973, 209 ss.; COLETTI A., *L'obiezione di coscienza*, Milano, 1973; ERIKSON E. K., *La verità di Gandhi e le origini della nonviolenza militante*, Milano, 1973; GENTILE F., *Il servizio civile per gli obiettori di coscienza*, in « Rivista penale », XCIX, 1973, I, 260 ss.; JEMENEZ J., *La objeción de conciencia en España*, Madrid, 1973; MERANGHINI U., *Il rifiuto del servizio da parte dell'obiettore di coscienza*, in « Rivista di polizia », XXVI, 1973, 510 ss.; PASSERIN D'ENTREVES A., *Legittimità e resistenza*, in « Studi sassaresi », III, 1973 (Autonomia e diritto di resistenza); PERICO G., *L'obiezione di coscienza*, in « Civiltà cattolica », CXXIV, 1973, IV, 538-59; ROCHAT G., *L'antimilitarismo oggi*, Torino, 1973; D'AVACK P. A., *Libertà di coscienza, di culto e di propaganda*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 592-5; FIORE C., *Perdona a noi i nostri eserciti*, Torino, Elle Di Ci, 1974; FOSCOLO U., *Il reato preveduto dall'art. 8, 2° comma, della L. 15 dicembre 1972, n. 772, per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza*, in « Rassegna Arma dei Carabinieri », XXII, 1974, 211 ss.; PONTARA G., *Se il fine giustifichi i mezzi*, Bologna, 1974; VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè, 1974; RICHIELLO G., *Rifiuto del servizio militare di leva. Sintesi della giurisprudenza*, in « Rassegna Arma dei carabinieri », XXIII, 1975, 1101 ss.; CATTELAN J. P., *Obiezione di coscienza all'esercito e allo Stato (1973)*, trad. it., a cura di A. Drago, Milano, Celuc libri, 1976; GARINO V., *Riflessioni in tema di rifiuto del servizio militare di leva*, in « Rassegna di giustizia militare », II, 1976, 325 ss.; MONTANARI B., *Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Milano, Giuffrè, 1976; PECCHIOLI U., *Servizio militare obbligatorio e obiezione di coscienza*, in AA. VV., *La politica militare dei comunisti*, Roma, 1976; ROMBOLI R., *L'obiezione di coscienza in Francia e in Italia*, in « Foro italiano », CI, 1976, IV, 269-72; Cacioppo G., a cura di, *Il messaggio di Aldo Capitini*, Manduria, Lacaita, 1977; DEL RE M. C., *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica di trattamento*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », XXXI, 1978, 541 ss.; BOBBIO N., *Il problema della guerra e le vie della pace*,

Bologna, Il Mulino, 1979; BOLDETTI A., PAGANETTO G., *Norme di principio sulla disciplina militare e valori costituzionali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXIV, 1979, 507 ss.; CANFORA F., *Obbedienza alla legge, obiezione di coscienza e resistenza*, in « Giurisprudenza italiana », CXXXI, 1979, IV, 153-60; CERATO M., *L'autoriduzione del servizio sostitutivo civile*, in « Rassegna di giustizia militare », V, 1979, 183 ss.; DE STEFANO M., *Obiezione di coscienza ed inversione di tendenza della giurisprudenza dei tribunali militari*, in « Temi romana », XXVIII, 1979, 144 ss.; GIANBARTOLOMEI G., *Ancora in tema di obiezione di coscienza*, in « Rassegna di giustizia militare », V, 1979, 288 ss.; LISITANO A. M., *L'obiezione di coscienza. Due possibili prospettive*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XXXII, 1979, 1056 ss.; PALAZZO F. C., *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 539-62; PINTO F., *Forze armate e Costituzione*, Venezia, 1979; SADA L., *Spunti critici in materia di obiezione di coscienza al servizio militare: il problema della incostituzionalità della legge 1972 n. 772* (note to a sent. T. A. R. Piemonte 11 luglio 1978 n. 368), in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », LXXXIX, 1979, II, 512-34; SANDULLI A. M., *Disciplina militare e valori costituzionali*, in « Diritto e società », 2 (n. s.), 1979, 641 ss.; DEL RE M. C., *Convinzioni politiche e scusante di coscienza nell'obiezione al servizio militare*, in « Rassegna di giustizia militare », VI, 1980, 531 ss.; SOLINA M., *Cenni esegetici sulle premesse circa i conflitti di coscienza nel diritto penale in relazione all'obiezione di coscienza*, ivi, 647 ss.; FRACCHIA G., *L'obiezione di coscienza nella giurisprudenza del Tribunale Supremo Militare*, in « Legislazione penale », II, 1981, 422 ss.; GANDHI M. K., *Teoria e pratica della nonviolenza*, Torino, Einaudi, 1981; MAGGI V., *Limiti costituzionali al diritto e al processo penale militare*, Napoli, Jovene, 1981; Id., *Non è mai troppo tardi: la riforma della giustizia militare*, in « Foro italiano », CVI, 1981, V, 167-84; SOLINA M., *Norma, principio di legalità e garanzie costituzionali dell'obiezione di coscienza*, in « Rassegna di giustizia militare », VII, 1981, 63 ss.; VENDITTI R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Milano, Giuffrè, 1981; Id., *La normativa italiana sull'obiezione di coscienza al servizio militare: analisi critica*, in « Rassegna di giustizia militare », VII, 1981, 269 ss.; GENRE E., ROCHAT G., TRIDENTE A., *Costruire la pace oggi*, Torino, Claudiana, 1982; GIANNINI G., *Obiezione di coscienza e servizio civile*, in AA. VV., *Diritto di resistenza e nonviolenza*, in « Critica liberale », 1982, n. 22-23; MONETA P., *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982; ONIDA F., *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCII, 1982, I, 222-49; PEPE V., «Non più soldati»: guida pratica e note sul servizio civile e sull'obiezione di coscienza al servizio militare, Salerno, Galzerano, 1982; BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCIII, 1983, I, 323-48; BOBBIO N., *Disobbedienza civile*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Torino, Utet, 1983, 338-49; BRINDANI U., *L'obiezione di coscienza. Ragioni e contraddizioni di una crescita*, in « Il Mulino », 1983, n. 286, 276 ss.; D'AMBROSIO A., *L'obiezione di coscienza e il servizio militare di leva obbligatorio*, in « Sicurezza sociale », XXXVIII, 1983, 647 ss.; Id., *Evoluzione della normativa sull'obiezione di coscienza*, ivi, 1984, 522 ss.; FRACCHIA G., PIETRINI G., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Problemi penalistici e proposte di riforma*, in « Giustizia penale », LXXXVIII, 1983, I, 85 ss.; POLITO P., *Obiezione di coscienza e servizio civile. Bilancio di dieci anni*, in « Il Foglio », 1983, n. 104, 1-2; VENDITTI R., *Obiettori di coscienza davanti alla Corte costituzionale e al Parlamento Europeo*, in « Giustizia penale », LXXXVIII, 1983, II, 443 ss.; AGNOLI F.

M., *L'obiezione di coscienza*, in « Quaderni della giustizia », 1984, n. 37, 18; DELLA CASA F., *Affidamento in prova del condannato militare. Commento alla l. 29 aprile 1983, n. 167*, in « Legislazione penale », IV, 1984, 50 ss.; GARINO V., *Obiezione di coscienza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, V, Torino, Utet, 1984, 339 ss.; LOMBARDI G., *Fedeltà*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1984, 165-77; SARNO S., *Brevi osservazioni in merito al reato di rifiuto del servizio armato per motivi di coscienza*, in « Rassegna di giustizia militare », X, 1984, 529 s.; VENDITTI R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare nella giurisprudenza amministrativa e civile*, in « Giurisprudenza italiana », CXXXVI, 1984, IV, 73 ss.; Id., *Fedeltà (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1984, 177-9; GIANNINI G., *L'obiezione di coscienza al servizio militare, alle spese militari, professionale, etnica, al giuramento, alle prestazioni sanitarie obbligatorie*, Torino, Satygrapha, 1985; COCANARI F., GANDINI A., ZAGHI C., *Guida all'obiezione di coscienza*, Roma, Lavoro, 1985; CUCCODORO E., *Parametri costituzionali di equilibrio tra obiezione di coscienza e prestazione del servizio militare*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXXV, 1985, 444 ss.; D'ELIA G., *L'obiezione di coscienza e i poteri della commissione di cui alla legge 772/772: un problema irrisolto* (nota a sent. Cons. Stato, Ad. plen. 25 maggio 1985 n. 16), in « Rassegna dell'Avvocatura dello Stato », 1985, I, 618 ss.; GALLO D., *Dal dovere di obbedienza al diritto di resistenza*, Perugia, Azione Nonviolenta, 1985; MESSINA R., *Finalmente ammessa la continuazione tra reati comuni e reati militari*, in « Foro italiano », CX, 1985, II, 172-6; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Padova, Cedam, 1985; PUGIOTTO A., *L'obiezione di coscienza al servizio militare tra l'immobilismo del legislatore e le accelerazioni della giurisprudenza*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXX, 1985, I, 2013 ss.; ROSSI E., *Una decisione interlocutoria in tema di obiezione di coscienza* (nota a sent. Corte cost. 24 maggio 1985 n. 165), in « Foro italiano », CX, 1985, I, 2516-27; Id., *Circolari ministeriali e sindacato della Corte costituzionale in materia di obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXXV, 1985, 117 ss.; SCOTTI L., *Il servizio civile rimane in lista d'attesa*, in « Corriere giuridico », 1985, 815; VANNICELLI L., *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari. Consulenti familiari e graduale disordinamento*, Modena, Mucchi, 1985; VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985; Id., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè, 1985; Id., *Valutazione dei motivi dell'obiettore e reiezione delle domande di ammissione al servizio civile* (nota a sent. Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 1985 n. 16), in « Giurisprudenza italiana », CXXXVII, 1985, III, 391 ss.; Id., *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 164 del 1985 relativa alla legge sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare* (note to the decision by the const. court 24th May 1985 n. 164), in « Giurisprudenza costituzionale », XXXV, 1985, I, n. 6, 1213-26; BELLI R., *Problemi relativi all'obiezione di coscienza* (note to sent. by the const. court. 24th May 1985 n. 164), in « Giurisprudenza italiana », CXXXVIII, 1986, I, 1, 161 ss.; Id., *On « smilitarizzazione » of conscientious objectors* (regarding the decision n. 113/1986 of the constitutional court), in « Archivio penale », XLII, 1986, 301 ss.; BOBBIO N., *Le ragioni della tolleranza*, in AA. VV., *Intolleranza: eguali e diversi nella storia* (Acts of the meeting organized by Amnesty International by P. C. Boro), Bologna, Il Mulino, 1986, 33 ss.; LAZZARO A., *Obiezione di coscienza e vigili urbani* (nota a sent. T. A. R. Emilia Romagna, Sez. Bologna, 3 gennaio 1983 n. 1), in « Giurisprudenza italiana », CXXXVIII, 1986, III, 1, 425 ss.; CHIAVARIO M., *Obiettori di coscienza e giurisdizione penale*, in « Legislazione penale », VI, 1986, 601 ss.; Consorti P. L., *Obiezione di coscienza al servizio militare e servizio civile*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCVI,

1986, n. 2, I, 393-401; ID., *Circolari della Pubblica Amministrazione e disciplina dell'obiezione di coscienza* (nota a sent. T. A. R. Lazio, Sez. I, 22 ottobre 1986 n. 1658), in « Temi romana », XXXV, 1986, n. 3, 826-38; DELLI PAOLI G., *La liberazione condizionale del condannato militare*, in « Rassegna di giustizia militare », XII, 1986, suppl. al n. 4-5 (Scritti in onore di Vittorio Venturo), 211 ss.; MESSINA R., *Gli obiettori di coscienza ammessi al servizio civile sostitutivo: una nuova voce nell'elenco degli estranei alle forze armate* (note to the sent. of const. court of 24 Apr. 1986 n. 113), in « Foro italiano », CXI, 1986, I, 1489-93; ID., *Anche gli iscritti di leva sono estranei alle forze armate*, ivi, 1756; ID., *Gli obiettori di coscienza tra grazia, liberazione condizionale e affidamento in prova* (nota a sent. Trib. mil. Roma 1 agosto 1985), ivi, II, 297 ss.; PANUCCIO DATTOLA F., *L'obiettore di coscienza: soldato sì, soldato no?* (nota a sent. Corte cost. 24 aprile 1986 n. 113), in « Giustizia civile », XXXII, 1986, I, 3024 ss.; PRISCO S., *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, Jovene, 1986; PUGIOTTO A., *La controriforma ministeriale all'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Questione giustizia », 1986, 607 ss.; RICHELLO G., *Sanzioni sostitutive e processo penale militare*, in « Cassazione penale », XXVI, 1986, 1095; ID., *Obiezione di coscienza e rifiuto del servizio civile sostitutivo* (nota a sent. Corte cost., 24 aprile 1986 n. 113), ivi, 1718 ss.; RONCA M., *L'adduzione dei motivi di coscienza da parte di obiettore non vero*, in « Rassegna di giustizia militare », XII, 1986, n. 4-5, 343-52; VENDITTI R., *Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 113 del 1986 che esclude gli obiettori di coscienza dalla categoria degli "appartenenti alle forze armate"*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXI, 1986, n. 4, 652-5; VITALE A., *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. In margine ad una recente pubblicazione*, in « Quaderni di diritto e politica ecclesiastica », III, 1986, 319-38; ANZANI F., *Libertà costituzionali, obiezione di coscienza e convertibilità dell'obbligo di legge*, Napoli, Jovene, 1987; BARONE A., *La difesa nazionale nella Costituzione*, in « Diritto e società », X, 1987, n. 4, 643 ss.; BERTOLINO R., *La libertad de conciencia: el hombre ante los ordenamientos estatales y confesionales*, in « Anuario de derecho eclesiastico », III, 1987, 39-68; BRUNELLI D., *Reati contro il servizio militare*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 1237-52; CONSORTI P., *Per una nuova legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Il tetto », XXV, 1987, 127 ss. (nel saggio si dà notizia delle relazioni di BELLINI P., *L'obiezione di coscienza nel sistema delle libertà fondamentali*, di MARTINES T., *Profili costituzionali dell'obiezione di coscienza e di RESCIGNO P., Leggi, regolamenti e convenzioni nella disciplina dell'obiezione di coscienza*, relazioni svolte nel seminario svoltosi a Roma il 5 dicembre 1985 sul tema *Aspetti giuridici dell'obiezione di coscienza al servizio militare e sul servizio civile oggi in Italia*); ESPOSITO E., *Il dovere di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Le regole del gioco nella Costituzione. Disposizioni e attuazioni fra crisi e tramonto*, a cura di E. CUCCODORO, Firenze, Nocchioli, 1987, 237-8; GIANNINI G., *L'obiezione di coscienza*, Bologna, Ed. Dehoniane, 1987; ID., *Dossier sull'obiezione di coscienza al servizio militare*, in « Per l'alternativa », 1987, n. 17-18, 21-30; MARZANO F., *Libertà costituzionale, obiezione di coscienza e convertibilità dell'obbligo di leva*, Napoli, Jovene, 1987; MELLINI M., *Norme penali sull'obiezione di coscienza*, Roma, Scipioni, 1987; MESSINA R., *Condannato militare e misure alternative alla detenzione*, in « Foro italiano », CXII, 1987, II, 147-53; MODUGNO F., D'ALESSIO R., *Tutela dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza*, in AA. VV., *Le regole del gioco*, cit., 233-7; PETRINI D., *Le nuove "norme urgenti" in tema di ordinamento penitenziario militare* (D. L. 27. 10. 1986, n. 700), in « Legislazione penale », VII, 1987, 534 ss.; SORGE G., *Obiezione di coscienza: il servizio sostitutivo civile presso gli enti locali*, in « Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza », XLIII, 1987, 647 ss.; TATTOLI G., *Servizio*

militare, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, VII, Torino, Utet, 1987, 173 ss.; VENDITTI R., *Il processo penale militare*, Milano, Giuffrè, 1987; ZANCHETTA, *Scelte e orientamenti giurisprudenziali in tema di obiezione di coscienza e disobbedienza civile*, in « Questione giustizia », 1987, 282 ss.; BELGIORNO DE STEFANO M. G., *L'obiezione di coscienza al servizio militare, diritto inviolabile dell'uomo e del cristiano*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 33-55; CANINI G., *Due pesi e due misure per gli obiettori di coscienza*, in « Polizia italiana — Nuovi Orizzonti », 1988, n. 6 (giugno), 28 ss.; CAROLA A., *Servizio militare, sanzioni disciplinari detentive e principi costituzionali*, in « Diritto e società », XI, 1988, n. 3, 436 ss.; CONSORTI P., *Verso una modifica della gerarchia delle fonti. Moduli normativi e procedimenti della pubblica amministrazione: convenzioni e circolari (in particolare in tema di obiezione di coscienza e di servizio civile)*, in « Nomos », I, 1988, n. 4; DE SANCTIS F. M., *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 987-94; MIOTTO G. P., *Domanda di riconoscimento dell'obiezione di coscienza, e poteri della commissione, prevista dall'art. 3, l. n. 772 del 1972* (nota a sent. T.A.R. Lazio, Sez. I, 1 ottobre 1986 n. 1350), in « Foro amministrativo », LXIII, 1987, n. 10, 2741-43; MILANI L., *L'obbedienza non è più una virtù* (Perugia, 1972), Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1988; MORMILE P., *L'obiezione di coscienza al servizio militare nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, Jovene, 1988; ONIDA F., *L'obiezione di coscienza nelle prestazioni lavorative*, in AA. VV., *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Napoli, Jovene, 1988, 227-40; POLITO P., *Elogio dell'obiezione di coscienza*, in « Belfagor », XLIII, 1988, n. 1, 13-35; PUGIOTTO A., *Alcuni problemi di tutela giurisdizionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, in AA. VV., *La tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali* a cura di L. CARLASSARE, Padova, Cedam, 1988, 144; ID., *Durata del servizio civile e principio costituzionale di uguaglianza*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXIII, 1988, II, n. 3 (fasc. n. 5), 1049-54; ROSSI E., *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in « Diritto e società », (n. s.), XI, 1988, n. 3, 513-24; VANNICELLI L., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Normativa. Fondamenti e carenze. Analisi. Prospettive*, Roma, Euroma, 1988; AA. VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Atti del convegno tenutosi a Roma, nel Palazzo della Provincia, il 16 gennaio 1988, promosso dalla Caritas italiana, Padova, Cedam, 1989; AA. VV., *Verso una difesa popolare non violenta per l'Italia?* (Centro studi sui diritti dell'uomo e dei popoli), Padova, Cedam, 1989; ANZANI G., *La natura giuridica dell'obiezione ed i poteri della commissione ministeriale* (sent. 16/1985 del Consiglio di Stato, ad. plen.), ibidem, 43-68; BATTAGLINI G., *Ordinamenti statali e principi internazionali sull'obiezione di coscienza*, ivi, 158-78; CACCIA P., *Legge 772, Comitato ristretto e prospettive di riforma*, ibidem, 179-88; CHIAVARIO M., *Obiettori di coscienza e giurisdizionale penale dopo la 113/1986 della Corte Costituzionale*, ivi, 29-42; CONSORTI P. L., *Convenzioni e circolari nel rapporto tra Ministero della Difesa ed Enti di servizio civile*, ivi, 103-12; CORTICELLI M., *Autoriduzioni, autotrasferimenti e prime sentenze del giudice ordinario*, ivi, 97-101; MELLINI M., *Norme penali in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, ivi, 88-96; PAVAN A., *Ministero della Difesa, Enti di servizio civile ed obiettori di coscienza: questo Governo per un diverso rapporto?*, ivi, 189-94; PRISCO S., *Obiezione di coscienza al servizio militare e obiezioni di coscienza nell'ordinamento italiano vigente*, ibidem, 143-57; ROSSI E., *Obiezione di coscienza e obbedienza alla legge*, ivi, 71-87; VENDITTI R., *Dovere costituzionale di difesa e servizio civile dell'obiettore di coscienza*, ivi, 9-28; BAGET BOZZO G., *La "guerra" degli obiettori*, in « la Repubblica », XIV, 1989, 8 febbraio; BARILE P., *La naia degli obiettori*, ibidem, 7th Apr.; CACOPARDI M. G., *Considerazioni sull'obiezione di coscienza alla luce della sentenza 31 luglio 1989, n. 470 della Corte costi-*

nuzionale, in « Rivista penale », CXV, 1989, 911-3; GUARINO A., *In tema di tutela dell'obiettore di coscienza: i provvedimenti cautelari*, in AA. VV., *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, I, Napoli, Jovene, 1989, 323-32; MARTINES T., *Obiezione di coscienza e difesa della patria*, in AA. VV., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, IV, Modena, Mucchi, 1989, 1403-22; PRISCO S., *Le metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, being published on the review « Giurisprudenza costituzionale », XLIII, 1989; RODOTÀ S., *Durerà di meno il servizio civile per gli obiettori*, in « la Repubblica », XIV, 1989, 20 luglio; CAPITINI A., *Le tecniche della nonviolenza* (Milano, Feltrinelli, 1967), Firenze, Giunti, 1990; MESSINA R., *Ancora giustizia per gli obiettori di coscienza*, in « Foro italiano », XCV, 1990, n. 1, I, 36-41; ROSSI E., *L'obiezione di coscienza al servizio militare: morte o inizio di una nuova vita?*, ivi, 41-8.

On conscientious objection to swearing — topic not treated in this essay — but of relevant importance, mostly because it reveals the evolution of the positions held by the constitutional court in the years 1960-1979 — cf. CONTINI G., *Riflessi costituzionali della mancata prestazione di giuramento per motivi religiosi*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », III, 1953, 91; FINOCCHIARO F., *Giuramento dei testimoni e libertà religiosa*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », III, 1960, 1253; DEL RE M. C., *Il giuramento e l'obiezione di coscienza al giuramento*, in « Il diritto ecclesiastico », LXXII, 1961, I, 284 ss.; D'URSO C., *In tema di anticonstituzionalità della formula del giuramento prevista dall'art. 449 c. p.*, ivi, II, 23 ss.; PISANI, *Giuramento (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, Utet, 1961, 959; FINOCCHIARO F., *Ancora in tema di libertà religiosa e giuramento dei testimoni*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », VI, 1963, 1249 ss.; CHIARLONI S., *Sui rapporti fra giuramento e libertà religiosa*, in « Giurisprudenza italiana », CXVI, 1964, I, 1, 13 ss.; FEDELE P., *Giuramento (dir. can. ed eccles.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 167-79; GIANTURCO, *L'obiezione di coscienza in rapporto al giuramento delle parti, dei testi, dei periti e degli interpreti nel vigente sistema processuale*, in « Rivista di politica », XXVII, 1974, 145 ss.; TESTORI A., *Giuramento dei testimoni e libertà di coscienza*, in « Giurisprudenza italiana », CXXIX, 1977, II, 351-6; MANGIAMELI S., *Il giuramento dei non credenti davanti alla Corte costituzionale*, ivi, XXV, 1980, 545 ss.; AVVISATI P. G., *Giuramento dei non credenti e giuramento dei credenti: una sentenza contraddittoria*, in AA. VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1981, 1141 ss.; PRISCO S., *Revivement by the constitutional court in an important decision on the "sul giuramento del non credente (brevi osservazioni)"*, in AA. VV., *Nuove prospettive*, cit., 1255 ss.; VANNICELLI L., *La libertà religiosa nella formula di giuramento del testimone alla luce delle sentenze della Corte costituzionale*, in « Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCVII, 1987, 1098-111.

On the subject of fiscal objection see above all: ONIDA F., *L'obiezione fiscale*, in « Il Ponte », XLII, 1986, n. 3, 41-52, the book by S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., 212-3, the volume by DRAGO A. e MATTA G., *L'obiezione fiscale alle spese militari. Quale pace? Quale difesa?*, Torino, Gruppo Editoriale Abele, 1986 and the essay by BELGIORNO DE STEFANO M. G., *Obiezione di coscienza selettiva e obiezione fiscale*, in « Il dir. ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale », XCVII, 1987, n. 1, 25-43. Cf. anche DE MITA E., *L'obiezione fiscale è disubbidienza alle leggi di ordine pubblico*, « Bollettino tributario », 1986, 869-71; CERQUA L. D., *Spunti di istigazione all'obiezione fiscale alle spese militari*, in « L'Indice penale », XX, 1986, 679-83; MELE E., *L'obiezione tributaria*, in « Corriere tributario », 1987, 2800-4; CERQUA L. D., *La storia infinata dell'istigazione all'obiezione fiscale alle spese militari*, in « Rassegna tributaria », 1988, 652-4; GUERZONI L., *E io obietto*, in « il manifesto », XIX, 1989, 2 giugno. In the legis-

lation context see the bill submitted by MP Guerzoni and others, on 29 May 1989, published in the section Documentazione of « Quaderni di diritto e politica ecclesiastica », VI, 1989.

On the subject of conscientious objection of medical personnel, as per art. 9 of law n. 194 of 1978, see in particular DE FINANCE J., *La coscienza e la legge*, in « Medicina e morale », 1977, n. 1-2, 64; GUNTHER A., *Chiamata e risposta. Una nuova teologia morale*, III, *Morale speciale: le relazioni verso il prossimo*, Roma, Edizioni Paoline, 1977, specialmente 378 ss.; SPINSANTI S., *Implicazioni etiche dell'obiezione di coscienza nella professione medica*, in « Medicina e morale », 1977, n. 1-2, 166 ss.; TETTAMANZI D., *Aborto e obiezione di coscienza: considerazioni di etica umana e cristiana*, ibidem, n. 1-2, 40; AA. VV., *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano, 1978; ARCDIACONO L., *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, in « Diritto e società », VI, 1978, pp. 723-55, spec. 734-5; BOMPIANI A., *Il ginecologo, l'aborto e l'obiezione di coscienza*, in « Medicina e morale », 1978, n. 3, 86 ss.; LENER S., *La legge sull'aborto e l'obiezione di coscienza*, in « Civiltà cattolica », CXXIX, 1978, III, 10-21; PERICO G., *Legge sull'aborto e obiezione di coscienza*, in « Aggiornamenti sociali », XXIX, 1978, II, 557-62; GUARINO A., *Aborto procurato e obiezione di coscienza*, in « Diritto e giurisprudenza », XXXV, 1979, 241-8; LOMBARDI VALLAURI L., *Bioetica, potere, diritto*, in « Iustitia », XXXVII, 1984, 40 ss.; NAPPI A., *I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto* (nota a sent. Pret. Penne 6 dicembre 1983), in « Giurisprudenza italiana », CXXXVI, 1984, II, 313 ss.; PERICO G., *I fondamenti giuridici dell'obiezione di coscienza sanitaria*, in « Aggiornamenti sociali », XXXVII, 1986, n. 6, 421 ss.; STELLA F., *La obiezione di coscienza del sanitario nelle legislazioni europee*, in « Rivista italiana di medicina legale », VII, 1985, 444 ss.; Id., *La situazione legislativa in merito all'obiezione sanitaria*, in *Europa*, in « Medicina e morale », 1985, n. 2, 281 ss.; VANNICELLI L., *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari (Consultori familiari e graduale disorientamento)*, Modena, Mucchi, 1985; CICCONE L., « Non uccidere ». *Questioni di morale della vita fisica*, (1984), Milano, Ares, 1988; BAGET BOZZO G., *La "guerra" degli obiettori*, cit.; BERTOLINO R., *Assistenza religiosa, obiezione di coscienza e problemi morali e psicologici nel prisma della struttura ospedaliera*, in AA. VV., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, I, Modena, Mucchi, 1989, 93-150 ss.; SALLUSTIO SALVEMINI C. G., *Obiezione di coscienza: aborto e servizio militare. Un caso di strabismo legislativo*, in « il tetto », XXVII, 1989, n. 155, 507-22.

For general outlines of the problem of voluntary interruption of pregnancy see MOSCARINI L., *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, Treccani, 1988, and bibliography there quoted; FOLLIERO M. C., *La legge 194/78 nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Dal monito al controllo di come il monito sia stato attuato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli, 1989, 243 ss.

With particular reference to the problem of refusing the blood transfusion from the Jehovah's witnesses, v. D'ALESSIO R., *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (A proposito dei Testimoni di Geova)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Milano, Giuffrè, 1982, 113 ss. V. also on the problem, CARNELUTTI F., *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in « Foro italiano », LXIII, 1938, IV, 89-103; DEGNI F., *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, ivi, 129-33; VINCENZI AMATO D., Art. 32, 2° comma, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti Etico-sociali*, Art. 29-34, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1976, 167-209; PANUNZIO S., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in « Diritto e società », II (n. s.), 1979, 904 ss.; BARNI M., *Giustizia o intolle-*

ranza?, in «Avanti!», 25 marzo 1982; LENER S., *I testimoni di Geova e la punizione dell'omicidio*, in «Civiltà cattolica», 1982, IV, 159 ss.; MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e costituzione*, in «Diritto e società», V, 1982, 303 ss. (ed ivi gli autori citati); NUVOLONE P., *Religione e diritto alla vita*, in «L'indice penale», XVI, 1982, 133 ss.; FIANDACA G., *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, (Osservazione a Assise Cagliari 21 marzo 1982), in «Foro italiano», CVIII, 1983, II, 27-31; ID., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, ibidem, V, cc.27-45; PARODI GIUSINO M., *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in «Foro italiano», CVI, 1983, I, 2656-61; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 389 ss.; CLARIZIA A., *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dizionario di diritto sanitario*, a cura di G. De CESARE, Milano, Giuffrè, 1984; FLORIS P., *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, cit.; PERICO G., *Testimoni di Geova e trasfusioni di sangue. Riflessioni medico-legali*, in «Aggiornamenti sociali», XXXVII, 1986, n. 5, 335 ss.

On conscientious objection by the judge see decision by the constitutional court of 25th May 1987, n. 196 and the note by Rossi E., *L'obiezione di coscienza del giudice*, in «Foro italiano», CXIII, 1988, I, 759-71; MANGIAMELI S., *La libertà di coscienza di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXXIII, 1988, II, n. 2 (fasc. n. 4), 523-44.

ERIK SIESBY

Faculty of law University of Copenhagen

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN DANISH LAW

Compulsory military service was introduced in 1848 during the first Schleswig war. Before 1848 the legislation empowered the government to recruit solely the rural population for military service.

Since the first democratic constitution of 1849, Danish constitutions have provided that every man capable of bearing arms is obliged to contribute to the defence of the native country;

The introduction of compulsory military service was seen as a democratic feature in conformity with the awakening consciousness of principles of equality, - and as a protection of the society against a dictatorial regime based upon a professional army. The equality principle was, however, subject to modification. It was possible to avoid military service by paying for a stand in.

The motivation for objection

Since 1884 there have been a few cases of conscientious objection motivated by *religious conviction*. The authorities chose to solve this problem by permitting the objectors to work in those branches of the military where the use of weapons was avoided.

During the first world war an *antimilitaristic movement* began which was *not necessarily motivated by religious conviction*. The young socialdemocrats supported this movement. The objectors used hungerstrikes as a weapon. Long prison sentences were used against the objectors but these measures could not stop the antimilitaristic movement. The numbers of conscientious objectors increased, and the Danish government fearing antimilitarism to gain sympathy

among broader circles in the population, perceived the necessity of facing conscientious objection as a social and political manifestation demanding parliamentary attention. As a consequence a bill on conscientious objection was introduced in 1917.

The bill concerning the use of conscripts for civil employment caused strong criticism in parliament. According to the bill conscripts who found military service incompatible with their conscience could be transferred to state employment of a civil character. The critics pointed out the difficulties in finding reasonable criteria for religious and/or moral convictions. It was also disputed whether such a statute would be in conformity with the above-mentioned provision in the constitution concerning the obligation of every man capable of bearing arms to contribute to the defence of the country.

The government (socialdemocratic - radical liberal) argued that compulsory military service was incompatible with the personal freedom which the constitution guarantees. It was underlined that it was not intended that a statement about a certain conviction would suffice, but that the sincerity of the conviction should be thoroughly examined. The conscientious objectors would have to serve for 20 months doing civil work whereas the duration of military service was 6 1/2 months. This was thought to be a sufficient deterrent against objectors whose "convictions" were not sincere.

The statute on the use of conscripts for civil employment was enacted on December 13th. 1917 (Lov nr. 625)

Until 1933 it was left to the discretion of military authorities and the Ministry of Defence to evaluate the documentation for the sincerity of the conscientious objection. The statute was interpreted to mean that the objection to military service had to be motivated by a *religious, humane or ethical conviction* whereas objections based upon *Political views* were not accepted. In practice, however, it was often difficult to distinguish between ethical and political motives.

Since 1967 the administrative practice has changed so that "a deep-rooted ethical conviction of a political nature" has been accepted as sufficient reason for transfer to civil work. This change of interpretation has been criticized by Alf Ross in Ugeskrift for Rests-

væsen, 1972.123, because such a reform in his opinion ought not to be introduced without the consent of parliament.

The new interpretation was, however, discussed and accepted by the Danish parliament in 1968. This interpretation is still valid under the present statute 'On the performance of compulsory service by civil service' (lov om Værnepligtens opfyldelse ved civilt arbejde) - (No. 427 of September 30, 1980, as amended by statute no. 308 of June 4, 1986, and statute no. 394 of June 10, 1987). According to 1,1 of this statute conscripts for whom military service of any kind must be regarded as incompatible with their conscience, can be exempt from military service by the Minister of the Interior and instead be employed by the state for an occupation which does not serve a military purpose.

In practice conscientious objectors are however normally recognized as such by sending an application to the "Værnepligtsstyrelse" (the Military Service Administration) before and even during military service (An amendment no. 394 of June 10, 1987, provided that an application from a soldier to be transferred to civil service may be considered under special circumstances). Only in cases of doubt (the average is only 4 cases annually), the military administration consults the Minister of the Interior, and if his decision is not accepted by the objector, the case will be decided by the court; if for instance a conscientious objector declares that his political conviction prevents him from doing military service under a certain specific political system of government as for example a capitalistic social order, but not under the rule of a socialist order, this conviction would need very strong arguments in order to be accepted by the authorities as "a deep-rooted ethical conviction of a political nature", but the Military Service Administration would not dismiss the application without a further dialogue with the applicant. If he would stick to his original argumentation the military administration would either refuse his application or consider it a case of doubt and consequently consult the Minister of Interior.

When applying for civil service, the conscientious objector is obliged to state his case and explain his ethic, moral and/or political conviction. No application form is required. The benefits of the conscientious objectors and the disciplinary measures are similar to those of soldiers.

The Danish law about conscientious objection seems to be near the ideal from the point of view of the objectors.

Alternative service

In 1967 a committee was set up by the Danish Parliament in order to report on the working conditions of conscientious objectors. Till then, the conscientious objectors had been occupied exclusively with ordinary physical and manual work, staying in internment camps during their whole period of service.

Today the conscientious objectors may be transferred to various types of physical occupation or they may be stationed in various social, cultural or philanthropic institutions.

Furthermore objectors may obtain permission to participate in development aid in developing countries and the duration of this service must be no less than two years, the preceding education not included. The minister of the Interior gives the necessary permission after consulting the Minister of Foreign Affairs and the Minister of Defence.

The alternative service for conscientious objectors starts with a short introductory stay at The School for Conscientious Objectors in order to inform them about their rights, duties and possibilities while doing their alternative service.

Stationing

For the purpose of stationing of conscientious objectors, the Military Service Administration has authorized a number of institutions and organisations situated all over the country. The institutions are most often state-subsidized social institutions as for example infant homes, recreation centres, old peoples' home, institutions for care of handicapped persons or state subsidized cultural institutions, such as theatres and museums. The conscientious objector can also choose to work for peace organisations, bodies belonging under the United Nations, ecclesiastical organisations and environmental organisations.

The period of service for conscientious objectors corresponds to

the duration of the military service, which has been 9 months since 1973. Formerly (before 1973) the alternative service for conscientious objectors had a duration which was considerable longer than the military service. In 1917 when the first law on conscientious objection was adopted, the period of military service was 6 1/2 months and the corresponding period for conscientious objectors was 20 months; in 1933 the duration was respectively 6 months and 15 months.

The share of conscientious objectors proportional to all conscripts has varied somewhat over the years, partly due to the changing political climate caused by both domestic events and foreign affairs.

1960	0,7 %
1965	1,9 %
1970	9,1 %
1975	10,6 %
1980	3,5 %
1985	0,6 %

FRANCIS LYALL

Faculty of law University of Aberdeen

CONSCIENCE AND THE LAW: UK NATIONAL REPORT

Preliminary remarks

Before dealing with the fundamental matter at issue, two general points have to be made. Thereafter I have divided this paper on the broad lines indicated in the helpful schema.

1. Although the title of this paper indicates it is a UK National Report that title does not imply that there is a UK national law on all matters it deals with. Several legal systems are comprised within the United Kingdom, those of Scotland and England being the most different in history and tradition, to an extent in legal theory, in procedures and sometimes in remedies. The Union arrangements of 1707 creating the United Kingdom preserved the legal systems and the churches established in both countries, Episcopalian in England and Presbyterian in Scotland. The two rather different church systems can also result in important differences between the two legal systems in matters of church and state (1).

2. Because the British Constitution is unwritten, there is no single document or group of documents to which one can look to see what the constitution says about a particular matter. Indeed, it is wrong to say 'the UK constitution says...' Rather the UK constitution is made up of a variety of rules contained in statute and other

(1) For booklength discussion see: F. LYALL, *Of Presbyters and Kings: Church and State in the Law of Scotland* (Aberdeen UP, 1980, also available from Pergamon Press, Oxford); St J. A. ROBILIARD, *Religion and the Law: Religious Liberty in Modern English Law* (Manchester UP, 1984).

legislation, together with the decisions of courts in particular cases. Where in other countries one would look to a constitutional provision (eg. providing for freedom of assembly or from arrest) one has to burrow, synthesise and generalise from cases and legislation.

A corollary of the lack of a written constitution is that in law the amendment or change of a rule of constitutional importance is a simple matter. What in another country would involve an amendment to the constitution and (perhaps) a special and/or complicated procedure can be simply achieved. However, although change is legally simple, it can in practice be difficult because of the effect of non-legal factors such as tradition and history, to say nothing of prejudice and parochialism.

The British constitution has never been 'adopted': rather it has grown over the centuries, with few major or 'catastrophic' alterations. It has evolved organically rather than logically. The result is a constitution which is neither elegant nor rational, but which has the merit of being adaptable to the changing requirements of the years without much fuss or anxiety. It works.

The above summary indicates the difficulty of writing a national report on conscience as it applies to the non-fulfilment of legal obligations. We in the UK do not have a Bill of Rights in the modern form either as part of a 'constitution' or by incorporation of international human rights agreements. The UK is a signatory to the European Convention on Human Rights and regularly a party to cases before its mechanisms. On occasion the UK has changed its domestic laws to conform to the requirements of the European Convention. But the UK has not incorporated that Convention (or any other international statement of Human Rights) as such into our national law. We certainly face the same sort of problems as other jurisdictions in this matter, but we treat each question separately and do not point to a constitutional affirmation in the matter. However, one can detect that in many areas the underlying expectation is that where possible a claim to exemption from the normal requirements of the law on grounds of conscience will be accepted. But one can also see that in more recent years, and perhaps particularly where the claimed 'conscience' is informed by a custom, practice and belief which lies outwith the traditional British limits, it is becoming

more difficult to attain such exemption. And an insistence on following one's own conscience in the face of a court's determination in the matter is frowned on and invites penal or other sanction.

I. FUNDAMENTAL PRINCIPLES

Given what has been said above, I prefer not to attempt to deduce general principles until we have considered some of the areas in which conscience is recognised in UK law as having a role to play. Suffice it to say that UK law is reluctant to make exemption from the normal requirements of law. Judges use language indicating that any exemption is unusual, and often also salt their discussions with phrases about 'uncertainty', the 'fabric of the law', the 'obligations of citizens' and so on, indicating a view that conscience is a difficult area to accommodate. [See also IV below]

II. MILITARY SERVICE

At the time the initial version of this report was written (July 1990), conscientious objection to military service was not a 'live issue' in the UK. The topic has, however, resurfaced in connection with the calling up of reservists for service in connection with the Gulf Crisis, and that is noted at the end of this section.

Liability to compulsory military service under UK law was terminated for persons attaining the age of eighteen after 1 January 1959, or who had had that service deferred beyond that date, by the expiry of the National Service Act (Duration) Order 1953 (2). While conscription existed it did, however, provide much debate and some court cases (3). Compulsory military service was introduced by the Military Service Act 1916 and account was immediately taken of questions of conscience. Men 'in holy orders or regular ministers of any religious denomination' were given a statutory exemption. For others procedures were established under which a local tribunal

(2) 1953 S.I. No. 1771.

(3) See below, and, J.W. GRAHAM, *Conscription and Conscience*, 1922; D. BOULTON, *Objection Overruled*, 1947; D. HAYES, *Challenge of Conscience*, 1949; J. RAE, *Conscience and Politics*, 1970.

could issue a certificate of exemption on various grounds including 'on the ground of a conscientious objection to the undertaking of combatant service' (1916 Act, s.2(1)(d)). Such exemption might be restricted to exemption from combatant service alone. On occasion the individual could be required to perform other sorts of necessary work connected with the war effort. A further penalty was imposed later. Under s.9(2) of the Representation of the People Act 1918 the holder of an exemption certificate was disqualified from voting in a local or parliamentary election for five years after the conclusion of hostilities unless he could prove he had been doing work of national importance. This restriction on civil rights was not abolished until the Representation of the People Act 1949.

Under the conditions of the Second World War similar statutory provisions were introduced under a variety of Acts, these being consolidated in the National Service Act of 1948. There the exemption of a 'man in holy orders or a regular minister of any religious denomination' was continued (s.1(1) and Sch. 1), as was the other ground of conscientious objection. The precise meaning of 'a regular minister of any religious denomination' under the 1948 Act and its predecessors gave rise to a number of cases involving Jehovah's Witnesses (4) in which it was decided that the office of a minister of religion involved some setting apart spiritually from the other members of the group, and the imposition of a duty to minister and to preach. A doctrine that, for example, all adult males were 'ministers' was not sufficient to meet the criteria of the National Service legislation. A similar result was arrived at in a case concerning the Christian (Plymouth) Brethren (an independent grouping) (5), and in another it was held that a student minister, not being ordained to the ministry, was not a regular minister within the terms of the legislation (6). Other difficulties were encountered over whether a group

(4) GUY v MACKENNA, 1917 J.C. 59; SALTMARSH v ADAIR 1942 J.C. 58; WALSH v LORD ADVOCATE, 1956 S.C. (H.L.) 126; [1956] 3 All E.R. 129.

(5) MONTGOMERIE v MACKENNA 1918 J.C. 55.

(6) MARSHALL v HAIG, 1918 J.C. 47, a case concerning the (Scottish) United Free Church ministry.

were a 'religious denomination', the cases tending to require some numerical strength (7) as well as a shared religious belief (8).

In the case of the ordinary individual, the ground of exemption from military service on the ground of conscience lay not in his status, occupation or calling as a minister, but on his ability to satisfy the civil authority as to the genuine nature of his conscientious objection. Under s.6 of the National Service Act 1948 those liable to military service were required to register with the then Ministry of Labour unless they were entitled to exemption. In the normal case such registration was followed in due course by the call-up for national service. However, under s.17 provision was made for those who on conscientious grounds objected to a) being registered on the military service register, b) to performing military service, or c) to performing combatant duties. These applied to go on a special register of conscientious objectors at the time they provisionally registered for military service, or the Ministry of Labour might itself place an individual on such a special register. Within a period thereafter (which varied over the years) the applicant had to establish his objection to the satisfaction of a local tribunal set up under Sch.4 to the 1948 Act. Unlike the First World War equivalents about which there was great concern in later years (9), these tribunals were carefully staffed by experienced men and the chairman was legally qualified. An appeal lay to a special appellate tribunal or on grounds of law to the courts. As the inclusion of a person on the register was a discretionary matter there are no reported cases except *Ex parte Woodhouse* (1960) C.L.Y. 140, where a Divisional Court refused to issue an order to require a tribunal to give reasons for its decision. (Since 1960 there have been considerable developments in Administrative Law and, whether a similar result would now be arrived at, is doubtful).

In an appropriate instance the local tribunal could delete the entry on the military service register, or allow the entry subject to

(7) KICK v DONNE (1917) 33 T.L.R. 325 - a group of 50 in only one village was considered insufficient.

(8) HAWKES v MOXEY (1917) 25 Cox C.C. 689 - Mormons held to be a denomination; BRATT v AUTY (1917) 26 Cox C.C. 67 - a Friendly Society involved in good works held not to be a denomination.

(9) See the books cited in n.3 above.

conditions. The applicant might be ordered to be called-up but only for non-combatant duties. Alternatively the tribunal could order the individual to perform specified civil work for the period of national service plus sixty days including any special training required. This sixty day period remained constant as the period of national service was increased. That burden was not, therefore, very severe. The individual did not have the right to choose or offer a substitute service, although (anecdotally) informal arrangements might be made. The sanction for non-compliance with the order of a tribunal was up to two year's imprisonment after trial on indictment and/or a fine and up to one year on summary trial and/or a fine (s.19, 1948 Act).

The question of course then becomes: how did these provisions work in practice? There are few studies of this matter, which is now receding into the distant past (10). Certainly it is clear that some conscientious non-combatants gave good service in medical and ambulance work, and others in wartime performed agricultural and other labour. But outside the exigencies of actual war, the tendency of the tribunals was not severely to penalise the claim of conscience so long as it was considered to be a genuine claim and not merely an attempt to escape duty. Within War few conscientious objectors had their claim accepted, and were punished if they proved intransigent.

It will be apparent that the UK procedures were carried through in advance of the military service, and, as indicated, the obligation of compulsory military service terminated in 1958. The UK military services are now staffed by volunteers which largely eliminates the question of conscience (but see end of this section). However, the possibility remains that a volunteer could have a change of conscience. Under these circumstances the normal procedures for leaving service in advance of the contractual period can be gone through, or the 'new' objector may be released from further service on the ground of conscience. If that possibility does not produce the desired result, service personnel can apply in person to an Advisory Committee which reports to the Secretary of State for Defence (11). Procedures therefore exist to deal with the development

(10) See n.3, above.

(11) (1970) 807 HC Deb. (WA) 423.

of a conscientious or ethical objection to military service during that service. It can however, be an offence to seek to persuade military personnel to take advantage of these procedures (12).

Finally I would note that while it seems that the reported cases and such practice as we are aware of tended to require a religious rather than an ethical basis for the claim of conscience, the National Service legislation did make provision in language which was occasionally wider than the religious and might have allowed consideration of an ethical objection. However, there are no cases or reported material considering such matters. I would only comment that the UK has not faced the problems encountered by the other jurisdictions which have retained compulsory military service through the last thirty years. We in the UK really considered such matters while religion was seen as virtually the only ground of objection. Questions of ethical or non-religious objection have not figured in the reported material. Nor have we encountered the more recent questions raised, for example in the US in its involvement in Vietnam. Thus we in the UK have not had cases on objection to a particular war, or to a particular method of fighting. I would not care to guess how such questions might be answered were they now to be raised in the UK legal systems.

But time moves on: the above comment was written in summer 1990, and by December, questions of conscience had reemerged in the train of the military requirements of the Gulf Crisis. Some persons required to perform military service by reason of their being in the Reserve Forces following upon regular volunteer service, or by joining the Territorial Army (an auxiliary part-time force), have raised questions of exemption, arguing that they do not approve of the UK involvement in the military preparations for a war beyond the UK's frontiers. Others have hinted that the possibility of the use of nuclear weapons opens up questions of their conscience. I am endeavouring to find out what happens in such cases and will publish an account of the matter, if the facts become known.

(12) *R. v ARROWSMITH* [1975] QB 678, [1975] 1 All ER 463; cf. *ARROWSMITH v the United Kingdom*, (1975) 19 DR 5, Application no. 7050/75.

III. OTHER INSTANCES OF CIVIL DISOBEDIENCE ON MORAL GROUNDS

As indicated in the preliminary remarks, the UK does not have a written constitution in which guarantees of civil rights are enshrined, nor are the various international human rights conventions to which it is signatory part of UK Law. There is, of course, a debate about a 'Bill of Rights' (13) and recourse may be had by UK citizens to the mechanisms of the European Convention, but for the present it seems that in law there is no restriction on Parliament or on the power of Parliament to give the courts or the lawfully constituted authorities powers or duties which may override questions of conscience. Naturally there have been instances of this happening, as well as instances where Parliament has made specific provision to shelter or to make allowance for conscience. But while a philosopher might cite these instances as being the outcropping of a geological or fundamental principle, the interconnection of these outcrops is not a legal matter. It may explain what we do, but it is not in itself a principle of law overriding other law.

That said, we may turn to some specific instances.

Trade Unions

Much debate and argument has centered over trade union membership and the problems of those who on ground of conscience refuse to join a trade union. The legal position is uneasy since the two parties likely to form government in the UK take different views, and tend to implement their view when in power. Thus the Conservatives seeing the freedom of the individual as essential and the right to join and the right not to join a union as equally balanced rights. Until recently Labour gave prominence to the right of free collective bargaining, and considers the freedom not to join (ie. to avoid that collectivity) as undermining it. Labour may return to that view.

The main problem of conscience in the UK comes with the 'closed shop'. Historically, the 'closed shop', the requirement that all

(13) See, J. JACONELLI, *Enacting a Bill of Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

employees in a particular firm be members of a particular union or unions, was developed as a means of organising workers and strengthening their power vis a vis employers. The closed shop remains lawful under UK law, although there is an argument that arts. 9 and 11 of the European Convention on Human Rights (the right of freedom of religion and conscience and the right to associate including in trade unions) also means that there is a right not to associate in trade unions. If so, the closed shop is unlawful in ECHR terms (14).

The 1971 Industrial Relations Act, founding on a prevalent but not universal practice prior to the 1971 Act, allowed a right not to belong to a union provided that a sum equivalent to the union dues (fee) was paid to charity, and that the person exercising the right objected to membership of a union on grounds of conscience. Naturally the wording of the legislation produced a series of cases in which religious grounds were effectively found to be essential to constitute conscientious grounds (15). In 1974 the new Labour government made that court view clearer by restricting the language of the legislation to a genuine objection 'on grounds of religious belief'. They also removed the requirement to donate to charity.

When construing the new wording industrial relations tribunals and the courts adopted a subjective approach to the matter — what did the individual say he believed — rather than an objective one — what evidence was there other than the word of the objector that his objection was religiously grounded (eg. in the doctrine of his particular religious denomination) (16).

In its tenure of office since 1979 the Conservative government considerably restricted union power, and that has had an effect on union membership, but the closed shop still exists. Where it does ss. 58(4)-(8) of the Employment Protection (Consolidation) Act 1978 as amended in 1980 allows the dismissal of a worker who refuses to join a stipulated union, but not if the worker has a conscientious objection to union membership on broad grounds, or objection to the

(14) Cf YOUNG, JAMES and WEBSTER v UK [1981] IRLR 408, though the comments there may have been obviated by the Employment Protection Act 1982.

(15) Eg. HYNDS v SPILLERS FRENCH BAKING, 1974 SLT 191; [1974] IRLR 2 81.

(16) Cf. GOODBODY v BRITISH RAILWAYS BOARD, [1977] IRLR 84; SAGGERS v BRITISH RAILWAYS BOARD [1977] IRLR 266, [1978] IRLR 435.

particular union. Objection may be on grounds of conscience (not restricted to religion) or on some 'other deeply held personal conviction to being a member of any trade union whatsoever or of a particular trade union' (s.58(4)). Thus, one could now envisage someone objecting to membership of a union on the ground that its policy is to support abortion on demand. Such an objection would be effective. Further an ethical objection to strike or industrial action will also permit an employee to avoid dismissal in a closed shop workplace (s.58(8)) (17).

Whether this position will remain stable beyond the Conservative Party's tenure of governmental authority is doubtful.

Employment

Religion or conscience will not exempt a person from the requirements of his contract of employment (18). A failure to comply with those terms may result in the lawful dismissal of the employee by the employer.

Schools

In school education questions of conscience have been reduced, if not eliminated, by permitting the constitution of schools with a particular religious basis within the state system, and through permitting pupils to be withdrawn from religious education classes in other instances. Thus Roman Catholic schools have been part of the state system in Scotland since 1918. Although the Presbyterian Protestant denominations still form the largest group in Scotland (19), Scottish legislation does not provide the statutory protection of the Christian religion found in England, and most schools are effectively secular. This lessens the problems of conscience. However, lately the pendu-

(17) Subsequent to what is written, s.1 of the Employment Act 1990 has made it unlawful to refuse permanent employment to a person on the ground that he is unwilling to join a trade union.

(18) AHMAD v INNER London Education Authority, [1978] QB 36: upheld in X v U.K. (1981) 22 D.R. 27.

(19) At a membership of c.1 million, out of a population of 5.5 million, the Protestant denominations cannot be said to constitute a majority of the population. Roman Catholics (who are counted by baptismal record) number some 250,000.

lum has started to swing the other way and we have had some private schools being set up in order to provide a Protestant 'Christian' education. These are permitted so long as their scholastic standard is otherwise satisfactory to the secular authorities.

More problems have been encountered in England where the Christian faith is bolstered by a requirement on state schools to have an act of worship as part of the school day. In some areas children with an Asian or Muslim background can form an overwhelming majority within a state school. There are some private Muslim schools, and the state schools do try to take account of these matters, but the question remains one of difficulty. The right to withdraw from religious education (now s.9 of the Education (Scotland) Act 1980 has provided a means of reducing such problems, but there is evidence that it is becoming insufficient. We may soon face questions of conscience, perhaps couched as the assertion of a right.

Medical matters

Probably the best known provision as to conscience in UK medical law is s.4 of the Abortion Act 1967 under which medical personnel have the right not to participate in an abortion unless the operation is necessary to save life. The exemption applies only to actual personnel participating in the operation, and does not excuse a refusal by a medical secretary to type a letter about a case (20). It is for the person claiming an exemption on ground of conscience to establish that he or she holds that conscientious objection. Remarkably, however, there has been little discussion of the question in the courts. Whether a person has such a conscientious objection is not supposed to be a consideration in appointments to medical posts with gynaecological responsibilities.

Section 38 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 has provided a 'conscience clause' for persons who may otherwise be under a duty to participate in any activity governed by the Act scientific experiments on human foetal tissue. The ground of 'conscience' is not restricted to a religious base, but must be shown

(20) JANAWAY v SALFORD HEALTH AUTHORITY [1989] 1 AC 537, [1989] 3 All ER 1079.

to exist by the person claiming it. The provision is so new there is no practice to indicate how well it works.

The case of abortion is the only instance where conscientious objection is permitted in UK law to excuse the action or inaction of a medical practitioner. Doctors cannot omit a lawful procedure or operation because of their own personal beliefs (21), nor are nurses immune from dismissal on ground of failure to obey instructions because they have a conscientious objection to the treatment concerned (22).

The failure of a parent to summon medical attention for a sick child because of religious belief is a criminal offence (23) although where the belief is of such a nature that the parent did not appreciate the child's need, a defence may be available (24). In appropriate cases the court will make an order to permit an operation or a blood transfusion, the procedures differing between England and Scotland: in England the child is made a ward of court; in Scotland the court gives consent in the child's interest or the local authority assumes parental rights and gives consent under the Social Work (Scotland) Act 1968.

Special provision is made for the running of nursing homes and hospitals by groups and denominations which for theological or doctrinal reasons take a particular view different from orthodox medical practice. Thus Christian Science Nursing Homes must be named as such (25).

Public duties

There is no legal duty to vote in the UK.

Census returns have to be made under the Census Act 1920 as amended. There is no provision for conscience in the legislation, and failure to provide information by those required to provide invites a

(21) *R. v BOURNE* [1939] 1 KB 687.

(22) *OWENS v COVENTRY HEALTH ASSOCIATION*, 19 December 1986, unreported (LEXIS)(objection to electro-convulsant therapy).

(23) *R. v SENIOR* [1899] 1 QB 283; *R. v SHEPPARD* [1981] AC 394.

(24) Inference from *Downes* (1875) 1 QBD 25, and comment in *Sheppard*, just cited.

(25) Nursing Homes (Registration) (Scotland) Act 1938 ss. 6, 7; Nursing Homes Act 1975, s.18.

fine of £ 50. The position is the same under the Population (Statistics) legislation, save that the fine is up to £ 25.

The withholding of taxes on ground of conscience (eg. not to pay one's 'share' of funding nuclear weapons) is unlawful (26). Nor will the courts listen to argument that conscientious objection is a ground permitting the non-payment of a tax to which one is fundamentally opposed on moral grounds. Questions of the morality of a tax are matters for Parliament alone (27).

The only public office for which conscientious grounds may provide an exemption is that of juror. In England jury service is regulated by the Juries Act 1974 and Practice Direction of the High Court (28). There conscience will provide an exemption for a potential juror, although there have been a number of cases as to the ambit of the wording under the current and under prior Directions. In the most recent case the High Court returned a case for further consideration, but commented that 'membership of a religious sect or movement cannot be regarded as a passport to excusal from jury service' (29). The court emphasised the importance of jury service as performing a 'vital role in the administration of justice in the criminal courts. Doubtless many members of the public find that a jury summons involves difficulty and inconvenience. Serving on a jury is an onerous task. Many forms of public service are. But without juries the system of justice would collapse. Performance of jury service is an important obligation of every citizen' (30).

In Scotland the statutory authority is in the Law Reform (Miscellaneous Provisions)(Scotland) Act 1980 ss.1-3 and Schedule. Various groups of persons are ineligible, disqualified or excusable as of right from jury service, this last including persons in holy orders, regular ministers of any religious denomination and vowed members of any religious order living in a monastery, convent or religious

(26) *CHENEY v CONN* [1968] 1 All ER 779. Recourse to the mechanisms of the European Convention on Human Rights has also been ineffective: *C v the United Kingdom* (1983) 37 D.R. 142, Application no. 10358/83.

(27) *MOHR*, July 1990, High Court of Justiciary, Scotland - an attempt to argue the morality of the new community charge (Poll Tax).

(28) Presently the Practice Direction, [1988] 3 All ER 177.

(29) *R v Crown Court at Guildford ex parte Siderfin* [1989] 3 All ER 7 at 13h.

(30) *Ibid* at 9f.

community. Under s.1(5) others may be excused from service on satisfying the clerk of the appropriate court that 'there is good reason why he should be excused from attending' to serve on a jury. The court itself may also excuse a potential juror on unspecified grounds (s.1(6)). As a matter of practice conscience might be allowed, but there are no cases on this matter. The failure to attend and serve on a civil or criminal jury is an offence for which a fine may be imposed.

Attendance at a court may be adjusted to take account of a party's religious convictions, but this is a matter of the discretion of the court's administration. There is no right to demand a change of date, for example (31).

Regularly Parliament debates the reintroduction of the death penalty for murder, abolished by the Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965. Were execution to be reintroduced one wonders whether a 'conscience clause' might have to be introduced for all the judges and prison and other officials who have taken office and employment during the last quarter of a century.

Miscellaneous

In a variety of isolated matters UK law makes special provision for persons to act on ground of conscience and be exempt from the normal requirements of the law. Thus in England under the Shops Act 1950, Jews may open their shops on Sunday up to 2 pm. provided that they have conformed to a registration procedure. As Scotland has no 'Sunday trading' laws, there is no need for such a provision: however, ferry companies have found it difficult to get licenses to operate to the Western Islands on Sundays. Under the Motor-cycle Crash-helmets (Religious Exemption) Act 1976 Sikhs may wear their turbans and are exempt from the requirement laid on all others to wear crash-helmets when driving motor-cycles (32). Special provision is made for the slaughter of animals according to Jewish

(31) *Ostreicher v Secretary of State for the Environment*, (1978) 3 All ER 82 – a Jewess objector at a public inquiry asked too late to have the date of the hearing altered.

(32) This concession is not required under the ECHR: see *X v U.K.* (1978) 14 D.R. 234.

or Muslim requirements by the Slaughterhouse legislation. We have yet to have a case on whether the wearing of weapons as part of ceremonial or other dress for religious reasons contravenes the legislation against the carrying of dangerous weapons. Where the criminal law requires that blood or other specimen be given, a conscientious objection will not protect from the duty to supply the specimen (33). The position may be different for DNA testing in civil cases.

IV. CONCLUSION – PRINCIPLES AND TRENDS

The material indicated above does not readily permit synthesis of general principle, nor does a fuller exploration of the UK law (34). Nonetheless I would offer this comment.

By its nature Law is concerned with overt acts rather than beliefs, and prefers to deal with numbers rather than with a number of single or special instances which would cumulatively amount to a negation of law. UK law is therefore reluctant to make conscience a basis either of rules or of exemption from the normal operation of rules. There are times when that reluctance can be (and has been) overcome, but so far as possible such exceptions are clearly defined and limited in their compass. In others arrangements are made whereby a special rule is made for a particular case, the rule taking the role of the exemption (as in the cases of Sikhs and motor cycle helmets, and of the ritual slaughter of animals).

In general, however, where exceptions cannot be clearly delimited it appears that, no matter how clearly one might think it desirable to allow a role to conscience, its application in an individual case can be difficult. Certainly the courts and the legislature are reluctant to make the conscience of the individual supreme (though that may be the case in the trade union law at present). Rather the onus is normally placed on the individual to invoke some procedure and through it to satisfy the civil authority that his claim of conscience is in fact well based, and not simply a way to avoid an inconvenient obligation.

(33) *R v John* [1974] 2 All ER 561.

(34) Cf. LYALL and ROBILIARD cited above, n.1.

In many instances that basis is further tested by making persistence with the claim attract a penalty.

I would conclude by quoting from a recent House of Lords case. A journalist had claimed on grounds of conscience that he should not be required to disclose his source for a story. The court ordered him to disclose the information, and the journalist indicated that even so, he considered his conscience rather than the dictate of the court should take precedence. He was dealt with for contempt of court. Lord Bridge said: '...to contend that the individual litigant, be he a journalist or anyone else has a right of 'conscientious objection' which entitles him to set himself above the law if he does not agree with the court's decision [that the source should be disclosed] is a doctrine which directly undermines the rule of law and is wholly unacceptable in a democratic society.' (*X v Morgan Grampian Ltd* [1990] 2 All ER 1 at 13d).

That seems to me to be the general attitude taken by the UK Law. Some allowance is made for conscience, but not to the extent of undermining the general law through allowing each citizen what might amount to a right of private judgement on all matters. The allowances made for conscience are small, patchy and circumscribed. In part this is because we in the UK do not have a clear constitutional statement to which we can refer. Although we have written into the constitutions of many former colonies a 'right of conscience' we ourselves do not have a constitution which clearly contains such a general right. We have neither constitutional provision, nor Bill of Rights. Whether we should have is a different question.

GERARD HOGAN

Law school Trinity College, Dublin

THE REFUSAL TO FULFILL CERTAIN OBLIGATIONS IMPOSED BY THE CIVIL LAW APPEALING TO THE PROBLEMS OF CONSCIENCE IN THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN COMMUNITY IRELAND

Fundamental Principles for a solution of the conflict between
obedience to the law and the freedom of conscience

Introduction

Ireland is a republic with no established or official church. Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, by Article 44.2.1 of the Constitution of Ireland, guaranteed subject only to "public order and morality" (1). In fact, the Constitution provides for a strict separation of Church and State, a fact (which for several reasons which we shall consider presently) is not widely appreciated. Article 44.2 further provides that:

2. The State guarantees not to endow any religion.
3. The State shall not impose any disabilities or make any discrimination on the ground of religious profession, belief or status.

The only derogation from this strict separation of Church and

(1) For a general discussion of the relevant constitutional provisions, see KELLY, *The Irish Constitution* (Dublin, 1984) at 662-678; CASEY, *Constitutional Law in Ireland* (London, 1987) at 546-570.

See also HOGAN, "Law and Religion: Church-State Relations in Ireland from Independence to the Present Day" (1987) 35 *Am. J. Comp. L.* 47.

State is in relation to State aid for schools, as Article 44.2.4 provides that:

Legislation providing State aid for schools shall not discriminate between schools under the management of different religious denominations, nor be such as to affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending religious instruction at that school.

While there is no established church in Ireland and although overt sectarianism or religious discrimination has always been officially condemned, the fact that remains is that the provisions of Article 44 do not by any means tell the whole picture. Over 95% of the inhabitants of Ireland are Roman Catholics and levels of religious practice are very high by Western European standards (2). Not only that, but the nationalist movement which led to the establishment of the Irish Free State in 1922 and which is still, perhaps, the primary motivating force in modern Irish politics "owed much, both ideologically and organisationally" to the Catholic Church (3). This movement had secured only marginal support from Irish Protestants, and many of the members of this minority community were closely associated with the former British regime. This all combined to give the Roman Catholic Church an immense influence in an independent Ireland. Legislation and custom reflected with wishes and views of the overwhelmingly Catholic electorate who for the most part unreservedly accepted clerical views in areas of law and morality. It was politically unpopular to oppose the views of the Catholic Hierarchy and these trends encouraged the development of a confessional ethos. As one leading commentator put it:

"Down to the 1970s the position of the Catholic Hierarchy in Irish public life seemed fairly clear. While it would be an exagger-

(2) Professor Fogarty has written (in Fogarty, Ryan, Lee eds., *Irish Values and Attitudes* (Dublin, 1984) at p. 8) that: "The first impression that Ireland remains an outstandingly religious country ... every indicator of belief, informal and formal practice, and attitudes to the Church or Churches shows Irish people, North and South, to be far more inclined to religion than those of other countries in Europe".

(3) NOLAN, "The Influence of Catholic Nationalism on the Legislature of the Irish Free State" (1975) *Ir.Jur.* 128, 128.

ation to call Ireland a theocratic state, the Hierarchy had an immense influence, receiving a deference that marked it out from other interest groups. In areas where it had a traditional interest, notably education and family law, Governments habitually consulted it before making policy changes and acted in accordance with this advice...All the indications are that this degree of deference existed with the support of the people. The reluctance of politicians, of whatever hue, to be seen as opposing the Hierarchy suggests that there was no electoral dividend to be gained from appearing to stand up to the bishops" (4).

It is true that there are some signs that ecclesiastical influence is on the wane. In landmark judgment in 1973, *McGee v. Attorney General* (5) the Supreme Court held that the provisions of section 17 of the Criminal Law (Amendment) Act 1935 (which prohibited the importation of contraceptives) were unconstitutional as for they violated a married couples' implied constitutional right to privacy within marriage. This judgment in turn led to other liberalising measures, notably the Health (Family Planning) Act, 1979 and the Health (Family Planning) (Amendment) Act, 1985, which provided for a complete relaxation of laws proscribing and regulating the use of contraceptives. But the movement has not all been in one direction. Papal visit of 1979 gave encouragement to conservative Catholic groups anxious to challenge the drift towards increasing secularism. In 1983 the "Pro-Life" Amendment to the Constitution was passed following a referendum this amendment was designed to preempt any challenge to the validity of antiabortion legislation. And in 1986, a Government-sponsored attempt to delete the constitutional prohibition on divorce was defeated by a substantial majority at a referendum after repeated ecclesiastical opposition to the measure (6). While the Church's power to exert pressure on the political system is still strong, Irish society is more than ever divided on the issue of Church/State relations.

(4) WHYTE, "Recent Developments in Church-State Relations" (1985) 6 *Seirbhís Phoiblí* 4.4.

(5) [1974] I.R. 284.

(6) For an account of these important developments from a legal perspective, see HOGAN, *loc.cit.*, at 64-84.

The Legal Concept of Conscience

The issue of conscience and conscientious objection has not featured prominently in litigation, nor is it a political issue of any significance. The only case where the constitutional guarantee of freedom of conscience appears to have been litigated is *McGee v. Attorney General* (7) where the plaintiff claimed that she had reached an informed decision not to have any further children. She claimed that the legal restrictions on the importation of contraceptives violated her constitutional right under Article 44.2.1 to freedom of conscience, but while the Supreme Court found for her on other grounds, they held that the freedom of conscience guarantee could not be accepted outside of the religious context. As Walsh J. explained:

"It was submitted that social conscience, as distinct from religious conscience, falls within the ambit of Article 44. I do not think that it is so. The whole context in which the question of conscience appears in Article 44 is one dealing with the exercise of religion and the free profession and practice of religion. Within that context, the meaning of Article 44.2.1 is that no person shall directly or indirectly be compelled or coerced to act contrary to his conscience in so far as the practice of religion is concerned and, subject to public order and morality, is free to profess and practise the religion of his choice in accordance with his conscience. Correlatively, he is free to have no religious beliefs or to abstain from the practice or profession of any religion. Even if a person feels free, or even obliged, in conscience to pursue some particular activity which is not in itself a religious practice, it does not follow that such activity is guaranteed by Article 44. It is not correct to say ... that the Article is a constitutional guarantee of a right to live in accordance with one's conscience subject to public order and morality. What the Article guarantees is the right not to be compelled or coerced into living in a way which is contrary to one's conscience and, in the context of the

(7) [1974] I.R. 284.

Article, that means contrary to one's conscience so far as the exercise, practice or profession of religion is concerned" (8).

This, of course, amounts to a narrow definition of freedom of conscience but, perhaps, given the context in what the constitutional guarantee appears, the Supreme Court had no option but to confine this right to that of freedom of religious conscience. And, of course, even where the beliefs in question are of a religious origin, this constitutional right to freedom of religious conscience is subject to "public order and morality." In *People v. Draper* (9), the accused had been convicted of causing malicious damage to certain Roman Catholic religious shrines and statues. He claimed that he was obliged by the terms of his own religious beliefs to destroy such "profane objects" and that such (otherwise criminal) activities on his part should be held to enjoy constitutional protection. The Court of Criminal Appeal dismissed his appeal, with McCarthy J. saying that while his religious beliefs were constitutionally protected, requirements of public order and morality did not entitle him to engage in conduct which was objectively criminal. It may be of interest, however, to note that the Court of Criminal Appeal took account of the fact that the appellant had been motivated by his political beliefs and accordingly reduced the sentence imposed by the trial court.

There are other legislative provisions which complement this constitutional guarantee. Section 4(2) of the Health Act 1953 provides that:

"Any person who avails himself of any service provided under this Act shall not be under any obligation to submit himself or any person for whom he is responsible to a health examination or treatment which is contrary to the teaching of his religion."

Similarly, section 6(2) of the Unfair Dismissals Act 1977 provides that no employee shall be dismissed because of his religious beliefs or practices. This provision was invoked by a dismissed nurse in *Merriman v. St. James' Hospital* (10). The hospital had dismissed the plaintiff when she refused to bring a crucifix and candle

(8) *Id.*, 316-7.

(9) *The Irish Times*, March 24, 1988.

(10) *The Irish Times*, November 11, 1986.

to the bedside of a dying patient on the ground that to do so would be "quite obnoxious" to her religious beliefs. Clarke J. held that the plaintiff had been unfairly dismissed in the circumstances and ordered her re-engagement, since she should not have been asked:

"to participate in any religious rite against her conscience or be required to carry a religious object to the bedside of a dying patient. Her religious views must be respected."

Civil Disobedience on Moral Grounds

The decision in *McGee* means, of course, that the opportunities for the citizen to appeal to constitutional guarantees so as to avoid legal duties and obligations imposed by positive law (such as the payment of taxes or the completion of census returns) are, as we have seen, strictly limited. Moreover, given that Article 9(2) of (11) the Constitution provides that:

"Fidelity to the nation and loyalty to the State are fundamental political duties of all citizens",

it is not easy to see how private citizens can unilaterally rely on their own social conscience to claim an exemption from the application of the law (such as non-payment of taxes designated for military purposes) unless this concession is permitted by ordinary legislation. Again, however, it is important to stress that these are issues which have not featured prominently as political issues in Ireland, much less in the area of litigation. In addition, there is no compulsory military service in Ireland, so it is scarcely surprising that the issue of conscientious objection to military service — which has proved so controversial in other countries — has never arisen.

We may now consider some particular issues highlighted by the suggested questionnaire.

A. *Duty to swear an oath*

The Juries Act 1976 provides that witnesses and jurors must swear an oath on either the New Testament for Christians or the Old

(11) Section 17(2).

Testament for Jews (12). If, however, a juror states that he professes no faith or that the taking of an oath is contrary to his religious belief, he may make an affirmation instead of taking an oath or may take an oath in any other manner provided by law, and if he states that he has a religious belief but is neither of the Christian nor the Jewish faith he may, by permission of judge, be sworn in a manner which the juror declares to be binding on him (13). This rather liberal formula which essentially allows witnesses to follow their social or religious conscience as to the manner in which the oath or affirmation will be administered. What is not allowed, however, is for a witness to insist that, for reasons of conscience, he will take an oath. However, this issue is one which has not yet arisen nor has it given rise to any problems in practice.

B. *Jury Service*

The Juries Act 1976 allows certain persons to be excused as of right (i.e., at their own election) from jury service, including persons in holy orders and members of religious communities. Furthermore, a person called for jury service may be excused if there is "good reason" (14) to do so. And while there is no express exemption for persons objecting on religious grounds, it would appear that a person with genuine religious or conscientious objections would be excused on this ground. Again, however, it is not an issue which has arisen to date.

C. *School attendance*

There are several constitutional provisions touching on school attendance which, in effect, recognise the right of parents not to send their children to school or, indeed, to particular types of schools, where this would conflict with their conscientious beliefs. Article 42.1 provides that:

"Parents shall be free to provide...education in their homes or

(12) *Id.*

(13) Section 18(3).

(14) Juries Act 1976, s.14(2).

in private schools or in schools recognised or established by the State."

This is buttressed by the provisions of Article 42.3:

"1. The State shall not oblige parents in violation of their conscience and lawful preference to send their children to schools established by the State, or to any particular type of school designated by the State.

2. The State shall, however, as guardian of the common good, require in view of actual conditions that the children receive a minimum education, moral, intellectual and social."

Finally, Article 44.2.4 provides that:

"Legislation providing State aid for schools shall not discriminate between schools under the management of different religious denominations, nor be such as to affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending religious instruction at that school."

These provisions were considered by the Supreme Court in *Re Article 26 of the Constitution and the School Attendance Bill 1942* (15). This Bill provided that children between the ages of six and fourteen were obliged to attend either a national school or a school which was certified as suitable for this purpose by the Minister for Education. This Bill was found to be unconstitutional on a number of grounds which are not relevant for present purposes, but Sullivan C.J. also hinted strongly that the Bill was also unconstitutional because it did make sufficient allowances for parental objections on conscientious grounds (other than those stemming from religious beliefs):

"One of the excuses under section 3 is that there is not a national school, a suitable school, or a recognised school accessible to the child which the child can attend and to which the parent of the child does not object on religious grounds to send the child. It is contended that the grounds of objection should not be restricted to religious grounds in view of the provisions of Article 42.3.1 ... that the State shall not oblige parents in violation of their *conscience and*

(15) [1943] I.R. 334.

lawful preference to send their children to the schools named therein" (16).

While these constitutional provisions expressly recognise parental conscientious rights in relation to school attendance, these provisions must be read in context. Nearly all primary and second-level schools in Ireland have a denominational character. In practice, this means that such schools are under the direct control of the various religious orders. There are very few public or State-run schools and the denominational schools receive a huge proportion of both their capital and current expenditure from State funds entire educational edifice is built around an administrative scheme and there has been little or no legislation in this area. This practice of providing State aid for denominational schools is, of course, one which appears to be sanctioned by Article 44.2.4.

Nevertheless, as nearly all primary and secondary schools have denominational character, it is not surprising that the teaching of religion is denominational in character. Moreover, the influence of religious instruction may pervade the entire curriculum. The informal administrative arrangements for primary schools issued by the Department of Education declare that:

"Of all parts of a school curriculum Religious Instruction is by far the most important, as its subject-matter, God's honour and service, includes the proper use of all man's faculties, and affords the most powerful inducement to their proper use. Religious instruction is ... a fundamental part of the school course and a religious spirit should inform and vivify the whole work of the school" (17). As one noted educationalist has written:

"Teachers in [primary schools] traditionally have taught the religion class and prepared children for various religious ceremonies ... [Department of Education] rules require vocational, community and comprehensive schools to provide religious instruction. Secondary schools also do so and in second-level schools there is frequently a catechetical teacher or clergyman to give the instruction" (18).

(16) *Id.*, at 340.

(17) *Rules for National Schools* (1965), Rule 68.

(18) COOLAHAN, *op.cit.*, 158-9.

Yet, remarkably, there has been no case concerning the religious dimension to the school curriculum nor has any parent invoked the provisions of Article 44.2.4 in litigation in order to insist that his or her child should not receive religious instruction.

D. *Situation of Teachers*

A relation question is whether, in view of the conscience clause provided for in Article 44.2.4, lay-teachers employed in denominational schools receiving public money enjoy any similar rights. Can they refuse to give religious instruction without affecting their employment or promotion prospects? Can they be dismissed if they become non-believers or change their religion?

Some indications as to the likely response of the courts was given by Costello J. in *Flynn v. Power* (19). * The appellant in this case was a teacher in a Roman Catholic secondary convent school in a small town which was run by The Sisters of the Holy Faith, a religious order. In August 1981 the principal of the school learnt that the appellant was associating with a married man in the town. The appellant was reminded of her obligations stemming from the denominational character of the school. These warnings were not heeded by the appellant, who maintained that her private life was her own business. A few months later she went to live with the man in question and subsequently became pregnant appellant was later dismissed on the ground that her conduct was "fundamentally inconsistent" with her position as a teacher appellant then challenged the validity of her dismissal, alleging that there were not "substantial grounds justifying the dismissal" under s. 6(1) of the Unfair Dismissals Act, 1977.

Costello J. upheld the validity of the appellant's dismissal. He pointed out that she had been employed:

"In a religious, not a lay, school and the evidence establishes that such a school has long established and well known objectives as well as requirements for its lay staff which are different from those of a secular institution. Secondly, the evidence establishes that the

(19) [1985] I.R. 648.

dismissal occurred not as a punishment for a breach of a code of conduct taught in the school, but arising from an assessment made of the effect on the school and its pupils of a continued breach of that code by the appellant" (20).

The judge also adverted to the fact that the principal was entitled to assume that the details of her liaison would have quickly become common knowledge in the small local community where she worked. Even more importantly, the school authorities were entitled to conclude that these facts:

"Must have become known to many if not all the pupils in the school, and that they would regard her conduct as a rejection of the norms of behaviour and the ideals which the school was endeavouring to instil in and set for them. I do not think that the respondents over-emphasised the power of example on the lives of the pupils in the school and they were entitled to conclude that the appellant's conduct was capable of damaging their efforts to foster in their pupils norms of behaviour and religious tenets which the school had been established to promote" (21).

It is all very well to stress that the school in question was a denominational school which sought to foster certain norms of behaviour in pupils, but Costello J. seemed to ignore the fact that the vast majority of teachers have no option but to accept employment in a denominational school. Unlike other countries, Ireland has no genuine system of state schooling with alternative employment opportunities for teachers whose "lifestyle" is unacceptable as far as the authorities controlling denominational education are concerned.

In fairness, however, to Costello J. it should be noted that he was at pains to point out that it was the appellant's "open rejection" of the school's norms which justified her dismissal (22). Perhaps

(20) *Id.* at 656.

(21) *Id.* at 656-7.

(22) COSTELLO J. relied on a decision of the Canadian Supreme Court, *Re Caldwell and Stuart* (1985) 15 D.L.R. (4th) 1 in support of his conclusion. That was a case where the contract of employment of a Roman Catholic teacher in a Roman Catholic school was not renewed after she had married a divorced man in a civil ceremony. The Supreme Court held that this was not unlawful, as McIntyre J. observed (at 18):

"It is my opinion that, objectively viewed, having in mind the special nature and objectives of the school, the requirement of religious conformance including the accep-

matters would have been otherwise if the extra-marital affair had been with a man living in a different town, or if they had both been living in an anonymous suburb of a large city. Nor is there any suggestion in the judgment that some lesser and more private infraction of the school's moral code such as failure to attend church regularly — would have justified dismissal. Nevertheless, *Flynn v. Power* illustrates that the fact that the Church authorities may be able to insist that teachers in their employment adhere to a certain standard of moral orthodoxy, and this decision understandably caused some alarm among the teaching profession.

F. Prisoners

Every effort is apparently made by the prison authorities to facilitate the religious practices and observances of prisoners. While there have been isolated cases of complaints brought by prisoners before the courts, the extent of the State's constitutional obligations in this regard remain uncertain. While it is clear that prisoners' constitutional rights are more circumscribed than those of the ordinary citizen and that the courts can and will have regard to the administrative and security burdens placed on the prison authorities, it might be argued that the constitutional guarantee of freedom of conscience and religious practice afforded by Article 44.2.1 places positive obligations on the State and the prison authorities in this regard (23).

The Rules for the Government of Prisons 1947 provides for the religious needs of prisoners to a large degree. Rule 50 states that a prisoner may not be compelled to attend the service of a religious persuasion to which he does not belong. Rule 53 requires that a prisoner shall be furnished with a Bible * and prayer book approved by the Chaplain or visiting clergymen of the denomination to which the prisoner belongs. In addition, the Rules provide for the appoint-

ment and observance of the Church's rules regarding marriage is reasonably necessary to assure the achievement of the objects of the school."

But this, of course, was spoken in the context of a school system where (unlike Ireland) teachers, students and parents have a genuine choice, in that there is a secular and denominational school system.

(23) Failure to comply with this obligation does not, however, invalidate a prisoner's detention: *Cahill v. Governor of Curragh Camp* [1980] I.L.R.M. 191.

ment of prison chaplains who are required by Rules 155-171 to look after the religious needs of prisoners under their care.

The question of whether the Constitution has any positive obligations on the authorities is one which has been briefly addressed in two cases: *Re Coleman's Application* (24) and *Cochrane v. Governor of Wheatfield Prison* (25). In the former case, the applicant was of the Islamic faith and claimed that his constitutional rights were infringed by the prison regime. First, the prison diet did not cater for his religious objections and, secondly, he had been refused a copy of the Koran and a prayer mat. Although D'Arcy J. recognised the right of the prisoner to follow his own religion, he refused an application to remedy these matters, saying that the prison authorities were under no obligation to provide special facilities (such as a special diet) for prisoners who followed minority faiths. In the *Cochrane* case, the applicant was a Free Presbyterian who was not permitted to travel the some 150 kilometres to the nearest Free Presbyterian service every Sunday. There was no Free Presbyterian chaplain attached to the prison, but the prison authorities had paid for Free Presbyterian congregations to travel to the prison on two separate occasions. Johnson J. held that, in these circumstances, the State had adequately discharged its duty and it was perfectly reasonable for the authorities to refuse him permission to travel each Sunday to attend the services.

G. Family Planning Services

Special provisions is made by law for conscientious objectors who do not wish to provide family planning services. The question of the provision of such services was very controversial, as this legislation was introduced in 1979, although it is decidedly less so today. In any event, section 11 of the Health (Family Planning) Act 1979 provides that:

"Nothing on this Act shall be construed as obliging any person to take part in the provision of a family planning service, the giving

(24) *Irish Times*, January 27, 1979.

(25) *The Irish Times*, November 6, 1990.

of prescriptions or authorisations for the purposes of this Act, or the sale, importation into the State, manufacture, advertising or display of contraceptives."

CONCLUSIONS

The issue of conscientious objection — whether on religious or social grounds — is not one which has figured prominently in Ireland. Unlike many other European countries, it is not an issue which is politically contentious and nor is it one which has attracted much litigation. The decision of the Supreme Court in *McGee* makes it clear that the constitutional protections afforded by Article 44.2.1 are confined to conscientious objections based on the choice and profession of religion and do not extend to social conscience. Apart from this provision and those of Article 42.3.1 (which specifically acknowledges the right of conscientious objections of parents with regard to educational matters), the Constitution is silent on the question of conscientious objection and the matter is left to be resolved by ordinary legislation. While due allowance is made by legislation for conscientious objection in certain types of cases (such as the relatively liberal provisions of the Juries Act 1976 with regard to the swearing of oaths by jurors and witnesses or in the case of the provision of family planning services), there is no statutory provision of general application which recognises such rights. The absence of such legislation or, indeed, a developed constitutional jurisprudence in this area, probably reflects the homogeneity of Irish society in such questions and, more specifically, the fact that the issue is one which is but rarely raised and is not politically contentious.

STELIOS PERRAKIS

(Faculté de Droit Université Démokritos de Thrace (Komotini))

L'OBJECTION DE CONSCIENCE DANS L'ORDRE JURIDIQUE HELLÉNIQUE

I. INTRODUCTION

L'objection de conscience, phénomène d'hier et d'aujourd'hui à dimension universelle, axée surtout autour du service militaire, pose pour chaque société organisée des questions qui débordent, aisément, les seuls cadres juridiques existants, d'où les difficultés spécifiques qui en découlent pour l'approche de la problématique. D'autant plus, que cette dernière concerne l'objection de conscience à la fois pour des raisons religieuses, philosophiques, morales, humanitaires et autres. Question en évolution dynamique, par excellence controversée englobant des conflits de valeur, d'origine diverse, elle est susceptible d'engager dans l'Etat moderne un débat pluridimensionnel mettant notamment en cause les conceptions traditionnelles dominantes; elle appelle les sociétés nationales à faire intégrer des nouvelles valeurs acquises dans les standards sociaux existants et les traduire en règles juridiques contraignantes. Cet état de choses n'a pas manqué à gagner, également, les instances internationales comme l'ONU (1), en particulier la Commission des Droits de l'Homme (2), le Conseil

(1) Voir, à titre indicatif, L'objection de conscience au service militaire, rapport de EIDE ET MUBANGA-CHIPOYA à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, doc.E/CN.4/Sub.2/1983/30 du 27 juin 1983. Aussi, sous un autre angle, E. ODIOR BENITO, *Elimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, Nations Unies, New York, 1989.

(2) Voir D. WEISSBRODT, *The United Nations Commission on Human Rights confirms conscientious objection to military service as a human right*, Netherlands International Law Review 1988, pp. 53 et suiv.

de l'Europe (3), la Communauté Européenne (4), etc., se sont engagées, avec un vif intérêt, dans un débat visant à la reconnaissance de l'objection de conscience comme un droit de l'homme (5).

Comme dans plusieurs sociétés de l'Europe occidentale, de la période de l'après guerre, la vigueur de la problématique de l'objection de conscience est apparue en Grèce — avec un certain retard — notamment après 1974. En effet, après la promulgation de la Constitution de 1975, juste après le rétablissement du régime démocratique pluraliste, l'objection de conscience est devenue dans la société hellénique une question d'actualité importante. Ceci est dû — en partie — au fait du rapprochement de la Grèce avec les institutions européennes, que le régime militaire autoritaire de 1967-1974 avait éloignées. Ainsi, l'opinion publique hellénique et les autorités compétentes (Gouvernement, Chambre des députés etc) ont reçu une pression constante et considérable de la part du mouvement international esquissé autour des organisations internationales et les ONG — comme l'Amnesty International (6) — afin de favoriser l'établissement d'un statut de l'objection de conscience répondant aux nouvelles exigences de l'épanouissement de la liberté de la personne humaine. Désormais, la question reste en état d'examen recevant des réponses législatives sporadiques dans l'attente, toujours, des solutions systématiques et définitives.

Mon propos vise à présenter essentiellement l'esquisse du cadre

(3) L'Assemblée de cette Organisation adoptait déjà en 1967 la résolution 337 et la recommandation 478 concernant l'objection de conscience. Par la suite, d'autres actes ont été adoptés par le même organe parlementaire (p.e. la recommandation 816/1977) ou le Comité des Ministres (p.e. la recommandation n° R (87) 8).

(4) C'est surtout le Parlement Européen qui s'est penché sur la question de l'objection de conscience. Voir surtout le rapport MACCIOCHI, doc. 1-546/82 adopté en février 1983 et plus récemment le rapport HITZIGRATH & SCHMIDBAUER (doc. A2-0443/88/A; A3-0015/89/A; A2-0433/88/ Partie A; A2-0433/88/Partie B, A3-15/89/ Partie B. Sur cet aspect de la question voir, aussi ST PERRAKIS, *Le Parlement Européen et la protection des droits de l'Homme*, Cahiers de Droit Communautaire 8, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1986, pp. 35 et suiv. (en grec).

(5) Pour une vue d'ensemble voir C. SIMTZIS, *L'objection de conscience au service militaire: l'émergence d'un droit de l'homme au niveau international*, Droit et Politique, n° 17-18, pp. 61-110 (en grec).

(6) Les rapports annuels de cette organisation après 1976 se réfèrent d'une manière permanente aux problèmes de l'objection de conscience en Grèce, notamment en ce qui concerne les Témoins de Jéhovah.

juridique relatif à la dimension, la plus répandue, de l'objection de conscience, à savoir celle du refus de service militaire pour des questions de conscience. Par ailleurs, des références seront faites à d'autres composantes de la problématique en question.

II. OBSERVATIONS LIMINAIRES CONCERNANT DES PARTICULARITÉS GRECQUES VIS-À-VIS DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE

En ce qui concerne la Grèce quelques remarques liminaires s'imposent ayant trait aux spécificités grecques face à la question de l'objection de conscience.

A cet effet, il est à noter que l'objection de conscience est liée essentiellement à la question du refus du service militaire, sans méconnaître d'autres manifestations — sporadiques celles-ci — d'expression de la vie sociale (p.e. refus de prêter serment, refus d'autoriser la transfusion du sang etc.).

En outre, la plus part de cas, présentés jusqu'aujourd'hui, concernent principalement des Témoins de Jéhovah, tandis qu'une minorité marginale de cas se présente comme d'objecteurs non religieux (p.e. pacifistes, idéologiques, etc.).

Par ailleurs, tout débat sur la question de l'objection de conscience en Grèce doit prendre en considération deux paramètres d'une certaine sensibilité pour l'opinion publique. D'une part, le rôle capitale que l'Eglise orthodoxe assume dans la société hellénique (art. 3 de la Constitution de 1975) (7), et, d'autre part, les retombés d'un certain climat qui entoure depuis 1974, l'accomplissement du service militaire à cause du différend greco-turc.

Sur un autre plan, il y a lieu à noter que la liberté de conscience religieuse dans sa conception et expression comme droit

(7) "La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ...". Sur cet aspect des relations entre l'Eglise et l'Etat voir A.MARINOS, *Relations Eglise et Etat* (sous l'empire de la Constitution de 1975 et de la nouvelle charte de l'Eglise de Grèce), Athènes, 1984, pp. 18-24; CH.PAPASTATHIS, *Eléments de droit ecclésiastique*, Vol. I, Thessaloniki, 1990, pp. 50-57; C.VAVOUSKOS, *Manuel de droit ecclésiastique*, 5ème édition, 1989, pp. 250-261, S.TROIANOS, *Cours de droit ecclésiastique*, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1984, pp. 18-24 (tous les titres en grec). Pour une vue d'ensemble voir les contributions contenues dans le n° 15 de la revue Droit et Politique, consacré aux relations Etat et Eglise (en grec).

individuel de l'homme peut subir certaines restrictions sous l'angle des devoirs et des obligations des citoyens grecs vis-à-vis de l'Etat et de la loi. Cette approche est sanctionnée par la doctrine et la jurisprudence (8).

III. L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT INTERNE

Le droit international des droits de l'homme pénètre dans l'ordre juridique grec par le biais de l'art. 28 de la Constitution hellénique de 1975 (9). Cette pénétration produit d'incidents multiples sur le droit national grec, d'autant plus que les normes du droit international, en vertu de l'art. 28 par. 1 de la Constitution, dispose d'"une valeur supérieure à toute disposition contraire de la loi".

Parmi les règles notables de cette branche juridique se distingue la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), dont l'article 9 garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion.

A travers d'une jurisprudence riche, élaborée par les organes de contrôle de la Convention, à savoir la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention de Rome de 1950 (10)

(8) Voir, A. MANESSIS, *Libertés individuelles*, t.a, deuxième édition, Sakkoula, Thessaloniki, 1979, pp. 256-257 (en grec); S.TROJANOS, *Cours de droit ecclésiastique*, op. cit. pp. 89-90 (en grec).

(9) L'art.28 dispose que: "Les règles du droit international généralement acceptées, ainsi que les traités internationaux après leur ratification par voie législative et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacun d'eux, font partie intégrante du droit hellénique interne et ont une valeur supérieur à toute disposition contraire de la loi".

(10) Sur cette question voir G.COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Economica: Paris-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 481 et suiv; J.FROWEIN, *Freedom of religion in the practice of the European Commission and Court of Human Rights*, ZaorRV 1986, pp. 249-260; P. VAN DIK-G.J. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 1984; J.FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1987, pp. 235-250. Toutefois, la Commission Européenne des Droits de l'Homme a déclaré à plusieurs reprises qu'aucun droit à l'objection de conscience ne figure dans la Convention. Voir notamment les décisions sur la recevabilité des requêtes 5591/72, 7565/76, 7705/76, 10600/83. Cf. également, à cet égard, les explications du rapport ERGEC dans ce même colloque.

offre aujourd'hui un ensemble des éléments positifs susceptible d'intéresser, dans sa diversité, la problématique de l'objection de conscience à la lumière du droit interne grec. Dans le même cadre de la protection européenne des droits de l'homme, une autre disposition, émanant de l'art. 2 du premier Protocole additionnel à la CEDH, mérite une attention particulière. Il s'agit de la norme garantissant le droit à l'instruction des enfants selon les convictions religieuses et philosophiques des parents.

Cette prévision avait pour l'ordre juridique grec une signification particulière, dûe au fait que le gouvernement hellénique, lors de la ratification du dit Protocole, avait formulé une réserve aux termes suivants: " Le mot "philosophique" par lequel se termine le second paragraphe de l'art. 2 recevra en Grèce une application conforme aux dispositions y relatives de la législation intérieure". Cette réserve a été retirée en 1985 (11).

IV. LE SERVICE MILITAIRE ET L'OBJECTION DE CONSCIENCE

A. *Le cadre constitutionnel* (12)

La Constitution hellénique de 1975 prévoit, dans son article 4 par. 6 que "Tout hellène en état de porter les armes est tenu de contribuer à la défense de la Patrie, suivant les prescriptions des lois"

Cette disposition semble spécifier dans la matière la teneur de l'art. 25 par. 4 de la Constitution énonçant le droit de l'Etat "d'exiger que tous les citoyens accomplissent leur obligation de solidarité sociale et nationale".

(11) Sur la question de la réserve hellénique voir S.PERRAKIS, *La protection internationale des droits de l'homme. Systèmes institutionnels de caractère régional*, A.Sakkoulas, Athènes- Komotini, 1984, pp. 117-119 (en grec).

(12) Sur les aspects constitutionnels de la question voir N.ALIVISATOS, *Objec-teurs de conscience et service militaire*, Nomiko Vima 1988, pp. 519-528; CH.ANTHOPOULOS, *Aspects constitutionnels de l'objection de conscience*, Scholiasis, n° 62, 4.3.1988, pp. 58-59; G.KRIPPAS, *La constitutionnalité de la dispense du service militaire pour des raisons de convictions religieuses*, Journal des Juristes Hellènes, 1979, pp. 325-328; PH.VASSILOIANNIS, *L'objection de conscience sous l'angle constitutionnel*, Droit et Politique, n° 17-18, 1989, pp. 25-60. Toutes les contributions en grec.

L'obligation générale des citoyens hellènes de contribuer "à la défense de la Patrie", n'est pas tempérée par la reconnaissance constitutionnelle de l'inviolabilité de la liberté de la conscience religieuse (art. 13 par. 1). D'autant plus, que ce même article au par. 4 énonce que "nul ne peut être dispensé de l'accomplissement de ses devoirs envers l'Etat ou refuser de se conformer aux lois en raison de ses convictions religieuses" (13).

Face à cette obligation, l'objection de conscience ne trouve pas, à première vue, une expression concrète dans la Constitution de 1975. Les efforts entrepris, durant le processus d'élaboration du dit texte fondamental, par l'opposition socialiste et les propositions faites en ce sens n'ont pas abouti à des résultats, car elles ont été rejetées par la majorité de la Chambre (14).

Toutefois, malgré ces prescriptions constitutionnelles, on a fait valoir que certaines dispositions de la Constitution de 1975 pourraient être considérées comme constituant un "fondement" de l'objection de conscience; sinon, elles offrent des éléments de réflexion à cet égard. Ainsi, il a été proposé que l'art. 5 par. 1 de la Constitution, qui garantit le droit de libre développement de la personnalité de l'homme, forme par sa teneur et son contenu, un point de départ pour une interprétation dynamique "ouverte aux évolutions futures" à répondre aux nouvelles formes des relations sociales (15).

Dans la même direction, sous une autre optique, la dite disposition de l'art. 5 pourrait être vue en combinaison avec l'art. 13, par. 1 (liberté de conscience religieuse) (16). En outre, on a proposé comme base constitutionnelle de l'objection de conscience l'articulation du libellé des art. 2, par. 1 (protection de la valeur de la personne humaine), 5 par. 1, 13 par. 1, 14 par. 1 (liberté d'expression),

(13) Ainsi, l'exception à la règle, introduite par la loi 1763/1988 (voir ci-après) prévoyant la dispense de l'obligation d'accomplir le service militaire, entre autres, pour les prêtres, les moines -s'ils le souhaitent- semble soulever des questions de constitutionnalité de la dite disposition. Dans ce contexte, il est à signaler, comme on a fait remarquer, que des exceptions prévues dans l'accomplissement du service militaire pour des raisons religieuses ne doivent pas être reconnues, car "le devoir du citoyen prime sur ses droits" (Voir A.MANESSIS, *Libertés individuelles*, op. cit., p. 275).

(14) Les propositions visaient à la reconnaissance de l'objection de conscience.

(15) Selon D.TSATSOS, *Droit constitutionnel*, vol. III: Droits fondamentaux, I, Partie générale, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1988, p. 222 (en grec).

(16) Voir, CH.ANTHOPOULOS, *Aspects constitutionnels...*, op. cit.

25 par. 1 (les droits de l'homme en tant qu'individu et en tant que membre de la société sont placés sous la garantie de l'Etat dont les organes sont obligés d'en assurer la libre expression) (17).

Mais, vu le contenu des art. 4 par. 6 et 13 par. 4 précités de la Constitution de 1975, toute hypothèse (18) mentionnée ci-dessus semble manquer d'une argumentation convaincante. Par contre, si elle serait juridiquement valide, elle aurait mis en relief, certes, un conflit formel entre dispositions constitutionnelles (19).

A la lumière de cet ensemble des prévisions constitutionnelles une question pertinente s'impose: l'institution d'un statut de service militaire "sans porter des armes" est-elle concevable sous l'empire de la Constitution de 1975? La réponse devrait être positive (20).

B. *L'objection de conscience sous l'angle de droit pénal* (21)

a. *Le refus au service militaire*

La question du refus au service militaire pour des raisons d'objection de conscience était régie, dans un premier stade allant jusqu'au 1977, par les dispositions du Code Pénal Militaire. En effet, les règles, de caractère général, concernant les crimes de l'insoumission (art. 43) et de désobéissance (art. 70) (22) y étaient applicables. En vertu de ces dispositions, les actes ou omissions des appelés considérés comme insoumission ou désobéissance pouvaient être sanctionnés par des peines d'emprisonnement, aggravées dans certaines circonstances (p.e. état de guerre, mobilisation générale).

(17) N.ALIVISATOS, op. cit., p. 520.

(18) Voir aussi, PH. VASSILOIYANNIS, op. cit., p. 33.

(19) Voir, aussi, N. ALIVISATOS, op. cit., p. 520.

(20) Voir surtout le débat devant l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi 1763/1988, in Procès verbal de la Chambre, Période D, session C, réunion du 18.1.1988, avec l'intervention, notamment des députés A.Zaimis, A.Papadogonas, D.Frangos, etc. Aussi, voir PH.VASSILOIYANNIS, op. cit., p. 37. Pour une opinion réservée à certains égards voir S.TROJANOS, *Cours de droit ecclésiastique*, op. cit., p. 90.

(21) Pour une vue d'ensemble sur cette question voir A.PAPADAMAKIS, *Les "objecteurs de conscience" comme problème extrême du droit pénal*, Droit et Politique, no.17-18, 1989, pp. 9-23 (en grec).

(22) Sur cette question voir A.PAPADAMAKIS, *La désobéissance du militaire comme acte punissable selon l'art. 70 du Code Pénal Militaire*, thèse, 1987 (en grec).

Ainsi tout objecteur refusant de servir était traduit devant les tribunaux militaires et condamné à des peines d'emprisonnement. Une fois élargit de la prison, l'objecteur était appelé, à nouveau, par l'armée, ce qui entraînait un nouveau refus conduisant à une nouvelle condamnation par les tribunaux militaires pour désobéissance. Le mouvement répété avait comme conséquence directe que l'objecteur de conscience — dans la quasi — totalité des cas des Témoins de Jéhovah — restaient en prison pendant plusieurs, même 10 ou 15, années.

Dans ces circonstances, il est étonnant de constater que la dite pratique, suivie pendant bien longtemps fut considérée par la Cour de Cassation comme valide (23).

Cette situation a radicalement changé avec la promulgation de la législation de 1977 sous-mentionnée.

b. La question du prosélytisme

À l'instar des constitutions helléniques précédentes (24), la Constitution de 1975 consacre l'interdiction du prosélytisme (art. 13, par. 2) (25), bien que cette interdiction ne couvre pas toute autre action à l'encontre de la religion dominante. La prévision constitutionnelle relative à l'interdiction du prosélytisme constitue, en outre, une indication pour une sanction pénale y relative (26).

Par ailleurs, à la lumière de la législation de nécessité (loi n.1363/1938, 1672/1939) les personnes qui pratiquent ou tentent le prosélytisme peuvent faire l'objet des poursuites pénales. Dans la plupart des cas, il s'agit de Témoins de Jéhovah qui se trouvent face à cette position juridique. Il est à noter que, pendant que la restriction constitutionnelle en question continue à exercer une influence

(23) Voir à cet égard I.KONIDARIS, *Doctrine et pratique juridique pour les "Témoins de Jéhovah"*, A.Sakkoulas, Athènes 1987 (en grec).

(24) Pour ces textes constitutionnels voir I.PANAGOPOULOS, *Tolérance religieuse et prosélytisme*, Athènes, 1960 (en grec).

(25) "Contre toute religion connue", selon l'expression constitutionnelle. Voir aussi arrêt no 997/1975 de la Cour de Cassation.

(26) Sur cette question voir G.POULIS, *Protection pénale des religions*, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1988, pp. 74 et suiv. (en grec), ainsi que la bibliographie citée par l'auteur.

considérable sur le droit administratif (27), la vieille contestation doctrinale concernant la vigueur des dispositions des lois 1363/38 et 1672/1939 semble être atténuée (28). De l'autre côté, la Cour de Cassation a considéré ces mêmes dispositions comme conformes à la Constitution de 1975 (29).

Malgré une modération importante, dans l'application de cette législation, démontrée de la part des autorités helléniques, il y a eu, jusqu'à présent, plusieurs condamnations prononcées par les tribunaux à la charge des Témoins de Jéhovah (p.e. 400 environs durant la période 1983-1988 sur un total de 2.000 mise en accusations) (30).

C. L'intervention du législateur commun

a. Les acquis

Sous l'impulsion des institutions internationales, notamment de la part du Conseil de l'Europe, le législateur commun a dû intervenir en 1977, afin de promulguer un premier texte concernant l'objection de conscience. C'est la loi 713/1977, adoptée par la Chambre, qui constitue — bien que partiellement — la première approche réglementaire à la question de l'objection de conscience.

En effet, la loi 731/1977 introduisait, pour l'essentiel, le service militaire "sans armes" d'une double durée par rapport à celle du service régulier. Ce régime spécial était destiné uniquement aux objecteurs religieux (art. 1).

(27) S.TROJANOS, *Cours de droit ecclésiastique...*, op. cit., pp. 95 et suiv.

(28) Voir A.LOVERDOS, *Prosélytisme*, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1986 (en grec); G.POULIS, *Protection pénale...* op. cit..

(29) Selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation (p. e. arrêts 997/1985, 1035/1975, 1155/1978, 238/1979, 1354/1982. Contra, voir, A.LOVERDOS, *Prosélytisme*, op. cit.

(30) Voir les informations officielles fournies par le gouvernement hellénique à l'occasion d'une étude sur l'état d'application de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et la discrimination fondées sur la religion ou la conviction, rapport de A.VIDAL D'ALMEIDA RIBEIRO à la Commission des droits de l'homme, doc.E./CN.4/1990/46 du 12 janvier 1990, p. 19. Sur la question du prosélytisme voir, entre autres, A.LOVERDOS, op. cit.; I.KONIDARIS, op. cit.; G.KRIPPAS, *Témoins de Jéhovah et prosélytisme*, Journal des Juristes Hellènes 1985, pp. 888-890; G.POULIS, *La protection pénale des religions*, op. cit..

Par ailleurs, la loi 731/1977 réglementait des aspects pénaux du refus d'accomplir le service militaire pour certaines catégories d'objecteurs. Ainsi, elle stipule que les personnes condamnées — après la mise en vigueur de la loi — pour refus d'effectuer, à cause de leurs convictions religieuses, un service militaire "sans armes" ils sont exceptés — mis en liberté — de leur obligation de servir, après avoir effectué leur peine d'emprisonnement d'une durée égale à celle du dit service militaire (art. 2, par. 4). En plus, une prescription spécifique était prévue pour les objecteurs se trouvant déjà emprisonnés ou accusés pour refus de porter d'armes (art. 2, par. 1).

En dépit de son caractère incomplet (31) cette législation (32) a constitué, incontestablement, un réel progrès et elle a ouvert la voie hellénique dans la direction de la recherche des réponses globales en la matière.

Quelques années plus tard, les idées incluses dans la loi 731/1977 ont été reprises par la loi 1763/1983 portant sur le recrutement militaire. Cette dernière législation a le mérite d'élargir le champ d'application "ratione personae" de la loi 731/1977. A cet effet, concernant la possibilité d'un service militaire sans porter d'armes, la catégorie initiale des personnes intéressées s'élargisse afin d'insérer, également, les objecteurs idéologiques (art. 5, par. 2).

Encore, la loi 1763/1988 stipule que:

- Les objecteurs de conscience sont tenus d'effectuer "sans armes" l'obligation du service de réserve, éventuellement prévue chaque fois que les besoins du service l'exigent (art. 5, par. 5);
- dans un état de guerre ou de mobilisation générale le Ministre de Défense Nationale pourrait arrêter une décision portant l'abolition du régime du service "sans armes".

Ce deuxième ensemble des dispositions relatif à l'objection de conscience et le service militaire, à l'instar de la législation de 1977, n'a pas affronté la question — à la fois épineuse et indispensable — de l'institution d'une procédure particulière afin de définir le statut

(31) Dans ce sens également S.TROIANOS, *Cours de droit ecclésiastique*, op. cit..

(32) Il y a lieu à noter que cette loi fut considérée par G.KRIPPAS, op. cit., comme souffrant de constitutionnalité.

de l'objecteur (33). Cette dernière s'avère d'une extrême importance, car elle offre une certaine garantie — sous contrôle, éventuellement, judiciaire — des intérêts en question.

Ce vide législatif pourrait poser des questions graves dans l'avenir (34).

b. *La proposition du service de substitution de 1988. Une proposition manquée*

Le 8 juillet 1988 un projet de loi relatif aux objecteurs de conscience fut déposé devant la Chambre des députés. Intitulé "service sans porter d'armes ou social pour des raisons de conscience", ce projet prévoyait la reconnaissance du service de substitution (soit service militaire sans armes, soit service social). En plus, l'établissement d'un système d'examen des cas déclarés d'objection de conscience était prévu, comptant des éléments institutionnels et procéduraux (35).

Toutefois, cette initiative gouvernementale est restée pour diverses raisons (politiques, juridiques) sans suite.

Ainsi, la question du service social de substitution reste, pour la société hellénique, ouverte; comme, d'ailleurs, le débat juridique sur la conformité d'une telle mesure avec la Constitution hellénique (36).

V. DOMAINES PARTICULIERS DE CONFLIT VIS À VIS L'OBJECTION DE CONSCIENCE

L'énumération ci-après n'a qu'un caractère indicatif, afin de souligner certaines questions d'objection de conscience.

(33) De telles procédures existent, p. e. en France, Allemagne Fédérale, Espagne, Royaume-Uni etc.

(34) En ce sens également N.ALIVIZATOS, op. cit., p. 527.

(35) Le texte de ce projet loi a été publié par le quotidien ELEFTHERTOTYPIA du 9.7.1988.

(36) La Constitution n'interdit pas la reconnaissance du service social de substitution ce qui amène certains auteurs à considérer cette institution comme conforme aux impératifs constitutionnels. Voir surtout N.ALIVIZATOS, op. cit., p. 522. Dans la même direction voir aussi A.PAPADAMAKIS, *Les objecteurs...* op. cit.; PH.VASSILOIYANNIS, op. cit.. En revanche, le comité ad hoc de la préparation législative a estimé -par 3 voix contre 2

a. *L'objection à certains traitements médicaux*

Bien qu'il s'agisse d'un aspect concernant essentiellement les Témoins de Jéhovah, axé sur le refus d'une transfusion de sang, la question, ayant trait à la santé de la personne et partant la vie elle-même, pose de problèmes importants.

Le conflit surgit notamment avec le refus des parents — ou d'un conjoint entre les deux — d'autoriser la transfusion de sang à ses enfants mineurs. Une attitude qui, dans le passé paralysant l'intervention et les secours médicaux, a causée à des enfants des graves perturbations de santé ou même la mort (37).

Dans un souci de sauvegarder la santé et même la vie des enfants subissant les effets de telles situations, le législateur commun a dû intervenir. Ainsi, le nouveau article 1534 du Code Civil introduit, dans des cas de refus des parents de consentir à une transfusion de sang, l'autorisation judiciaire pour que l'intervention médicale soit effectuée.

Par ailleurs, sur un autre plan plus général, le refus des parents d'autoriser p.e. la vaccination de leurs enfants, ou l'imposition des obligations (p.e. lourde jeûne) exposant la santé des enfants à des dangers, peuvent être considérés comme constituant un abus de droit (38).

b. *Objection à travailler les jours fériés*

La question concerne les personnes qui refusent à travailler les jours fériés selon leur propre religion. Bien entendu, le problème se pose parce que les jours fériés en question ne coïncident pas avec les jours fériés officiellement reconnus en Grèce.

Toutefois, il paraît raisonnable d'adopter comme jours fériés

et une abstention- que le projet de loi de 1988 sur le service social de substitution fut anticonstitutionnel (voir, le journal *To Vima*, du 24.7.1988).

(37) En 1970. Voir à cet égard l'arrêt 161/1970 du Tribunal correctionnel de Thessaloniki au sujet de la responsabilité de la mort de l'enfant, revue *Chroniques pénales* 20 (1970) pp. 299-303. Pour la jurisprudence y relative voir I.KONIDARIS, *op. cit.* p. 40. Voir aussi l'analyse de N.ANDROULAKIS, *Le père qui est témoin de Jéhovah*, in *Etudes pénales*, Athènes, 1972, pp. 93-114 (en grec).

(38) Voir S.TROJANOS, *Organisation des églises et relations internationales*, A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1983, p. 190 (en grec).

obligatoires (p.e. le repos hebdomadaire) celles de la religion dominante à laquelle appartient la grande majorité des citoyens (39).

En outre, la pléniaire du Conseil d'Etat hellénique a rejetée, dans son arrêt 2706/1977, une demande émanant d'une personne appartenant à l'Eglise Adventiste du Septième jour, visant à obtenir l'adoption comme jour férié le samedi au lieu du dimanche pour les écoliers de l'enseignement secondaire qui sont membres de cette Eglise. Le Conseil d'Etat a considéré cette réclamation comme illégale, estimant que le droit individuel à la liberté religieuse peut-être restreint par une législation dont la teneur porte un intérêt général pour la société (p.e. éducation, santé etc) (40).

c. *L'enseignement religieux obligatoire dans les écoles*

Autour de l'enseignement religieux obligatoire dans les écoles (articles 3, par. 1; 16, par. 2 de la Constitution) (41) peuvent surgir des points de conflit (42). Outre les musulmans grecs, suivant — aux termes du Traité de Lausanne de 1923 — un régime particulier d'enseignement religieux, ou les juifs, il est généralement admis que les parents ont le droit d'exiger que leurs enfants ne suivent pas à l'école l'enseignement religieux qui diffère, d'une manière substantielle, des orientations de leur propre religion (43). Tout de même ce droit peut connaître des restrictions imposées pour des raisons d'ordre public etc.

(39) Voir A.MANESIS, *op. cit.*, p. 258.

(40) Voir aussi S.TROJANOS, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 89 et suiv.; A.MARINOS, *La liberté religieuse*, thèse, Athènes, 1972, pp. 172 et suiv.

(41) "La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ ..." et "l'instruction constitue une mission fondamentale de l'Etat. Elle a pour but l'éducation morale, culturelle, professionnelle et physique des Hellènes, ainsi que le développement de leur conscience nationale et religieuse et leur formation comme citoyens libres et responsables" respectivement.

Sur cette question voir G.SOTIRELIS, Comment est-elle réfutée la protection constitutionnelle de la liberté religieuse. A l'occasion du projet de loi "pour le fondement de l'enseignement primaire et secondaire", revue *ANTI*, no 284, 29.3.1985, pp. 32-35; G.MARGARITIS, *L'église chrétienne devant la liberté de connaissance et de conscience des citoyens*, revue *Politis*, no 34, 22.2.1985, pp. 18-19.

(42) Sur cette question voir notamment A.MARINOS, *La Constitution, la démocratie et l'enseignement religieux*, Athènes, 1981 (en grec).

(43) Cf. S.TROJANOS, *L'éducation religieuse...*, *op. cit.*, p. 9.

d. *Le droit à l'instruction, la liberté religieuse et le respect des convictions des parents*

Autour du droit à l'instruction des enfants, la liberté religieuse et le respect (44) des convictions religieuses et philosophiques des parents des points de conflit peuvent surgir en droit hellénique. En effet, dans ce cadre quatre niveaux de questions se distinguent (45):

- l'instruction religieuse des enfant et la diligence des parents et éventuellement les divergences de vue entre les parents (art. 1510 du Code Civil) (46);
- si les convictions religieuses se heurtent à la Constitution, p.e. religion qui transgresse les moeurs publics ou l'ordre public (47);
- prosélytisme vis-à-vis des enfants (48);
- Le droit de fonder des écoles privées et éventuellement la pratique du prosélytisme (49).

e. *La question du serment*

Plusieurs aspects de l'obligation de prêter serment peuvent soulever des questions d'objection de conscience (50).

(44) Découlant de l'art. 13 de la Constitution et l'art. 1510 du Code Civil (Voir la loi 1329/1983).

(45) Pour une vue globale voir S.TROIANOS, *L'instruction religieuse comme expression de la liberté religieuse*, tiré à part de "Rizarios Education Ecclésiastique, t.d. 1988, pp. 5-14.

(46) S'il y a divergence de vues et de convictions entre les deux parents la question est résolue par le Tribunal.

(47) Voir S.TROIANOS, *Cours....*, op. cit., p. 89.

(48) Sur cette question voir A.MARINOS, *La liberté religieuse*, op. cit., pp. 220 et suiv.. Aussi, voir S.TROIANOS, *L'instruction religieuse....*, op. cit., p. 10.

(49) Voir notamment A.MARINOS, *La liberté religieuse*, op. cit., pp. 147-154.

(50) Pour une approche globale consulter E.KROUSTALLAKIS, *L'obligation de prêter serment de ceux qui se déclarent de la religion chrétienne notamment après la Constitution de 1975*, revue Diki 1980, pp. 3 et suiv; G.PRINTZIPAS, *Le serment procédural et son opposition à la Constitution de 1975*, Diki 1980, pp. 33 et suiv; E.MANTZOULEAS, *Le problème du serment*, Athènes, 1979; K.DESPOPOULOS, *Etudes de philosophie du droit*, Athènes, 1980. pp. 131 et suiv. (en grec).

En premier lieu, la Constitution hellénique n'introduit pas une typologie des cas pour lesquels le serment est obligatoire. Par contre, elle cède la place au législateur commun qui s'en charge la détermination des cas ainsi que de la formule du serment (art. 13, par. 5). Toutefois ladite disposition de la Constitution souffre d'une exception. En effet, la Constitution elle-même dans deux cas prévoit le serment obligatoire. Il s'agit du Président de la République élu qui avant d'assumer ses fonctions prête serment devant la Chambre des Députés (art. 33, par. 2). Aussi, les députés appartenant à d'autres religion ou confession que l'Eglise orthodoxe "prêtent serment selon la formule de leur propre religion ou confession" (art. 59, par. 2).

A la lumière de l'art. 13, par. 5 de la Constitution, donc, le Code de Procédure civile et le Code de procédure pénale précisent le cadre dans lequel les témoins prêtent serment obligatoirement ainsi que la formule y relative. Aux termes de cette législation — n'allant pas dans la même direction que les dispositions énoncées par les art. 13, par. 1, art. 2, par. 1 et art. 7, par. 2 de la Constitution, selon le Professeur Manassis — les personnes concernées qui n'appartiennent pas à l'église orthodoxe sont autorisées à prêter serment selon leur propre religion ou confession reconnue, ou, le cas échéant, jurent en se référant à leur honneur et conscience (art. 220 Code de Procédure Pénale, 408 Code de Procédure civile).

De l'autre côté, le serment obligatoire devant les tribunaux pour les grecs orthodoxes peut soulever des questions d'objection de conscience, avec la constatation d'un conflit entre le devoir, entériné par la loi, et leurs convictions.

La question a été abordée d'une manière constante par la jurisprudence des tribunaux grecs et l'opinion publique hellénique a suivi, avec un grand intérêt, dans les années 1979-1982, l'affaire du professeur Despotopoulos, qui se trouvait accusé d'avoir refusé de prêter serment pour de raisons de conscience (51). Cependant cette jurisprudence, malgré une forte opposition de l'opinion publique reste alignée aux prévisions de la législation en vigueur.

(51) Pour une description critique de cette jurisprudence voir E.KROUSTALLAKIS, *La liberté de conscience et la liberté d'expression et d'information devant les tribunaux politiques et pénaux*, in Les libertés constitutionnelles, colloque, Athènes, 13-15.10.1983, Ed. A.Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1986, pp. 69 et suiv. (74-77) (en grec).

VI. CONCLUSION

Des éléments développés précédemment, il ressort, aisement, la constatation suivante: la question de l'objection de conscience réçoit — à plusieurs égards — actuellement dans l'ordre juridique hellénique des réponses législatives qu'on pourrait qualifier de satisfaisantes ou non. Toutefois, sans vouloir minimiser l'importance de l'acquis de cette situation juridique, pour le législateur grec, dans la cadre de ses priorités, il importe qu'il procède à la réglementation de l'aspect de l'objection de conscience relatif au service militaire. Mais cela, relève, certes, d'une décision politique. Une tâche à accomplir dans un avenir immédiat qui sera faciliter, sans doute, par les pressions émanant des institutions européennes et l'apport de la pratique juridique, dans ce domaine, des nos partenaires au sein de la Communauté Européenne.

RIK TORFS

Faculté de droit canonique Université de Leuven

L'OBJECTION DE CONSCIENCE EN BELGIQUE

I. PRINCIPES DE BASE

Un grand nombre de documents nationaux et internationaux sont constitutifs pour la position juridique de l'objection de conscience en Belgique.

Un texte international directement applicable en droit belge, est le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Dans ce texte rédigé sous la protection de l'O.N.U., les articles 18 § 1 et 19 § 1 garantissent la liberté de conscience (1). La protection comprend aussi bien la conviction pure et simple que la manifestation publique de celle-ci. En Belgique, ce pacte est directement applicable. Mais il n'y a pas de tribunal international qui puisse prononcer une sentence impérative. En plus, le droit de réclamation individuel auprès du Comité des Droits de l'Homme, établi par un protocole facultatif de la même année, n'est jusqu'à présent toujours pas possible en Belgique (2). Le manque d'une juridiction internationale et, par conséquent, d'une interprétation uniforme des articles de loi, fait que le pacte demeure jusqu'ici un instrument plutôt vulnérable, contenant des normes qui, tout compte fait, restent très ouvertes.

(1) Art. 18 § 1: "Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement". Art. 19 § 1: "Nul ne peut être inquiété pour ses opinions".

(2) Pour ce droit de réclamation, voyez le Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

D'un point de vue pratique, l'importance de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, est beaucoup plus grande. Cet article garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction (3). Vu le caractère self-executing de la convention, vu aussi le rôle interprétatif de la Cour européenne Strasbourg, l'article 9 de la Convention européenne s'avère d'une importance cruciale concernant l'approche concrète de l'objection de conscience en droit belge. Mais l'article n'étant pas spécifique pour la Belgique, il ne sera pas développé plus profondément ici.

Au niveau national, il y a évidemment la constitution belge, proclamée en 1831. Malgré un grand nombre de changements ultérieurs, elle est restée essentiellement intacte, sûrement en ce qui concerne les droits et libertés. A l'époque de son élaboration, la constitution belge était un document progressif, voire un peu troublant. En effet, la constitution était, partiellement, une réaction contre la politique plutôt conservatrice du roi hollandais Guillaume I, une politique qui, une année auparavant, avait déjà mené à l'indépendance de la Belgique.

La norme de base concernant la liberté et l'objection de conscience, est l'article 14 de la constitution belge: "La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés". L'article 15 est important aussi: "Nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et aux cérémonies d'un culte, ni d'en observer les jours de repos".

La lecture des deux articles cités révèle quelques aspects re-

(3) Art. 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

"1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

marquables. Tout d'abord les deux dispositions constitutionnelles traitent en premier lieu de la liberté de religion, plus particulièrement de la liberté positive, comme le fait l'article 14, et de la liberté négative dont parle l'article 15 (4). La liberté de conscience en tant que telle n'est pas mentionnée dans la constitution, pas plus d'ailleurs que la liberté d'opinion. Il n'y a que la liberté de manifester son opinion en toute matière qui se trouve formellement protégée. Cette formule a été préférée par le Congrès National, pouvoir constituant à l'époque, à cause de l'idée que la liberté de pensée pure et simple, n'avait pas besoin de protection particulière. Le domaine de la pensée, n'était-il pas un territoire intérieur et intime, et par conséquent profondément insaisissable? Les menaces apparaissent seulement quand les idées s'extériorisent: de là vient la nécessité de protéger la liberté d'expression (5). La liberté d'expression et de conscience n'ont donc pas été omises à cause d'une prétendue position équivoque, mais simplement parce que leur protection fut ressentie comme une évidence (6). Comme je l'ai déjà souligné, la situation dans le pacte de l'O.N.U et dans la Convention européenne n'est pas la même. La protection y est plus explicite. Les tentatives d'endocinement de certains régimes totalitaires comme le nazisme, avec lesquelles on a été impitoyablement confronté au cours du vingtième siècle, ne sont sans doute pas étrangères à cette évolution: même simplement penser ce que l'on veut n'est désormais plus tout à fait évident. En attendant, on ne peut pas nier que, pour un juriste, les libertés abstraites de conscience ou d'opinion s'avèrent plus difficilement maniables que la liberté de manifester ses opinions, notion empiriquement plus perceptible.

Les libertés garanties par les articles 14 et 15 jouissent d'une protection spéciale par le biais du droit pénal. Le titre II du livre II

(4) Les articles 16 et 117 de la Constitution belge sont aussi en rapport avec la liberté de religion. L'article 16 proclame entre autres la liberté d'organisation interne des religions, l'article 117 stipule que les traitements et pensions des ministres du culte sont à la charge de l'Etat.

(5) Voyez, plus spécifiquement, l'intervention de Van Meenen au Congrès National: HUYTENS, E., *Discussions du congrès National de Belgique*, I, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1844, 574.

(6) Cfr. aussi ALLEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, Gand, Story-Scientia, 1986, 321.

du Code pénal, notamment dans ses articles 142 à 159, traite des crimes et des délits qui portent atteinte aux droits garantis par la constitution. Dans le contexte de la matière exposée ici, les articles 142 à 146, qui parlent des délits relatifs au libre exercice des cultes, revêtent un intérêt particulier (7). Il s'agit donc, encore une fois, du libre exercice des cultes, une illustration de plus du fait que, au dix-neuvième siècle, ce fut surtout la religion qui retenait l'attention dans le cadre plus large de la liberté d'expression et de conscience.

Cette esquisse concernant la liberté de conscience en général ne peut pas faire oublier les limites de ce droit. Ils se situent sur quatre terrains différents, bien que se touchant de temps à autre:

a) L'article 14 de la constitution lui-même contient déjà deux restrictions. Le législateur y mentionne les délits commis à l'occasion de l'usage des libertés. Ces délits concernent surtout le culte (8).

b) L'ordre public et les bonnes mœurs forment une frontière traditionnelle. Il s'agit, bien entendu, de notions quelque peu nébuleuses. L'ordre public, en soi, ne peut être défini. La définition est impossible par voie d'expressions générales ou abstraites. Elle est tout aussi impossible par voie d'énumération, tout les cas ne pouvant être prévus ou indiqués (9). Dans une définition demeurée célèbre, H. De Page tente de la préciser ainsi: "La loi d'ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée" (10). La notion de "bonnes mœurs" est encore plus

(7) Voyez TORFS, R., "De Belgische grondwet over kerk en staat, geloof en maatschappij", in TORFS, R. (ed.), *Beheer en beleid van katholieke instellingen*, Louvain, Peeters, 1990, 46-48.

(8) Un bon exemple est fourni par l'article 268 du code pénal: "... seront punis les ministres d'un culte qui, dans l'exercice de leur ministère, par des discours prononcés en assemblée publique, auront directement attaqué l'autorité publique". D'autres exemples peuvent être trouvés dans les articles 228 et 267 du code pénal. Voyez TORFS, R., *o.c.* 46-47.

(9) Conclusions du procureur-général Faider, sous Cass. 5 mai 1881, *Pas.*, 1881, I, 296.

(10) DE PAGE, H. *Traité élémentaire du droit civil belge*, I, Bruxelles, Bruylant, 1961 (3ème éd.), 111. De Page formula déjà cette définition dans la première édition de

complexe. Le juge doit l'interpréter souverainement, tout en restant réaliste en témoignant de bon sens (11).

Dans un contexte comparable à celui de l'ordre public et des bonnes mœurs, d'autres limites à la liberté se révèlent. La Convention européenne a tendance à les formuler de façon explicite: il s'agit, par exemple, des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (12). Afin que ces exceptions puissent être prises en considération, elles doivent être prévues par la loi.

c) Parfois, des sanctions pénales protègent des institutions, organisations ou systèmes d'une façon qui puisse indirectement limiter la liberté de conscience. Un bel exemple est offert par la législation sur la milice qui sera analysée plus loin. Cette troisième catégorie se situe d'ailleurs aux alentours des limites formées par la protection de l'ordre, la morale publique, la protection des droits d'autrui... La limitation directe des droits fondamentaux est sans doute un phénomène plus conscient, voilà la différence la plus frappante.

d) Un conflit entre les droits fondamentaux eux-mêmes est toujours possible. D'un point de vue économique, les droits fondamentaux constituent un bien rare, surtout dans une société qui crée sans cesse de nouveaux besoins (13). En Belgique, le problème des conflits entre les droits fondamentaux est, jusqu'ici, peu étudié,

son traité (1933). Plus tard, la définition a été reprise par la Cour de Cassation (Cass. 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 699).

(11) Cass. 18 janvier 1959, *Pas.*, 1960, I, 359; Cass. 3 février 1898, *Pas.*, 1898, I, 79.

(12) Sur le maintien de l'ordre et les limites des libertés fondamentales, voyez ERGEC, R., "Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique: un équilibre délicat", dans ERGEC, R., VELAERS, J., SPREUTELS, J., DUPONT, L. et ANDERSEN, R., *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 3-33; ERGEC, R., *Le droit de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, XV + 427 p.

(13) Sur la rareté des biens et l'accroissement du désir mimétique, voyez ACHTERHUIS, H., *Het rijk van de schaarste: van Thomas Hobbes tot Michel Foucault*, Baarn, Ambo, 1988, 365 p.

contrairement à la situation en Allemagne (14). Que les droits fondamentaux ne se heurtent que plutôt rarement, que les contradictions s'avèrent très souvent illusoires, tout cela est clair comme le jour. Mais il est tout aussi évident que, parfois, de véritables collisions se produisent. Dans ce cas, un minutieux pesage des droits concernés doit avoir lieu. Une hiérarchie intrinsèque, qui pourrait faciliter cette opération, n'est pas vraiment acceptée en Belgique.

Résumons ce qui a été dit: en Belgique l'objection de conscience est réellement prise au sérieux. Il y a les documents internationaux, il y a les articles 14 et 15 de la constitution dans lesquels la liberté de conscience est implicitement comprise, il y a le code pénal et ses dispositions protectrices. Néanmoins, la liberté de conscience n'est pas illimitée, on a eu l'occasion d'en parler.

À côté de cette vision globale sur la liberté et l'objection de conscience, le législateur s'en occupe aussi à un niveau moins élevé, dans des textes très concrets qui seront commentés plus loin. La jurisprudence, elle aussi, s'avère très sensible à la problématique de l'objection de conscience et ceci surtout depuis quelques décennies. Par contre, aucun auteur belge ne développe une vision à la fois théorique et ample sur la conscience, la liberté de conscience, l'objection de conscience. Sur ce point, la situation chez nos voisins néerlandais et allemands est profondément différente. En Belgique, ce ne sont pas les constructions théoriques de grande envergure qui attirent l'attention, mais bien la casuistique jurisprudentielle et, à côté de ceci, quelques observations de la doctrine, plutôt prudentes d'ailleurs.

II. OBJECTION DE CONSCIENCE ET SERVICE MILITAIRE

1. Cadre général

a) Le principe

En Belgique, un statut légal de l'objecteur de conscience qui refuse le service militaire, n'a été établi que par la loi du 3 juin

(14) Voyez, pour la Belgique, entre autres: TORFS, R., "Grundrechtskollisionen". Vluchten kan nog steeds", *Jura Falc.*, 1981-82, 107-122. En Allemagne, il y a une tradi-

1964 (15). Ceci ne signifie en aucun cas qu'auparavant le problème ne se posait pas.

Entre les deux guerres mondiales, un certain nombre de personnes refusait d'accomplir son service militaire pour des motifs en majeure partie politiques (16). Cette idée provenait moins d'un pacifisme radical que de la situation politique en Belgique: quelques flamands convaincus refusaient le service militaire dans l'armée belge, aussi longtemps que les flamands devaient se contenter d'un rôle de second plan dans la vie politique, économique et sociale du pays. Ces personnes réputées réfractaires ou déserteurs furent emprisonnées (17).

Après la deuxième guerre mondiale, ce sont surtout les motifs d'ordre religieux (témoins de Jéhovah) et humanitaire qui se font valoir. Entre 1945 et 1950, le nombre total d'objecteurs de conscience reste limité, mais entre 1950 et 1960 il y en a annuellement une vingtaine. Le scepticisme à leur égard de la part du législateur est considérable. Quoique certaines initiatives législatives qui voulaient donner un statut juridique aux objecteurs aient été prises à partir de 1950, il a fallu attendre la loi du 3 juin 1964 pour enfin y aboutir (18). Certaines parties de cette loi ainsi établie sont toujours en vigueur, mais depuis lors il y a eu néanmoins beaucoup de changements (19). Actuellement, les lois portant le statut des objecteurs de conscience coordonnées le 20 février 1980 et déjà quelques fois modifiées, régissent la matière.

tion plus longue, voyez par exemple l'ouvrage monumental de BETHGE, H., *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Munich, Franz Vahlen, 1977, LI + 437 p.

(15) Loi du 3 juin 1964, *M.B.*, 19 juin 1964.

(16) Il s'agit surtout de la période 1931-1934 et d'un nombre de cas relativement réduit: 19 condamnations avant 1931, 1 en 1932, 7 en 1933, 3 en 1934, 5 entre 1935 et 1940. Voyez GOL, J., "Le statut des objecteurs de conscience en Belgique", *Ann. F. Fr. Liège*, 1968, 348; VAN EECHE, H., *Dienstplicht: militaire dienst en dienst uit gewetensbezwaar*, Gand, Story-Scientia, 1980, p. 269, n° 689.

(17) Voyez VAN EECHE, H., *o.c.*, p. 269, n° 689.

(18) Pour un aperçu historique, voyez VAN EECHE, H., *o.c.*, p. 270, n° 692.

(19) Loi du 22 janvier 1969, *M.B.*, 1 février 1969; Loi du 3 juillet 1969, *M.B.*, 19 mars 1980; Loi du 20 avril 1989, *M.B.*, 29 avril 1989; Loi du 29 juin 1989, *M.B.*, 25 juillet 1989.

b) *Définition*

L'objecteur de conscience est un citoyen du sexe masculin qui est milicien et qui, par suite de motifs impérieux qui lui sont dictés par sa conscience, et à la condition qu'ils ne soient pas uniquement fondés sur des considérations tendant à mettre en cause les institutions fondamentales de l'Etat, est convaincu qu'on ne peut tuer son prochain, même à des fins de défense nationale ou collective (20).

La définition actuelle a été formulée pour la première fois dans la loi du 3 juillet 1975 (21). Le texte original, datant de 1964, définissait l'objecteur de conscience comme un milicien qui, pour des raisons religieuses, philosophiques ou morales, est convaincu qu'on ne peut tuer son prochain, même à des fins de défense nationale ou collective (22).

Entre les deux définitions, les différences ne sont en somme que minimales. Les motifs religieux, philosophiques ou moraux pouvaient être interprétés largement et contenaient parfois, de façon secrète, des raisons d'ordre politique. Néanmoins, c'est précisément en ce qui concerne cette dernière catégorie que la législation est devenue plus souple. Avant 1975, les motifs politiques n'étaient pas acceptés, du moins au niveau théorique, car la Cour de Cassation admettait sur base de l'ancienne législation qu'ils pouvaient être invoqués afin d'appuyer la légitimité de l'objection (23). On ne peut nier que cette décision se situe dans le prolongement de la réglementation légale actuellement en vigueur (24). Les motifs politiques peuvent être acceptés, mais en outre d'autres raisons doivent être citées (25).

(20) Voyez la loi du 20 février 1980, art. 1. Cet article a été remplacé par les articles 1 et 2 de la loi du 20 avril 1989, *M.B.*, 29 avril 1989, mais la définition de l'objecteur de conscience est demeurée inchangée. Le fait qu'il s'agit seulement de personnes masculines n'est pas explicitement mentionné, mais peut être déduit de la réalité que seuls les hommes doivent remplir leur service militaire.

(21) Loi du 3 juillet 1975, art. 1.

(22) Loi du 3 juin 1964, art. 1.

(23) Cass. 10 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, 830.

(24) L'arrêt cité ci-dessus est le seul exemple de cassation d'une décision concernant les objecteurs de conscience avant les lois coordonnées de 1980.

(25) Voyez aussi VAN EECCKE, H., *o.c.*, p. 273, n° 699.

La notion *objecteur de conscience* n'est d'ailleurs pas univoque. Certaines personnes demandent seulement d'être exemptées du service militaire armé. Ils seront bel et bien militaire, mais ne porteront pas d'armes (26). Une autre catégorie refuse tout service militaire. Ces objecteurs de conscience seront affectés à la protection civile (27) ou à des tâches d'utilité publique au sein d'organismes de droit public ou privé (28). Les objecteurs totaux, c'est à dire les personnes qui, pour des raisons de conscience, refusent d'accomplir quelque service que ce soit sous l'autorité de l'Etat, ne sont pas reconnus en Belgique. Pourtant, l'objection totale est pratiquée par deux catégories de personnes. Il y a d'abord les "insoumis totaux", un petit groupe de personnes convaincues pour des motifs politiques plus ou moins liés au courant anarchiste que l'Etat n'a aucun droit d'imposer un service à l'individu. Ce groupe est plutôt minuscule. Mais il y a aussi les témoins de Jéhovah, un groupe qui comprend un effectif constant d'environ 90 personnes qui, chaque année, sont en prison parce qu'ils déniaient à l'Etat un service qui, selon eux, n'est dû qu'à Dieu (29). Les objecteurs totaux ne possèdent pas de statut particulier. En tant qu'insoumis, ils seront condamnés par un tribunal militaire (30) à deux années de prison effectives, une sanction particulièrement lourde, surtout en tenant compte du droit comparé (31). Seulement en ce qui concerne l'exécution de la peine, il y a une certaine indulgence, du moins pour les témoins de Jéhovah. La seconde année de leur détention, ils jouissent du système de semi-liberté (32).

(26) Loi du 20 février 1980, art. 17.

(27) Loi du 20 février 1980, art. 18.

(28) Loi du 20 février 1980, art. 19.

(29) Voyez à ce sujet JACQMAIN, J. et DELACOLLETTE, Y., "Vingt ans de statut des objecteurs de conscience en Belgique", *J.T.*, 1984, 563.

(30) Les objecteurs totaux sont considérés comme étant des militaires, voyez Cass. 22 février 1983, *Pas.*, 1983, I, 712; *Tegenspraak*, 1983, 277-282.

(31) Voyez Conseil d'Europe, Doc., 2170, Strasbourg, 1976, p. 19.

(32) Voyez la réponse du ministre de la défense nationale du 12 mai 1981, *Bulletin des Questions et Réponses*, Chambre, 1980-81, 3174; VANDERVORST, F., "Chronique annuelle de droit pénal militaire (1980-81)", *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, 169 e.s.

2. Procédure

a) Forme

Il y a peu de temps encore, la demande du statut d'objecteur de conscience exigeait une lourde procédure juridictionnelle. La loi du 20 avril 1989 a introduit une simplification profonde. En principe, une procédure administrative moins compliquée (33) remplace l'ancien système. La procédure juridictionnelle ne doit être suivie qu'exceptionnellement. La procédure actuelle se présente comme suit (34):

— le requérant introduit sa demande par simple lettre auprès de l'administration communale de son domicile. Le candidat doit exposer avec précision les motifs sur lesquels l'objection est fondée;

— l'administration communale se prononce sur la recevabilité. En cas de décision négative, le requérant dispose d'un droit de recours devant le ministre de l'Intérieur (35);

— le ministre fait droit à la demande. S'il estime ne pas pouvoir y donner une réponse positive, il transmet le dossier au *Conseil de l'objection de conscience* qui alors seulement — donc dans des conditions plutôt exceptionnelles — exerce les compétences qu'il possédait déjà avant 1989 (36).

Le requérant, qui peut être assisté d'un conseil, comparet en personne devant les trois membres du *Conseil de l'objection de conscience*, qui sont d'ailleurs tous des civils. Le *Conseil de l'objection de conscience* statue par décision motivée, en principe dans les deux mois de la transmission du dossier.

Le ministre de l'intérieur et le requérant peuvent interjeter ap-

(33) Loi du 20 février 1980, art. 2, 4 et 5, introduits par la loi du 20 avril 1989.

(34) Voyez aussi JACQMAIN, J., "La loi du 20 avril 1989 modifiant le statut des objecteurs de conscience", *J.T.*, 1989, 409.

(35) Voyez les deux A.R. du 3 mai 1989, *M.B.*, 11 mai 1989 et la circulaire du 11 mai 1989, *M.B.*, 18 mai 1989.

(36) Loi du 20 février 1980, art. 6-13. Quelques articles ont été modifiés par la loi du 20 avril 1989.

pel de la décision du *Conseil*. Le *Conseil d'appel de l'objection de conscience* en prend connaissance. Ce *Conseil d'appel* est, lui aussi, composé de trois membres civils. Si le ministre ou le requérant ne sont pas d'accord avec la décision du *Conseil d'appel*, ils peuvent se pourvoir en cassation contre cette décision. Lorsque la cassation est prononcée, la cause est renvoyée au *Conseil d'appel*, composé d'autres membres. Si la seconde décision est annulée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le *Conseil d'appel* doit se conformer à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle.

La procédure actuelle a deux avantages sur la situation précédente. Un cheminement administratif remplace la procédure juridictionnelle: voilà un premier avantage d'ailleurs déjà signalé. Un autre point positif: les délais prévus dans la procédure administrative sont brefs. Avant 1989, quand la voie juridictionnelle était encore inévitable, l'enquête durait souvent une année entière ou même plus (37).

b) Timing

La demande peut être introduite à plusieurs moments, mais il y a des périodes où elle n'est pas recevable (38):

— la demande est recevable à partir du 1er janvier de l'année pendant laquelle le milicien atteint 18 ans et cesse de l'être lorsque le milicien a acquis la qualité de militaire ou lorsqu'il est traité comme déserteur en vertu des lois coordonnées sur la milice;

— la demande est également recevable pour le milicien qui a accompli son service actif et n'a pas encore effectué un premier rappel;

— la demande n'est pas recevable en temps de guerre et pendant les époques assimilées (39).

On peut donc dire — de façon peut-être un peu simpliste mais non inexacte — que la demande doit être introduite ou bien avant,

(37) JACQMAIN, J. et DELACOLETTE, Y., *o.c.*, p. 557-558.

(38) Loi du 20 février 1980, art. 1, comme modifié par la loi du 20 avril 1989, art. 1 et 2.

(39) Les époques assimilées au temps de guerre sont décrites par l'article 7 de la loi du 12 mai 1927 sur les réquisitions militaires, *M.B.*, 25 mai 1927.

ou bien après le service militaire (40). La liberté de changer de conviction en ce qui concerne l'objection de conscience est bien reconnue, mais pas pendant le service militaire même.

Cependant, c'est pendant cette tranche de vie qu'on a tendance à réfléchir sur des phénomènes comme l'armée et la guerre.

3. *Analyse des motifs de l'objection*

L'évaluation des motifs exposés envisage d'accorder aussi bien dans le stade administratif que — éventuellement — dans un stade ultérieur, la demande concrète du requérant et les critères de l'objection d'une analyse plus profonde, à savoir (a) les motifs du requérant, correspondent-ils aux critères légaux et (b) le requérant est-il sincère en invoquant ces motifs?

En ce qui concerne la première question, on constate que depuis les années soixante, et après une rigueur initiale, une souplesse croissante semble s'instaurer. Les motivations des décisions deviennent moins longues. La demande n'est presque jamais refusée. On la refuse seulement dans des cas extrêmes, lorsqu'elle semble être vraiment impossible (41). Ce quasi-automatisme se voit confirmé dans l'établissement de la procédure administrative en 1989.

Quant à la sincérité, elle peut être examinée et, lorsqu'elle s'avère absente, la demande peut être rejetée (42). Il est néanmoins très difficile de contrôler cette sincérité au cours de la procédure administrative actuellement en vigueur. En effet, il s'agit d'une procédure exclusivement écrite qui révélera donc difficilement le vrai visage du requérant. La situation de la procédure juridictionnelle est tout autre: le requérant doit y comparaître en personne; des témoins peuvent être entendus. De la sorte, une image plus claire concernant la sincérité et les motifs du candidat pourrait apparaître. Mais, comme je l'ai déjà signalé, la voie juridictionnelle n'est suivie qu'après la clôture de la Procédure administrative et à condition que le requérant ou le ministre de l'intérieur ne puissent s'accommoder du résultat final.

(40) Quand le milicien a déjà effectué un rappel, il ne peut plus obtenir le statut d'objecteur de conscience. La même impossibilité existe pour le milicien qui n'a plus d'obligations militaires. Voyez aussi X., *Gewetensbezwaren*, Bruxelles, Milac, 1989, 2.

(41) Voyez à ce sujet VAN ECKE, H., *o.c.*, p. 274, n° 701.

(42) Cass. 13 février 1974, *Pas.*, 1974, I, 623 avec observation.

4. *Diverses possibilités pour l'objecteur de conscience*

a) *Principe*

La *summa divisio* se fait entre ceux qui ne refusent que le service armé et qui remplissent donc leur service militaire d'un côté, et ceux qui refusent chaque service militaire de l'autre côté.

b) *Objecteurs de conscience exemptés du service militaire armé*

En introduisant sa demande, le milicien a le choix. Il peut demander d'être exempté du service militaire armé. Il peut opter aussi pour l'exemption de tout service militaire (43). Au cours de la procédure, le requérant peut, jusqu'à la fin de l'instruction à l'audience, limiter ses objections à l'accomplissement du service militaire armé seulement (44). Toutefois, le contraire, l'extension de la demande, est impossible.

Le choix pour le service militaire non armé a pour conséquence que la durée des prestations est mise sur un pied d'égalité avec celle du service des miliciens ordinaires. Le service effectif sera presque toujours rempli auprès du service médical de l'armée. Contrairement aux autres objecteurs, qui sont administrés par le ministre de l'intérieur, les miliciens exemptés du service armé restent sous la compétence du département de la défense nationale (45).

c) *Objecteurs de conscience exemptés de tout service militaire*

Le statut de cette catégorie a toujours été quelque peu contesté. On a régulièrement insisté sur le principe que les objecteurs qui refusent tout service ne peuvent en aucun cas bénéficier d'un régime qui soit plus favorable que celui des miliciens dans l'armée. La loi contient d'ailleurs une disposition dans ce sens (46). Jacquemain

(43) Loi du 20 février 1980, art. 1.

(44) Loi du 20 février 1980, art. 6.

(45) Voyez à ce sujet VAN ECKE, H., *o.c.*, p. 276, n° 705.

(46) Loi du 20 février 1980, art. 18 et 19.

éprouve quelques difficultés à l'égard de cette idée. Lorsqu'on veut comparer le sort du milicien à celui de l'objecteur, il faut -selon Jacqmain- à défaut d'une disposition constitutionnelle plus explicite, interpréter l'article 18 de la constitution à l'aide des articles 6 et 6 bis (47). L'article 118 stipule que le mode de recrutement de l'armée est déterminé par la loi, qui règle également l'avancement, les droits et les obligations des militaires. Les articles 6 et 6 bis expriment le principe de l'égalité et la protection des minorités idéologiques et philosophiques. Il est clair qu'une interprétation basée sur une combinaison de ces articles constitutionnels rendrait fort difficile chaque tentative d'imposer à l'objecteur un statut plus défavorable qu'au milicien. Il y a d'ailleurs deux catégories d'objecteurs de conscience exemptés de tout service militaire: un premier groupe est affecté à la protection civile, une deuxième catégorie est affectée à des tâches d'utilité publique.

Les objecteurs de conscience affectés à la protection civile ne peuvent en aucun cas jouir d'un régime plus favorable que celui des miliciens. La protection civile est une organisation hiérarchiquement structurée, qu'on pourrait définir comme para-militaire (48). Les objecteurs sont incorporés dans une unité d'intervention (49). En pratique, ils seront engagés comme pompiers, ils prêtent de l'aide si des inondations ou des graves accidents se produisent, ils s'occupent du ravitaillement dans les régions sinistrées. La durée du service dépasse de quatre mois celle des miliciens accomplissant leur service militaire en Belgique (50). Ainsi, la durée du service auprès de la protection civile est de 16 mois (51). Les objecteurs ne jouissent pas du même statut social que les miliciens.

Dès lors, une fois l'insolvabilité constatée, ils peuvent faire appel au C.P.A.S. de leur commune afin d'obtenir le minimum vital. Ils obtiendront donc la différence entre l'allocation qu'ils reçoivent

(47) JACQMAIN, J., "La loi ...", *J.T.*, 1989, 410.

(48) VAN EECHE, H., *o.c.*, p. 277, n° 706.

(49) A.R. du 8 septembre 1965, *M.B.*, 19 septembre 1965.

(50) Pour des détails plus poussés, voyez la loi du 20 février 1980, art. 18.

(51) A.R. du 15 juin 1987, *M.B.*, 25 juin 1987. Le service actif des miliciens en Belgique dure donc 12 mois.

déjà et le montant du minimum vital (52). Le législateur a préféré les solutions individuelles fondées sur des dossiers étudiés séparément. Les objecteurs ne bénéficient donc pas des mêmes conditions que les militaires en ce qui concerne le logement, l'habillement et le transport (53). Il en est de même pour l'allocation automatique du minimum vital: pour les objecteurs de conscience elle n'est pas plus qu'une illusion lointaine.

La situation des objecteurs de conscience affectés à des tâches d'utilité publique est foncièrement différente. La loi stipule que leur statut ne peut, en aucun cas, être plus favorable que celui des objecteurs de conscience en service à la protection civile. Il y a donc une hiérarchie indéniable quant à l'appréciation des différentes catégories. Les miliciens occupent la première place, viennent ensuite les objecteurs affectés à la protection civile, tandis que les objecteurs remplissant des tâches d'utilité publique ferment le rang. La durée du service de ces derniers n'est pas uniforme. S'ils assument, au service de la collectivité, soit des tâches de santé publique, soit des tâches d'assistance aux personnes âgées et aux handicapés physiques ou mentaux, la durée de leur service dépassera de quatre mois celle des militaires casernés en Belgique. La durée est donc $12 + 4 = 16$ mois (54). Les institutions auprès desquelles les tâches d'utilité publique peuvent être remplies, doivent être soit des services d'état, soit des services reconnus par arrêté royal (55). L'objecteur qui remplira les tâches d'utilité publique, peut indiquer trois institutions de son choix. Le ministre n'est pas obligé d'en tenir compte. La désignation se fait en effet selon les nécessités du service (56). Il faut mentionner enfin que, en ce qui concerne sa situation financière, l'objecteur affecté à des tâches d'utilité publique a le même droit au minimum vital que son collègue au service de la protection civile.

(52) Loi du 20 février 1980, art. 21 § 6, modifié par la loi du 20 avril 1989. En principe, l'objecteur de conscience reçoit moins que 9000 francs belges par mois.

(53) JACQMAIN J., "La loi...", *J.T.*, 1989, 411.

(54) Loi du 20 février 1980, art. 19, qui — pour les tâches concrètes — renvoie à l'article 21 § 1.

(55) A.R. du 17 juin 1987, *M.B.*, 8 juillet 1987; A.R. du 14 octobre 1988, *M.B.*, 17 novembre 1988.

(56) Selon la loi du 20 février 1988, article 21 § 3 un objecteur de conscience ne peut être affecté à un organisme qui l'a employé avant son entrée en service.

5. *Objection de conscience non reconnue*

a) *Simple refus du service militaire*

Celui qui ne veut pas accomplir son service militaire, se voit attribuer le statut peu enviable de réfractaire, d'insoumis ou de déserteur.

Le *réfractaire* est le milicien qui, n'ayant pas été inscrit en temps utile sur les listes de milice, est porté au registre des réfractaires et des insoumis (57). Le réfractaire est déféré au centre de recrutement et de sélection. La force publique est tenue de l'y amener lorsqu'elle en est requise. Le réfractaire devra accomplir un service militaire actif de trois ans (58).

L'*insoumis* est le milicien qui est porté au registre des réfractaires et des insoumis parce qu'il ne s'est pas présenté en temps utile soit au centre de recrutement et de sélection, soit à l'examen médical à subir à l'étranger, soit au conseil de révision lorsqu'il y est renvoyé, soit à un examen médical ou à une mise en observation ordonnée par ce conseil (59). L'insoumis est traité comme le réfractaire (60). L'état d'insoumission supprime l'état de réfractaire.

Est réputé *déserteur* l'insoumis qui, dans le délai fixé, n'a pas rejoint le centre de recrutement et de sélection. Le fait d'être réputé déserteur supprime l'état d'insoumission. Est déserteur aussi le milicien désigné pour le service qui n'a pas rejoint son corps ou service, le milicien de la réserve de recrutement qui ne s'est pas rendu à l'endroit désigné, l'exclu ou le renvoyé de l'armée qui ne rejoint pas en temps utile l'endroit désigné (61).

Le déserteur est jugé par le tribunal militaire. Il sera puni de l'emprisonnement militaire de deux mois à deux ans (62). Dans les

(57) Loi du 30 avril 1962, *M.B.*, 9 mai 1962, art. 1, 6°. La dernière modification à cette loi a été apportée par la loi du 10 juin 1987, *M.B.*, 19 juin 1987. L'article 6 § 1 de la loi du 30 avril 1962 indique les délais à suivre.

(58) Loi du 30 avril 1962, art. 7, § 3.

(59) Loi du 30 avril 1962, art. 1, 7°.

(60) Loi du 30 avril 1962, art. 65, § 3.

(61) Loi du 30 avril 1962, art. 107, § 1.

(62) Code pénal militaire, art. 46. Le code a été établi par la loi du 27 mai 1870.

conditions prévues par la loi, par exemple quand le coupable a déjà antérieurement été condamné pour désertion, la durée de l'emprisonnement sera de trois mois à trois ans (63). Une condamnation pour désertion ne signifie donc pas la dispense du service militaire. Pour cela, le milicien devra être renvoyé de l'armée.

b) *Non attribution du statut d'objecteur de conscience*

Si le statut d'objecteur est refusé, le milicien fait de nouveau partie de son contingent (64). S'il refuse d'accomplir son service, il entre dans la situation décrite sous a).

c) *Objection totale*

Comme déjà signalé, la Belgique ne reconnaît pas l'objection totale, c'est-à-dire le refus du service militaire comme du service alternatif. Un tribunal militaire, se basant sur l'article 46 du Code pénal militaire, condamne ces personnes comme déserteur. La peine maximum de deux ans d'emprisonnement militaire est généralement prononcée, suivie de la révocation de l'armée. Le régime belge est donc extrêmement sévère.

III. AUTRES OBJECTIONS DE CONSCIENCE EN DROIT BELGE

1. *Obligations civiles des citoyens*

a) *Le serment*

L'article 127 de la Constitution belge stipule qu'aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu de la loi et que celle-ci en détermine la formule (65). La loi imposait à un certain nombre de per-

(63) Code pénal militaire, art. 47.

(64) Loi du 20 février 1980, art. 16.

(65) Voyez à ce sujet entre autres ALLEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, Gand, Story-Scientia, 1986, 325; HUBERLANT, Ch., "La formule du serment en Belgique et la liberté religieuse", *Ann. Dr.*, 1968, 141-187; MAHILLON, P. et FREDERICQ, S., "Het regime van de minoritaire erediensten", *R.W.*, 1961-62, 2378; MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gand, Story-Scientia, 1981, p. 530, n° 481; TORFS, R., "De Belgische grondwet ...", in TORFS, R. (ed.), *o.c.*, 50.

sonnes, comme les témoins et les experts, un serment dans lequel étaient insérées les paroles "ainsi m'aide Dieu".

La Cour de Cassation affirma en 1867 que le serment obligatoire s'avérait inévitable. L'affirmation pure et simple ne suffit pas si l'on part vraiment à la recherche de la vérité: "Le serment est l'acte par lequel l'homme prend Dieu à témoin de la vérité de ce qu'il affirme ou de la sincérité de la promesse qu'il fait. [...] L'invocation de la Divinité est de l'essence du serment et forme le gage de la confiance que celui qui le prête doit inspirer" (66). La Cour n'aperçoit d'ailleurs pas de contradiction entre la formule imposée et la liberté de conscience ou de culte: la formule du serment n'implique sûrement pas l'adhésion à un culte déterminé.

Mais tout en n'envisageant pas d'exercer une pression sur la conscience, la formule ne reconnaît pas moins, de façon implicite, l'existence de Dieu, ce qui montre tout de même un lien avec la religion. Le mécontentement et la contestation par des milieux non-confessionnels en ont été la conséquence (67). Pendant longtemps, leur voix ne fut pas entendue, mais la loi du 27 mai 1974 a mis fin à la discussion en supprimant de la formule chaque référence à Dieu (68). Le serment existe donc toujours (69), malgré le fait que son élément le plus essentiel — du moins selon la Cour de Cassation en 1867 — n'en fasse plus partie.

b) *Participation aux cérémonies religieuses*

Un problème classique du droit constitutionnel belge concerne la présence obligatoire de fonctionnaires et de militaires armés à l'occasion de cérémonies religieuses. Si leurs supérieurs forcent les militaires à être présents lors d'une manifestation pareille, l'article 15 de la constitution n'est-il pas menacé? (70)

Traditionnellement le contraire est admis: la présence des mili-

(66) Cass. 28 mai et 25 juin 1867, *Pas.*, 1867, I, 275 avec des conclusions captivantes du procureur-général Mathieu Leclercq.

(67) HUBERLANT, Ch., *o.c.*, 170.

(68) Loi du 27 mai 1974, *M.B.*, 6 juillet 1974.

(69) Voyez par exemple l'article 934 du Code judiciaire et les articles 77, 155 et 317 du Code d'instruction criminelle.

(70) Voyez à ce sujet entre autres ALEN, A. *o.c.*, 325; MAST, A., *o.c.*, p. 530, n° 482; TORFS, R., "De Belgische grondwet ...", in TORFS, R. (ed.), *o.c.*, 50.

itaires n'a aucun rapport avec leur propre conviction; il s'agit d'un acte qui fait partie de la fonction ou du service militaire. En tant que telle cette présence n'a pas de lien avec la conscience personnelle (71). La Cour de Cassation a d'ailleurs confirmé que ne peut être considéré comme contraire à la constitution l'ordre donné à des militaires de former la haie et de rendre les honneurs aux personnes présentes lors d'un Te Deum à l'occasion de la fête nationale (72).

c) *Appartenance à un jury*

La Cour d'assises, qui s'occupe en premier lieu des délits les plus graves, notamment des crimes (73), aboutit à une décision par le biais d'un jury composé de citoyens ordinaires, à l'exclusion de certaines catégories comme les parlementaires, les magistrats, les ministres du culte et les militaires en service actif (74).

Les citoyens ne sont pas libres d'accepter de faire partie d'un jury. Lorsqu'ils refusent, ils sont punissables (75). Mais ils peuvent demander l'exemption de ce devoir (76). Des motifs de tout genre peuvent être invoqués à l'occasion d'une telle demande, comme par exemple la maladie ou le fait que le citoyen en question habite désormais en dehors de la province (77). Dans des publications moins récentes, encore d'autres motifs, mentionnés par la loi, sont signalés: la surdité, la cécité, l'ignorance de la langue des débats, l'analphabétisme (78). La conscience n'est jamais évoquée. Par contre, il est certain que les arrêts dans lesquels la Cour d'assises, d'office ou sur demande, prend une décision sur une exemption possible, sont des actes purement administratifs (79). Cela implique que la Cour appré-

(71) GIRON, A., *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, III, Bruxelles, Bruylant, 1895-96, p. 367, n° 65.

(72) Cass. 18 juin 1923, *Pas.*, 1923, I, 375.

(73) Code d'instruction criminelle, art. 231.

(74) Code judiciaire, art. 224, 3°-7°.

(75) La procédure à suivre est décrite dans les articles 217 à 253 du Code judiciaire.

(76) Code judiciaire, art. 243, 2°.

(77) D'HAENENS, J., *Belgisch strafprocesrecht*, Gand, Story-Scientia, 1985, p. 452, n° 575.

(78) *Répertoire pratique de droit belge*, V° Cour d'assises, p. 277, n° 387.

(79) Voyez par exemple Cass. 21 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 452; Cass. 30 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 379; Cass. 21 février 1979, *Pas.*, 1979, I, 750.

cie souverainement les motifs invoqués (80). Voilà pourquoi personne ne peut savoir d'avance si oui ou non une exemption basée sur l'objection de conscience sera ou ne sera pas acceptée. En pratique, l'objection de conscience est toujours acceptée afin d'éviter trop de problèmes.

La situation a quand-même une arrière-goût qui n'est pas dépourvu d'ironie. La responsabilité des jurés est importante. Sans la Cour, ils se prononcent sur la culpabilité, avec elle, ils prennent une décision sur la peine (81). Puisqu'il s'agit de délits très sérieux, il en va souvent de même pour la punition. Le législateur semble en être parfaitement conscient, comme en témoigne l'article 342 du Code d'instruction criminelle. Cet article prescrit que les jurés, lorsqu'ils commencent les délibérations, doivent se laisser guider, entre autres choses, par la sincérité de leur conscience. Vraisemblablement, la conscience joue un rôle lorsqu'il importe de parvenir à une décision. Mais que l'on puisse avoir des problèmes de conscience concernant la participation à un jury, voilà un problème qui ne semble pas s'imposer au législateur (82).

d) *Vote obligatoire*

L'article 48, alinéa 3 de la constitution belge est ainsi conçu: "Le vote est obligatoire et secret. Il a lieu à la commune, sauf les exceptions à déterminer par la loi". Le vote en Belgique est donc obligatoire. Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi. Il n'a été introduit qu'en 1893, au moment où le droit de vote a été élargi et après une période caractérisée par un absentéisme très élevé, dû partiellement à la procédure électorale compliquée (83).

(80) *Répertoire pratique de droit belge*, V^o Cour d'assises, p. 277, n^o 387.

(81) Voyez les articles 342 à 344 du Code d'instruction criminelle.

(82) Dans le formulaire que les électeurs, simultanément candidat jurés, doivent remplir, il n'est pas question non plus d'objections de conscience. Les questions posées traitent de la profession, de la connaissance des langues, de la capacité de lire et d'écrire. Il y a aussi une question finale concernant les empêchements éventuels. Voyez les suppléments de l'A.M. du 9 décembre 1968, M.B., 20 décembre 1968.

(83) GLISSEN, J., *Le régime représentatif en Belgique depuis 1790*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1958, 109 et 188 fournit des détails précieux. Lors des élections législatives de 1837, 1848 et 1855, le nombre d'abstentions était respectivement de 44%, 33% et 65% des électeurs inscrits.

Quels arguments avançait et avance-t-on en faveur du vote obligatoire? (84) Ils se situent tant au niveau théorique et philosophique que sur le plan pratique.

Au niveau philosophique, on oppose l'électorat droit à l'électorat fonction. Le droit de vote comme droit est enraciné dans la souveraineté populaire telle que, entre autres, Rousseau la préconisait: chaque individu est individuellement porteur de la souveraineté. En passant le contrat social, tous les citoyens ensemble constituent la nation. Chaque citoyen détient son droit de vote de sa participation à la souveraineté. Cette dernière serait incomplète, si ce droit était considéré comme un devoir (85).

Une autre théorie, développée, parmi d'autres, par Montesquieu, s'oppose à ce raisonnement. Ces auteurs se basent sur l'idée que la souveraineté émane de la nation: le droit de vote n'est dès lors pas inné à la personne humaine, comme une sorte de parcelle démembrée de la souveraineté nationale. Ce droit est créé, organisé et donc conféré par la constitution. Le droit de vote a un but bien déterminé, notamment de "sélectionner ceux qui assureront la fonction délibérante dans diverses assemblées politiques. Le droit de suffrage permet ainsi d'exercer une fonction constitutionnelle" (86). Wigny accentue l'aspect moral de ce devoir de façon encore plus aigue: "Le bon citoyen doit faire partie d'une organisation politique. Les parties sont nécessaires. Celui qui n'a pas le courage d'exposer les quelques francs et consacrer les quelques soirées que suppose l'affiliation à un parti, est un parasite de la vie politique" (87). Heureusement, la Constitution belge ne prévoit aucune disposition en ce sens, quoique l'appartenance à un parti politique s'avère — hélas —

(84) Voyez par exemple DELPEREE, F., *Droit constitutionnel. Tome I. Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1987, 161; MAST, A., o.c., 120; ORBAN, O., *Le droit constitutionnel de la Belgique. Tome II. Les pouvoirs de l'Etat*, Liège, H. Dessain, 1908, 28-31; WIGNY, P., *Droit constitutionnel*, I, Bruxelles, Bruylant, 1952, 290-293 et 398-399.

(85) Cette théorie a clairement été remise à la mémoire le 16 avril 1985 quand quelques représentants libéraux ont déposé une proposition de modification de l'article 48, 3^e de la Constitution afin d'abolir le vote obligatoire. Voyez *Doc. Parl. Chambre*, 1984-85, n^o 1215/1.

(86) Voyez DELPEREE, F., o.c., p. 162-163, n^o 91 qui soutient cette thèse.

(87) WIGNY, P., o.c., p. 291, n^o 176.

souvent nécessaire si, du moins, on veut obtenir une fonction publique d'une certaine importance.

Mais à part les arguments cités, qui sont surtout d'ordre théorique, voire même lyrique, il y en a aussi d'autres, plus pratiques, qui penchent dans le sens du vote obligatoire. Orban, auteur du tournant du siècle précédent, cite un argument jadis sans doute non sans pertinence: "Le vote obligatoire rend difficiles les abstentions forcées, résultant de la pression et de fraude" (88). Peut-être envisageait-il la pression possible des employeurs vis-à-vis de leurs ouvriers.

Il y a encore un autre argument, celui-là très pragmatique d'ailleurs: si le vote n'était pas obligatoire, le mécontentement ou l'indifférence de la population face au système politique apparaîtrait plus clairement. Les partis politiques se méfient d'un déshonneur pareil. On pourrait formuler l'objection qu'aujourd'hui ce malaise se manifeste par la voie des bulletins blancs ou nuls, mais ce raisonnement n'est que partiellement correct. Beaucoup de personnes qui, si le vote n'était pas obligatoire, n'iraient pas aux urnes, votent quand même pour l'un ou l'autre parti politique au lieu de s'abstenir, dès le moment où elles sont quand même obligées d'aller voter. Il n'y a que l'enthousiasme qui fait défaut.

Ainsi on aboutit à l'argument majeur de ceux qui prétendent que les objections de conscience contre le droit de vote ne peuvent être retenues: le mécontentement du système peut être exprimé en votant blanc (89). Que le refus d'aller voter pourrait indiquer un mépris encore plus radical, est un aspect du problème que les auteurs ne font pas entrer en ligne de compte. En attendant, on ne peut nier le fait que le vote obligatoire se fait rare en Europe. Aux Pays-Bas, il n'a été aboli que par la loi du 4 mars 1970. A cette occasion, on a fait entendre côte à côte des arguments principaux (e.a.: le droit de vote est un droit individuel et authentique de chaque citoyen) et des arguments plus pratiques (e.a.: une participation variable aux élections stimule la vivacité de la politique) (90). Lors de la discussion,

(88) ORBAN, O., *o.c.*, p. 29, n° 15.

(89) Voyez entre autres MAST, A., *o.c.*, p. 120-121, n° 110; ORBAN, O., *o.c.*, p. 29, n° 15.

(90) Voyez le rapport de la commission Cals-Donner de 1967.

l'objection de conscience ne se situait sûrement pas au centre du débat.

e) *Devoir de payer des impôts*

Le devoir de payer des impôts n'est, en Belgique, pratiquement jamais étudié sous l'angle de l'objection de conscience, qui ne sera sûrement pas acceptée. La législation fiscale fait partie de l'ordre public. Celui qui veut introduire une réclamation contre la taxation, doit la motiver. Le grief doit avoir comme objet direct la taxation, à savoir sa nullité, le calcul erroné de l'impôt ou des revenus imposables (91). Il n'est donc pas question d'objections de conscience. Celui qui ne paye pas, se verra confronté à l'exécution forcée: le recouvrement de l'impôt non payé peut être poursuivi sur les biens du contribuable et, en certains cas, sur les biens d'autres personnes (92). Voilà la réponse que recevra l'objecteur de conscience qui refuse de payer (une partie de) ses impôts.

f) *Jours de repos*

La loi du 17 juillet 1905 désigne le dimanche comme jour de repos obligatoire. Cela a conduit à quelques discussions. La nouvelle loi y était considérée contraire à la liberté de religion négative exprimée par l'article 15 de la Constitution (93). Néanmoins, l'atteinte à la liberté de conscience, le non-respect d'éventuelles objections de conscience ne pourraient être admis que si les motifs invoqués afin d'introduire le repos dominical avaient un caractère religieux ou idéologique (94). Une journée de repos instaurée pour des raisons de santé publique n'est nullement inconstitutionnelle.

(91) Code des impôts sur les revenus, art. 267 à 274; Anvers, 27 janvier 1981, *J.D.F.*, 1983, 60; TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht*, Bruxelles, CED Samson, 1987, 392.

(92) Code des impôts sur les revenus, art. 294 et 295. Voyez aussi TIBERGHIE, A., *o.c.*, 402 et, de façon plus spécifique, KRINGS, E., "De toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in fiscale geschillen", in STORME, M. et VAN CROMBRUGGE, S. (ed.), *Actuele problemen van fiscaal recht. Vijftiende postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 1988-1989*, Anvers, Kluwer, 1989, 191-198.

(93) Voyez à ce sujet DE GROOF, J., "Schets van de grondwettelijke beginselen inzake de verhouding Kerk-Staat in België", *Jura Falc.*, 1979-80, 188.

(94) TORFS, R., "De Belgische grondwet ...", in TORFS, R. (ed.), *o.c.*, 49-50.

Entre-temps on ne peut nier que le jour de repos coïncide avec le dimanche chrétien. Ça peut arranger les chrétiens, ça ne gêne pas nécessairement les non-croyants qui ont eux aussi besoin de repos tout en n'ayant pas de préférence pour une journée particulière. Mais un problème surgit en ce qui concerne les croyants d'autres religions qui ont une journée de repos autre que le dimanche. L'affaire Cyerman, de 1962, reflète une situation pareille. Un chômeur, israélite pratiquant, refuse de se présenter au contrôle le samedi, sa religion lui interdisant toute activité le jour du sabbat. L'allocation de chômage lui est refusée par le directeur du bureau régional de l'emploi parce qu'il ne justifie pas de six jours de chômage par semaine. La commission des réclamations en matière de chômage annule cette décision, verdict confirmé par la commission d'appel, à cause, entre autres choses, de la violation de l'article 14 de la Constitution (95).

g) Banques de données

En ce qui concerne le rassemblement de données en général et les banques de données en particulier, le législateur belge se montre assez réservé. Ainsi, L'article 2 a) de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique stipule (96): "Les renseignements individuels, recueillis au cours de ces investigations peuvent uniquement être utilisés par l'institut National de Statistique en vue de l'établissement de statistiques globales et anonymes". Ceci signifie que l'information obtenue ne peut être individualisée. Le recensement général de la population, effectué entre autres en exécution de la loi du 4 juillet 1962 (97), est caractérisé par une réserve encore plus prononcée. Non seulement toutes les données demeurent secrètes, en plus certaines questions ne peuvent pas être posées. Ainsi, on dérive de l'article 15 de la Constitution l'impossibilité de poser des questions, lors d'un recensement général, concernant l'opinion religieuse (98).

Il y a une réserve en ce qui concerne les informations conser-

(95) Comm. App. (chômage), 21 décembre 1962, *J.T.*, 1962, 285-288, observation G.A. Voyez, dans le même sens Cour Trav. Gand, 28 mars 1988, *R.W.*, 1988-89, 232 (refus de travailler le samedi).

(96) *M.B.*, 20 juillet 1962.

(97) Voyez par exemple l'A.R. du 24 décembre 1980, *M.B.*, 20 janvier 1981.

(98) Voyez TORFS, R., "De Belgische grondwet ...", in TORFS, R. (ed.), *o.c.*, 50.

vées par le Régistre national des personnes physiques. Le Régistre national est un système de traitement d'information qui assure l'enregistrement, la mémorisation et la communication d'informations relatives à l'identification des personnes physiques (99). Certaines catégories de personnes, dont les personnes inscrites aux registres de population tenus dans les communes belges, y sont inscrites d'office (100), même s'ils éprouvent des problèmes de conscience vis-à-vis un Régistre national. Il faut néanmoins admettre que les informations enregistrées (nom et prénom; lieu et date de naissance; sexe; nationalité; résidence principale; lieu et date du décès; profession; état civil; composition du ménage) ont un caractère plutôt technique et ne semblent pas directement menacer la vie privée (101).

2. La non-réalisation de conditions obligatoires pour obtenir des allocations

a) Intervention du C.P.A.S.

L'article 59 de la loi du 8 juillet 1976 sur les centres publics d'aide sociale (102), stipule clairement que les allocations sont attribuées dans une atmosphère d'égalité: "Le centre public d'aide sociale remplit sa mission en suivant les méthodes du travail social les plus adaptées et dans le respect des convictions idéologiques, philosophiques ou religieuses des intéressés".

Logiquement, ce respect pour la liberté de conscience doit aboutir à une attitude ouverte vis-à-vis les objections de conscience se manifestant dans le cadre de l'assistance sociale. L'article 6 de la loi du 8 juillet 1976 prépose le requérant à fournir la preuve de sa volonté de travailler.

(99) Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984, art. 1.

(100) Loi du 8 août 1983, art. 2, 1^o mentionne toutes les catégories.

(101) Loi du 8 août 1983, art. 3, 1^o. Sont mentionnés: (1) les données concernant l'état des personnes, notamment nom et prénom, lieu et date de naissance, sexe, nationalité, état civil, éventuellement lieu et date du décès; (2) d'autres données, comme la résidence principale, la profession, la composition du ménage. Pour plus de précisions, voyez SENAËVE P., *Compendium van het personen-en familierecht. I. Personenrecht*, Louvain, Acco, 1989, p. 84-87, n^o 180-189.

(102) *M.B.*, 5 août 1976, errata *M.B.*, 26 novembre 1976.

Entre-temps on ne peut nier que le jour de repos coïncide avec le dimanche chrétien. Ça peut arranger les chrétiens, ça ne gêne pas nécessairement les non-croyants qui ont eux aussi besoin de repos tout en n'ayant pas de préférence pour une journée particulière. Mais un problème surgit en ce qui concerne les croyants d'autres religions qui ont une journée de repos autre que le dimanche. L'affaire Cyerman, de 1962, reflète une situation pareille. Un chômeur, israélite pratiquant, refuse de se présenter au contrôle le samedi, sa religion lui interdisant toute activité le jour du sabbat. L'allocation de chômage lui est refusée par le directeur du bureau régional de l'emploi parce qu'il ne justifie pas de six jours de chômage par semaine. La commission des réclamations en matière de chômage annule cette décision, verdict confirmé par la commission d'appel, à cause, entre autres choses, de la violation de l'article 14 de la Constitution (95).

g) *Banques de données*

En ce qui concerne le rassemblement de données en général et les banques de données en particulier, le législateur belge se montre assez réservé. Ainsi, L'article 2 a) de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique stipule (96): "Les renseignements individuels, recueillis au cours de ces investigations peuvent uniquement être utilisés par l'institut National de Statistique en vue de l'établissement de statistiques globales et anonymes". Ceci signifie que l'information obtenue ne peut être individualisée. Le recensement général de la population, effectué entre autres en exécution de la loi du 4 juillet 1962 (97), est caractérisé par une réserve encore plus prononcée. Non seulement toutes les données demeurent secrètes, en plus certaines questions ne peuvent pas être posées. Ainsi, on dérive de l'article 15 de la Constitution l'impossibilité de poser des questions, lors d'un recensement général, concernant l'opinion religieuse (98).

Il y a une réserve en ce qui concerne les informations conser-

(95) Comm. App. (chômage), 21 décembre 1962, *J.T.*, 1962, 285-288, observation G.A. Voyez, dans le même sens Cour Trav. Gand, 28 mars 1988, *R.W.*, 1988-89, 232 (refus de travailler le samedi).

(96) *M.B.*, 20 juillet 1962.

(97) Voyez par exemple l'A.R. du 24 décembre 1980, *M.B.*, 20 janvier 1981.

(98) Voyez Torfs, R., "De Belgische grondwet ...", in Torfs, R. (ed.), *o.c.*, 50.

vées par le Régistre national des personnes physiques. Le Régistre national est un système de traitement d'information qui assure l'enregistrement, la mémorisation et la communication d'informations relatives à l'identification des personnes physiques (99). Certaines catégories de personnes, dont les personnes inscrites aux registres de population tenus dans les communes belges, y sont inscrites d'office (100), même s'ils éprouvent des problèmes de conscience vis-à-vis un Régistre national. Il faut néanmoins admettre que les informations enregistrées (nom et prénom; lieu et date de naissance; sexe; nationalité; résidence principale; lieu et date du décès; profession; état civil; composition du ménage) ont un caractère plutôt technique et ne semblent pas directement menacer la vie privée (101).

2. *La non-réalisation de conditions obligatoires pour obtenir des allocations*

a) *Intervention du C.P.A.S.*

L'article 59 de la loi du 8 juillet 1976 sur les centres publics d'aide sociale (102), stipule clairement que les allocations sont attribuées dans une atmosphère d'égalité: "Le centre public d'aide sociale remplit sa mission en suivant les méthodes du travail social les plus adaptées et dans le respect des convictions idéologiques, philosophiques ou religieuses des intéressés".

Logiquement, ce respect pour la liberté de conscience doit aboutir à une attitude ouverte vis-à-vis les objections de conscience se manifestant dans le cadre de l'assistance sociale. L'article 6 de la loi du 8 juillet 1976 prépose le requérant à fournir la preuve de sa volonté de travailler.

(99) Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984, art. 1.

(100) Loi du 8 août 1983, art. 2, 1^{re} mentionne toutes les catégories.

(101) Loi du 8 août 1983, art. 3, 1^{re}. Sont mentionnés: (1) les données concernant l'état des personnes, notamment nom et prénom, lieu et date de naissance, sexe, nationalité, état civil, éventuellement lieu et date du décès; (2) d'autres données, comme la résidence principale, la profession, la composition du ménage. Pour plus de précisions, voyez SENAËVE P., *Compendium van het personen-en familierecht. I. Personenrecht*, Louvain, Acco, 1989, p. 84-87, n° 180-189.

(102) *M.B.*, 5 août 1976, errata *M.B.*, 26 novembre 1976.

De cette obligation, on peut sans doute déduire que chaque personne ayant des objections de conscience ou autres envers le travail en soi, perd par ce fait même son droit au minimum vital (103). En effet, le critère décisif qui engage le soutien du C.P.A.S. n'est pas la question de savoir si le demandeur mène oui ou non une vie en accord avec la dignité humaine, mais bien s'il se trouve dans la *possibilité* de faire ainsi. La volonté de travailler constitue donc bien une condition, quoique (a) les possibilités concrètes de travailler soient prises en considération et non une éventuelle capacité abstraite (104) et (b) des raisons de santé ou d'équité dispensent de cette obligation (105). Mais le principe reste intact; une personne ne voulant pas travailler à cause d'objections de conscience, n'a pas droit à être entretenue par les autorités (106).

b) L'emploi convenable dans le droit de travail

En Belgique, pour être admis au bénéfice des allocations de chômage, les chômeurs doivent accepter tout emploi convenable (107). Indiscutablement, les objections de conscience peuvent être prises en considération afin de mettre en pratique cette notion.

(103) Voyez SENAËVE, P. et SIMOENS, D., *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum. Praktische handleiding inzake de individuele maatschappelijke dienstverlening*, Bruges, Die Keure, 1987, p. 67-70, n° 214-221. Pour une opinion contraire: DE FAUW, D., "Werkbereidheid een voorwaarde voor O.C.M.W.-dienstverlening?", *Jura Falc.*, 1980-81, p. 533, n° 37.

(104) PIETERS, D., "Werk en O.C.M.W.-dienstverlening", in LAMBRECHT, A.M. e.a. (ed.), *Provinciale beroepskamers*, Bruxelles, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1982, p. 87, n° 24.

(105) Ce critère est aussi avancé par l'article 6 de la loi sur le minimum vital. Pour un commentaire plus approfondi et pour un sommaire de la jurisprudence, voyez SENAËVE, P. et SIMOENS, D., *o.c.*, p. 68-69, n° 218. Les motifs d'ordre social, comme les études et la situation familiale, sont également prises en considération lors de l'évaluation de la volonté de travailler.

(106) La loi sur le minimum vital ne mentionne pas explicitement la notion de l'emploi convenable, mais le bon sens comme les exceptions d'ordre social ou médical laissent présumer qu'un développement plus spécifique de la notion demeure possible. Voyez PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 46 e.s.

(107) A.R. du 20 décembre 1963, *M.B.*, 18 janvier 1964, erratum *M.B.*, 5 mai 1964, comme modifié ensuite. Est à signaler surtout l'article 131 § 1, qui exprime le principe. Ensuite, il y a entre autres les articles 133, 134, 135 e.s., 150. Pour un commentaire plus poussé, voyez PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 46 e.s.

Ainsi, les lois coordonnées du 20 février 1980 portant le statut des objecteurs de conscience excluent elles-mêmes un certain nombre de fonctions. Jusqu'au 31 décembre de l'année ou il atteint l'âge de 45 ans, l'objecteur ne peut:

- 1° remplir aucune fonction qui impose, même occasionnellement, la détention ou le port d'une arme;
- 2° détenir ou porter une arme à feu de guerre ou de défense;
- 3° participer, à quelque titre que ce soit, à la fabrication, à la réparation ou au commerce des armes, ni à la fabrication ou au commerce des munitions" (108).

Pour les salariés se trouvant dans ces conditions, les emplois visés par cet article ne sont pas "convenables" (109). Ils le restent aussi, bien entendu, après que l'intéressé ait franchi l'âge de 45 ans (110). La jurisprudence accepte également des objections de conscience qui, techniquement parlant, ne relèvent pas des lois coordonnées du 20 février 1980. L'emploi auprès d'un employeur dont le travail est imprégné d'une tendance idéologique ou philosophique prononcée, ne doit pas être accepté. Cette règle est valable pour les employeurs objectivement tendancieux, et donc suivant une ligne idéologique claire comme pour les employeurs dont la couleur politique ou idéologique est moins visible mais néanmoins présente (111). Par conséquent, un emploi dans une centrale nucléaire ne sera pas convenable pour un "vert" (112). Très souvent, les objections de conscience ne touchent pas à l'employeur en tant que tel, mais à des aspects bien déterminés de l'emploi, comme le temps ou

(108) Loi du 20 février 1980, art. 30. Ces interdictions cessent dans le cas de renonciation à l'inscription prévue à l'article 28.

(109) Voyez aussi l'article 62bis de l'A.M. du 4 juin 1964, *M.B.*, 6 juin 1964, errata *M.B.*, 23 juillet 1964, 19 août 1964 et 15 septembre 1964. Un commentaire est fourni par PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 109-110.

(110) PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 109. Une autre opinion est exprimée, à tort, par GRAULICH, B. et NEVE, M. *Les droits et obligations du chômeur*, Paris/Bruxelles, Nathan, 1980, 124.

(111) PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 111.

(112) Trib. Trav. Huy, 20 décembre 1978 et Cour Trav. Liège, 15 juin 1978, cités par PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 111.

les circonstances du travail. La casuistique régira cette matière, bien que les objecteurs soient, ici également, acceptés en principes.

Ainsi, la Cour de travail de Bruxelles a accepté l'objection de conscience d'un musulman refusant de travailler dans les abattoirs: cet emploi impliquerait la nécessité de toucher la viande de porc. Le travail consistait en effet à charger et décharger cette viande (113).

Le sérieux de l'objection religieuse est examiné: ainsi, la Cour de travail d'Anvers a jugé qu'une piqueuse refusant de fabriquer des pantalons pour dames et des vêtements hippie parce que ce travail serait contraire à sa conviction religieuse, refusait bel et bien un emploi "convenable" (114). En soi, l'examen du sérieux des motifs invoqués est tout à fait justifié. Malheureusement, dans cette décision concrète, la Cour a tenu compte dans son évaluation, d'un emploi précédent que la piqueuse concernée avait bien accepté. En procédant ainsi, le jugement exclut implicitement la pertinence juridique du changement de conviction (115).

Egalement en ce qui concerne la cause du chômage, les objections de conscience entrent en ligne de compte. L'article 134 de l'arrêté royal du 20 décembre 1963 stipule en effet que le salarié dont le chômage est dû à sa propre faute, voit limité son droit à son allocation de chômage conformément aux articles 135 à 140 du même arrêté. La question est maintenant la suivante: l'arrêté s'applique-t-il au salarié qui devient chômeur à cause des objections de conscience? Le juge résout ce problème, après avoir examiné le contenu de l'objection avancée: ceci implique donc que les objections de conscience, du moins en principe, sont acceptées. Ainsi, n'a pas été considéré comme chômeur de par sa propre faute le témoin de Jéhovah licencié après avoir refusé de collaborer à la réparation du toit d'une église catholique (116). Les données du dossier indiquent que le comportement de la personne concernée a uniquement été dicté par

(113) Cour Trav. Bruxelles, 7 novembre 1974, décision non publiée. PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 377 fait remarquer que, de temps à autres, les objections religieuses s'avèrent maladroitement cachées derrière d'autres arguments exprimés afin de refuser un emploi, tout ceci souvent au détriment de la personne concernée.

(114) Cour Trav. Anvers, section Hasselt, 25 février 1977, décision inédite et citée par PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 377.

(115) Voyez également PIETERS, D., *Passende arbeid* ..., 377.

(116) Trib. Trav. Louvain, 9 octobre 1978, décision non publiée.

sa conviction religieuse. D'autre part, le tribunal de travail de Bruxelles a rejeté les motifs religieux invoqués par un musulman qui avait quitté son travail afin d'aller en pèlerinage à la Mecque. Pour ce fait, il a été licencié. Le tribunal était d'avis que la personne concernée aurait pu profiter du congé annuel pour entreprendre ce voyage (117).

3. Santé publique

a) Le droit de refuser une intervention médicale

Il est admis que le patient garde l'entière liberté de refuser le traitement qui lui est proposé. Sauf en état d'urgence, quand une intervention médicale s'impose immédiatement tandis que la personne concernée ou ses parents ne peuvent pas être consultés, le médecin doit suivre ce principe (118). Ce droit de refuser va loin. La liberté du patient est telle qu'il pourra révoquer, jusqu'au moment de l'exécution, le consentement donné à une intervention qui porte atteinte à son intégrité physique, sans que l'on puisse lui reprocher une quelconque faute contractuelle (119).

Dans quelques cas bien déterminés néanmoins, la loi autorise, imposé même, l'atteinte à l'intégrité physique et ceci pour des objectifs de sécurité ou de santé publique (120). La personne concernée évoquera en vain des objections de conscience. Des exceptions légales sont:

(117) Trib. Trav. Bruxelles, 5 décembre 1977, décision non publiée.

(118) Voyez par exemple, pour la jurisprudence, Cass. 4 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, 121. La doctrine défend un point de vue comparable: DUON, X., *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur/Bruxelles, Société d'études morales, sociales et juridiques/Larcier, 1982, p. 422 e.s., n° 605 e.s. Voyez également DIERKENS, R., *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Bruges, Die Keure, 1962, p. 34-35, n° 44-45; VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in HEYVAERT, A., KRUTHOF, R. et VANSWEEVELT, T. (ed.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 211, n° 2.

(119) DUON, X., o.c., p. 424-425, n° 607.

(120) SENAËVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 1. Personenrecht*, Louvain, Acco, 1985, p. 163 e.s., n° 404 e.s.

— la vaccination antipoliomyélitique est obligatoire pour les enfants (121);

— la garde des aliénés (122);

— le prélèvement sanguin obligatoire dans le cadre de la police de circulation routière. Il s'agit d'un prélèvement sanguin afin de déterminer le taux d'alcool dans le sang. Le prélèvement ne peut être exécuté manu militari, mais le refus sans motif légitime est punissable (123);

— en cas de flagrant crime ou délit, le procureur du roi pourra charger un médecin de procéder aux constatations médicales relatives à l'état d'ivresse de l'auteur présumé et de la victime de l'infraction. Il pourra requérir le médecin de faire un prélèvement sanguin. Le prélèvement peut être fait manu militari (124);

— dans le cadre des actions relatives à la filiation, les tribunaux peuvent ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées (125). Cet examen ne peut être imposé de force mais le juge pourra déduire du refus non motivé une présomption de fait contre la thèse de la personne concernée;

— l'examen médical individuel d'aptitude au service auquel les objecteurs de conscience sont obligés de se soumettre. Dans ce cadre, une prise de sang est autorisée (126).

b) *Le refus d'aide médicale aux mineurs d'âge*

Celui qui exerce l'autorité parentale, devra consentir au traitement médical du mineur d'âge. Il va de soi que ce consentement

(121) A.R. du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination antipoliomyélitique, art. 1, *M.B.*, 6 décembre 1966.

(122) Loi sur le régime des aliénés, 18 juin 1850, *M.B.*, 21 juin 1850.

(123) Art. 34 et 63 de l'arrêté royal portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière du 16 mars 1968, *M.B.*, 27 mars 1968. Voyez aussi Pol. Hasselt, 18 novembre 1988, *Limburgs Rechtsleven*, 1988, 234.

(124) Art. 44bis, Code d'instruction criminelle.

(125) Art. 331octies, Code civil.

(126) Loi du 3 juin 1964. Voyez Cass. 4 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, 831.

doit être exercé uniquement dans l'intérêt de l'enfant mineur. A cette occasion, des conflits peuvent surgir.

Dans une première hypothèse, le mineur d'âge ou le médecin veulent procéder à un traitement auquel les parents s'opposent, par exemple à cause d'objections de conscience. En ce qui concerne les interventions légères et sans grands risques, le consentement de l'adolescent mineur est suffisant. Celui des parents n'est donc plus indispensable (127). Mais pour les interventions plus sérieuses chez les mineurs d'âge de plus grande maturité et pour toutes les interventions chez les jeunes enfants, le consentement des parents est nécessaire. En cas de conflit, le tribunal de la jeunesse devra intervenir sur réquisition du ministère public. Lorsque la santé, la sécurité, la moralité ou les conditions d'éducation d'un mineur sont compromises, le tribunal peut ordonner une mesure d'assistance éducative à l'égard des personnes qui en ont la garde. Dans des cas graves, elles peuvent être déchues de l'autorité parentale, en tout ou en partie (128).

L'objection de conscience des parents ne peut en aucun cas menacer la santé physique ou psychologique de l'enfant. L'argument des parents qui, à cause de leur conviction religieuse, refusent à leur enfant une transfusion de sang nécessaire, n'aura aucune chance (129).

En évaluant le caractère raisonnable du refus des parents, la discussion se situe uniquement au niveau médical, qui implique que

(127) VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarige en grenzen van het ouderlijke gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in HEYVAERT, A. e.a. (ed.), *o.c.*, p. 296, n° 23 et les références à cet endroit.

(128) L'article 30 et 32 de la loi relative à la protection de la jeunesse du 8 avril 1965, *M.B.*, 19 mai 1965.

(129) Voyez par exemple DIERKENS, R., "Recht in de branding" in *Exequatur van vriendschap. Liber discipulorum et amicorum E. Spanoghe*, Anvers, Kluwer, 1981, 76; DUON, X., *o.c.*, p. 455, n° 645; RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige*, Bruxelles, Bruylant, 1980, 360; VANSWEEVELT, T., *o.c.*, p. 297, n° 24. Comp. DALCO, R.O., "L'évolution de la responsabilité médicale", *Bull. Ass.*, 1981, 645 qui signale le danger pour les enfants d'être exclus de la famille s'ils vont à l'encontre de la volonté parentale. Une position tout à fait isolée, diamétralement opposée à la précédente, est prise par LECLERCQ, C., "Le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consentement du père?", *J.T.*, 1949, 317-318.

l'objection de conscience des parents n'est pas prise en considération (130).

Il y a encore une deuxième hypothèse, une situation de conflit peu étudiée. Que se passe-t-il si le mineur refuse de subir une intervention que ses parents lui imposent? Cette situation pourrait concerner les adolescents et les mineurs ayant le discernement nécessaire. Les interventions qui peuvent nuire aux personnes intéressées ou dont l'utilité est restreinte peuvent être refusées par le mineur (131). Si par contre le mineur refuse une intervention médicale qui lui serait salutaire, la situation est moins claire. Dans cette hypothèse, X. Dijon donne toujours la préférence aux parents, en argumentant que la capacité naturelle du mineur est éclipsée au profit du pouvoir de ses représentants légaux. Selon Dijon, le droit du mineur à préserver son intégrité physique doit être considéré comme une mesure de protection, mais sûrement pas comme un droit d'autodétermination (132). T. Vansweevelt soutient une position plus nuancée, tout en n'acceptant pas les objections de conscience de la part du mineur (133).

c) *Le personnel médical et l'objection de conscience*

Depuis la loi du 3 avril 1990, l'interruption de la grossesse est autorisée dans des cas bien déterminés (134). Mais, aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention (135).

Une disposition comparable a été insérée dans un décret de la communauté française relatif à l'éducation sanitaire (136). Les pou-

(130) VANSWEEVELT, T., *o.c.*, p. 299, n° 25 mentionne (a) le sérieux du dommage potentiel en l'absence d'un traitement médical; (b) les perspectives positives du traitement proposé; (c) les risques et les effets secondaires possibles du traitement.

(131) VANSWEEVELT, T., *o.c.*, p. 304, n° 31.

(132) DUON, X., *o.c.*, p. 450 *e.s.*, n° 641, 642, 647.

(133) VANSWEEVELT, T., *o.c.*, p. 305-306, n° 32.

(134) Loi du 3 avril 1990, *M.B.*, 5 avril 1990.

(135) Code pénal, art. 350, 6°. Cet article a été introduit par l'article 2 de la loi du 3 avril 1990.

(136) Décret du 10 juillet 1984 relatif à l'éducation sanitaire et à l'information de la jeunesse ainsi qu'à l'aide et à l'assistance aux familles dans les domaines relatifs à la contraception et à la parenté responsable, *M.B.*, 22 août 1984.

voirs organisateurs de certains établissements doivent fournir les informations juridiques, techniques et médicales nécessaires aux couples ainsi qu'aux personnes qui en font la demande, dans le domaine de la contraception ou, plus généralement, dans ceux qui touchent de près ou de loin à l'obtention physique et morale d'une parenté responsable (137). Les membres du personnel médical, paramédical, social et juridique qui, pour des raisons de conscience ne veulent ou ne peuvent donner suite à une telle demande, sont tenus de fournir sans délai au demandeur, l'adresse d'un établissement ou l'information sollicitée peut être obtenue (138).

4. *Autres obligations du citoyen*

a) *Obligation scolaire*

En Belgique, l'obligation scolaire est régie aujourd'hui par la loi du 29 juin 1983 (139). Le mineur est soumis à l'obligation scolaire pendant une période de douze années commençant avec l'année scolaire qui prend cours dans l'année où il atteint l'âge de six ans et se terminant à la fin de l'année scolaire, dans l'année au cours de laquelle il atteint l'âge de dix-huit ans. A partir de l'âge de quinze ans, il s'agit d'une obligation scolaire à temps partiel (140).

Les élèves ou leurs parents ne jouissent donc pas de la faculté de choisir librement s'ils désirent suivre un enseignement. Déjà en 1884, A. Giron écrit: "La liberté d'enseignement n'est pas la liberté d'ignorance" (141). Mais le commentaire qu'il ajoute à ce point de vue a, aujourd'hui, quelque chose de déconcertant: "Le législateur pourrait certainement exiger de tout citoyen une certaine somme de connaissances scientifiques, lui imposer, par exemple, l'obligation de fréquenter une école primaire pendant un temps déterminé". L'obligation scolaire, aujourd'hui, est conçue autrement. Elle est, surtout, plus longue. Son prolongement — de 14 à 18 ans — n'avait pas

(137) Décret du 10 juillet 1984, art. 1.

(138) Décret du 10 juillet 1984, art. 2.

(139) Loi du 29 juin 1983, *M.B.*, 6 juillet 1983.

(140) Loi du 29 juin 1983, art. 1.

(141) GIRON, A., *Le droit public de la Belgique*, Bruxelles, Marceaux, 1884, p. 463, n° 393.

seulement des objectifs pédagogiques. Elle envisageait au même titre à résoudre le problème de chômage croissant dans le secteur de l'enseignement. Une étude criminologique a démontré depuis lors une corrélation entre les expériences scolaires négatives, dues entre autres à une scolarité sans but, et la délinquance (142).

b) Enseignement idéologique et philosophique

L'enseignement, plus particulièrement dans ces aspects idéologiques et philosophiques, a toujours été un facteur déterminant du jeu politique belge. Déjà en 1830, la politique scolaire monopoliste du roi hollandais Guillaume I, réunissait dans un programme commun catholiques et libéraux, et conduisait enfin à la révolution belge (143). La liberté d'enseignement est exprimée dans l'article 17 de la Constitution belge, mais le principe en soi n'offre pas les directives nécessaires pour résoudre les problèmes financiers. Car la question est pertinente: la liberté d'enseignement acquise, quelle formes d'enseignement sont soutenues financièrement par l'état? La longue guerre scolaire, se déchaînant chaque fois de nouveau, a été tranchée par le pacte scolaire du 20 novembre 1958 (144). La révision de la constitution de 1988 a renouvelé l'article 17, qui est désormais plus étendu. Des aspects plus idéologiques ont été insérés (145).

(142) Voyez VETTENBURG, N., *Over de relatie school en delinquentie: een theoretische en empirische studie vanuit maatschappelijke kwetsbaarheid*, Louvain, s.n., 1987, VI + 220 + 21 + 17 + 9 + 8 + 3 + 22 p.

(143) Voyez par exemple LUYKX, T. et PLATEL, M., *Politieke geschiedenis van België*, I, Anvers, Kluwer, 1985, 43-44; VAN ORSHOVEN, P., "Het onderwijs is vrij. Het recht op onderwijs in het nieuwe artikel 17 van de Belgische Grondwet", *Jura Falc.*, 1989-90, 505.

(144) Loi du 20 novembre 1958, *M.B.*, 19 juin 1959. Modifiée par le protocole du 4 avril 1973. *Doc. Parl. Chambre*, S.S. 1988, n° 10/17-455/4, 64-82.

(145) L'article 17 de la Constitution est ainsi conçu:

"§ 1. L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite, la répression des délits n'est réglée par la loi ou le décret.

La Communauté assure le libre choix des parents.

La Communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

Les parents ont le droit de choisir l'enseignement de leurs enfants. Le libre choix entre l'enseignement confessionnel et non-confessionnel doit être garanti, une distinction liée à la question de savoir si oui ou non l'enseignement est basé sur une philosophie religieuse (146).

Un terrain spécifique est formé par le choix obligatoire imposé aux parents avant la révision de la constitution de 1988, à savoir le choix entre les cours de religion et l'enseignement de la morale non-confessionnelle. Cette problématique a mené à une décision depuis lors fameuse du Conseil d'Etat, l'arrêt Sluijs (147). Cet arrêt a signalé l'opposition de la situation existante à l'article 2 du premier protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (148). En effet, un choix entre l'enseignement religieux et les cours de morale non-confessionnelle s'avérait inévitable. Cependant, ces derniers étaient conçus comme des cours de morale laïque. Les parents refusant les cours de religion comme ceux de morale laïque se voyaient néanmoins confrontés avec un choix obligatoire, situation jugée illégale par le Conseil d'Etat.

§ 2. Si une Communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers.

§ 3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire.

Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la Communauté, à une éducation morale ou religieuse.

§ 4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différentes objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

§ 5. L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret".

(146) Voyez entre autres ALEN, A., *Algemene inleiding* ..., 329-330.

(147) Conseil d'Etat, 14 mai 1985, n° 25.326, *R.W.*, 1985-86, 39, avec avis de l'auditeur P. De Wolf et observation de W. Lambrechts.

(148) L'article 2 du premier protocole est ainsi conçu: "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques".

c) Régime pénitentiaire

L'objection de conscience et les prisonniers est une matière peu traitée. Faute de théorie générale développée, on cherche une solution dans les dossiers concrets, non sans succès d'ailleurs.

L'assistance spirituelle dans les prisons est réglée d'une manière précise. Les détenus qui ont déclaré d'adhérer à un culte reconnu par l'état, reçoivent, sur leur propre demande, l'assistance religieuse d'un ministre du culte concerné (149) Les détenus ayant déclaré n'appartenir à aucune religion, reçoivent, encore une fois sur leur propre demande, le soutien moral d'un ministre du culte ou d'un conseiller moral (150). Les détenus professant une religion non reconnue peuvent, en vue de l'exercice de ce culte, obtenir de l'assistance à l'occasion d'une visite d'un ministre du culte muni de l'autorisation du ministre de la justice (151) Deux points sont à signaler: (a) le détenu lui-même doit solliciter l'assistance, on ne lui impose rien; (b) les ministres d'un culte reconnu et les conseillers moraux peuvent rendre visite au détenu dans sa cellule, les ministres d'un culte non reconnu ne sont autorisés que dans un parloir spécial (152).

d) Fonctionnaires

En ce qui concerne la liberté et l'objection de conscience, le fonctionnaire se trouve dans une position moins favorable que le citoyen ordinaire. C'est vrai, il jouit, comme tout le monde, de la liberté d'opinion et de conviction politique, ne fut-ce qu'à cause du vote obligatoire dont, bien entendu, il bénéficie (153) Il doit cependant tenir compte de quelques obligations faisant partie de son statut.

(149) Voyez l'article 40 du Règlement Général des établissements pénitentiaires introduit par l'A.R. du 21 mars 1965, *M.B.*, 25 mai 1965. Le ministre du culte doit être un aumônier reconnu par le ministre de la justice.

(150) Art. 43, Règlement Général. Le conseiller moral est nommé par le ministre de la justice.

(151) Art. 41, Règlement Général et art. 88 de l'Instruction Générale du 12 juillet 1971, *M.B.*, 10 août 1971.

(152) Art. 43, Règlement Général; art. 88, Instruction Générale.

(153) Voyez MAST, A., ALEN, A. et DUJARDIN, J. *Overzicht van Belgisch administratief recht*, Gand, Story-Scientia, 1989, p. 157 e.s., n° 151 e.s.

Le décret du 20 juillet 1831 exige que le fonctionnaire jure l'obéissance à la Constitution et aux lois du peuple belge. Il doit donc prêter serment. Dans ce même ordre d'idée, il ne peut livrer aucune activité qui poursuit la destruction de l'indépendance du pays ou qui met en danger la défense nationale ou l'exécution des engagements de la Belgique en vue d'assurer sa sécurité. Il ne peut adhérer ni prêter son concours, à un mouvement, un groupement, une organisation ou une association ayant une activité de même nature (154).

L'article 14 de la Constitution, la base fondamentale de la liberté d'opinion et de conscience, protège le fonctionnaire en tant que personne privée, mais pas dans l'exercice de sa tâche. En acceptant sa nomination et en prêtant serment, l'agent public accepte également les charges de sa fonction, parmi lesquelles la discrétion concernant le service.

La portée du devoir varie selon l'importance de la fonction, mais la discrétion doit en tout cas être observée aussi quand le fonctionnaire s'exprime, en tant que personne privée, sur des matières ayant rapport avec son service (155). En tout cas, il lui est interdit de porter atteinte à l'autorité et à la réputation de ses collègues et supérieurs, ainsi qu'à la confiance que le public doit avoir dans l'administration (156).

Les éventuelles objections de conscience concernant la gestion que le fonctionnaire doit aider à élaborer, sont subordonnées au devoir de discrétion du fonctionnaire. La démarcation des limites doit être assurée par la casuistique. Ainsi, il est certainement permis au fonctionnaire d'appartenir à un parti politique siégeant dans l'opposition (157). Par contre, une activité politique militante pourrait choquer une partie de l'opinion publique et ébranler la confiance des

(154) Voyez l'article 9, 1° de l'A.R. du 3 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, *M.B.*, 8 octobre 1937, erratum 18 et 19 octobre 1937. Cette disposition sévère n'existe, dans sa forme actuelle, que depuis l'A.R. du 5 février 1951, visant implicitement le parti communiste. Néanmoins, l'article concerné n'a jamais été le point de départ d'une chasse aux sorcières.

(155) Conseil d'Etat, 25 juillet 1968, n° 13.121 (Wintraecken).

(156) Conseil d'Etat, 27 juin 1984, n° 24.156 (Stevens); Conseil d'Etat, 22 janvier 1986, n° 26.106 (Morissens).

(157) MAST, A. ALEN, A. et DUJARDIN, J., *o.c.*, p. 158, n° 151.

personnes d'opinion différente en l'impartialité des fonctionnaires concernés (158).

5. *La conscience du roi*

L'objection de conscience était le thème central d'une mini crise constitutionnelle qui a secoué la Belgique au printemps de 1990 (159).

Le 30 mars 1990, le Roi adresse une lettre au premier ministre. Il y exprime son regret de ne pouvoir signer le projet de loi relatif à l'interruption de grossesse adopté par le Parlement.

Il motive son refus par le fait que le projet de loi soulève en lui un grave problème de conscience. En même temps, il ne veut pas bloquer le fonctionnement des institutions et il invite le gouvernement et le parlement à trouver une solution juridique qui concilie le droit du Roi de ne pas être forcé d'agir contre sa conscience et la nécessité du bon fonctionnement de la démocratie parlementaire.

Cette solution a été trouvée: le premier ministre propose le recours à l'article 82 de la Constitution relatif à l'impossibilité pour le Roi de régner, combiné avec l'article 79 de la Constitution. Ce dernier article confie l'exercice des pouvoirs constitutionnels du Roi aux ministres réunis en conseil, pendant la période de l'impossibilité de régner. En pratique, il s'agissait d'une seule journée, le jour où le roi devait signer.

La solution choisie a provoqué quelques discussions concernant les institutions et leur fonctionnement. Mais il y a aussi le problème de l'objection de conscience du Roi. Bien que personne ne nie que le Roi peut en effet avoir des objections de conscience en tant que personne privée, certains auteurs sont néanmoins convaincu qu'en tant que chef d'Etat il ne pourrait pas exprimer publiquement un avis personnel sur une loi. "En vérité, l'objection de conscience et le refus de la sanction sont des actes publics du chef de l'Etat. Le droit de formuler l'une en public, dans la logique d'un système institu-

(158) MAST, A. ALÉN, A. et DUJARDIN, J., *o.c.*, p. 158, n° 153.

(159) Voyez par exemple ERGEC, R., "L'institution monarchique à l'épreuve de la crise", *J.T.*, 1990, 265-267; LALLEMAND, R., "La conscience royale et la représentation de la nation. Réflexions à propos d'une crise", *J.T.*, 1990, 465-469.

tionnel, aurait pour corollaire celui du Souverain d'imposer l'autre. Il s'agirait alors d'un droit de veto qui n'est ni reconnu ni revendiqué" (160).

Cependant, on ne peut pas nier qu'il y ait un problème grave. Le Roi fait partie des institutions tout en étant une personne physique. Laissant de côté les conséquences constitutionnelles possibles, il n'est pas tout à fait certain que la dimension institutionnelle doive toujours et en tout cas, donc sans exception aucune, dominer l'aspect personnel. Bien entendu, ceci n'implique nullement que le Roi puisse être considéré comme l'homme fort qui représente l'ultime conscience de la nation. Voila un rôle qui, du moins d'un point de vue juridique, n'est pas le sien.

IV. CONCLUSION

L'objection de conscience reste, en Belgique, une matière assez peu étudiée. Faute de théories générales spectaculaires — qui sont d'ailleurs difficilement conciliables avec la mentalité belge — le législateur et la jurisprudence essaient de trouver une solution à chaque problème qui se pose.

Ceci dit, l'objection de conscience reste un phénomène que l'on considère avec un peu de scepticisme, voyez par exemple le statut très sévère des miliciens objecteurs totaux. On n'acceptera sûrement pas que l'objection de conscience puisse déstabiliser les institutions et les structures du pays, ni qu'elle porte atteinte aux droits d'autrui.

Bien entendu, l'objection de conscience est, pour le juriste, un phénomène assez difficilement saisissable et ceci pour deux raisons.

Premièrement, le for intérieur est impliqué. L'objection de conscience est une extériorisation d'une idée, d'une pensée invisible. Pour un juriste, un tel point de départ n'est pas évident. La loi et la morale semblent se toucher; les jugements sur le for interne demeurent aléatoires. L'objection de conscience introduit en droit profane une des faiblesses traditionnelles du système canonique, à savoir le for interne, ainsi que son caractère vague et ambigu.

(160) LALLEMAND, R., *o.c.*, 466.

Un deuxième élément est assez troublant lui-aussi: l'objection de conscience n'est pas un droit fondamental comme un autre. Elle élargit les marges possibles de la liberté du citoyen. Elle constitue une dernière bouée de sauvetage quand les lois et institutions de l'état démocratique s'opposent trop violemment à la conscience individuelle. Elle force le législateur à créer des exceptions à une loi pourtant légitimement introduite. Elle inspire à un consensus à un niveau plus élevé que celui de la loi démocratique. Par ce fait, l'acceptation de l'objection de conscience, malgré ses limites clairement présentes, à pour conséquence, de manière implicite, que la constitution et les lois de l'Etat de droit démocratique n'ont pas, partout et toujours, le dernier mot. Un tel raisonnement doit nécessairement influencer la théorie de droit: on ne peut plus vraiment croire désormais, à un système juridique différencié et autonome, dans lequel les procédures constituent l'ultime légitimation.

Entre-temps, l'objection de conscience est un signal d'une société devenue profondément pluraliste, dans laquelle le droit et la morale sont clairement distincts, de même que les aspirations des systèmes normatifs et l'idée de vérité des sciences exactes. La conscience est devenue très personnelle et n'a force obligatoire que pour la personne concernée (161). L'acceptation de l'objection de conscience, serait-elle un signe d'une société qui, faute d'une vérité reconnue par tous mais désormais inaccessible, tente quand-même de préserver et de protéger l'authenticité de l'homme?

RIK TORFS

Faculté de droit canonique Université de Leuven

L'OBJECTION DE CONSCIENCE DANS L'ORDRE JURIDIQUE LUXEMBOURGEOISE

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Le droit luxembourgeois fait partie de la famille juridique française. Lors de son évolution, la législation luxembourgeoise a surtout été influencée par le système français, bien que la législation belge ait elle aussi souvent servi de modèle. Ainsi la Constitution et le Code pénal — sources importantes quant à l'objection de conscience — sont directement basés sur le droit belge. Cette inspiration des systèmes français et belge ne vaut pas seulement pour la législation, mais aussi pour la pratique de chaque jour.

Les citoyens luxembourgeois jouissent tout d'abord de l'article 9 de la Convention européenne, qui est directement applicable. Le Luxembourg reconnaît le droit de réclamation individuel auprès du Comité des Droits de l'Homme. Est également applicable au Luxembourg le pacte international relatif aux droits civils et politiques. La liberté de conscience est garantie par l'article 18 § 1.

Dans le droit interne, la protection de la liberté de conscience et d'opinion se situe dans l'article 24 de la Constitution (1). On n'y exprime que la liberté de manifester ses opinions, mais on admet que la liberté de conscience et d'opinion sont aussi protégées (2).

La liberté des cultes se voit garantie par les articles 19 et 20

(161) Voyez à ce sujet LUHMANN, N., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, 326-359, plus particulièrement p. 331.

(1) "La liberté de manifester ses opinions par la parole en toutes matières, et la liberté de la presse sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de ces libertés. La censure ne pourra jamais être établie".

(2) Comp. article 14 de la Constitution belge.

de la Constitution (3). Cette liberté est élaborée de façon plus détaillée dans les articles 142 à 146 du Code pénal qui punissent ceux qui par des troubles ou des désordres empêcheraient, retarderaient ou interrompraient les exercices d'un culte, ainsi que ceux qui par des faits, par des gestes, menaces, écrits ou dessins outrageraient les objets d'un culte. On retrouve les mêmes articles dans le Code pénal belge.

II. RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE

L'article 24 de la Constitution, protégeant la liberté d'opinion et d'expression, indique déjà lui-même quelques limites. Certains excès de la libre manifestation des opinions constituent des délits et sont réprimés par la loi pénale. Il en est ainsi des offenses envers le Souverain, des exhortations à commettre certains crimes ou délits, des atteintes portées à l'honneur et à la considération d'autrui, telles que la calomnie, la diffamation et les injures.

Plus spécifiquement l'on pourrait dire que la liberté d'opinion est limitée par la nécessité supérieure de l'ordre public et des bonnes moeurs, ainsi que par le respect des droits d'autrui (4).

Des figures juridiques comme les "Grundrechtskollisionen" et "Grundrechtskonkurrenzen" par contre ne jouent pas de rôle significatif dans la doctrine et la jurisprudence luxembourgeoises (5).

Pour la liberté de religion, les restrictions sont grosso modo les mêmes que pour la liberté d'opinion et d'expression. L'article 19 in fine indique les limites tracées par le Code pénal. Ainsi l'article 268 du Code pénal punit-il les ministres des cultes qui attaqueraient, dans l'exercice de leurs fonctions, et en assemblée publique, le Gou-

(3) Art. 19: "La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions religieuses sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés".

Art. 20: "Nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et aux cérémonies d'un culte, ni d'en observer les jours de repos".

(4) MAJERUS, P., *Les institutions de l'Etat Luxembourgeois*, Luxembourg, Service central des Imprimés de l'Etat, 1970, 69.

(5) PIETERS, D., "Luxembourg", in *Grundrechte in Europa und USA. Band I. Strukturen nationaler Systeme*, GRABITZ, E. (ed.), Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel, 1986, 489-490.

vernement, une loi, un arrêté grand-ducal ou tout autre acte de l'autorité publique.

Il va de soi que, ici aussi, l'ordre public et les bonnes moeurs constituent une frontière absolue.

On pourrait mentionner encore les articles 21 et 25. L'article 21 prescrit que le mariage civil doit toujours précéder la bénédiction nuptiale. En vertu de l'article 25, alinéa 2 de la Constitution (6), les processions et autres cérémonies religieuses en plein air sont soumises, par mesure de police, à l'autorisation préalable des autorités communales compétentes (7).

III. LE SERVICE MILITAIRE

Sur le terrain du service militaire, le droit luxembourgeois ne pose pas de questions formelles concernant l'objection de conscience, le service militaire obligatoire n'existant plus. L'armée est composée de volontaires. Il en était de même jusqu'à la seconde guerre mondiale. Tenant compte du statut de neutralité permanente imposé au Grand-Duché par le traité de Londres du 11 mai 1867, une loi de 1881 ne prévoyait qu'une compagnie de volontaires. Au cours de la seconde guerre mondiale, le gouvernement grand-ducal a abandonné le statut de neutralité permanente. La suspension des dispositions de la loi du 16 février 1881 et l'introduction du service militaire obligatoire (arrêté grand-ducal du 30 novembre 1944) en étaient la conséquence.

Le service militaire a été de nouveau aboli par la loi du 29 juin 1967. Le recrutement de l'armée ne se fait donc que par voie d'engagement volontaire. Mais cet engagement volontaire entraîne

(6) Les Luxembourgeois ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rassemblements en plein air, politiques, religieux ou autres; ces rassemblements restent entièrement soumis aux lois et règlements de police.

(7) "Le texte de la Constitution Luxembourgeoise est formel sous ce rapport et ne prête pas à équivoque. En Belgique par contre, la Constitution est moins explicite et il y a une controverse sur la question de savoir si la nécessité d'une autorisation préalable pour les processions en plein air est compatible avec la liberté des cultes" (MAJERUS, P., *o.c.*, 75).

quelques avantages et offre, dans certains cas, un droit de priorité pour l'admission à des emplois dans l'administration publique (8). Donc ici l'objection de conscience pourrait indirectement être impliquée.

IV. AUTRES PROBLÈMES

a) *Le système électoral*

Au Luxembourg, les membres de la chambre des députés (chambre unique) sont élus sur la base du suffrage universel pur et simple, au scrutin de liste, suivant les règles de la représentation proportionnelle. L'élection est directe (art. 51 de la Constitution). Le vote est obligatoire (9). Les arguments de la discussion sont les mêmes qu'en Belgique.

b) *Le régime des jours de repos*

Les prescriptions relatives au repos dominical contenues dans certaines lois sociales, ainsi que dans certaines lois de procédure ou de police générale, ne sont pas contraires à la liberté de conscience. Elles n'ont pour but que la protection de l'intérêt social, de la tranquillité publique et du respect des opinions d'autrui. Elles ne se basent pas sur des considérations religieuses et n'entravent pas la liberté d'action individuelle (10).

c) *Le serment*

Aux termes de l'article 110 de la Constitution, aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu de la loi. C'est également la loi qui détermine la formule du serment. D'après une loi du 17 novembre 1860, relative au serment judiciaire, tout serment en justice et autre devait être prêté sans autre forme que celle de prononcer à haute

(8) MAJERUS, P., *o.c.*, 259-261.

(9) *Les institutions de l'Etat Luxembourgeois*, Luxembourg, Service central des Imprimés de l'Etat, 1989, 23.

(10) MAJERUS, P., *o.c.*, 75.

voix, en tenant levée la main droite nue, les mots: "Je jure", ou "je le jure, ainsi Dieu me soit en aide".

La Constitution utilisait la même formule en prescrivant le serment à prêter par le Grand-Duc (art. 5), par le Régent (art. 8), par les membres de la Chambre des députés (art. 57) et par les fonctionnaires (art. 110). La formule -"ainsi Dieu me soit en aide" n'était pas ressentie contraire à la liberté de conscience (11). Néanmoins, l'invocation de Dieu dans le serment a été abolie par la loi du 23 février 1977 (12). La Constitution a été adaptée elle aussi et ce par la révision du 25 novembre 1983 (13).

d) *Manifestations religieuses*

Le gouvernement luxembourgeois peut, sans toutefois y être tenu, faire escorter le Saint-Sacrement par un peloton militaire lors de processions théophoriques. Dans cette hypothèse, les soldats qui font partie du peloton d'escorte, de même que ceux qui assistent au Te Deum officiel le jour de la fête nationale, sont en service commandé et exécutent des ordres reçus de leurs supérieurs plutôt que de professer une croyance en assistant à l'exercice d'un culte. Leur liberté de conscience ne s'en trouve donc pas diminuée (14).

e) *Les fonctionnaires*

D'une façon générale, les fonctionnaires doivent, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de leurs fonctions, et dans la

(11) MAJERUS, P., *o.c.*, 74: "La Constitution elle-même emploie cette formule (...). Il faut en conclure que l'invocation de la divinité contenue dans la formule du serment n'a pas été considérée par les rédacteurs de la Constitution comme l'exercice d'un culte ni comme un acte contraire à la liberté de conscience".

(12) Loi du 23 février 1977 portant modification de la loi du 17 novembre 1860 sur la formule de prestation de serment et de l'alinéa 2 de l'article 498 du code de commerce (Mém. A. N° 12 du 15 mars 1977, p. 352).

(13) Mém. A., N° 100 du 1er décembre 1983.

(14) MAJERUS, P., *o.c.*, 75. Majerus continue: "Par contre, il faut considérer comme contraire à la liberté de conscience une disposition du décret du 24 Messidor an XII qui prescrivait d'une façon générale aux militaires de rendre des hommages publics au Saint-Sacrement en présentant les armes, en mettant le genou droit en terre, en inclinant la tête et en portant la main droite au chapeau. Ces actes impliquent manifestement une adhésion au culte catholique et la disposition qui les prescrit se trouve donc abolie par l'article 20 de la Constitution".

vie privée, éviter tout ce qui peut compromettre le caractère officiel dont ils sont revêtus, donner lieu à scandale, blesser les convenances ou nuire aux intérêts du service public (15).

f) *Banques de données*

La loi du 30 mars 1979 a introduit un répertoire général organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales (16). Outre ce numéro d'identité, d'autres données sont répertoriées, par exemple le nom, le sexe, la date et le lieu de naissance (17). La religion, les opinions philosophiques ou politiques etc., ne sont pas répertoriées.

La loi du 31 mars 1979 protège le citoyen vis-à-vis des banques de données (18). Elle contient des dispositions concernant l'instauration de telles banques ainsi que concernant un répertoire national. En plus, la loi organise la collecte des données, l'exercice du droit d'accès et les obligations des propriétaires, gestionnaires et utilisateurs des banques de données.

C'est surtout l'article 15 qui retient notre attention: "Il est interdit de collecter et d'enregistrer dans des banques de données a) les données relatives aux opinions ou activités politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses des personnes, b) les données concernant l'intimité de la vie privée (19)".

g) *L'enseignement*

L'article 23 de la Constitution luxembourgeoise est ainsi conçu:

"L'Etat veille à ce que tout Luxembourgeois reçoive l'instruction primaire, qui sera obligatoire et gratuite. L'assistance médicale et sociale sera réglée par la loi.

(15) MAJERUS, P., *o.c.*, 276.

(16) Art. 3 de la loi du 30 mars 1979 organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales (Mém. A., N° 46 du 7 juin 1979, p. 964).

(17) *Ibid.*

(18) Loi du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques (Mém. A., N° 29 du 11 avril 1979, p. 582).

(19) En vertu de l'article 33, la violation des dispositions de l'article 15 est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 10.000 à 500.000 francs ou d'une de ces peines seulement.

Il crée des établissements d'instruction moyenne gratuite et les cours d'enseignement supérieur nécessaires.

La loi détermine les moyens de subvenir à l'instruction publique ainsi que les conditions de surveillance par le Gouvernement et les communes; elle règle pour le surplus tout ce qui est relatif à l'enseignement et prévoit, selon des critères qu'elle détermine, un système d'aides financières en faveur des élèves et étudiants.

Tout Luxembourgeois est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix, sauf les dispositions de la loi sur les conditions d'admission aux emplois et à l'exercice de certaines professions".

BEN. P. VERMEULEN

Faculty of law University of Utrecht

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN DUTCH LAW

TABLE OF CONTENTS: I. THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES FOR A SOLUTION OF THE CONFLICT BETWEEN OBEDIENCE TO THE LAW AND THE FREEDOM OF CONSCIENCE. — 1.1 Constitutional laws and statutory directives for overcoming the conflict. — 1.1.1 Constitutional law. — 1.1.2 Statutory directives. — 1.2 The basic priorities of the law-giver in the conflict between law and conscience. — 1.3 The legal concept of conscience. — 1.4 How to 'prove' conscience? The difficulty of ascertaining the evidence. — II. CONSCIENTIOUS OBJECTIONS TO MILITARY AND SUBSTITUTE SERVICE. — 2.1 The basic norms. — 2.2 The procedure. — 2.3 The substitute social service as test of the moral seriousness of the objector. — 2.4 The position of the conscientious objectors who fall outside the scope of Art. 2 WGMD. — 2.5 The Jehovah's Witnesses. — III. THE ROLE OF THE JUDICATURE. — 3.1 The basic priorities of the judicature in the conflict between law and conscience. — 3.2 The appeal to conscience in criminal law. — 3.3 The appeal to conscience in labour law. — 3.4 The appeal to conscience in other areas.

I. THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES FOR A SOLUTION OF THE CONFLICT BETWEEN OBEDIENCE TO THE LAW AND THE FREEDOM OF CONSCIENCE

1.1. *Constitutional laws and statutory directives for overcoming the conflict*

1.1.1. *Constitutional law.* — The Dutch Constitution itself does not contain a general provision in which the freedom of conscience is guaranteed. The constitutional legislator explicitly refused to adopt such a provision when the Constitution was substantially revised in 1983. The committee that made the concept-draft of the new Constitution argued that it is unacceptable that anyone could back out of his legal obligations on the mere ground of conscien-

tious objections. Most of these obligations serve to protect others: it can not be allowed that they are only in force in as far as they do not conflict with the conscience of the persons addressed (1). In the course of the legislative process the government added to this argument that in a constitutional state it can not be allowed that every conscientious scruple is recognized: that would lead to anarchy (2). However, because the Dutch legal system is monist with respect to those provisions of international law "which may be binding on all persons by virtue of its contents" (3) — which have priority over national law (4) including the Constitution — the relevant human rights treaties (containing such provisions) must also be taken into account. These provisions, Article 9(1) of the European Convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms (ECHR) (5) and Article 18(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) guarantee the freedom of conscience in general terms. On historical, systematic and logical grounds I am convinced that this freedom of conscience is only concerned with the forum internum (6).

From the travaux préparatoires it can be gathered that these provisions were only intended as a guarantee against brain-washing and other inhuman inquisitorial methods. The Teitgenreport, in which the first concept of the ECHR was formulated, we find the following

(1) Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, Den Haag 1969, p. 64.

(2) Hand. II 1976-1977, p. 2145.

(3) Article 93 of the Constitution reads as follows: "Provisions of treaties and of resolution, which may be binding on all persons by virtue of their contents, shall become binding after they have been published".

(4) Article 94 of the Constitution provides: "Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons".

(5) Article 9(1) ECHR provides: "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance". Article 18(1) ICCPR is nearly identical.

(6) This thesis is developed in more detail in my book *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem* (The freedom of conscience, a fundamental legal problem; hereafter cited as: Vermeulen, *De vrijheid van geweten*), Arnhem 1989, pp. 180 ff.

remarks concerning the draft of Article 9(1) that was adopted unamended: "Ajoutons qu'en recommandant une garantie collective, non seulement des libertés d'expression des convictions, mais des libertés de pensée, de conscience, de religion et d'opinion, la Commission a voulu protéger tout ressortissant d'un État membre, et contre les abjurations que prétendrait imposer la raison d'État, et contre ces abominables moyens d'enquête policière ou d'instruction judiciaire qui privent le suspect ou l'inculpé du contrôle de ses facultés intellectuelles et de sa conscience" (7). From these remarks we can infer that the framers of the ECHR only intended to protect the inner freedom of conscience, only wanted to protect the forum internum, especially the "contrôle... de sa conscience" against "ces abominables moyens d'enquête policière ou d'instruction judiciaire".

In the Commission on Human Rights the draft of Article 18(1) ICCPR (adopted without fundamental changes) was thus commented upon: "During the debate on this article, freedom of thought, conscience and religion was frequently characterized as 'absolute', 'sacred' and 'inviolable'. Paragraph 1 of the article therefore declared in clear and simple terms, and without qualifications, that 'everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion'. No restrictions of a legal character, it was generally agreed, could be imposed upon man's inner thought or moral consciousness, or his attitude towards the universe or its creator: only external manifestations of religion or belief might be subject to legitimate limitations" (8). It is clear from this comment that the first sentence of Article 18(1) ICCPR does not cover the "external manifestations" but only the "inner world".

A systematic argument supports this narrow interpretation. It must be stressed that the freedom of conscience in these provisions cannot be subjected to limitations: Art. 9(2) ECHR (9) and Art. 18

(7) Recueil des "Travaux Préparatoires", Vol. I, Den Haag 1975, p. 223.

(8) Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht 1987, p. 355.

(9) Art. 9(2) ECHR says: "Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others". Art. 18(3) ICCPR is virtually identical with Art. 9(2) ECHR.

(3) ICCPR only allow restrictions of the freedom to manifest one's religion or belief(s). If the freedom of conscience would comprise the right to act in accordance with the voice of conscience (external freedom of conscience) this freedom would be unlimited in the sense that every legal obligation would have to yield to (an appeal to) conscientious objections. Unrestricted freedom of conscience in *foro externo* implies the abolition of the legal order as a binding system of general rules.

On logical grounds I would even argue that the external freedom of conscience, guaranteed by a general provision of constitutional or international law — regardless whether this freedom is or is not subjected to limitations — is as such incompatible with a legal system (10). In 1.3 it will be argued that conscience has lost its material content. Therefore it cannot be localized in a more or less identifiable, restricted area of action. It has become purely subjective, eludes objectification in that every type of action may in a certain situation be motivated by conscience. While every type of action may have conscience as its base, every legal duty may function as a restriction of the (external) freedom of conscience. It is clear that such freedom cannot be unlimited. However, the 'boundlessness' of conscience excludes that the limitations of this freedom are laid down in general provisions. Other (human) rights differ from the (external) freedom of conscience in that their object is reasonably determinable: they are concerned with certain specifiable areas of action, are connected with social institutions, have to do with foreseeable patterns of behaviour; this makes it possible to define their limitations in general. While the (external) freedom of conscience lacks such an identifiable object it is not possible to frame a satisfactory and workable provision containing the necessary restrictions. [This argument is further supported by the observation in 1.4, that often it cannot be ascertained whether the appeal to conscience is authentic or not.]

This conclusion is in line with national and international juris-

(10) This thesis is defended in extenso in Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, Chapter 3: 'De' vrijheid van geweten is een 'onmogelijk' recht (The freedom of conscience as such is impossible).

prudence (11). The Dutch Supreme Court (Hoge Raad, HR) for example has interpreted the freedom of conscience in Art. 9(1) ECHR in a narrow sense. In the *Noodwachtplicht*(II)-decision the Court ruled that Art. 9 ECHR only concerns the "inner life" and the (outward) manifestation of religion or belief (12). From the AOW (I)-decision it can be deduced that the phrase "manifestation of religion or belief" only refers to the last part of Art. 9(1) ECHR ("the freedom... to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance"); therefore the phrase "inner life" summarizes the first part of this article ("the right to freedom of thought, conscience and religion" and "the freedom to change his religion or belief"). It must be concluded that according to the Supreme Court the freedom of conscience in this article is only concerned with the "inner life", the *forum internum*.

It seems that until 1976 the European Commission of Human Rights held the view that Art. 9(1) ECHR guaranteed the external freedom of conscience (13). In more recent cases it has decided otherwise, arguing that "Article 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form" (14). The passage "acts which are intimately linked to these attitudes" etc. can only refer to the last part of Art. 9(1) ECHR, the "freedom to manifest" etc. Therefore the phrase "the sphere of beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*" sums up the first part of this article, the right to "freedom of thought, conscience and religion"

(11) It must be admitted that this is not the case with regard to the case law concerning conscientious objections against military and substitute social service. This will be discussed in 2.1.1.

(12) HR 30-5-1967, NJ 1968, 64.

(13) Cf. EurCom 1-10-1975, D&R 3(1976), 62.

(14) Constant case law since 1983: EurCom 14-10-1983, appl. no. 10295/83 (unpubl.); EurCom 15-12-1983, D&R 37(1984), 142; EurCom 5-7-1984, D&R 39(1984), 267; EurCom 13-3-1986, appl. no. 11308/84 (unpubl.); EurCom 5-5-1986, appl. no. 11262/84 (unpubl.); EurCom 18-7-1986, appl. no. 11991/86 (unpubl.); EurCom 14-7-1987, appl. no. 12587/86 (unpubl.); EurCom 13-10-1988, appl. no. 13418/87; EurCom 2-5-1989, appl. no. 13298/87 (unpubl.).

and the "freedom to change his religion or belief". This implies that according to the Commission too the freedom of conscience in this provision only covers the forum internum, only guarantees the internal freedom of conscience.

It is not improbable that the European Court of Human Rights supports this view. In the case of *Johnston & others versus the U.K.* the Court defined the rights contained in Art. 9 ECHR as "la liberté d'avoir des convictions et de les manifester" (15). It is plausible to interpret the phrase "liberté... de les manifester" (= "liberté de manifester ses convictions") as a short description of the last part of the "liberté de manifester... sa conviction" (16) ("freedom to manifest his belief"). With a similar line of reasoning as developed with regard to the jurisprudence of the Supreme Court and the Commission it can be argued that according to the European Court the freedom of conscience is contained in the "liberté... d'avoir des convictions", and so is only concerned with the forum internum.

The correctness of the thesis that a provision guaranteeing the freedom of conscience in general is not workable is further confirmed by the case-law concerning the meaning of the "freedom to manifest one's religion or belief" in Art. 9(1) ECHR. The claim that this freedom contains a general right to manifest one's conscientious convictions has consistently been rejected. From the 1960's on Dutch jurisprudence insists on a restrictive interpretation: not the personal motivation but the objective characteristics of the relevant act determine whether this act falls within the scope of Art. 9. In the famous AOW (I)-decision the Supreme Court denied that this provision gave a minister of the church the right to abstain from contributing to an old age pension because of his religious objections to applying for or accepting insurance payments. The Court stated that the freedom to manifest one's religion or beliefs under Article 9 of the Convention is not equivalent to the freedom to oppose one's beliefs to provisions of law; this article does not mean that a person is free to evade legal obligations, particularly when they have nothing to do

(15) EurCourt 18-12-1986, Publ. ECHR, Series A, vol. 112, p. 27.

(16) Which is the more plausible in the light of the French text of Art. 9(2) ECHR, in which this freedom is described as "liberté de manifester ... ses convictions".

with the manifestation of religious beliefs, by alleging their invalidity on the ground of their being incompatible with his own religious beliefs; and the term "practice" in this article does not mean "the observance of Church rules in practical life" but merely indicates actions which in themselves give expression to a religion or belief (17).

The European Commission has explicitly adopted this 'objective' view in the *Arrowsmith*-case. *Arrowsmith* claimed that she was entitled to distribute leaflets (to troops in a British army camp) in which she advocated the view that they should not serve in Northern Ireland, while Art. 9(1) ECHR gave her the right to express her pacifist belief in (this) practice. The Commission, however, argued that a strictly subjective criterion would not do: "the term 'practice' as employed in Article 9.1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief"; applied an objective standard: "when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated by it"; and concluded, that while the pamphlets "did not express pacifist views... the applicant... did not manifest her belief in the sense of Article 9.1", and could not invoke this article (18). This line of argument has been consistently followed in later decisions. The Commission decided for instance that the wish to be buried in a certain place does not fall within the scope of Art. 9 while it is not a "manifestation of any belief in the sense that some coherent view on fundamental problems can be seen as being expressed thereby" (19). And in cases of conscientious objections against financing (by means of taxation) pension schemes, military expenditure and nuclear energy he ruled that

(17) HR 13-4-1960, NJ 1960, 436; constant case law, cf. Hof Leeuwarden 13-4-1961, NJ 1964, 401; Hof Den Haag 22-11-1961, AB 1963, 610; HR 30-5-1967, NJ 1968, 64; Pres. Rb. Maastricht 12-9-1974, Yb 17(1974), 672; Rb. Amsterdam 3-10-1974, NJ 1977, 88; HMG 23-11-1977, MRT 1978, 155; ARrvS 20-1-1983, AB 1983, 389; ARrvS 7-4-1983, AB 1983, 430; HR 21-2-1984, DD 1984, 285; ARrvS 13-5-1985, WORvS 1985, nr. 2.93.

(18) EurCom report 12-10-1978, D&R 19(1980), 5; in this sense also EurCom 6-7-1987, appl. no. 11568/85 (unpubl.).

(19) EurCom 10-3-1981, D&R 24(1981), 137; EurCom 6-5-1985, appl. no. 10931/84 (unpubl.); EurCom 7-10-1987, appl. no. 12902/97 (unpubl.).

only acts "which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form" are protected by Art. 9 (20).

This survey leads us to the conclusion that neither the Dutch Constitution itself nor international law which is directly applicable within the domestic legal order contains a provision that guarantees the external freedom of conscience in general. Moreover, such a provision would be impracticable.

1.1.2. *Statutory directives.* — The conclusions reached in 1.1.1 do not imply that statutes concerning conscientious objections which cover a certain well-determined area are useless. On the contrary: while Dutch law does not recognize (external) freedom of conscience in general terms, it contains many specific laws with provisions that treat conscientious objectors as a special category. I will enumerate here the most important statutes and other regulations, arranged according to the types of norms and their subject-matter.

(I) Military service/substitute social service

The Wet Gewetensbezwaren Militaire Dienst 1978 allows certain categories of conscientious objectors against military service to be exempted; instead they have to fulfil a non-military (substitute) social service.

Jehovah's Witnesses are exempted from both military and substitute service.

A few years ago a bill has been introduced but not yet adopted by parliament in order to meet the demands of those who are willing to do substitute service but refuse to be subjected to the scrutinizing procedure. See further 2.4.

(II) Oaths

The Eedswet 1911 and the Eedswet 1916 (changed considerably in 1971) allow a person who has scruples concerning the oath to make the affirmation instead.

(20) EurCom 14-10-1983, appl. no. 10295/83 (unpubl.); EurCom 15-12-1983, D&R 37(1984), 142; EurCom 5-7-1984, D&R 39(1984), 267; EurCom 5-5-1986, appl. no. 11262/84 (unpubl.); EurCom 18-7-1986, appl. no. 11991/86 (unpubl.); EurCom 16-7-1987, appl. no. 11086/84. (unpubl.).

(III) Social security/insurance/immunization

There is a complex system of regulations which enables those who have conscientious objections against social security to be exempted from the duty to pay contributions. With regard to national insurance they have to pay extra taxes to the same amount as they otherwise would have to pay to the social security funds; the right to the benefit is not affected. With regard to insurance for employees there is no such alternative duty; consequently the right to the benefit is lost.

Art. 18 and 19 of the Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen enable the conscientious objector to be freed from the obligation to effect a third party insurance in case of car accidents, so that he carries the risk himself. He yearly pays a small amount of money to an insurance fund which guarantees that a victim can recover his loss in case an offender/objector is unable to pay.

There is no general duty to be vaccinated: the only exception is contained in the Wet immunisatie militairen, which gives the Minister of Defence the authority to impose such an obligation on the military (Art. 3). Exemption is granted on grounds of conscience (Art. 5).

(IV) Education

Art. 5(b) of the Leerplichtwet 1969 exempts from compulsory attendance at school if the parents severely object to all schools within a reasonable distance from home because of their persuasion.

Art 46(2) Academisch Statuut enables the university board of examiners to excuse students from certain practical work (esp. from experiments on animals) because of their conscientious objections.

(V) Taxation

Recently a bill has been introduced (Ontwerp van een Wet gewetensbezwaren militaire bestemming belastinggelden) (21) to create the possibility that those who object to pay taxes for military purposes will be allowed to pay the corresponding amount of money

(21) Bijl. Hand. II 1988-1989, 21099, nr. 2.

into a peace fund instead. Whether cabinet and parliament will pass this bill is difficult to say.

(VI) Labour law

Art. 20 of the Wet Afbreking Zwangerschap guarantees everyone the right to refuse his co-operation to an abortion. The main reason for this provision was to make sure that one has a right not to cooperate on grounds of conscience.

In June 1990 an important advisory committee of the government, the Sociaal-Economische Raad, proposed to the government to introduce a bill that will ensure that employees can not be dismissed on the sole ground of their conscientious objection to a certain task. While parliament, trade unions and employer's organizations all approve of this proposal it may be expected that it will not take much time to enact the necessary legislation.

1.2- *The basic priorities of the law-giver in the conflict between law and conscience*

In this paragraph it will be discussed to what extent the legislature can meet an appeal to conscience in order to justify the non-fulfilment of legal obligations. The position of the judiciary will be discussed in chapter 3.

(I) Quite often the law-giver is unable to honour even partially an appeal to conscience. There are certain basic rules protecting the life and property of other persons which should not be lifted although one is motivated by conscience to break them.

Furthermore, the equality of rights demands that an exemption of financial duties (taxes etc.) on the grounds of conscience is compensated by an equivalent alternative duty.

Another limit flows from the democratic principle: the state cannot accept that an individual citizen (partially) determines the outcome of the decision-making process in that for instance he is able to influence the level of the budget for military defence. The proposal of the Beweging Weigeren Defensiebelasting to give conscientious objectors the right to pay their share to a peace fund

which would lead to a corresponding reduction of the defence budget introduces the possibility to change the level of this budget without the consent of parliament and must for this reason be rejected.

A fundamental prerequisite with regard to provisions concerning conscientious objectors is that they do not interfere with the capacity of the state to fulfil his basic tasks. For example, it cannot be allowed that exemptions of certain onerous police duties considerably weaken the state's capability to protect public order.

(II) In fields outside those discussed in (I) the law-giver may sometimes meet conscientious objectors by dispensing them from their primary duty in exchange for an alternative one. When in that case it is necessary to test the (moral) seriousness of the objectors, it is essential that the alternative is burdensome. This condition will be dealt with in 1.4 and chapter 2 (military and substitute service).

In other cases it may be possible that the alternative duty has more or less the same 'weight'. This can only be allowed if the objectives of the primary obligation are not fundamentally frustrated when (many) persons who in fact have no problems of conscience at all make use of the exemption: while the alternative is not 'heavier' it cannot serve as an effective test of the objector's earnestness, which means that one has in fact a free choice. Examples of this solution are to be found in the spheres of social security/insurance, in the Eedswet 1911 and 1916, in Art. 46(2) Academisch Statuut (22) and in the Ontwerp van een Wet Gewetensbezwaren militaire bestemming belastinggelden (cf. 1.1.2).

(III) In general the principle of equality requires that an alternative duty is imposed which is at least equally burdensome. Only on strict terms it might be allowed that the objector is freed from the primary obligation without having to fulfil such an alternative duty: the conditions in (I) and (II) must be met, it has to be certain that the objections are sincere and it must be clear that there are no reasonable compensating alternatives. In 2.5 it will be argued that the exemption of the Jehovah's Witnesses from military and substitute service may fall within this category.

(22) Undoubtedly a student will only be exempted if he accepts alternative work of the same level.

1.3. *The legal concept of conscience*

According to classic philosophy and theology conscience grasps something of a transcendent truth; although its knowledge is partial it is considered to partake in a divine reality. It is this concept of conscience that in the first half of the 20th century still was presupposed in the provisions concerning conscientious objections. The development towards the present-day (secularized and formal) definition can most clearly be sketched in the light of a discussion of the various statutes concerning conscientious objections against military service.

An essential element in the theological concept of conscience in the first statute, the Dienstweigeringswet 1923, was that God's authority is revealed in its judgment. "Conscience has its origin in God... springs from listening to His voice" (23). This implies that the judgment of conscience can only manifest itself in the form of a Divine Commandment, in this case "Thou shalt not kill". Therefore the only rule a genuine conscientious objector will appeal to is this categorical imperative (24), and the only reason why he is exempted from military service is the respect due to God.

In the 60's a new statute came into force, which made it possible that objectors who accepted non-military violence (e.g. by the police) but refused to partake in any form of violence in wartime could be recognized as conscientious objectors. However, it was explicitly denied that political and 'selective' objections could have the quality of conscience; this was ruled out by the criteria that one had to object to all 'war violence' on religious or moral (that is, non-political) grounds (25); partial objections (to nuclear weapons for instance) or anti-capitalist motives were not regarded as possible manifestations of conscience. This norm has been changed considerably by the Wet gewetensbezwaren militaire dienst 1978. Now having ob-

(23) Minister of Justice Heemskerk, Hand. II 1922-1923, p. 2275.

(24) According to the Dienstweigeringswet 1923 only he who refused to serve because of his conviction that he may never kill a human being would be regarded as a conscientious objector (Art. 1).

(25) Art. 2 Wet gewetensbezwaren militaire dienst 1962 demanded that one's religious or moral convictions forbade any participation in acts of war.

jections against military service because of the involvement with particular military (e.g. nuclear) weapons suffices to be recognized as a conscientious objector (26).

This development reflects the secularization of conscience. It must not be respected while it is connected with God (Dienstweigeringswet 1923) but because it forms an essential part of the human person (Wet gewetensbezwaren militaire dienst 1962 and 1978). It is not an instrument in which God's will is manifested (Dienstweigeringswet 1923) nor is it intrinsically connected with a religious or moral conviction which has nothing to do with political motives (Wet gewetensbezwaren militaire dienst 1962); the origin of conscience may be entirely secular (27). Its commandments are not necessarily categorical precepts (Dienstweigeringswet 1923) or general principles (Wet gewetensbezwaren militaire dienst 1962): the rules of conscience may be selective and situational. Nowadays conscience cannot be determined by its content, nor by its origin or source; it cannot be defined by material characteristics.

The secularization of conscience has eliminated its connection with tradition and religion; it has become a purely individual, subjective phenomenon. It seems to me that the only remaining characteristic of conscience must be this (formal) one: conscience is marked by its moral seriousness, which distinguishes (and distinguished) it from a 'common' conviction.

This conclusion can not only be drawn from this particular development in the field of military service. It is confirmed by similar tendencies in other fields of legislation, as well as in jurisprudence; it corresponds with more or less identical developments in other countries (e.g. in German law and jurisprudence); and is in harmony with tendencies in psychology, philosophy and even theology. It may be presumed that this concordance is not accidental, but is a reflection of fundamental social processes that dominate the Western world in this century (secularization, individualization, fragmentation, cultural differentiation).

(26) Art. 2 Wet gewetensbezwaren militaire dienst exempts anyone who has conscientious objections against military service because of the use of military means of violence.

(27) HR 12-1-1990, RvdW 1990, 26.

1.4. *How to 'prove' conscience? The difficulty of ascertaining the evidence*

The conclusion reached in 1.3. raises the question how conscience for want of material criteria can be proved. How can it be determined that a certain action or objection is motivated by a moral seriousness of such a degree that it must be assumed to spring from conscience? We can get the answer by a further analysis of the concept of conscience itself. Conscience is characterized by moral seriousness, intensity and 'depth', while it forms an integral part of the personal and moral identity. This implies that conscientious convictions are so strong that a person is prepared to bear the negative consequences in order to act in accordance with these convictions (28), is even willing to suffer in order to maintain his moral integrity.

Of course, when someone pretends that he acts out of conscience it may also be expected that his actions are well-considered, that his argumentation to justify them is not inconsistent and that the pattern of behaviour he displays is not incoherent; these characteristics are also inherent to the moral seriousness of conscience. However, these other conditions are not specific for conscience: the 'common', 'ordinary' political or religious conviction will also fulfil them. Consequently these criteria only have a negative, critical function: they are a necessary but not a sufficient test of the authenticity of the appeal to conscience. Moreover, they have a marginal character in that they can merely serve to disqualify certain exceptional motives: because of the subjectivity and individuality of conscience the conclusion that the person involved acted out of other motives than conscience is justified only in clear cases of thoughtlessness, inconsistency and incoherence.

Therefore only the test of the willingness to bear the (negative) consequences can be decisive. However, this test is often incompat-

(28) This is exactly how the lawgiver has defined it: conscience is such an essential trait of the personality that acting against it results in a conflict that will injure one's identity (Bijl. Hand I 1978-1979, 11155, nr. 1a, p. 2); thus one is prepared to bear the worst in order to avoid this consequence (Bijl. Hand. II 1975-1976, 11155, nr. 7, p. 3).

ible with the freedom of conscience. When in a certain area the freedom of conscience is fully guaranteed and somebody refuses to fulfil the relevant duties with an appeal to conscience the state is not allowed to impose more burdensome alternative duties in order to ascertain the sincerity of the appeal - is not allowed to test the willingness to bear the (negative) consequences. The freedom of conscience forbids just that, forbids to put the conscientious objector in a worse position than he who fulfils these duties: otherwise this objector would not be free to act according to his conscience! And even when the freedom of conscience is not fully guaranteed this criterion is sometimes unpermitted: certain duties are so burdensome (e.g. military service in war-time) that the state is not allowed to impose even heavier duties upon the objector, while this would constitute inhuman treatment.

Moreover, the test is often impracticable. For instance, in penal procedures the judge will have to ascertain whether the defendant at the time of his offence was willing to bear the (negative) consequences: how is he able to answer such an hypothetical question? With regard to conscientious objectors to military service the government rightly stated that only after they had served their sentence (imprisonment) they had proved their sincerity. But by then, when they have proved that their appeal to the freedom of conscience was justified, this appeal — made in order to diminish or evade the negative consequences — has become useless!

II. CONSCIENTIOUS OBJECTIONS TO MILITARY AND SUBSTITUTE SERVICE (29)

2.1. *The basic norms*

Dutch law does not contain a constitutional right to conscientious objection against military service. Article 99 of the Constitution demands that there is a statute that formulates on what conditions exemption of military service will be granted. This provision gives no indication of the content of these conditions (30), nor can it be

(29) Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, pp. 75ff. and pp. 244ff.

(30) Bijl. Hand. II 1961-1962, 5394, nr. 6, p. 3.

invoked by a conscientious objector: it is but an order to the legislature.

Neither does it contain such a right in the form of provisions of human rights treaties that are applicable within the national order by virtue of Art. 93 and 94 of the Constitution. In 1.1.1 I have argued that the relevant provisions, Art. 9(1) ECHR and Art. 18(1) only guarantee the internal freedom of conscience. In general this interpretation is also accepted in jurisprudence. However, conscientious objections to military service seem to be excepted: for instance the European Commission has decided that such objections fall into the realm of Art. 9 ECHR (31). This view has been supported by other international institutions. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe stated that the right to refuse to perform armed service for reasons of conscience "shall be regarded as deriving logically from the fundamental rights of the individual in democratic rule of law states which are guaranteed in Article 9" (32). The European Parliament adopted the same stand-point (Resolution of 7-2-1983). And the Commission on Human Rights gave a similar interpretation of Art. 18(1) ICCPR (Resolution 1987/46).

This interpretation has not lead to the recognition of the right to refuse military service on grounds of conscience in practice. In a few decisions limitations of this right were based on Art. 9(2) ECHR (33). In the majority of the cases it was argued that Art. 9 ECHR must be read in the light of Art. 4(3) (b) ECHR: while the latter provision "clearly" shows that, by including the words "in countries where they are recognised"... a choice is left to the High Contracting Parties to the Convention whether or not to recognise conscientious objectors... Art. 9, as qualified by Art 4(3)(b) of the Convention, does not impose on a state the obligation to recognise conscientious objectors" (nor does it give conscientious objectors the right to be exempted from substituted civilian service) (34). In both

(31) EurCom 11-10-1984, D&R 40(1985), 203.

(32) Resolution 337(1967) (Recommendation 478(1967)), reconfirmed in Recommendation 816(1977).

(33) KB 14-11-1968, AB 1969, 123; HMG 3-4-1974, MRT 1974, 280; HR 6-10-1987, DD 1988, 049.

(34) EurCom 2-4-1973, CD 43(1973), 161. Constant case law: EurCom report 29-6-1967, Yb 10(1967), 626 (Grandrath-case); EurCom 7-3-1977, D&R 9(1978), 117;

interpretations what is given by one hand — conscientious objection falls within the sphere of Art. 9(1) — is immediately taken away with the other.

[Furthermore these interpretations are incorrect. Not only do they presuppose that Art. 9(1) ECHR protects the freedom of conscience in foro externo — quod non, see 1.1.1 — they are also incompatible with the exhaustive character of Art. 9(2) ECHR. The rights guaranteed in Art. 9(1) ECHR can only be subjected to limitations as described in Art. 9(2) ECHR: the latter provision has nothing to do with military service; and "reading Art. 9 in the light of Art. 4(3)(b) of the Convention" (a *lex specialis* argument) in fact also amounts to the acceptance of limitations that cannot be based upon Art. 9(2) ECHR.]

In 1.1.2 and 1.3 I have already mentioned the statute which is based on Art. 99 of the Constitution, the *Wet gewetensbezwaren militaire dienst* 1978 (WGMD). According to Art. 2 WGMD a person can be exempted from military service if he has conscientious objections to his participation in the army because of his potential involvement with the use of military means of violence (35). This implies that the objections have to be specifically directed against the military service (36); it does not mean that one has to object to all forms of violence (37). Conscientious objections which are directed against the use of nuclear weapons (38) or massive any-

EurCom 5-7-1977, D&R 9(1978), 196; EurCom 7-10-1977, Digest. Vol. III(1984), 374; EurCom 9-5-1984, D&R 38(1984), 219; EurCom 11-10-1984, D&R 40(1985), 203; EurCom 10-12-1984, appl. no. 10521/83 (unpubl.); EurCom 14-10-1985, D&R 44(1986), 155; EurCom 2-3-1987, appl. no. 11775/85 (unpubl.); EurCom 2-3-1987, appl. no. 11850/85 (unpubl.); HR 17-5-1988, NJB 1988, 297(p. 1388); HR 24-5-1988, NJ 1989, 40. (35) Art. 2 WGMD 1978, translated literally: "Serious conscientious objections according to this Act are the insurmountable conscientious objections to the personal performance of military service in connection with the use of means of violence in which a person may become involved as a consequence of his serving in the military forces of the Netherlands".

(36) Bijl. Hand. II 1977-1978, 11155, nr. 43, p. 1; Hand. II 1977-1978, p. 3066; Bijl. Hand. I 1978-1979, 11155, nr. 1a, p. 2.

(37) KB 29-11-1979, nr. 79, S&J p. 12.

(38) KB 16-8-1979, AB 1979, 555; KB 25-8-1979, AB 1979, 554; HR 12-1-1990, RvdW 1990, 26.

mous violence (without rejecting individual defensive violence) (39) fall within the scope of art. 2 WGMD. Political (40) or 'selective' (41) grounds for refusal are also recognized (42).

Despite this broad interpretation of Art. 2 WGMD certain categories of conscientious objections still fall outside its scope, such as those that spring from the fear of losing one's moral choice (the so-called 'anti-hierarchic' objections (43)) or from the conviction that one has to raise one's children (44) or must do more useful work (45) (instead of serving in the army): the link between these objections and the use of military violence is too weak.

2.2. *The procedure*

The procedure that has to be followed in order to be recognized as conscientious objector must be started with a petition addressed to the Minister of Defence (Art. 3(1) WGMD). The objector will be invited to appear before a member of an advisory committee (46), the Commissie van advies inzake gewetensbezwaren militaire dienst (Art. 5 WGMD, Art. 79 BGMD (47)), who discusses with him his objections and arguments, and afterwards advises the

(39) KB 25-8-1982, nr. 81, S&J p. 12, 13; KB 23-9-1982, nr. 46, S&J p. 13; KB 6-10-1982, nr. 49, S&J p. 13; KB 10-6-1983, nr. 61, S&J p. 14; KB 2-12-1983, nr. 100, S&J p. 15; KB 21-10-1985, AB 1986, 384; KB 11-3-1988, AB 1988, 378; KB 7-4-1988, WORvS 1988, G. VIII, 7/88.

(40) Such as objections against NATO and capitalism (KB 8-12-1983, AB 1985, 13).

(41) E.g. objecting to military service in the Dutch army without rejecting participation in armed violence of certain liberation movements (KB 22-6-1984, AB 1985, 15; KB 16-2-1985, AB 1985, 590).

(42) Even conscientious objections based on the conviction that the NATO is dominated by the Roman Church (the Anti-Christ) (AGvBRvS 28-10-1988, AB 1989, 136) are recognized. (Cf. also AGvBRvS 26-7-1989, ABKort 1989, 96: a person who is willing to serve in an army led by a theocratic government but refuses to serve in a 'secular' army falls within the terms of Art. 2 WGMD).

(43) KB 11-3-1988, AB 1988, 378.

(44) KB 20-11-1979, nr. 34, CDA-rapport Gewetensbezwaren vragen aandacht, Den Haag 1983, p. 42.

(45) KB 26-1-1988, AB 1988, 389.

(46) The so-called "enkelvoudige kamer" (singular chamber).

(47) BGMD = Besluit gewetensbezwaren militaire dienst, a decree which gives further regulations concerning the procedure.

Minister whether they should be recognized. In general the Minister follows a positive advice.

If the Minister is not prepared to recognize the person involved in the first instance a second meeting will follow in which the objector must appear before at least three members of the committee (48) (Art. 6(1) and 6(3) WGMD) after he has been given the opportunity to amplify his request (Art. 6(2) WGMD) and has had a conversation with a psychiatrist (Art. 10(1) BGMD; this conversation is not obligatory). His objections and arguments will be discussed before the committee, who afterwards advises the Minister. In general the Minister decides in accordance with the advice.

If the decision of the Minister is negative the objector may appeal to the Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State (49) (before 1-1-1988: the Kroon (Crown)), a tribunal which examines the lawfulness of the decision (Art. 2(1) Tijdelijke Wet Kroongeschillen).

Conscripts — from the moment on that they have been passed as fit for military service — as well as soldiers (including the regular army officers (50)) are allowed to present their petition at any time. In general the objector will be discharged of his duties (Art. 4(1) WGMD) from that moment on. If he is indicted for disobeying orders the prosecution is suspended (Art. 4(2) and 4(3) WGMD) (51), and is ended when his conscientious objections are recognized (Art. 10 WGMD) (52).

2.3. *The substitute social service as test of the moral seriousness of the objector*

In 1.4 it has been argued that the intense moral seriousness which characterizes conscience can only be proved by testing the willingness to bear the negative consequences. It is clear that this

(48) The so-called "meervoudige kamer" ('plural' chamber).

(49) Art. 8 WGMD in conjunction with Art. 1(1) Tijdelijke Wet Kroongeschillen.

(50) KB 4-3-1985, nr. 64 (unpubl.); AG Den Haag 4-12-1986, TAR 1987, 46; CRvB 16-6-1988, TAR 1988, 164.

(51) HR 22-11-1988, NJ 1989, 536.

(52) HR 10-1-1989, NJ 1989, 537.

cannot be done in the procedure sketched in 2.2. The committee, the Minister and the tribunal (Afdeling Geschillen van Bestuur) are only able to investigate whether the objector displays a sufficient degree of thoughtfulness, consistency in argumentation and coherence in behaviour. Such an investigation can merely serve as a device to prevent the recognition of persons who clearly are frauds or who are not willing or able to formulate their objections within the terms of Art. 2 WGMD; it is certainly not a sufficient means to ensure that the others are authentic conscientious objectors.

Therefore it is (in certain circumstances) necessary that this procedure is supplemented by a test in the form of a burdensome alternative. From the Dienstweigeringswet 1923 on the substitute social service was intended to perform this function: it lasted considerably longer than the military service to make sufficiently sure that only serious objectors were recognized (53). Nowadays the duration of the substitute service is 15 months which is one and a third times (54) that of the military service (12 months).

The reasonableness of this difference is often challenged in court, until now without success. It is constant jurisprudence that substitute service is less arduous than military service (no military discipline, more freedom of choice with regard to place and type of work), so that the additional time the conscientious objector has to serve is necessary to avoid refusal of military service for that reason (55). Nevertheless in 1983 the M.P. (for the pacifist party) Willems introduced a bill in order to equalize the duration of the military and substitute service (56). His proposal rests upon the assumption

(53) This has been the view of the legislator from the beginning on: Bijl. Hand. II 1921-1922, 433, nr. 4, p. 6; Bijl. Hand. II 1922-1923, 77, nr. 1, p. 4; Hand. II 1922-1923, p. 2279; Hand. I 1922-1923, pp. 1012, 1018; Bijl. Hand. II 1961-1962, 5394, nr. 6, p. 8; Hand. II 1961-1962, p. 892; Bijl. Hand. II 1975-1976, 11155, nr. 8, p. 12 and nr. 11, p. 27; Hand. II 1976-1977, pp. 1576, 1577, 2182 and 2183; Hand. I 1978-1979, p. 99.

(54) This proportion is dictated by art. 12(1) WGMD.

(55) HR 22-1-1985, NJ 1986, 24; HR 18-6-1985, NJ 1986, 25; VzARRvS 12-8-1985, KG 1985, 340; EurCom 2-3-1987, appl. no. 1175/85 (unpubl.); EurCom 2-3-1987, appl. no. 11850/85 (unpubl.); ARRvS 30-6-1987, AB 1988, 207; HR 22-3-1988, NJ 1988, 861.

(56) Bijl. Hand. II 1983-1984, 18176, nr. 2. One of his arguments was that the European Parliament had adopted a resolution (of 7-2-1983; cf. 2.1) in which the member-states of the EEC were called upon to do so.

tion that military and substitute service are equivalents, so that one should be able to choose freely between them. In my opinion this assumption is incorrect. Military service is the primary obligation; substitute service is an exception to the rule. The state is permitted to ensure with reasonable means that only those for whom the possibility of the exception is created will choose it. There is no chance that this bill will be passed; a majority in parliament is opposed to it.

2.4. *The position of the conscientious objectors who fall outside the scope of Art. 2 WGMD*

Of course there are categories of conscientious objectors which fall outside the scope of the WGMD. For instance there are genuine conscientious objectors who have not succeeded in proving that their objections are authentic, as well as there are those whose conscientious objections do not fall within the definition of Art 2 WGMD (2.1). They are not exempted and have to do their military service. If they refuse to do so they will be sentenced to imprisonment (12 months, in practice 8 months) on the ground of disobedience, and get the additional punishment of dismissal from the army (57). Furthermore there are objectors who are unwilling to follow the procedure of the WGMD, in general while they also object to the substitute service or the procedure itself (the so-called 'total objectors'). With the exception of the Jehovah's Witnesses, who will be discussed in 2.5, these total objectors are treated in the same way.

In 1987 a bill (58) has been introduced but not yet adopted by parliament in order to meet the demands of those who are willing to do substitute service but for reasons of conscience refuse to be subjected to the scrutinizing procedure. It will enable the judge to give the usual punishment (8 months imprisonment) under a specific condition if he has the impression that the person involved is a conscientious objector: the sentence will not be executed if the objector fulfils this condition, which in fact amounts to doing the substitute service. This proposal may have unintended consequences. For in-

(57) So there is no chance of multiple punishment.

(58) Bijl. Hand. II 1987-1988, 20334/20336, nr. 2.

stance, it creates the possibility that those whose objections do not satisfy the terms of Art. 2 WGMD will not follow the WGMD-procedure but will opt for the conditional sentence plus substitute service. Moreover, those who fulfil the criteria of Art. 2 WGMD may also choose this way to evade the scrutinizing process for other reasons than conscientious objections: the Vereniging Dienstweigeraars (organisation for conscientious objectors) has already suggested its members to do so.

Furthermore this new procedure will not solve the problem of those objectors who refuse to do substitute service; of course they will equally refuse it when imposed under the guise of conditional punishment. For these reasons it is uncertain whether parliament will pass this bill.

2.5. *The Jehovah's Witnesses*

Jehovah's Witnesses, who systematically refuse to do military service, were always recognized as conscientious objectors. From the 50's onwards they also refused to do substitute service. Every year some 100 to 150 members of this sect were sentenced to 1-2 years of imprisonment. To put an end to this unsatisfactory situation the government (since 1974) has granted them an unlimited delay of the duty to do military service, which means in fact that they are exempted from substitute service as well. This privilege has been and still is severely criticized. However, the courts have denied that this differential treatment is contrary to the principle of equality (59). The European Commission has developed the best argumentation, that deserves to be quoted in full: "Members of Jehovah's Witnesses adhere to a comprehensive set of rules of behaviour which cover many aspects of every day life. Compliance with these rules is the object of strict informal social control amongst the members of the community. One of these rules requires the rejection of military and substitute service. It follows that membership of Jehovah's Witnesses constitutes strong evidence that the objections to compulsory service are based on genuine religious convictions. No comparable evidence exists in regard to individuals who object to compulsory service

(59) HMG 9-5-1979, MRT 1979, 487; HR 3-6-1980, MRT 1980, 604; HMG 9-5-1984, MRT 1984, 327; HR 17-5-1988, NJB 1988, 297 (p. 1388).

without being members of a community with similar characteristics. The Commission therefore finds that membership of such a religious sect as Jehovah's Witnesses is an objective fact which creates a high probability that exemption is not granted to persons who simply wish to escape service, since it is unlikely that a person would join such a sect only for the purpose of not having to perform military or substitute service. The same high probability would not exist if exemption was also granted to individuals claiming to have objections of conscience to such service or to members of various pacifist groups or organisations. For these reasons the Commission considers that there are reasonable grounds for the distinctions made" (60).

This issue reveals a complex conflict between freedom and equality. On the one hand: is it justifiable that the Jehovah's Witnesses are exempted from military and substitute service while other 'total objectors' are imprisoned for 8 months? On the other hand: is it justifiable that the Jehovah's Witnesses (some 100 to 150 a year) also have to serve that sentence in order to be treated in the same way as some other 'total objectors'?

I find the reasoning of the European Commission satisfactory. The certainty that membership of the Jehovah's Witnesses provides concerning the genuineness of their objections also guarantees that their privileged position does not undermine the military service system itself: as the Commission observed it is unlikely that one should join this small, rigid sect in order to avoid to do substitute service. This twofold guarantee is lacking with regard to other groups and persons, which justifies why only the Jehovah's Witnesses, and not the other 'total objectors' are exempted from substitute service.

III. THE ROLE OF THE JUDICATURE (61)

3.1. *The basic priorities of the judicature in the conflict between law and conscience*

It is incompatible with the function of the judge as an organ of the state — that is, to apply the law as it is — to deviate from the

(60) EurCom 11-10-1984, D&R 40(1985), 207.

(61) I will focus on the role of the judiciary; the criteria developed here are mutatis mutandis applicable to the executive.

explicit will of the law-giver. This implies that when in a certain field specific exemptions have been created for the sake of conscientious objectors the judge must presume that the law-giver has dealt with the matter exhaustively, so that he has no competence to accept objections that are not covered by these exemptions, either because those objections do not fulfil the criteria or because the objector has not followed the prescribed procedure.

When there are no such specific provisions the judge may sometimes take an appeal to conscience into account if the law leaves him a certain margin of discretion (e.g. in the form of vague norms or the authority to determine the punishment), which enables him to weigh the interest of the person whose acts are motivated by conscience against the interests of society.

However, some interests are so vital that conscience cannot be allowed as a (partial) justification of their infringement. For example, he who uses physical violence against his fellow-men must bear the usual consequences (punishment, compensation), whether he acted out of conscience or not.

The equality principle also sets important limits: freedom of conscience must not lead to privileges. The judge may not allow exemptions of financial duties; nor may he order a student to be exempted from an important examination if there are no reasonable alternatives; nor may he nullify the dismissal of an employee for whom the employer had no other work than what he objected to.

Another restriction is that the appeal to conscience cannot be met if that would fundamentally interfere with the foundations and basic tasks of society and organizations: it cannot be demanded that the state should recognize conscientious motivations (racism, anti-democratic ideologies) which are directly opposed to the ideals he stands for; nor can it be expected that an employee, who for grounds of conscience believes it is necessary to obstruct the goals of the organization he works for, may not be dismissed for that reason.

These and other criteria (such as *culpa in causa*, subsidiarity,) will be specified in 3.2 (criminal law), 3.3 (labour law) and 3.4 (other areas).

3.2. *The appeal to conscience in criminal law* (62)

In 3.1 it has been argued that when in a certain field specific exemptions have been created for the sake of conscientious objectors the judge must presume that the law-giver has dealt with the matter exhaustively, so that he has no competence to accept objections that are not covered by these exemptions. This implies for example that in cases concerning the military the criminal judge cannot take into account conscientious objections -not even by way of mitigating the standard sentence- that have not been recognized in the WGMD procedure (63), or are directed against the substitute service (64) or against certain military orders (e.g. the order to guard depots for nuclear weapons) (65); for the same reason he cannot meet objections against (e.g.) obligatory insurance (66) or compulsory education (67) that are not recognized or raised in the appropriate procedures.

When there are no such exemptions the judge may in certain cases regard reasons of conscience as a justifying or mitigating factor. There are however strict prior conditions. If the defendant is to blame in that he has brought himself in a situation in which he had to break the law for reasons of conscience he will have to face the usual consequences because of *culpa in causa* (68). If the defendant has not applied and exhausted the appropriate legal means to obtain his goal the principle of subsidiarity excludes that his appeal to conscience will be accepted (69). For this reason acts of civil disobedience

(62) Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, pp. 270 ff.

(63) HMG 31-1-1967, MRT 1967, 239; HMG 3-4-1974, MRT 1974, 280; HMG 19-1-1983, MRT 1983, 285.

(64) Rb. Leeuwarden 3-1-1973, MRT 1973, 577; Hof Leeuwarden 7-6-1973, NJ 1973, 359; HR 14-6-1983, NJ 1983, 716.

(65) HR 4-5-1981, NJ 1981, 464; ArKr. Arnhem 21-1-1982, MRT 1983, 329; HMG 10-11-1982, MRT 1983, 330; HR 29-11-1983, NJ 1984, 599; HR 18-6-1985, NJ 1986, 58; HR 23-12-1986, NJ 1987, 508.

(66) HR 22-7-1966, NJ 1967, 23.

(67) HR 19-11-1917, NJ 1917, 1238; HR 14-6-1977, NJ 1978, 435.

(68) HR 3-3-1987, NJ 1988, 7; HR 9-6-1987, NJB 1987, 299 (p. 1167).

(69) An interesting case of this type was Rb. Maastricht 28-12-1970, NJ 1971, 175, concerning a priest who smashed the windows of a sex-shop to protest against pornography.

ence will not go unpunished: it is always supposed that other, democratic instruments are available (70)

But even if these conditions are met it will often be imperative that the defendant will be punished without taking into account his conscientious motivation. Certain rights and principles are so fundamental that conscience cannot be allowed as a (partial) justification of their infringement. For example, he who uses (physical or moral) violence against another person's body (71), property (72) or integrity (73) must bear the usual consequences, whether he acted out of conscience or not; and he who acts out of racist or anti-democratic motives may not count on forgiveness (74).

These and other considerations (general prevention!) must lead to the conclusion that only in few cases the judge may take the appeal to conscience into account. I have in mind certain minor offences, such as the refusal to join a health service (75) or to have one's car being inspected for military purposes (76); and certain 'crimes' which in extreme circumstances are so understandable (such as euthanasia of a very ill, suffering relative) as to justify at least mitigation of the sentence (77)

3.3. *The appeal to conscience in labour law* (78)

There are certain fundamental limitations which the judiciary has to observe when confronted with an employee's appeal to con-

(70) HR 22-3-1988, NJ 1988, 861; HR 29-3-1988, NJ 1989, 162; HR 18-4-1989, NJ 1990, 61; HR 30-1-1990, NJ 1990, 445.

(71) Rb Dordrecht 12-1-1979, NJ 1979, 214: murder of the rapist of one's sister in order to restore the honour of the family.

(72) Rb. Maastricht 28-12-1970, NJ 1971, 175; smashing the windows of a sex-shop to protest against moral decay.

(73) Hof Leeuwarden 16-3-1989, NJ 1989, 810: preaching that the Jews were guilty of the holocaust while they had rejected Jesus (in order to convert them to Christianity).

(74) BRvC 20-3-1946, NOR 1946, 124 (in which the national-socialist leader Mussert was sentenced to death); EurCom 21-5-1976, D&R 5(1976), 83.

(75) HR 20-6-1950, NJ 1951, 348 (objections were not recognized).

(76) Hof Den Bosch 15-2-1990 (unpubl.): objections were recognized; cf. Volkskrant 17-2-1990.

(77) Rb. Utrecht 11-3-1952, NJ 1952, 275; Rb. Leeuwarden 21-2-1973, NJ 1973, 183; Rb. Amsterdam 30-3-1988 (unpubl.).

(78) Vermeulen, *De vijheid van geweten*, pp. 290 ff.

science. In case the employee is to blame in that he has brought himself in a situation in which he had to break his contractual obligations for reasons of conscience he will have to face the usual consequences (dismissal) because of *culpa in causa*. For example, when he could have foreseen from the start that he would have conscientious objections to certain tasks which are part of his job these objections are no legitimate reason to refuse to do them (79).

The same is true for those objections that are based on ideologies that are opposed to the basic principles of the state: the judge, organ of this state, should not show any mercy for him who for reasons of conscience that are absolutely incompatible with these principles refuses to fulfil his contractual duties (80). And the principle of equality as well as the interests of the employer require that the judge accepts the dismissal of an employee who refuses to do a substantial part of his job while there is no substitute work available (81).

Outside such cases it seems that there must be room for conscientious objections. It may be expected that within some time legislation will be enacted that ensures that employees can not be dismissed on the sole ground of their conscientious objections to an order (cf. 1.1.2 (VI)). Until then the judiciary will have to employ vague norms (good faith etc.) to solve the conflicts between conscience and contract. As can be deduced from the limitations formulated above the judge will declare unreasonable a dismissal because of conscientious objections to some limited replaceable task which the employee could not have foreseen at the time of his entrance in office. For these reasons the dismissal of persons who refused to insure fur coats (82) or to provide statistics on the number of Arab persons using certain medical facilities (for fear of discriminating use of these figures) (83) has been annulled.

A different question is whether persons who are unemployed while they have been dismissed because of their conscientious objec-

(79) Bijl. Hand. II 1986-1987, 19377, nr. 5, p. 6; Bijl. Hand. II 1987-1988, 19377, nr. 7, p. 4, 5 and 9.

(80) Bijl. Hand. II 1986-1987, 19377, nr. 5, p. 5.

(81) Bijl. Hand. II 1985-1986, 19377, nr. 2, p. 5.

(82) Ktg. Amsterdam 15-2-1982 (unpubl.); cf. Volkskrant 16-2-1982.

(83) Pres. Rb. Amsterdam 21-8-1986 (unpubl.).

tions or who remain so while they refuse a particular job for reasons of conscience, should get unemployment benefit. I believe such cases differ from those sketched earlier in that the interests of other people are not directly involved and there is some indication of the willingness to bear negative consequences in the sense that the persons concerned are prepared to be or remain unemployed. Therefore in this area the appeal to conscience should be respected in general. Jurisprudence is in line with this point of view: unemployment benefit had to be given to persons who were or remained unemployed while they objected for reasons of conscience to work on Sundays (84), to sell articles for carnival (85), to work together with men (86) or to export impure meat to Iran (87).

3.4. *The appeal to conscience in other areas*

In this paragraph I will just glance at two other important questions: to what extent should the judge allow a person to refuse to fulfil his financial obligations (taxes etc.) because of conscientious objections?; and to what extent should he accept the appeal to conscience in the sphere of education?

The answer to the first question is negative: the judge has no right at all to recognize such objections. The equality principle demands that all citizens should be treated equally: freedom of conscience must not lead to privileges. Therefore the judge, who has no means to impose substitute obligations (88) may not allow exemption of financial duties: jurisprudence is quite clear about that (89).

(84) CRvB 11-8-1987, RSV 1988, 105.

(85) CRvB 17-4-1984, RSV 1984, 195: this case concerned a member of the Jehovah's Witnesses, who believe carnival is a heathenish feast.

(86) CRvB 17-4-1984, RSV 1984, 195: this case had to do with a Turkish woman, who refused to work in a room with only men.

(87) KB 30-10-1984, PS 1984, 859: the person concerned was a Muslim.

(88) In this his position is fundamentally different from that of the lawgiver, see 1.1.2 (III, V).

(89) HR 13-4-1960, NJ 1960, 436; HR 13-3-1963, AB 1963, 610; RvB 20-3-1973, RZA 1973, 73030; CRvB 16-5-1973, RZA 1973, 73050; HR 20-12-1974, NJ 1975, 221; Hof Den Haag 5-11-1979, BNB 1981, 76; Pres. Rb. Maastricht 6-5-1983, KG 1983, 181; Pres. Rb. Haarlem 13-6-1983, KG 1983, 199; EurCom 14-10-1983, appl. no. 10295/83 (unpubl.); EurCom 15-12-1983, D&R 37(1984), 142; Hof Arnhem 9-1-1984, 114; Hof Den Bosch 25-1-1984, NJ 1985, 28; Hof Leeuwarden 22-2-1984, NJ 1985, 27; EurCom

Less clear is how far conscientious objections should be recognized in the field of education. I will only mention one of the main problems that confronts us today: should the judge demand of schools that they recognize objections based on Islamic fundamentalism? E.g., should a school respect the decision of the parents that their daughters may only attend the lessons if they wear a headshawl? (90); and must a school allow that parents do not let their daughters follow the swimming lessons? (91)

It is not possible to go into this difficult matter more deeply, especially while other fundamental rights such as the freedom of religion and education are also involved. The freedom of conscience is in itself such a complex problem that it deserves exclusive attention here. I hope I have made it clear that it also deserves this attention because it is a very interesting problem.

5-7-1984, D&R 39(1984), 267; HR 1-5-1985, NJ 1986, 103; EurCom 5-5-1986, appl. no. 11262/84 (unpubl.); EurCom 18-7-1986, appl. no. 11991/86 (unpubl.); EurCom 16-7-1987, appl. no. 11086/84 (unpubl.); EurCom 13-10-1988, appl. no. 13418/87 (unpubl.); EurCom 2-5-1989, appl. no. 13298/87 (unpubl.); Hof Den Haag 8-2-1990, NJ 1990, 707.

(90) According to the Minister of education the answer should be affirmative: Aan. Hand. II 1984-1985, 700.

(91) Hof Den Bosch 5-9-1989, RV 1989, 96 decided that the school was not obliged to accept this, and was allowed to send the girls away.

ABBREVIATIONS

AB	= Administratiefrechtelijke Beslissingen
AG	= Ambtenarengerecht (lower court for cases concerning civil servants)
AGvB	= Afdeling Geschillen van Bestuur (administrative tribunal)
appl.	= application
ArKr.	= Arrondissementskrijgsraad (lower court for military cases)
ARRvS	= Afdeling Rechtspraak Raad van State (administrative tribunal)
BGMD	= Besluit gewetensbezwaren militaire dienst
Bijl.	= Bijlagen (appendices to the Handelingen)
BNB	= Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak
BRvC	= Bijzondere Raad van Cassatie (tribunal for war-criminals)
tB/S	= ten Berge/Stroink, Administratieve rechtspraak overheidsbeslissingen
CD	= Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
CRvB	= Centrale Raad van Beroep (court of appeal for cases concerning social security and civil servants)
DD	= Delikt en Delinkwent
Digest	= Digest of Strasbourg case-law
D&R	= Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
EurCom	= European Commission of Human Rights
ECHR	= European Convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms
Hand. I	= Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (Official Parliamentary Reports of the First Chamber)
Hand. II	= Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Official Parliamentary Reports of the Second Chamber)
HMG	= Hoog Militair Gerechtshof (court of appeal for military cases)
Hof	= Hooggerechtshof (court of appeal)
HR	= Hoge Raad (Supreme Court)
ICCPR	= International Covenant on Civil and Political Rights
JWWV/WSW	= Jurisprudentie WWV/WSW
KB	= Koninklijk Besluit (royal decree)
KG	= Kort Geding
MRT	= Militair Rechtelijk Tijdschrift
NJ	= Nederlandse Jurisprudentie
NJB	= Nederlands Juristenblad
NOR	= Naoorlogse rechtspraak
Pres.	= President (presiding judge of a Rb.)
PS	= Periodiek voor sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht
Publ.ECHR	= Publications of the European Court of Human Rights
Rb.	= Rechtbank (lower court for civil and criminal cases)
RSV	= Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RV	= Rechtspraak Vreemdelingenrecht
RvB	= Raad van Beroep (lower tribunal for social security cases)

RvdW	= Rechtspraak van de Week
RZA	= Rechtspraak Ziekenfondswet en Algemene wet bijzondere ziektekosten
SenJ	= Schuurman en Jordens nr. 11a, Wet gewetensbezwaren militaire dienst, 1984 (5e druk)
VzARRvS	= Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State (presiding judge of the ARRvS)
WGMD	= Wet gewetensbezwaren militaire dienst
Yb	= Yearbook of the European convention on human rights

J.D. McCLEAN

Faculty of law University of Sheffield

PROTECTION OF FREEDOM OF CONSCIENCE
IN FIELDS OTHER THAN THAT OF
MILITARY SERVICE

INTRODUCTION

There is a strand in legal thought which is unenthusiastic about the protection of conscience where it conflicts with generally-applicable rules of law. Perhaps this is to be found especially within the common law tradition; though the American and more recent Canadian experience, unlike the British, is familiar with the entrenchment of fundamental rights.

Two voices speak from this tradition. Jeremy Bentham writing two hundred years ago has an acidic comment:

If I say openly, I hate the law ergo it is not binding and ought to be disobeyed, no one will listen to me; but by calling my hate my conscience or my moral sense I urge the same argument in another and more plausible form; I seem to assign a reason for my dislike, when in truth I have only given it a sounding and specious name.

Morris Ginsberg, writing in 1965, puts a standard case:

Imagine a situation in which the governing power is convinced that a certain type of action is necessary for the common well-being and in which the individual can by his refusal effectively hinder the governing power in its efforts. Then, assuming conscientiousness on both sides, we have a tragic situation in which right clashes with right. The community must then take action against the recalcitrant individual and he, in resisting, must be prepared to take the consequences.

It would follow from this approach that recognition of a "right of conscience" would be given a limited, and perhaps a very limited, recognition. The individual conscience (1) might be allowed to prevail in particular circumstances but not if his refusal to accept the prevailing view as expressed in legal rules would be effective in preventing those legal rules having the desired result. For example, an individual nurse might be allowed on grounds of conscience not to assist in the termination of a woman's pregnancy; but a hospital administrator could not be allowed, even on grounds of conscience, to prevent terminations (assuming their availability to be the policy of the State) taking place anywhere in the hospital system of a city or region. Professor Loschelder's paper offers a similar illustration: refusal to accept vaccination may become a different type of case when an epidemic of a dangerous disease is imminent; then a refusal may have an effectiveness, it may threaten to interfere with the fundamental rights of other citizens.

In fact, however, most Community states have a legal system which does give a place to some sort of right of conscience. In many the European Convention on Human Rights is in force as part of the national law. In others, such as the United Kingdom, the State is bound by the Convention and may be compelled to amend its national law to take account of decisions of the Court in Strasbourg, but has not incorporated the Convention into its own legal system, which means that the provisions of the Convention cannot be relied on in the national court system.

Some countries also provide a basis for a right of conscience in their own Constitution; but this is far from universally true. As the national reports make clear, there are countries like Italy and Spain where a constitutional basis for a right of conscience has to be found either in the international norms or in references in the Constitution to the worth of the human person, freedom of religion

(1) The reports all focus on the protection of the freedom of conscience of the individual. At Leuven there was some discussion of the distinction between this issue and (a) civil disobedience by groups, typically designed to secure a *change* in the law rather than exemption from the application of a legal rule, and (b) "resistance", typically to an imposed legal system as a whole. The last was regarded as a right in some countries but only if the regime were an oppressive one; in a particular case, this argument would be difficult to advance.

or freedom of expression. France and Belgium have even less material in their constitutional text on which to rely; the French emphasis on equality before the law may, as will be seen below, actually conflict with the protection of an individual's conscientious position. Again the United Kingdom is in a different situation because of the absence of a written constitution there.

CONSCIENCE AND RELIGION

The reports prepared the ground for a lively debate in Brussels and Leuven about the precise scope of the protection of "conscience" where this was not based on religious conviction.

One area of particular dispute concerns the proper interpretation of article 9 of the European Convention. The doctrinal writings quoted by M. Ergec see this article as protecting "every human conviction, whether its nature be religious, philosophical, moral, political, economic or scientific". M. Vermeulen, on the other hand, relying on the history of the concepts and on some references in the jurisprudence under the Convention, argues that the article may protect "conscience" in a wider sense so far as the "internal forum" of the mind is concerned, but believes that only religious convictions are protected insofar as conscientious beliefs are given expression in practice. The Meeting seemed unpersuaded by M. Vermeulen's arguments on this score, though there was wide recognition of the fact that individual opinions resting on a non-religious basis might present greater difficulties of proof (2) and claims to protection on that basis might more often be met by reliance on other fundamental rights.

The same issue arises in the context of national Constitutions. The Irish example, of a common-law State with a Constitution dating from 1937 is an interesting one. Article 44.2.1 of the Constitution of Ireland reads

Freedom of conscience and the free profession and practice of

(2) Issues of proof are relatively seldom discussed outside the special context of military service, where special procedures may exist and which provide a focus for the discussion; in the area covered in this report, the issue arises in such varied contexts that generalisation is impossible.

religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen. The exceptions — for public order and morality — are more narrowly stated than the corresponding factors in article 9(2) of the European Convention (3), but as Mr Hogan's paper makes clear the freedom is also narrowly defined. Despite the separate mention of "conscience" and "religion", the Irish Supreme Court in *McGee v Attorney-General* (4) held that freedom of conscience was limited to the choice and profession of a religion; any notion of "social conscience" was not within article 44. Walsh J, in giving judgement, made the position very clear: his argument is that the references to God in the Constitutional text imply that any concept of natural human rights must be interpreted as being to rights derived from natural law in its theological sense, the law of God as promulgated by reason, and not as an ethical concept.

As Mr Hogan argues in his paper, the approach in *McGee* reflects the nature of Irish society — though it is a changing society; and it also limits the value of Irish case-law for wider application.

There is a striking contrast between the Irish position and that reached by the German Federal Constitutional Court in its interpretation of the Basic Law. The interpretation is a wide one, embracing any serious moral decision based on categories of good and evil and seen by the individual as absolutely obligatory.

ISSUES FROM RECENT CANADIAN EXPERIENCE

Although Canada is of course not within the European Community parameters which the Consortium has set itself, its case-law raises issues of general interest. The subject-matter is section 2 of the Charter of Rights adopted in Canada in 1974 and guaranteeing "freedom of conscience and religion". The Supreme Court of Canada

(3) One element in the discussion at Leuven was the view that most progress could be made by examining, and perhaps harmonising, not the content of the *freedom* but that of the *limitations* or *restrictions* upon its protection. In the context of European instruments an objection to harmonisation of limitations was seen to be the need to preserve the "margin of appreciation" allowed to States on account of their different circumstances.

(4) [1974] I.R. 284 [I.R. = Irish Reports]

has addressed this section on three occasions, each case raising rather different issues.

The first case, one quite well-known even outside Canada, is the *Big M Drug Mart* case (5). This arose on appeal from the Province of Alberta and concerned the "Lord's Day Act" which required shops to close on Sundays; was this consistent with the new guarantee of freedom of religion?

The Supreme Court held that it was not so consistent:

Non-Christians are prohibited [by the Act] for religious reasons from carrying on activities which are otherwise lawful, moral and normal. ... The protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity (6).

The issue here is the relationship between religious freedom and equality under the law. In the area of military service, the practice of not insisting that members of some groups, notably Jehovah's Witnesses, perform either military service or the alternative civil service, raised the same issue; their religious beliefs gave them, de facto, a privileged position, one lacking in equality under the law. As the *Big M Drug Mart* case shows, the issue is of potential relevance in many other contexts.

The second case, *Jones v R* (7), concerned a parent who sent his child to a private school. This was perfectly lawful, provided that he made application to the Department of Education of the Provincial Government; failing such application, the child would be required to use the public schools system. The parent in question objected to making such an application, on the ground that his parental powers and his duty to educate his children came from God, and not from the Provincial Government to which he was not answerable. Not surprisingly, the Court ruled against the parent, but for a variety of reasons.

One strand in the judgments held that on these facts "freedom of religion" was not offended, because that freedom did not extend

(5) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985) 18 D.L.R. (4th) 321 [D.L.R. = Dominion Law Reports]

(6) At p. 354, per Dickson J.

(7) (1986) 31 D.L.R. (4th) 569.

so as to cover "trivial and insubstantial" limitations upon it. The protection of rights of conscience does not outlaw every cost and burden to be borne by those holding a particular opinion or belonging to a particular religious group. A rather different view conceded that there may have been an interference with freedom of religion but relied upon other provisions in the Charter of Rights under which the protection of a freedom is subject to "such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society" (8); the State's interest in the education of children came within this category.

It may be that nothing very much turns on this distinction, but there is another issue lurking beneath the surface: *is religious freedom as wide as any individual claims it to be*, or can his claim be critically assessed, and perhaps his belief be dismissed as unreasonable, unsound, not entitled to recognition? (9)

The final Canadian Supreme Court case in this trilogy is the *Edwards Books and Art* (10) case. This concerned the Retail Holidays Act of Ontario, under which shops were required (with certain exceptions) to close on a number of specified days which included all Sundays and Christmas Day but also a number of secular observances such as Labour Day.

Again there are a number of strands in the judgments. One would distinguish the *Big M Drug Mart* case on the grounds that the statute in *Edwards* served a "secular" and not a "religious" purpose; this approach is interesting both in addressing the purpose of the Act rather than its effects, and in implicitly assuming that an Act with a secular purpose cannot attract the freedom of conscience provisions, hinting at the religious/secular conscience distinction found in other

(8) Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.1.

(9) There was considerable discussion of this and related issues at Leuven. The relevant view was perhaps that ultimately the State, which is being asked to protect a right of conscience, must determine its extent. In so doing, the State would give full weight to the perspective of the individual who asserted a freedom, provided that the end result would be similar for the State must determine the limits of the *protection* it would afford. The definition of a religion or a religious group is relevant in many contexts; it is obviously easier for a confessional State to set limits to the notion of religion, but even a lay State will not countenance the use of a religious disguise by criminal syndicates or sex-clubs.

(10) *Edwards Books and Art Ltd. v. R.* (1986) 35 D.L.R. (4th) 2.

contexts. Other judges looked at the effect of the Act, especially its potential effect on Orthodox Jews required by their religious law to close their shops on a second day of the week, Saturday (but others argued that the Act itself had no relevance to what happened on Saturdays, almost a causation point). The general issue here is the relevance of indirect effects on religious interests of legislation enacted for avowedly secular reasons.

CONFESSIONAL AND OTHER STATES

Although the point is not strongly evident in the national reports, there is clearly a difference, at least of emphasis, between confessional States, those with an Established Church, and others. Examples, albeit affecting few individuals, are the requirements for monarchs and in some cases other members of royal houses to adhere to the national church (11).

In England, there has been considerable debate about the criminal offence of blasphemy. Blasphemous attacks on the central doctrines of Christianity, and especially on those doctrines as taught by the established Church of England, are criminal though prosecutions are very rare (12). As the Rushdie affair demonstrated, the offence did not extend to attacks upon Islam, or it would seem any other non-Christian religion (13). That position could scarcely survive the introduction of a Charter of Rights on the Canadian model, for this would be "a protection of one religion and the concomitant non-protection of others" (14).

The same arguments could be applied to the Greek criminal law against religious proselytism, which in the circumstances of

(11) In the United Kingdom, the Act of Settlement 1701 excludes from succession to the throne anyone who "holds communion with the see ... of Rome ... or shall marry a Papist" (s. 2). For a consideration of the reform of the law on this point by a working group of the General Synod of the Church of England, see *The Act of Settlement 1701* (GS Misc 159), published in 1982.

(12) The most recent successful prosecution seems to be *R. v. Lemon* [1976] A.C. 617.

(13) See the decision of the High Court in *R. v. Bow Street Magistrates' Court, ex parte Choudhary* [1990] Crim. L. R. 711.

(14) The citation is from the *Big M Drug Mart* case, *supra*.

Greece with its overwhelming Orthodox population must in practice protect the Greek Orthodox Church and so give unequal treatment to other faiths as well as the small sects.

DIFFERENT EFFECTS OF CONSCIENCE

Although it is difficult to produce a neat and comprehensive typology it is important to identify the different effects of a claim of conscience.

Effect on the policies of the law

One distinction relates back to the Bentham point about effectiveness. There are some cases in which an objection on a point of conscience would clearly not frustrate the purposes of the legal rule to which objection was taken (15). In such cases the national legal system is, and can afford to be, generous.

To illustrate this, there are examples about the discharge of civil duties such as jury service or the giving of evidence. Where juries exist, what is important is that a sufficient number of persons should be available to act as jurors. It does not matter who they are, for the idea of a jury is that it is essentially a randomly selected group of adult citizens. So although the courts are reluctant to acknowledge the existence of a legal ground for exemption based on conscience — the German and United Kingdom reports contain some relevant material — in practice it does seem that court administrators are tolerant and flexible when judging if an individual has a "good reason" to be excused (16).

(15) Sometimes the legal rule itself eliminates almost all difficulties of conscience; for example, compulsor voting, rare in Europe, has been held not to offend any fundamental rights so long as a blank vote can be cast.

(16) I dare to suggest, if only in a footnote, that administrators have a vested interest in the smooth running of the jury system; they are best served by "good committee men" and the sort of individual who raises conscientious objections is likely to be a "difficult" juror, perhaps prolonging the deliberations and so slowing the judicial process.

But quite different considerations arise in the case of witnesses. It matters very much that this particular person should give evidence; he may have unique first-hand testimony to give, or unique expertise to offer. The purposes of justice might well be frustrated were he not to give evidence. Here a clear choice must be made: to try to compel the witness to appear and take the oath (an attempt which would probably fail); to accommodate him by allowing differing forms of oath, or affirmations binding on his honour; or to do without the evidence. Almost all States take the middle way, save that Greece appears not to allow the secular affirmation (17), and in both Belgium and Luxembourg what is still regarded as an "oath" now omits all reference to the Almighty, the phrase "So help me God" having been dropped.

Taxation presents similar issues. Here conscience must be overridden; (18) there is English and European Convention case-law to this, and in other States doctrinal writing is uniformly to the same effect. The Italian, Netherlands and Spanish reports all contain references to the possibility of legislating to allow a taxpayer to request the diversion of taxes intended for military expenditure to other, perhaps charitable, purposes but in no State has that been implemented (19).

EFFECT ON WHOSE INTERESTS?

Another way of categorising the various types of case is to examine the scope of the practical effects of conscientious refusal to obey the law; whose interests are at stake?

In some cases, it is only the individual himself whose interests appear to be significantly affected. One obvious example is the refusal of an adult to accept a particular form (or any) medical treatment; unless there is any question of mental incapacity, the law will

(17) See the *Destopoulos* affair referred to in the Greek report.

(18) And indeed the unpopularity of taxes makes a claim to conscientious objection particularly suspect in this area.

(19) Further examples offered in the discussions at Leuven of cases were the policies of the law must prevail over some expressions of individual conscience concerned the internal discipline and effective operation of defence and penal establishments.

respect his wishes (20). The only exceptions are likely to be the cases, already referred to, of epidemics of dangerous diseases; the AIDS syndrome may well come to provide examples.

A related type of case is one in which an adult refuses to take the safety precautions required by law, for example to wear safety belts in a car or protective clothing on an industrial site. The most discussed case was the refusal of Sikhs to wear the crash helmet required of motor-cycle riders by English law; they insisted on retaining the turban. The arguments were complex, racial attitudes being involved as well as issues of religious conviction, and the effect of exemption on the enforcement of a new and not wholly popular law had also to be weighed. Although an application to the Commission at Strasbourg was unsuccessful (21), political debate in the United Kingdom eventually secured a special exemption for Sikhs in this type of case (22).

However, in other cases to allow one individual to exercise his freedom of conscience would do direct harm to another individual. The clearest example is the refusal of blood transfusions or other medical treatment to a child because of the conscience of the parent. In the national reports it is clear that procedures exist to have the parent's objections overridden by judicial order (23).

The abortion cases arise in a similar context, and the conscience of the doctor or nurse might have an effect on the health of the mother as well as on the foetus. However in this case, unlike the parent/child cases, other medical personnel will usually be available to carry out the operation. So the conscience of the doctor or nurse may be recognised without prejudicing the social policy expressed in

(20) Cf. a point considered in the English case of *R. v. Blaue* [1975] 1 W.L.R. 1411, where an assault was committed on a member of Jehovah's Witnesses. The assault would not have proved fatal had normal medical treatment been given, but the victim refused a blood transfusion and died. The Court of Appeal held that Blaue, the attacker, was properly convicted of murder; his argument that the conscience of his victim should not affect his criminal liability was rejected.

(21) Application 7992/77 (decision of 12 July 1978).

(22) See now the Motor Cycles (Protective Helmets) Regulations 1980, S.I. 1980 No. 1279, reg. 4(2)(c), replacing a similar provision first introduced in 1976.

(23) See the Belgian, German, Greek, Italian, Spanish and United Kingdom reports. In England the power of the Court rests on the duty of the monarch as *paterfamilias* to protect minor or incapable subjects; almost a fundamental right!

the law, and such recognition is found in many Community States where abortions are legal. In Spain this seems to be the result of constitutional interpretation, in most States (24) there is specific legislation applying to medical but not necessarily other types of personnel (25).

SPECIAL CONSIDERATIONS RESTRICTING PROTECTION OF CONSCIENCE

There are some special features of a case which may alter the balance to be struck between the claims of conscience and other interests. In some cases the identity of the claimant is crucial.

So there are some special factors where the claimant is a public office-holder, such as a judge or prosecutor. There seems general agreement that the holder of such an office cannot put his individual conscience above his duty to act judicially, so that, for example, a judge asked to approve the termination of the pregnancy of a mentally handicapped teenager, or her sterilisation, must apply the law without reference to his personal convictions (26).

The Belgian report refers to the very special case of the constitutional monarch whose personal convictions conflict with his duty to assent to or promulgate legislation approved by Parliament. As is well known, the Belgian legislation on abortion became law after receiving the assent of the Ministers acting for the King who was for a day declared unable to rule. This case is a particularly striking one, but is no different in principle from that of a public official, such as a judge, who is able to arrange matters so that cases which might engage his personal conscience do not appear on his list and are handled by other members of the court.

A different type of case turns on the circumstances of the law in question. In some cases, the granting of exemptions would be so visible as to threaten to undermine respect for a law which was either very recent (and so not yet commanding general assent) or very old and falling into disrespect. The crash-helmet cases involving

(24) See the national reports from Belgium, France, Italy, and the Netherlands.

(25) In England that same distinction was developed in case-law: *Janaway v. Salford Health Authority* [1988] 3 All E.R. 1079 (House of Lords).

(26) See the discussion of the Italian material in Professor Lariccia's report.

Sikhs, already referred to, is an example of the first type; in England, Sunday trading laws may be an example of the second type.

OTHER AREAS IN WHICH CONSCIENCE BECOMES AN ISSUE

It would be tedious in this general report to attempt a detailed account of the very varied contexts in which freedom of conscience has become an issue in the different States. They range from questions of ineligibility to qualify for welfare benefits (for example, through inability to register on a day of religious observance or to accept an offer of employment in a trade, such as one involving a forbidden food) (27), to issues of religious education (many of which were examined in the reports presented at the Milan-Parma meeting of the Consortium in 1989), and to the possible reliance of conscience as excusing the non-performance of contractual obligations (28).

CONCLUSION

The protection of freedom of conscience is essentially concerned with the rights of minorities, for the law will usually reflect the views of the majority group in any society. Principles of justice and equality before the law both promote and place limitations upon the protection of minority interests. In particular contexts it may be possible to develop statements as to the relative priority of conflicting interests, for example that the right to life has a greater priority than the protection of the freedom of conscience, but it may be doubted whether comprehensive and over-arching statements can usefully be made in an area as complex and yet as diverse as that covered in this report.

(27) See the Belgian and Dutch reports in particular.

(28) See Professor Loschelder's report for a helpful discussion of these issues.

GERHARD ROBBERS

Faculty of law University of Trier

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Madame le recteur,

Chers amis,

comme introduction au débat je voudrai bien essayer de souligner quelques thèses contenues dans les rapports pour le colloque. On va traiter en ce premier jour des questions concernant l'objection de conscience au service militaire. Aujourd'hui ces problèmes se posent seulement dans les pays qui connaissent le service militaire obligatoire. Par conséquent, pour le Royaume-Uni et l'Irlande qui ont une armée de métier ces questions ne sont que d'un intérêt historique, comme M. Lyall l'a expliqué.

Il y a malgré tout des problèmes relatifs à l'objection de conscience au service militaire dans ces deux pays. Mais il s'agit plutôt d'une objection comparable à celle dans les autres domaines de l'expérience juridique, que nous discuterons demain — objection à l'accomplissement d'obligations contractuelles et professionnelles, évaluées par M. Prieto Sanchis, M. Vermeulen et autres rapporteurs — objection peut-être de l'espèce des objection du Roi Belge au printemps de cette année.

Enfin à mon avis aussi les problèmes concernant les actions contre l'armée basée sur raisons de conscience comme les barrages routier en Allemagne, l'objection au devoir de payer des impôts qui consiste à dévier un pourcentage de l'impôt coïncidant avec celui assigné dans le budget aux dépenses militaires, ne sont pas les problèmes du thème d'aujourd'hui, même si les raisons des objecteurs sont les mêmes. Je suis heureux de pouvoir constater que tous les rapporteurs ont suivi cette structure d'argumentation.

Tous les pays sur lesquels des rapports nous ont été soumis et

qui connaissent le service militaire obligatoire prévoient aussi la possibilité de légalement objecter au service militaire, soit dans la constitution, soit dans le droit sous-constitutionnel, comme les Pays-Bas, l'Espagne, et la Grèce, rapporté par M. Perrakis, au minimum au service militaire armé.

Une des questions que nous discuterons peut-être sera celle de savoir si dans ces pays le parlement pourrait simplement abolir ce droit. En d'autres termes: si le droit de l'objection de conscience au service militaire est un droit prenant racine directement dans la dignité humaine préalable à l'Etat moderne, comme l'a indiqué M. Lariccia dans son rapport sur le droit italien.

Ici nous pourrions discuter aussi l'interprétation de l'Art. 9 de la Convention Européenne sur la Protection des Droits de l'Homme.

Selon le rapporteur on donne une interprétation restrictive à cette règle aux Pays-Bas, constatant que seulement le forum internum est protégé, tandis que dans d'autres pays on voit dans cette norme une garantie de la libre exercice de la conscience; je rappelle au rapport de M. Ergec.

Tous les rapporteurs semblent d'accord, pour dire qu'il est difficile si non impossible de définir ce qu'est la conscience. Dans le cadre de l'objection au service militaire la loi belge définit l'objecteur de conscience comme un citoyen qui par suite de motifs impérieux qui lui sont dictés par sa conscience et à la condition qu'ils ne soient pas uniquement fondés sur des considérations tendant à mettre en cause les institutions fondamentales de l'Etat, est convaincu qu'on ne peut tuer son prochain, même à des fins de défense nationale ou collective.

En droit néerlandais la sécularisation du concept de la conscience lui a rendu une définition strictement formelle et non matérielle: conscience est déterminée par le sérieux décision morale. La définition de la Court Constitutionnelle Fédérale de l'Allemagne — définition un peu dépassée — contient quelques points matériels: la décision de la conscience est défini comme une sérieuse décision morale fondée sur les catégories du "bien" et du "mal" que l'individu prend comme absolument obligatoires pour lui même dans toutes les situations imaginables de façon qu'il ne peut s'opposer à lui sans remords sévères.

Les rapporteurs sont d'accord sur le point que pour l'Etat et le droit la conscience doit être définie par des termes de neutralité religieuse sans recours aux fondements théologiques, peut-être avec l'exception d'Irlande, comme M. Hogan l'a expliqué, basée sur une population homogénique en matière de la religion et éthique.

Grandes différences existent pourtant dans la question de savoir si les raisons politiques, sociales ou philosophique suffisent pour pouvoir accepter l'objection de conscience. Le droit le plus libéral ici est le droit Danois, rapporté par M. Siesby acceptant une conviction éthique et profondément enraciné de nature politique; ce qui n'est pas accepté, par exemple, en Allemagne, comme M. Loschelder l'a indiqué.

Dans quelques pays nous voyons aussi une exception au service militaire obligatoire concernant le clergé comme en droit allemand. En ce cas la loi accepte et suppose que pour la majorité des membres du clergé normalement il existent des raisons de conscience pour ne pas accomplir le service militaire. Ceci peut-être est l'expression d'une certaine conception des relations entre l'Etat et l'Eglise au niveau institutionnel. Comme la plupart des rapporteurs ne s'étendent pas sur le sujet je présume qu'il n'y a pas cette exception dans leurs pays; ou — possibilité à discuter — on ne regarde pas cette exception comme une question de l'objection de conscience.

Tournant aux problèmes du service civil on voit dans quelques pays comme aux Pays-Bas et en Espagne la conception stricte de l'exception et non-alternativité du service civil au service militaire. L'idée d'alternative est visible en droit français regardant les deux — service militaire et civil — comme formes du Service National, du quel M. Duffar a traité.

Il est bien clair que dans la plupart des pays le service civil est conçu comme alternative ou exception embarrassante. Au minimum et de raison d'égalité comme M. Torfs nous a dit, les objecteurs de conscience affectés à la protection civile ne peuvent en aucun cas jouir d'un régime plus favorable que celui des miliciens. Mais au-delà l'idée est, que vis-à-vis les problèmes posés par la vérification des motifs de conscience, une charge additionnelle peut garantir que l'objection n'est basé que sur des motifs de conscience. Même dans les pays qui connaissent l'interdiction légale d'une durée

différente de service militaire et de service civile comme l'Espagne et l'Allemagne il y a une période plus longue pour le service civile actif cohérent.

Un des problèmes le plus difficiles est la vérification des motifs. Même en acceptant le concept de formaliser la définition légale du conscience nous voyons la nécessité d'examiner la sincérité morale d'objecteur. Cela peut signifier, comme M. Prieto l'a indiqué pour l'Espagne, un problème constitutionnel. En ce cas "personne ne sera obligé à déclarer sur son idéologie, religion ou ses croyances", problème posé aussi sous le droit allemand.

Le système espagnol prévoit un Conseil National de l'Objection de Conscience pour examiner les motifs. Autre pays connaissent le système d'épreuves dans lequel l'objecteur indique ses motifs dans une lettre. Seulement en le cas s'il y a des doutes, l'objecteur est obligé de comparaître en tribunal.

Autre problème à discuter peut être le système de service civil concernant les institutions de service. En cette matière nous pourrions discuter aussi le rôle des Eglises et ses besoins.

Finalement il y a la question de l'objection totale. La pratique légale dans les pays européen est très différente. Pendant qu'en Belgique le régime est extrêmement sévère condamnant ces personnes comme déserteur, généralement à deux ans d'emprisonnement suivie de la révocation de l'armée et — je demande — répétant la condamnation, autre régimes sont moins strictes. En Allemagne on accepte normalement que l'objection totale et continuants est basée dans une seule décision, et l'objecteur est condamné une fois seulement.

Toutes ces questions ont des relations non seulement au droit national, mais aussi au droit des gens et au droit européen et surtout aux rapports entre les Eglises et les Etats. Peut-être il suffi de rappeler à la résolution du Parlement Européen du 1983 sur l'objection de conscience au service militaire.