

Séminaire méditerranéen de Droit du travail

Journée Gérard LYON-CAEN 2014

Université d'Avignon

Aspects juridiques de l'impact des croyances religieuses sur les relations de travail

Fausta GUARRIELLO

Professeure à l'Université G. D'Annunzio de Chieti-Pescara

1. La protection des croyances religieuses dans l'ordre juridique italien: l'art. 19 de la Constitution et les dispositions du Statut des travailleurs (1970). L'approche traditionnelle au facteur religieux comme manifestation de liberté d'expression du salarié
2. L'avancée de la société multiethnique et l'assimilation des croyances religieuses aux facteurs race/origine ethnique/nationalité dans le texte consolidé sur l'immigration (1998) : champ d'application, notion de discrimination, action en justice
3. La mise en œuvre de la directive n. 2000/78 et le manque de coordination avec les notions de discrimination retenues par le texte consolidé : problèmes d'application. Discriminations doubles et multiples.
4. La jurisprudence sur la discrimination religieuse : rare et peu pertinente à la relation de travail (l'expérimentation de l'action civile contre la discrimination a concerné plutôt le facteur race/origine ethnique)
5. Action positive et intégration des personnes de diverse croyance religieuse par voie de négociation collective : la question de la voile, de la nourriture, des horaires pour la prière, des repos hebdomadaires, des vacances.

1. L'histoire récente de la protection des croyances religieuses en Italie est marquée par l'entrée en vigueur de la Constitution républicaine de 1948, qui affirme, parmi les droits et libertés fondamentaux de la personne, le principe de liberté de religion pour tous, ne la limitant pas aux citoyens.

Cette liberté s'avère dans plusieurs dimensions : a) comme liberté d'exprimer (ou de ne pas être obligé à exprimer) avec des mots et des faits ses croyances religieuses, aussi bien que l'adhésion à une vision athée ou agnostique de l'existence, en forme individuelle ou associée ; b) comme liberté d'en faire propagande ; c) comme liberté d'accomplir les rites exigés par le culte, en privé ou en public, à condition qu'ils ne soient pas contraires à la morale (« buon costume »).

La limite constitutionnelle de la morale ne comprend pas l'ordre public ou la sécurité publique, comme l'était auparavant pendant la période fasciste, où les rites religieux autres que la religion catholique (religion d'Etat) étaient soumis à l'approbation préalable de l'autorité publique comme soupçonnés de porter atteinte à l'idéologie du régime et à la sécurité publique.

Il est vrai que la notion de « morale » reste insaisissable : reliée aux croyances religieuses, la limite de la morale d'un côté doit respecter la liberté religieuse assurée par la Constitution, de l'autre côté doit assurer la protection et le respect de la personne humaine et des valeurs communes de la société.

Les juristes sont divisés entre ceux qui soutiennent une notion large de morale, incluant la morale publique et les bonnes mœurs (D'Avack la définit comme « *salvaguardia di tutti quei dettami scaturenti dal costume e dalla coscienza sociale della civiltà italiana odierna, compresi il rispetto per la persona umana nei suoi diritti personalissimi, sia per gli organi, le istituzioni e gli ordinamenti pubblici statali* »), et ceux qui partagent une notion limitée aux biens liés à la liberté sexuelle (liberté sexuelle des femmes, consensus au mariage, polygamie, éducation des enfants, répudiation) notion quand même soumise à une évolution continue.

Cette limite à la liberté de religion a été récemment évoquée dans les tribunaux contre les manipulations exercées sur les adeptes par des nouveaux mouvements religieux (sectes), qui violaient systématiquement les droits fondamentaux de l'individu et les normes en matière de travail (v. les cas des soi-disant gourous Mamma Ebe et Sai Baba). Dans ces cas-là, on n'a pas remis en question la liberté de religion assurée par la Constitution, mais on a plutôt vérifié selon des critères raisonnables (*ragionevolezza*) le respect des droits fondamentaux, tel que le droit à la santé (cas de mutilations), le droit à la liberté personnelle (punitions corporelles et psychologiques, privation du sommeil, contrôle à distance, coups et humiliations), le droit à des conditions de travail dignes (salaire, horaire de travail).

Sauf dans ces cas limite, la liberté de religion et de culte a aujourd'hui une très large reconnaissance en Italie, pays autrefois responsable des lois racistes des années

1938-39, qui ont affecté notamment les membres de la communauté juive, privés de la citoyenneté, des emplois dans la fonction publiques et dans les professions libérales et assujettis à des limitations dans l'exercice des commerces et dans leur liberté de circulation et de manifestation de culte. Le changement est marqué par l'article 20 de la Constitution républicaine, qui vient préciser que le caractère ecclésiastique et le but de religion ou de culte d'une association ou institution ne peuvent pas donner lieu à des limitations législatives spéciales, ni à de régimes fiscaux spéciaux pour sa constitution, sa capacité juridique et toute forme d'activité. L'affirmation solennelle que l'Etat et l'Eglise catholique sont indépendants et souverains chacun dans son ordre (art. 7) et que toutes les confessions religieuses sont « également libres » devant la loi (art. 8) porte à considérer le rapport entre Etat et religions comme inspiré au principe de laïcité, ou de neutralité tolérante de l'Etat par rapport au pluralisme religieux.

En fait, le principe de laïcité de l'Etat - auquel l'arrêt n. 203 du 1989 de la Cour Constitutionnelle a reconnu le caractère de principe suprême de la République - a rencontré des difficultés à s'affirmer, compte tenu de la position et du régime spécial détenu par l'Eglise catholique en vertu des Pacts du Latran de 1929, révisés en 1985. L'affirmation de laïcité de l'Etat se heurte à la prédominance de la religion catholique auprès de la population italienne, aux valeurs civiles (selon la jurisprudence dominante) attribuées à des symboles religieux tels que le crucifix (dans les bureaux publics, les écoles, les tribunaux), objet d'une remise en question tout récente devant les tribunaux (y compris la CEDH) par des fiers partisans du principe de laïcité, à la présence importante d'organisations de tendance (écoles, universités et hopitaux catholiques) qui ont le droit d'exiger une conduite morale et modalités d'expression conformes aux prescriptions catholiques (v. les fameuses décisions concernant les professeurs universitaires Cordero et Lombardi Vallauri).

La liberté d'expression des croyances religieuses est affirmée notamment dans la relation de travail. La loi 20 mai 1970, n. 300 (Statut des travailleurs), intitulée à la liberté et dignité des travailleurs, affirme que les travailleurs, sans distinctions d'opinions politiques, syndicales et de croyances religieuses, ont le droit de libre expression dans les lieux de travail dans le respect des principes de la Constitution (art. 1). Relié à ce principe, l'art. 8 interdit à l'employeur, au but de l'embauche ou au cours de la relation de travail, de mener des enquêtes sur les opinions politiques, religieuses et syndicales du salarié : le préjugé causé au salarié (licenciement, sanctions, qualification..) constitue une discrimination au sens de l'art. 15 de la loi, qui considère nul tout acte ou pacte discriminatoire. La nullité du licenciement discriminatoire (loi 1966) est sanctionnée par la réintégration dans le poste de travail (même après la loi de réforme du droit des licenciements n. 92/2012).

L'approche au facteur des croyances religieuses dans la saison post-statutaire est donc conçu comme liberté d'expression assimilée à l'orientation idéologique (politique et syndicale) du salarié, protégée dans les lieux de travail en tant que liberté publique et pour les conséquences qui peuvent en résulter sur le plan de la relation de travail (discrimination). En fait, à l'époque l'attention du droit du travail était concentrée sur les discriminations politiques et syndicales, et le recours procédural le plus innovant introduit par l'art. 28 du Statut a été le recours urgent pour répression de la conduite antisyndicale. L'ordre juridique n'avait pas encore familiarisé avec la notion de discrimination, et l'action en justice contre les discriminations était assez rare et difficile. La saison du droit de la non discrimination apparut plus tard : la loi sur l'égalité hommes/femmes dans la relation de travail, mettant en œuvre les directives communautaires de 1975-76 concernant le sexe, interdisait la discrimination directe et indirecte, sans pour autant en donner les relatives notions.

2. Un changement important dans la considération juridique des croyances religieuses s'est affirmé plus tard, cette fois là dans un divers univers sémantique : le droit de l'immigration. L'avancée de la société multiethnique est beaucoup plus récente en Italie que dans d'autres pays européens et l'attention médiatique et politique au phénomène des migrations remonte aux années '90: on assiste là à la rupture de l'assimilation traditionnelle des croyances religieuses à la liberté idéologique, en faveur d'une démarche qui les lie aux « nouveaux » facteurs race, origine ethnique et nationalité (v. texte consolidé sur l'immigration : arrêté législatif n. 286/1998), donc à l'appartenance de l'individu à un groupe minoritaire, c'est-à-dire à un plus marqué facteur identitaire.

Le texte consolidé de 1998 donne une notion assez précise de discrimination (art. 43) conçue comme « tout comportement qui, directement ou indirectement, implique une distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique, *les croyances et les pratiques religieuses* et qui ont le but ou l'effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice dans des conditions d'égalité, des droits humains et des libertés fondamentales dans le domaine politique, économique, social et culturel et dans tout secteur de la vie publique ». La discrimination indirecte en matière d'emploi selon l'art. 43, al. 2, lett. e) concerne « tout traitement préjudiciable résultant de l'adoption de critères qui désavantagent de façon disproportionnée les salariés appartenant (...) à une déterminée confession religieuse (..) et concernent conditions non essentielles pour l'exécution du travail ».

Le champ d'application de la loi demeure plus large que celui de l'emploi et des relations de travail, concernant l'accès aux services publics, tels que instruction, santé, transports et la fourniture de biens et services offerts au public (logements, loisirs, crédit). Du point de vue subjectif, elle s'applique à tous, non seulement aux immigrés. La doctrine a remarqué l'élargissement de la notion de croyances religieuses et l'explicite application aux *pratiques* religieuses (telles que nourriture, vêtements), jusqu'à là incertaine.

L'acquis plus important de la loi demeure la prévision d'un recours spécial en justice contre la discrimination (art. 44 : action civile contre la discrimination) pour motifs de race, d'ethnie, de nationalité et *de religion* : le juge peut ordonner la cessation du comportement préjudiciable et adopter toute mesure appropriée, selon les circonstances, pour éliminer les effets de la discrimination. Alors que la discrimination réalisée par un employeur a une dimension collective, même si ne sont pas identifiables de manière immédiate et directe les destinataires, l'action en justice peut être menée par l'une des organisations syndicales locales plus représentatives. Cette action a été utilisée à fond dans de cas de discrimination liés surtout à la race/origine ethnique, contre les discriminations mises en œuvre par des municipalités (« discriminations institutionnelles ») qui niaient l'accès à l'école maternelle, aux logements publics, aux cantines scolaires aux immigrés, rarement en cas de discrimination pour motif religieux.

3. Le cadre juridique de lutte aux discriminations pour croyances religieuses dans la relation de travail a été enrichi à l'occasion de la mise en œuvre de la directive n. 2000/78 par l'arrêt législatif n. 216/2003 qui, tout en préservant l'art. 44 du texte consolidé de 1998, a ajouté à la protection déjà prévue la précision des notions de discrimination directe et indirecte selon la nouvelle formule de la directive européenne, qui notamment exige un désavantage particulier pour la personne à motif de ses croyances religieuses, a introduit la notion de harcèlement, d'ordre de discriminer, et – à la suite d'une procédure d'infraction menée contre l'Italie (loi n. 101/2008)- a mieux intégré dans le texte la protection contre les rétorsions, l'allègement de la charge de la preuve, l'action collective élargie aux associations et organisations ayant un intérêt légitime au respect du droit à l'égalité de traitement pour motifs religieux.

La mauvaise coordination parmi les deux textes qui touchent aux discriminations religieuses pose quelques problèmes aux interprètes : les différents éléments et degrés de couverture contre la discrimination dans la relation de travail doivent-ils venir analysés et utilisés séparément ou de manière cumulative? Comme on l'a dit, la pratique ne s'est pas trop exercée dans le domaine de discrimination pour croyances religieuses, facteur qui rarement est évalué séparément, plutôt cumulé à d'autres facteurs de risque, tels que la race/origine ethnique ou le sexe. Du reste, la mise en œuvre de la directive n. 2000/43 sur la race/origine ethnique par l'arrêt jumeau n. 215/2003 invite à considérer l'existence de formes de racisme à caractère culturel ou religieux, alors que tous les deux arrêts invitent à considérer le divers impact des discriminations sur les hommes et les femmes, ouvrant l'horizon à la considération de discriminations doubles ou multiples là où la personne est ciblée à cause de différents facteurs de risque. |

Dans son champ d'application (l'emploi et les conditions de travail) l'arrêt n. 216, transposant de manière presque mécanique la directive n. 2000/78, tout en adoptant la notion générale de « religion » comme facteur protégé, élargit la notion de discrimination directe aux discriminations hypothétiques et rend inutile le constat de l'effet disproportionné dans la discrimination indirecte, difficile à saisir dans la comparaison entre groupes non homogènes de salariés.

L'article 3, alinéa 3, a posé des problèmes de non-conformité à la directive là où faisait référence aux exigences professionnelles non discriminatoires sans rappeler l'*objectif légitime* que ces exigences doivent poursuivre (une sorte de « permis de discriminer » selon la doctrine) : l'article a été successivement intégré après la procédure d'infraction ouverte contre l'Italie. La doctrine a également signalé, dans la disposition concernant les organisations de tendance (v. rapport de M. AIMO), l'absence du *critère de proportionnalité* -à côté de l'essentialité, légitimité et justification- des différences de traitement déterminées par la nature de l'activité professionnelle (de l'organisation, spécifie le texte italien) ou par le contexte dans lequel elle est exercée.

En ce qui concerne les recours en justice, l'arrêt n. 216 a utilisé la faculté prévue par la directive de recourir aux procédures de conciliation avant de saisir le juge, civil ou administratif pour la fonction publique, comme prévu pour tout conflit de travail. L'allègement de la charge de la preuve, plus lourd que dans les dispositions en matière de discrimination sexuelle, impose l'allégation d'éléments de facto *graves*, précis et concordants, pouvant se fonder sur des données statistiques. La décision du juge peut comprendre, si le plaignant l'a demandé, une indemnisation aussi pour dommage moral : l'ordre du juge impose la cessation du comportement discriminatoire et l'élimination des effets, si subsistant. L'effet dissuasif ou exemplaire de la décision judiciaire (« au but d'en éviter la répétition ») est poursuivi par l'ordre de mettre en place un plan d'élimination des discriminations dans un délai fixé, plan que la doctrine encadre parmi les mesures d'actions positives non volontaires, mais imposées par le juge. Ce dernier peut aussi prévoir la publication de la décision sur un journal à diffusion nationale à la charge de la partie défenderesse.

Très critiquée a été la prévision concernant la légitimation à ester en justice des représentants syndicaux locaux des syndicats plus représentatifs au niveau national, subordonnée à une délégation du salarié par acte public ou écriture privée authentiquée sous peine de nullité : il s'agit d'une formalisation excessive, qui se pose en contraste avec l'objectif de la directive de faciliter la lutte aux discriminations en favorisant l'accès en justice des personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe d'égalité de traitement.

Egalement critiqué a été le manque de prévisions sur des mesures spécifiques destinées à prévenir ou compenser les désavantages liés au motif religieux (action positive) , sur la diffusion d'informations et la sensibilisation par tout moyen approprié auprès des personnes concernées, surtout dans les lieux de travail (article 12 de la directive) aussi bien que sur le dialogue social (art. 13) et le dialogue civil (art.14).

4. Comme on a souvent souligné, les dispositifs sophistiqués créés dans le domaine de la non-discrimination par les directives européennes et les législations nationales souffrent d'un déficit d'effectivité dans la pratique. Cela s'avère particulièrement vrai à cause des résistances des personnes qui se réputent discriminées à saisir la justice, malgré la prévision d'une légitimation collective de syndicats et associations représentatives des droits et intérêts touchés. Les nouvelles directives font confiance à l'activité d'information et de sensibilisation des personnes victimes des discriminations, au dialogue entre partenaires sociaux et entre organisations de la société civile pour éradiquer les comportements discriminatoires par les conventions collectives, l'échange de bonnes pratiques, les codes de conduite, les actions positives : sujets totalement négligés par la loi italienne de transposition (minimaliste) de la directive 2000/78. Directive qui est à son tour limitée en ce qui concerne, entre autres, l'institution d'organismes de promotion de l'égalité, imposé par les directives 2000/43 et 2006/54 en matière de race/origine ethnique et de sexe. L'extension des compétences du Bureau national contre les discriminations raciales (UNAR), institué par l'arret législatif n. 215 de 2003 de transposition de la directive race/origine ethnique, à d'autres facteurs de discriminations n'a jusqu'à présent apporté aucune bénéfice dans le domaine des discriminations religieuses. Cet organisme, pourtant, est dépourvu de tout caractère d'indépendance dans la lutte contre les discriminations exigé par les directives européennes, étant posé sous le contrôle du cabinet du premier ministre. Le Manifeste pour la réforme de la législation sur l'immigration, signé par l'Association d'études juridiques sur l'immigration (ASGI) signale, parmi les dix propositions avancées, la réorganisation des différents recours judiciaires en matière de non-discrimination, la compétence exclusive du juge civil (la grande partie des recours en justice concernent l'accès à la fonction publique, dont la juridiction est des tribunaux administratifs) et l'institution d'une Agence nationale indépendante douée de pouvoirs effectifs d'enquête et de sanction.

Ces considérations générales touchent aussi un facteur « historique » comme les croyances religieuses dans la relation de travail, peu ou pas du tout présent dans les répertoires de jurisprudence, autre fois à cause de la sécularisation de la société italienne, aujourd'hui à cause d'une sorte d'attraction exercée par de facteurs identitaires plus forts tels que la race/origine ethnique/nationalité, aussi bien que à cause des conditions difficiles des immigrés, souvent travaillant au noir sans aucune protection et possibilité de réclamer le respect de leur droits.

L'affirmation de la tendance à la précarisation, dispersion et individualisation des relations de travail a aggravée la situation à cause de l'éclatement de la dimension collective et de l'affaiblissement des solidarités entre groups, ce qui réduit l'importance du travail comme vecteur primaire de socialisation, portant à un repliement dans la dimension privée/identitaire. Malgré ce contexte, l'affirmation de la liberté religieuse dans la relation de travail a tendance à céder par rapport à d'autres revendications plus urgentes visant à satisfaire des besoins primaires (nourriture, régularisation des documents, logement, emploi, santé).

Quelques conflits de travail a commencé à se manifester (contre le licenciement dans une boucherie d' un salarié portant la barbe pour des motifs religieux, ou dans un cas pareil, refusant de toucher la viande de porc ; contre le refus de reporter le repos hebdomadaire à un jour divers du dimanche pour un salarié de religion musulmane ; contre le refus du voile dans une école maternelle pour ne pas effrayer les enfants (sic !) ou dans un service commerciale qui imposait une uniforme aux salariés) ou s'annonce de la part d'immigrés de deuxième générations, jeune-filles qui ont étudié en Italie, qui parlent italien et qui veulent affirmer leur croyances religieuse par l'utilisation de symboles religieux, tels que le voile islamique : une fille qui s'est vue refuser à Milan l'embauche par une agence de travail intérimaire à cause du voile ; une jeune-fille que pour la même raison s'est vue refuser un stage de formation auprès d'un hotel à Rimini. Nouvelles de presse, pas encore décidé par les tribunaux. Un cas intéressant remontant aux années 2000 a été suivi par l'organisme local d'égalité hommes-femmes à Florence. Simonetta Del Soldato, enseignante de religion dans un lycée public, cessée de l'emploi pour révocation de l'autorisation prévue par l'autorité ecclésiastique à cause de sa grossesse hors du mariage, s'est vue rejeter son recours par la section sociale de la Cour de Cassation qui a considéré le cas comme cessation pour impossibilité et non licenciement, en raison de la discipline spéciale qui régit les rapport entre Etat et Eglise catholique. Cette double discrimination de genre (maternité) et de religion heurte la sensibilité laïque autant plus qu'elle s'est réalisée dans une école publique et non dans une organisation de tendance, comme les cas déjà évoqués de Cordero e Lombardo Vallauri. Il est vrai que à l'époque des décisions des juges de mérite et de légitimité on n'avait pas encore transposée la directive n. 78 et que, en tout cas, le rappel dans la Constitution des Pactes du Latran donnent à ce droit conventionnel un statut spécial de relevance constitutionnelle. On peut se demander si les exigences d'assurer un service public essentiel comme celui de la santé des femmes dans les hopitaux publiques a la même force face à l'objection de conscience des nombreux médecins invoquant les croyances religieuses pour être exemptés du service d'interruption volontaire de la grossesse. Face à une pénurie de

médecins non objecteurs, pourrait le service sanitaire nationale poser comme exigence professionnelle l'adhésion à une vision laïque et respectueuse des droits et libertés d'autrui, comme le prévoit l'article 2, al. 5 de la directive 78 (« La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à *la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* ») ?

5. Traditionnellement la négociation collective joue un rôle important de définition des règles spécifiques aux différents contextes et communautés de travail. L'art. 16 de la directive n.78 impose aux Etats membres de déclarer nulles et non avenues ou de modifier les dispositions contraires au principe d'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises ainsi que dans les statuts des professions indépendantes et d'organisations de travailleurs et d'employeurs. En l'absence de prévisions expresses dans la loi italienne, aussi bien que d'obligations positives pour les partenaires sociaux de négocier en matière d'égalité de traitement, compte tenu de pratiques qui relèvent de l'autonomie collective, la pression en faveur de l'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations ne se fait que par de mesures d'encouragement et d'échange de bonnes pratiques. Mais on est loin d'avoir un observatoire complet de la négociation collective en la matière. Les enquêtes menées montrent une attention croissante de la négociation collective à des problèmes liés à la gestion des diversités dans les lieux de travail ou dans les territoires, posés surtout au but de favoriser l'intégration des immigrés, tels que l'ouverture à une représentation des immigrés dans les instances de représentation des salariés dans l'entreprise; des points d'information pour les immigrés auprès des syndicats locaux ; la nourriture conforme aux prescriptions religieuses dans les cantines des entreprises ou des écoles ; des arrangements des horaires de travail permettant les pauses pour la prière et la pratique du jeûne pendant le ramadan ; le repos hebdomadaire dans un jour divers du dimanche ; la programmation des plans de vacances qui tient compte des festivités religieuses. Ces pratiques sont censées comme concernant les immigrés, dont visent à favoriser l'intégration sociale, confirmant l'effet d'attraction des facteurs race/origine ethnique/nationalité sur le facteur religion ou, au moins, le lien étroit entre ces différents facteurs.

