

Francisco Javier Calvo Gallego

L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE DANS LA DIRECTIVE 2000/78

1.- L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE ET SON EVOLUTION DANS LES PAYS OCCIDENTAUX: DU CONFLIT IDEOLOGIQUE DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL A LA PROTECTION DE CERTAINS GROUPES

Pendant une bonne partie du dernier siècle, les conditions sociologiques et historiques particulières qui ont traditionnellement caractérisé les pays de l'Europe occidentale ont servi de justification pour le fait que la discrimination pour des motifs religieux dans le domaine du travail a été analysée normalement dans une optique sans aucun doute différente de celle utilisée, par exemple, par rapport à la même discrimination quand il s'agissait, disons, du sexe. L'homogénéité relative ou même l'uniformité religieuse, qui a caractérisé pendant beaucoup d'années une bonne part des pays de l'UE, la coexistence équilibrée et pacifique entre les différentes communautés des autres Etats membres de ce qu'étaient à l'époque les Communautés européennes – laissant de côté les circonstances particulières de l'Irlande du Nord –, la réduction ou la disparition presque totale, après la barbarie fasciste, d'un antisémitisme absolument éhonté, et la laïcité de plus en plus marquée des Etats et d'un grand nombre d'institutions privées, ont contribué à une situation où, pendant une bonne partie des années soixante-dix et quatre-vingt, le problème de la discrimination pour des motifs religieux ou des croyances était davantage analysé comme un instrument indirect de protection de la liberté de religion, notamment dans la supposition de conflits survenus avec leurs obligations concrètes que comme un outil de pacification destiné à éliminer les préjugés injustifiés à l'égard de groupes sociaux socialement et économiquement désavantagés, dans ce cas-ci, en raison de leurs croyances ou convictions religieuses.

De ce point de vue traditionnel d'une relative homogénéité ou coexistence pacifique entre les communautés, l'interdiction de la discrimination idéologique a donc été analysée essentiellement comme un instrument de protection pour le domaine privé ou « horizontal » de la liberté religieuse. Ce qui est plus: le caractère normalement neutre de la très grande majorité des entreprises et des prestations de travail et, par conséquent, la considération de ces croyances ou convictions comme un aspect supplémentaire de la vie privée du travailleur, absolument extérieur aux exigences de la production, a normalement limité ces conflits à ce que l'on appelle, selon la terminologie allemande, les entreprises de tendance (*Tendenzbetriebe*) et, surtout, à ces sujets dont la prestation est qualifiée ou orientée d'une manière idéologique (*Tendenzträger*). Ce n'est que plus tard, face à des données très spéciales comme la déontologie du corps médical et les problèmes de conscience dans l'hypothèse d'une interruption de grossesse, qu'on s'est penché spécifiquement sur le problème général de l'objection de conscience dans le monde du travail, sujet qui n'avait, avant, qu'une seule

fois donné lieu à une décision juridictionnelle, en Allemagne, en rapport avec le développement et la fabrication d'armes.

Cette perspective, appelons-la traditionnelle, a sans aucun doute été le point de départ des analyses doctrinales consécutives réalisées au cours des années soixante-dix et quatre-vingt, notamment celles développées par Bruce T. Rahn, G. Giugni ou Rodríguez-Piñero. Et différents événements particulièrement intenses survenus au cours de ces dernières années ont fait de cette vue des choses une approximation certaine, même si elle reste encore assez limitée. C'est qu'à cette vision « traditionnelle » s'est ajoutée une autre, nettement plus proche de la perspective autonome de l'interdiction de la discrimination et qui est, par conséquent, liée à des collectifs sociaux généralement négligés et a son origine dans l'action synergique de causes différentes.

La première en est sans aucun doute le phénomène migratoire que l'Union européenne a vécu surtout pendant les deux dernières décennies. Ces flux migratoires ont comporté tout d'abord un enrichissement progressif de la typologie religieuse de nos Communautés. Face à une Europe occidentale essentiellement « chrétienne », comme elle a vu le jour après la Deuxième Guerre mondiale – et je ne souhaite pas, dans ce contexte, relancer ici un débat sur l'intégration ou non de ce trait caractéristique dans le futur texte constitutionnel européen – est née une Europe nouvelle nettement plus riche, qui inclut, notamment, une population musulmane de plus en plus importante. Ce qu'il y a de particulier c'est que ce segment de la population, qui possède dans bien des cas même sa propre nationalité européenne, commence à souffrir d'une marginalisation sociale s'exprimant dans un taux de chômage et/ou d'inactivité nettement plus élevé que celui du reste de la population de ces pays. Les récents événements survenus en France constituent un exemple de cette perspective nouvelle, car il y avait déjà des collectifs définis par leur confession ou leurs croyances religieuses et où le problème n'est pas seulement le conflit concret et traditionnel entre les obligations du travail et les croyances religieuses d'une personne isolée – qui, évidemment, présente en outre de nouvelles perspectives, par exemple par rapport aux problèmes de vêtements – mais la ségrégation progressive, non seulement dans le travail, mais aussi sur le plan physique, dans des quartiers en passe de devenir de véritables ghettos, même si cette partie de la population, pour le dire encore une fois, possède déjà bien souvent la nationalité d'un des Etats membres de l'Union européenne.

Même si ce problème était déjà en train de couvrir dans les dernières années du 20^e siècle, il a sans aucun doute été multiplié de façon exponentielle par les malheureux événements de New York, de Madrid ou de Londres. Si, dans les deux premiers cas, on pourrait parler de xénophobie et de rejet des étrangers, pour la dernière de ces tragédies, il a été et est toujours frappant de constater qu'il s'agissait de ressortissants britanniques, d'immigrants de la deuxième génération ou d'une génération ultérieure, dont le seul trait commun était leur orientation religieuse particulière. Ainsi, le terrorisme international comporte la menace d'intensifier de façon géométrique le rejet des autres pour de simples motifs de croyances et de faire oublier le caractère absolument minoritaire de ces personnes parmi les musulmans eux-mêmes, tout comme le rapport qui existe, en fin de compte, entre ce cancer et le conflit palestinien a provoqué une renaissance des mouvements antisémites détestables et incompréhensibles, dont le nombre s'est multiplié ces dernières années.

Si nous ajoutons à tout cela l'ouverture de plus en plus marquée de l'Union européenne à des territoires où la ségrégation religieuse a servi de motif non seulement à des conflits, mais à de véritables carnages – le vieux et interminable problème des Balkans – ou bien les problèmes avec la liberté de religion dans certains pays comme la Biélorussie ou la Turquie, nous sommes devant les raisons expliquant pourquoi l'interdiction de la discrimination religieuse dans le monde du travail est aujourd'hui un problème nettement plus complexe et intense qu'il y a quelques années. Dans ce domaine, à côté du conflit de conscience traditionnel, il est nécessaire d'aborder des problèmes encore plus récents et, si vous me permettez cette remarque, plus importants sur le plan quantitatif, et qui rapprochent cette institution aux modèles, aux instruments et aux questions de base posées, par exemple, par rapport à la discrimination fondée sur le sexe.

Par conséquent, je vise à aborder ces deux questions – la question traditionnelle ou presque individuelle et la question plus récente, collective et urgente. Et le tout, c'est clair, à partir d'une perspective fournie par la directive 2000/78/CE, une directive qui, il ne faut pas l'oublier, traite un domaine où l'Union européenne manque malheureusement d'une véritable Déclaration des droits inaliénables qui aille bien au-delà de la Charte communautaire de Nice tout simplement proclamée ou de sa considération comme des principes généraux du droit, dont le respect serait garanti par le juge communautaire – selon la formulation bien connue de l'arrêt Krenzow C-299/95 du 29 mai 1997.

2.- L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE DANS LA DIRECTIVE 2000/78

2.1.- La protection contre la discrimination et l'absence d'une reconnaissance préalable de la liberté religieuse comme droit fondamental

Vu sous cet angle, la première chose à tirer au clair c'est que, à la différence de ce qui se passe avec les autres discriminations interdites dans cette même directive 2000/78, l'interdiction de la discrimination pour des raisons religieuses ou des croyances n'est pas en rapport direct avec des caractéristiques inhérentes de l'être humain sur lesquelles ce-dernier n'a pas de choix – la race et le sexe, l'âge, un handicap – ou bien, comme indiqué dans la directive 2000/43, l'ethnie ou la race. Ce qui est vraiment particulier dans ce cas c'est que, dans ce cas-ci, l'interdiction de la discrimination apparaît comme une protection additionnelle de l'exercice d'un droit fondamental, de la liberté de religion et des croyances, qui, cependant, ne fait l'objet, en tout cas pour le moment, ni d'une réglementation ni d'une reconnaissance directe et autonome dans le cadre juridique communautaire, sans parler de sa considération possible comme des principes généraux recevant en cette qualité la protection de la Cour de justice.

En termes clairs et dans l'espoir de voir la Constitution souhaitée aller au-delà des simples proclamations de la charte de Nice, la réglementation de ce droit fondamental, de son contenu et, surtout, des limites éventuelles de son exercice resterait entre les mains des différents Etats membres de l'Union. La Communauté ne pourrait s'occuper et ne s'occuperait que des cas où il y aurait une discrimination dans le monde du travail pour ce motif, ce qui présuppose bien sûr la préexistence d'une situation

d'inégalité. Une autre question porte sur le fait que, normalement, cette protection indirecte devrait se limiter théoriquement à la lutte contre la discrimination en matière d'emploi et de travail – avec toutes les restrictions qu'elle prévoit –, tandis que la directive et avec elle le droit communautaire ont abordé une partie des données essentielles de l'exercice de ce droit et, partant, de son propre statut juridique. De cette manière, il y a donc eu une communautarisation – indirecte et par le biais de la lutte contre la discrimination – d'une bonne part de ce droit fondamental qui apparaîtrait comme une « avance » dans la tâche nécessaire de donner à l'Union une véritable charte des droits; cette impression est peut-être justifiée et justifiable par le fait qu'il s'agit pour une bonne partie du droit fondamental sur la base duquel a été forgée la construction européenne des droits fondamentaux ainsi que par la grande envergure de sa reconnaissance sur le double plan international et national.

De toute manière, il ne fait pas l'ombre d'un doute que, face à cette situation, il importe de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Non seulement en raison de la grande importance de la Convention européenne pour l'ensemble des Etats membres, mais aussi à cause de son influence marquée sur la rédaction, d'abord de la Charte et plus tard du projet proprement dit de la Constitution. Nous constatons donc que, dans certains cas, la décision de la Cour et du « binôme » art. 9 plus art. 14 CEDH représente la clé pour aborder quelques-unes des questions soulevées par cette réglementation et, notamment, pour tenter de pallier quelques possibles lacunes à détecter dans la réglementation et son libellé. Mais nous y reviendrons plus tard.

2.2.- Idées générales: concepts, domaines d'application et preuve. Renvoi.

D'autre part, la deuxième chose que je souhaite mettre en relief ici, par principe et comme prolégomènes à ce qui suivra, est que l'expression très vaste utilisée dans la directive – religion ou convictions – a mis un terme à une bonne partie de la discussion traditionnelle sur l'étendue de la liberté religieuse et son application ou non à certains groupes ou catégories comme les agnostiques. Le renvoi non différencié aussi bien à la religion qu'aux croyances paraît permettre d'inclure parmi les catégories et croyances protégées non seulement les religions traditionnelles ou bien les religions ou croyances présentant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles – c'est-à-dire la croyance à l'existence d'un Etre suprême, transcendant ou non, avec lequel une communication est possible; la croyance à un ensemble de vérités doctrinales (dogmes) et de règles de conduite (normes morales), dérivées d'une manière ou d'une autre de cet Etre suprême; et, finalement, une sorte d'actions rituelles, individuelles ou collectives (culte), qui constituent le canal par lequel est institutionnalisée la communication des fidèles avec l'Etre suprême » – sans que, comme a concédé le Comité des droits humains des Nations Unies dans le Commentaire général du 30 juillet 1993, soient également protégées « les croyances théistes, non théistes et athées, tout comme le droit de ne professer aucune religion ou croyance. C'est que les termes « conviction » ou « religion » sont à comprendre au sens large et non pas au sens restreint ». Une question différente soulève les limitations en raison de l'ordre public que pourraient introduire les Etats en rapport avec la sécurité publique, la défense de l'ordre ou, entre autres, la protection de la santé. Mais comme nous verrons, le sujet controversé des « sectes » est plutôt un problème pénal et d'ordre public qu'une question strictement limitée au monde du travail.

D'autre part, et beaucoup de mes collègues l'ont déjà souligné, en raison de son économie générale, ses concepts, ses instruments et ses mécanismes de réaction, l'ensemble de la directive 2000/78 – et avec elle, bien sûr, l'interdiction d'une discrimination pour des motifs religieux ou de croyance – doit, à l'évidence, beaucoup à l'œuvre communautaire déjà achevée dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe.

Cette influence bien claire ressort, par exemple, de la définition extrêmement vaste, à l'article 3, de son champ d'application, où sont utilisés des concepts traditionnels comme les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées, à l'exercice d'une profession, à l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle ou aux conditions d'emploi et de travail, même s'il y a une restriction frappante, surtout en comparaison avec la directive 2000/43, par rapport aux versements de toute nature effectués par les régimes publics. Elle doit également beaucoup à cette construction, lorsqu'elle règle, à son art. 10, la charge de la preuve essentiellement par un renversement tel qu'il est déjà prévu, d'une manière générale, dans le cas d'une discrimination fondée sur le sexe, dans la directive 97/80/CE du Conseil en date du 15 décembre 1997. En outre, elle profite de cette construction lorsque, dans son art. 2, sont définies d'une manière sans aucun doute avancée les formes ou les modes de l'exercice de la discrimination en question en y incluant non seulement la discrimination direct ou indirecte, mais aussi le harcèlement et en embrassant non seulement les conduites normatives (dispositions) mais également toutes sortes de comportements non réglementés comme des critères ou des pratiques. Elle est de la plus haute importance dans la mesure où le caractère traditionnellement chrétien de la plupart des pays de l'Union européenne explique que des éléments en apparence neutres tels que l'habillement ou les horaires de travail, qui pourraient en principe avoir l'air neutres, ne le sont pas en réalité, lorsqu'on part de l'idée qu'une condition ou une restriction applicable à ces autres confessions ou croyances avec lesquelles il y a des heurts produisent un impact inégal, qui devra de toute façon être justifié par la mise en évidence de l'objectif légitime de ces conditions ou restrictions et du caractère adéquat et nécessaire des moyens à mettre en œuvre pour atteindre cet objectif. Nous allons tout de suite nous pencher là-dessus.

Dans la mesure où beaucoup ou la majorité de ces questions concernant les concepts, le champ d'application ou les preuves ont été traitées dans des exposés déjà présentés, je ne vais pas passer maintenant à une analyse. J'aimerais, cependant, souligner le fait d'autant moins surprenant que c'est justement la directive 2000/78 qui, expressément, ne prévoit pas d'obligation d'un aménagement raisonnable entre les obligations de l'entreprise et les exigences d'extériorisation des croyances religieuses du citoyen. En effet, compte tenu des antécédents et, surtout, de la réglementation nord-américaine en la matière, j'attire – extraordinairement – l'attention sur le fait que les aménagements raisonnables prévus à l'art. 5 de la directive ne concernent que les personnes handicapées, tandis que, paradoxalement, on néglige le fait qu'un des domaines où cette nécessité est vraiment pressante est celui des croyances religieuses.