

Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: législation dans quinze États membres de l'UE

Rapport du *Groupe européen d'Experts dans le domaine
de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle* ¹
concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la
*Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur
de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail*

11 Italie

par Stefano Fabeni ²

traduit de l'anglais

¹ Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle (www.emmeijers.nl/experts) a été établi et créé par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'Action Communautaire de Lutte contre la discrimination 2001-2006 (http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm). Le contenu du rapport du Groupe ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position des autorités nationales ou de la Commission européenne. Le rapport, soumis en novembre 2004, vise à représenter le droit tel qu'il était fin avril 2004; seulement quelques développements postérieurs ont été pris en considération. Le texte intégral du rapport (y compris des versions anglaises des 20 chapitres et des versions françaises de la plupart des chapitres, ainsi que des résumés de tous les chapitres en anglais et français) sera édité sur le site web indiqué ci-dessus et les liens vers la page seront indiqués sur www.emmeijers.nl/experts.

² M. S. Fabeni LL.M. (stefano.fabeni@informagay.nl) est candidat doctoral à Columbia Law School, New York. Il travaille également comme directeur du Centre de recherche et d'études juridiques comparatives sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre à Turin (www.cersgosig.informagay.it).

11.1 Cadre juridique général

11.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

Une protection générale contre la discrimination est garantie à l'article 3 de la Constitution italienne, qui reconnaît la dignité égale et l'égalité en vertu du droit, sans distinctions fondées sur le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions politiques et les conditions personnelles ou sociales. Une particularité de cette Constitution³ est présentée à l'article 3(2), qui contient un principe d'égalité substantielle⁴, chargeant l'État d'éliminer les obstacles sociaux et économiques qui limitent la liberté et l'égalité des citoyens et empêchent le plein développement de la personne. Le principe de non-discrimination est un principe inviolable du système juridique.

Les motifs de discrimination énumérés à l'article 3 sont plus restrictifs, si on les compare à ceux mentionnés à l'article 13 du traité CE: cependant, l'expression "conditions personnelles et sociales" autorise une interprétation ouverte du principe constitutionnel, couvrant, comme l'affirment unanimement les auteurs, la protection contre la discrimination exercée envers les lesbiennes et les gays; certains arguent qu'il serait aussi possible de faire référence à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, à condition qu'il soit conçu non seulement comme genre, mais comme incluant d'autres caractéristiques basées sur le genre, comme la préférence sexuelle des individus⁵.

Trois projets de loi constitutionnels⁶ ont été présentés au Parlement en vue d'amender l'article 3 en ajoutant les mots "*orientamento sessuale*" [orientation sexuelle] aux motifs déjà énumérés. Même si cette réforme était pertinente d'un point de vue symbolique, elle n'offre en fait pas de nouveaux instruments efficaces contre la discrimination. En effet, en vue de garantir l'efficacité du précepte normatif, il est nécessaire que le principe constitutionnel soit converti en une règle juridique. La doctrine argue néanmoins que le principe anti-discriminatoire n'est pas seulement contraignant pour le pouvoir législatif, mais que c'est un critère que les tribunaux et l'administration publique doivent respecter lors de l'application et de l'interprétation de la loi; selon certains auteurs et certains tribunaux, il doit être appliqué tant parmi les personnes morales que parmi les associations et au sein des relations gouvernées par le droit privé: c'est particulièrement important, puisque cela permettrait une large interprétation des dispositions anti-discriminatoires de la législation du travail⁷. L'opinion exprimée par la Cour de Cassation⁸ tend encore à être plus restrictive, considérant que l'article 3 est contraignant pour les pouvoirs publics, mais pas pour les sujets privés.

Il faut aussi tenir compte du rôle des institutions internationales, et en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne:

³ Dal Punta, 2002, 202.

⁴ Voir infra 11.1.2.

⁵ Balletti, 1996, 243.

⁶ *Proposta di legge costituzionale* (projet de loi constitutionnel) n° 605 présenté à la Chambre des députés par Franco Grillini et d'autres (7 juin 2001); *Proposta di legge costituzionale* n° 657 présenté à la Chambre des députés par Titti De Simone et d'autres (8 juin 2001); *Disegno di legge costituzionale* (projet de loi constitutionnel) n° 306 présenté au Sénat par Luigi Malabarba et d'autres (25 juin 2001).

⁷ Martines, 1992, 633.

⁸ *Corte di Cassazione*, 11 novembre 1976, n° 4177; *Corte di Cassazione*, 29 mai 1993, n° 6030; *Corte di Cassazione*, 17 mai 1996, n° 4570.

l'article 10 de la Constitution contient un principe général établissant la conformité du système juridique aux règles généralement reconnues du droit international, qui priment sur le droit national. Les articles 80 et 87 reconnaissent comme source de droit les règles de droit internationales provenant d'accords internationaux. Le droit européen occupe une position particulière à cause de la primauté du droit de la Communauté européenne. Le traité établissant les Communautés européennes et les règlements ont automatiquement force de loi et peuvent être appliqués par les tribunaux nationaux. Les directives doivent être mises en œuvre par le juge national lorsqu'elles ont un effet vertical (lorsque l'obligation établie par la directive concerne la relation entre l'État et le citoyen⁹). Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme créent des obligations directes¹⁰ et (dans les relations verticales) sont contraignants au sein du système juridique¹¹.

11.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Le principe d'égalité est un principe de base du système juridique italien¹². Ce principe est particulièrement clair dans le droit du travail, en ce qui concerne la protection constitutionnelle des droits fondamentaux des employés. Le lien entre le droit du travail et le principe d'égalité est même encore plus évident lorsqu'on lit la Constitution italienne, plus précisément l'article 36 (droit à une rémunération honnête), les articles 37 et 51 (principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes) et l'article 38 (reconnaissance et protection des droits sociaux des employés).

Comme mentionné ci-dessus, l'article 3(2) contient le principe d'égalité substantielle. Si une règle anti-discriminatoire peut être lue comme un énoncé *négatif* du principe d'égalité¹³ – puisqu'il s'exprime par une interdiction –, l'expression d'égalité substantielle a une signification pertinente, car c'est un principe de droit positif. Selon certains auteurs¹⁴, le concept d'égalité substantielle de l'article 3 n'est pas particulièrement novateur, étant aspirationnel par nature. D'autres auteurs donnent une lecture différente de la valeur de ce concept, qui est devenu une caractéristique de toute branche de droit positif¹⁵.

Une règle qui différencie, prenant en compte différentes situations, n'est pas seulement autorisée par la Constitution, mais je dirais que c'est un devoir pour le pouvoir législatif. Le droit du travail est le domaine typique où le système doit protéger différentes entités par le biais du respect de l'égalité formelle et promouvoir des opportunités égales dans des situations différentes au moyen de la mise en œuvre de l'égalité substantielle. Le concept d'égalité contenu dans le système juridique italien autorise par conséquent la différenciation comme les actions positives, même si la Cour de Cassation a déclaré qu'il n'y a

⁹ Comme récemment confirmé par la *Corte di Cassazione - Sez. Lavoro* [Cour de Cassation - section travail], 18 mars 2002, n° 3914.

¹⁰ La Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée par la loi n° 848 du 4 août 1955.

¹¹ *Corte di Cassazione - Sez. Civ.* [Cour de Cassation - section civile], 8 juillet 1998, n° 6672.

¹² Pour une large compréhension du concept d'égalité, avec des références au droit du travail, voir De Simone, 2001; Dal Punta, 2002; Barbera, 1991.

¹³ Barbera, 1991, 11.

¹⁴ Gianformaggio, 1996, 1961.

¹⁵ De Simone, 2001, 7.

pas de principe général d'égalité de traitement, ce qui crée des devoirs au sein des relations de travail¹⁶. Cette orientation va probablement changer suite à la récente introduction explicite du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes à l'article 51 de la Constitution.

11.1.3 Répartition des compétences législatives concernant les discriminations dans l'emploi

La principale source de droit est la *“legge”* [loi], qui est approuvée par les deux branches du Parlement. Le gouvernement détient les pouvoirs législatifs dans certaines circonstances: dans les cas d'urgence ou de nécessité, en particulier, il peut émettre un *“decreto-legge”*, ou décret temporaire ayant force de loi, qui doit être validé par le Parlement. En d'autres circonstances, le Parlement peut déléguer au gouvernement le soin d'édicter un *“decreto legislativo”* [décret législatif] ayant force de loi; dans ce cas, le Parlement doit approuver une loi de délégation contenant des critères et principes que le gouvernement doit respecter, une date limite de publication du décret et l'objet exact du décret. Le Parlement fait habituellement usage de ses pouvoirs de délégation lorsque l'objet ou le processus de rédaction est supposé particulièrement complexe; cet instrument est en particulier souvent utilisé pour la mise en œuvre des directives européennes, au moyen de ce qu'on appelle une *“legge comunitaria”* [loi communautaire européenne].

Après la récente réforme de l'article 117 de la Constitution, les régions disposent de pouvoirs législatifs dans de nouvelles matières. En ce qui concerne le droit du travail et la discrimination (en particulier lorsqu'il s'agit de l'égalité de traitement entre hommes et femmes), la frontière entre les pouvoirs législatifs de l'État et ceux des régions n'est pas claire. Si l'État a la compétence exclusive de la *“détermination des normes de base du bien-être lié aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'entièreté du territoire national”*, le nouvel article 117(7) dispose explicitement que *“les lois régionales doivent éliminer tous les obstacles qui nuisent à la totale égalité entre hommes et femmes dans la vie sociale, culturelle et économique et promouvoir l'accès égal des hommes et des femmes aux mandats électifs”*. La disposition reconnaît un pouvoir législatif régional dans la mise en œuvre de l'égalité substantielle, en ce qui concerne l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Les conventions collectives peuvent aussi contenir des dispositions relatives à l'égalité de traitement.

11.1.4 Structure générale du droit du travail

Les sources du droit du travail peuvent être divisées en trois groupes: des sources constitutionnelles, législatives et, de façon plus générale, statales, des sources internationales ou supranationales et des sources contractuelles.

Les articles du cinquième livre du Code civil ont longtemps constitué les principales dispositions législatives régissant le droit du travail. Les lois et

¹⁶ Corte di Cassazione, 4 février 1987, n° 1101, confirmé par Corte di Cassazione, 8 juillet 1994, n° 6448 et Corte di Cassazione, 17 mai 1996, n° 4570, après une décision controversée de la Corte Costituzionale [cour constitutionnelle], 22 février 1989, n° 103.

décrets ordinaires en sont actuellement les sources principales¹⁷, en particulier en ce qui concerne la discrimination et l'égalité de traitement. La source législative la plus pertinente est représentée par la loi 300/1970¹⁸, dite "*Statuto dei Lavoratori*" [Statut des employés]. En ce qui concerne l'égalité de traitement, je dois mentionner la loi 903/1977¹⁹ relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes et la loi 125/1991²⁰ (récemment amendée par le décret législatif 196/2000²¹), introduisant des dispositions relatives à l'action positive dans la loi 903/1977. Les lois 604/1966²² et 108/1990²³ contiennent des dispositions relatives au licenciement individuel.

En ce qui concerne les sources internationales et supranationales, le droit européen constitue la source la plus incisive et la plus pertinente²⁴. Une deuxième source internationale majeure est représentée par les Conventions de l'Organisation internationale du travail²⁵, qui sont mises en œuvre au moyen d'une loi. En cas de conflit entre une Convention mise en œuvre et une loi nationale suivante, c'est cette dernière qui prévaut²⁶ (alors que, en cas de conflit entre le droit national et le droit européen, c'est toujours ce dernier qui prévaut). Certains auteurs prétendent que, conformément à l'article 10 de la Constitution, toutes les dispositions provenant des accords internationaux sont immédiatement exécutoires²⁷. La Cour de Cassation a rejeté cette interprétation²⁸.

La troisième source est représentée par les sources contractuelles. Le "*contratto collettivo di diritto comune*" [convention collective de droit coutumier] est l'une des principales sources du droit du travail. Conformément à l'article 39 de la Constitution, seuls les syndicats enregistrés ont le droit de poser des conventions collectives valides pour la catégorie entière des employés. Comme la procédure d'enregistrement prévue à l'article 39 n'a jamais été acceptée par les syndicats, les partenaires sociaux et les tribunaux (et plus récemment, aussi, la législation) tendaient à donner du poids à la convention collective de

¹⁷ Zoli, 1998, XCV.

¹⁸ Legge 20 maggio 1970, n. 300, *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento* [loi n° 300 du 20 mai 1970, Dispositions relatives à la protection de la liberté et de la dignité des employés et aux règles s'appliquant aux agences d'intérim], (*Gazzetta Ufficiale* [Journal officiel] n° 131 du 27 mai 1970).

¹⁹ Legge 9 dicembre 1977, n. 903, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro* [loi n° 903 du 9 décembre 1977, Égalité de traitement entre hommes et femmes sur le lieu de travail], (*Gazzetta Ufficiale* n° 343 du 17 décembre 1977).

²⁰ Legge 10 aprile 1991, n. 125, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro* [loi n° 125 du 10 avril 1991, Actions positives pour la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes sur le lieu de travail], (*Gazzetta Ufficiale* n° 88 du 15 avril 1991).

²¹ Decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196, *Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'articolo 47 della legge 17 maggio 1999, n. 144* [décret législatif n° 196 du 23 mai 2000, Dispositions sur les activités des Conseillers d'égalité et dispositions concernant les actions positives, conformément à l'article 47 de la loi n° 144 du 17 mai 1999], (*Gazzetta Ufficiale* n° 166 du 18 juillet 2000).

²² Legge 15 luglio 1966, n. 604, *Norme sui licenziamenti individuali* [loi n° 604 du 15 juillet 1966, Dispositions relatives aux licenciements individuels], (*Gazzetta Ufficiale* n° 195 du 6 août 1966).

²³ Legge 11 maggio 1990, n. 108, *Disciplina dei licenziamenti individuali* [loi n° 108 du 11 mai 1990, Cadre légal des licenciements individuels], (*Gazzetta Ufficiale* n° 108 du 11 mai 1990).

²⁴ Voir 11.1.1.

²⁵ En ce qui concerne la discrimination sur le lieu de travail, l'Italie a ratifié les Conventions de l'OIT n° 111/1958 et 117/1962.

²⁶ Nicolini, 2000, 27.

²⁷ Galantino, 2001, 2.

²⁸ Corte di Cassazione, 21 mai 1973, n° 1455; Corte di Cassazione, 17 octobre 1983, n° 6078; Corte di Cassazione, 12 février 1992, n° 1786.

droit coutumier, qui est tenue pour acquise par les partenaires sociaux et considérée valide si l'employeur ou l'employé appartient à une organisation signataire ou en cas d'accord tacite. Depuis les années cinquante, les tribunaux se sont aussi mis à utiliser les conventions collectives comme des paramètres de leurs décisions (en particulier au sujet du salaire minimum)²⁹. Enfin, de nombreuses dispositions législatives font référence à ces conventions, de sorte que certains auteurs ont argué que la législation confère des pouvoirs normatifs à de telles conventions³⁰.

Comme sources mineures du droit du travail, il y a les coutumes, qui, en vertu de l'article 1340 du Code civil, deviennent des clauses du contrat même si elles sont inconnues ou non explicitement voulues. Au contraire, lorsque les coutumes ne sont pas appliquées, c'est uniquement en cas d'exclusion explicite³¹.

Le décret législatif 276/2003³², récemment adopté, introduit un nouveau cadre relatif au marché du travail et régit le cas des contrats de travail dits atypiques, comme les contrats à temps partiel et flexibles, les contrats de formation pratique et les contrats d'accès à l'emploi de groupes spécifiques de personnes désavantagées (en raison de leur âge, de leur sexe, de leur handicap, de leur condition de chômeurs), les contrats occasionnels et les contrats pour la réalisation d'un projet.

La principale source du droit de l'emploi public est la législation nationale: le décret législatif 29/1993³³ a réformé en profondeur la discipline, qui tend maintenant à être soumise aux mêmes règles que l'emploi privé.

11.1.5 *Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

Les seules dispositions italiennes mentionnant l'orientation sexuelle sont celles qui mettent en œuvre la Directive, et avant tout le décret législatif de mise en œuvre de la Directive-cadre, qui sera analysé dans ce chapitre; de plus, l'article 10 du décret législatif 276/2003 relatif au marché du travail introduit une interdiction, pour les agences d'intérim publiques et privées, de rechercher ou de gérer, même avec son consentement explicite, toutes données relatives, notamment, à l'orientation sexuelle du demandeur d'emploi ou de l'employé.

Trois projets de loi avaient déjà préalablement été présentés au Parlement en vue d'amender la législation anti-discriminatoire en matière d'emploi et de travail sur ce point³⁴. En particulier le projet de loi n° 2755, visant à amender

²⁹ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 2002, 166.

³⁰ Zoli, 1998, XCIX.

³¹ Notamment *Corte di Cassazione* [Cour de Cassation], 19 avril 1980, n° 2583.

³² *Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30* [décret législatif n° 276 du 10 septembre 2003, Mise en œuvre de délégations de compétences sur le marché de l'emploi et du travail, en vertu de la loi n° 30 du 12 février 2003], (*Gazzetta Ufficiale* n° 235 du 9 octobre 2003).

³³ *Decreto Legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego* [décret législatif n° 29 du 3 février 1993, Rationalisation de l'organisation des administrations publiques et révision du cadre légal concernant l'emploi public], amendé par le *Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, (Gazzetta Ufficiale* n° 119 du 25 mai 1998).

³⁴ *Proposta di legge* [projet de loi] n° 2755 présenté à la Chambre des députés par Franco Grillini, Titti De Simone et d'autres (15 mai 2002); *proposta di legge* n° 715 présenté à la Chambre des députés par Titti

l'article 15 du Statut des travailleurs³⁵, ainsi que la loi 903/1977 relative à l'Egalité de traitement entre hommes et femmes et la loi 125/1991 relative aux actions positives, en incluant explicitement le motif d'orientation sexuelle. On ne s'attend pas à ce que le projet de loi soit discuté dans un futur proche.

Il faut noter que l'article 4(1) du décret de mise en œuvre de la Directive amende l'article 15 du Statut des travailleurs (applicable à l'emploi privé comme à l'emploi public), qui interdit maintenant explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Suite à l'introduction du décret de mise en œuvre de la Directive, un projet de loi a été présenté au Parlement en vue de modifier le décret lui-même³⁶. Selon ceux qui le proposent, le projet de loi vise à rendre le décret pleinement compatible avec la Directive-cadre, précisément en amendant les dispositions qui ne sont pas conformes avec elle. Conformément au règlement de la Chambre des députés, les initiateurs de la proposition ont formellement demandé que l'on prévienne la discussion et le vote de ce projet de loi. La requête promulgue une sorte de procédure prioritaire qui, en principe, rend plausible que le projet de loi soit voté avant la fin de la législature en cours, c'est-à-dire d'ici le premier semestre 2006.

Certains projets de loi visant à introduire des dispositions de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ont été présentés au niveau régional³⁷. Les projets de loi mentionnés introduiraient en particulier des normes anti-discriminatoires dans les secteurs du droit du travail laissés à la juridiction des régions, à savoir la formation, l'intégration sociale, l'accès à l'emploi, la formation des employés régionaux.

De Simone et d'autres (12 juin 2001); *Disegno di legge* [projet de loi] n° 303 présenté au Sénat par Luigi Malabarba et d'autres (25 juin 2001).

³⁵ Art. 15 du Statut des employés: "(Atti discriminatori). (1) E' nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. (2) Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti a atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali". [(1) Tout contrat ou acte est déclaré nul s'il vise à: a) subordonner l'emploi d'un employé à la condition qu'il adhère ou n'adhère pas à un syndicat ou cesse d'y prendre part; b) licencie un employé, le discrimine dans l'assignation de postes ou de fonctions, dans des transferts, dans les sanctions disciplinaires ou lui cause d'autre manière un préjudice à cause de son affiliation à un syndicat ou de sa participation à des activités syndicales ou à une grève. (2) Les mêmes règles s'appliquent aux contrats ou actes visant à discriminer pour des motifs d'opinions politiques ou religieuses, de langue, de sexe, de handicap, d'âge, d'orientation sexuelle ou de convictions"].

³⁶ *Proposta di legge* [projet de loi] n° 4389 présenté à la Chambre des députés par Titti De Simone et d'autres (16 octobre 2003), *Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* [Révision du décret législatif n° 216 du 9 juillet 2003 de mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail]. Le projet de loi a été soutenu par un large groupe de parlementaires de tous les partis de la coalition de centre gauche et par le syndicat CGIL. Une très brève description de ses articles sera donnée ci-dessous, par rapport à leur sujet spécifique.

³⁷ Notamment les *proposta di legge* [projet de loi] n° 266 présenté au Conseil régional de Toscane par le conseiller Zoppi; *proposta di legge* n° 417 présenté au Conseil régional du Piedmont par Marisa Suino et d'autres. Jusqu'ici, seul le projet de loi introduit en Toscane a été approuvé par le gouvernement régional et sa discussion par l'assemblée régionale en vue d'approbation définitive est prévue.

11.1.6 *Jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

On ne connaît pas de précédents de jurisprudence relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi et aucun cas connu ne s'est jusqu'ici présenté au sein du nouveau cadre. En dépit de cette absence de jurisprudence, on ne peut pas affirmer qu'il n'y a pas de discrimination en matière d'emploi fondée sur l'orientation sexuelle. Des enquêtes menées en 1992 à la demande du plus grand syndicat italien, le *CGIL*³⁸, ont montré que 48% des employés homosexuels interrogés connaissaient des cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sur le lieu de travail³⁹. Cette situation sensible met clairement en lumière l'inadéquation de l'ancienne protection et, si elle persiste, pourrait soulever des questions au sujet de l'efficacité du nouveau cadre ou, au moins, du processus de diffusion de l'information.

11.1.7 *Dispositions relatives aux discriminations dans le travail et l'emploi qui ne comprennent pas (encore) l'orientation sexuelle*

Le cadre juridique de lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, plus spécifiquement la loi 903/1977 relative à l'Egalité de traitement entre hommes et femmes et la loi 125/1991 relative aux actions positives (contenant des voies de recours et portant création d'organismes de promotion de l'égalité de traitement), ne couvre pas explicitement l'orientation sexuelle.

Le cadre de lutte contre la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique prévu par le décret législatif de mise en œuvre de la Directive 2000/43/CE et par le décret législatif n° 286/1998⁴⁰ et, en particulier, les articles 43 et 44 de ce dernier (interdisant la discrimination sur le lieu du travail et introduisant des voies de recours) ne s'applique pas à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, à l'exception des dispositions concernant les voies de recours établies par les articles 44(1) à 44(6), 44(8) et 44(11)⁴¹.

11.1.8 *Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que le travail et l'emploi*

Il n'y a pas de dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines. Les trois projets de loi mentionnés au sous-paragraphe 11.1.5 visent en réalité à introduire une réforme plus large, qui ne se limite pas au droit du travail. Les projets de loi proposent en particulier: une réforme de la législation traitant des crimes haineux, y compris ceux relatifs à l'orientation sexuelle; la formulation d'une protection plus forte des données personnelles relatives à la vie sexuelle, en affirmant un droit général au caractère privé de la sexualité; une protection spéciale contre la discrimination et l'homophobie dans les écoles; l'interdiction explicite de la discrimination dans les assurances-santé; la reconnaissance du droit d'asile pour les victimes de persécution fondée sur l'orientation sexuelle. Deux projets de loi proposés

³⁸ *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*.

³⁹ Ruspini, Zajczyk, 1993, 256.

⁴⁰ *Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* [décret législatif n° 286 du 25 juillet 1998, Cadre général sur l'immigration et dispositions sur le statut juridique des étrangers], (*Gazzetta Ufficiale* n° 191 du 18 août 1998), tel que révisé par la loi n° 189 du 30 juillet 2002.

⁴¹ Voir 11.5.2 et 11.5.3.

ensuite⁴² se focalisent spécifiquement sur la législation relative aux crimes haineux (délits de violence et incitation à la haine) et visent à amender le décret 122/1993⁴³.

Un projet de loi amendant la loi sur l'Immigration en vue d'inclure l'orientation sexuelle et le sexe dans la clause anti-discriminatoire de cette loi a été voté, mais non approuvé, lors d'une récente séance du Parlement.

Les projets de loi mentionnés ci-dessus⁴⁴ prévoient un cadre anti-discriminatoire plus large, interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (et l'identité de genre) dans les services de soins de santé et du tourisme.

11.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

11.2.1 *Instrument juridique utilisé pour transposer la directive dans l'État membre*

La Directive a été mise en œuvre par un décret législatif. La loi n° 39 du 1^{er} mars 2002⁴⁵ (loi communautaire européenne 2001) conférait au gouvernement une délégation de pouvoirs en vue d'édicter le décret de mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE (ci-après: le Décret).

Conformément à la loi 39/2002, la première version du Décret a été rédigée par les bureaux législatifs du ministère de l'Égalité des chances et du ministère du *Welfare* et approuvée par le Conseil des ministres. Comme établi à l'article 1(3) de la loi de Délégation, l'avant-projet a été transmis au Parlement pour connaître l'opinion des commissions parlementaires compétentes (à savoir la Commission du travail et des affaires communautaires de la Chambre des députés et la Commission du travail, des affaires constitutionnelles, de la justice et des affaires communautaires du Sénat). La version définitive du décret législatif⁴⁶ a été modifiée pour tenir compte de certaines des remarques de la Commission, mais il n'est toujours pas conforme à la Directive sur plusieurs points.

Le décret n° 216 du 9 juillet 2003 a été publié au Journal officiel le 13 août 2003 et il est entré en vigueur le 28 août 2003.

Etant donné que l'article 1(4) de la loi de Délégation autorise le gouvernement à édicter, dans l'année qui suit l'entrée en vigueur du décret, des dispositions complémentaires ou correctrices par le biais d'un ou de plusieurs décrets

⁴² *Proposta di legge* n° 635 présenté à la Chambre des députés par Titti De Simone et d'autres (7 juin 2001); *Disegno di legge* n° 304 présenté au Sénat par Luigi Malabarba et d'autres (25 juin 2001).

⁴³ *Decreto legge* 26 aprile 1993, n.122, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa* [décret n° 122 du 26 avril 1993, Mesures urgentes contre la discrimination fondée sur la race, l'ethnicité et la religion], transformé et modifié par la *legge* 25 giugno 1993, n. 205 [loi n° 205 du 25 juin 1993], (*Gazzetta Ufficiale* n° 148 du 26 juin 1993).

⁴⁴ Voir 11.1.5.

⁴⁵ *Legge* 1 marzo 2002, n. 39, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2001* (*Gazzetta Ufficiale* n° 72 du 26 mars 2002).

⁴⁶ *Decreto legislativo* 9 luglio 2003, n.216. *Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* [décret législatif n° 216 du 9 juillet 2003. Mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail] (*Gazzetta Ufficiale* n° 187 du 13 août 2003).

législatifs, une intervention visant à mettre correctement en œuvre toutes les dispositions de la Directive serait très appropriée.

Le gouvernement n'a pas impliqué les partenaires sociaux ou les groupes d'intérêt dans le processus de rédaction. La *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (un des syndicats) a néanmoins formellement envoyé aux commissions parlementaires compétentes mentionnées ci-dessus un document contenant une analyse et quelques propositions d'amendement.

Le décret 276 est entré en vigueur le 24 octobre 2003.

11.2.2 Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)

Les mots utilisés dans le Décret, comme dans d'autres projets de loi présentés au Parlement, sont "*orientamento sessuale*", c'est-à-dire la traduction exacte des mots français, mais il n'y a pas la moindre définition juridique. En faisant référence à l'orientation sexuelle, la doctrine ne fait pas la distinction entre le comportement ou l'identité, l'aspect émotionnel ou sexuel. L'orientation sexuelle inclut l'orientation homosexuelle, hétérosexuelle et bisexuelle. Le Décret n'utilise pas de pronoms possessifs.

Les mots italiens utilisés pour "orientation sexuelle" dans la Directive (et à l'art. 13 du traité CE) sont "*tendenze sessuali*" [tendances sexuelles]. Un premier projet du Décret utilisait les mêmes mots, mais il a été amendé sur proposition de la Commission du travail de la Chambre des députés⁴⁷, suite à la requête de certains membres du Parlement, d'organisations de gays et de lesbiennes et de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*.

11.2.3 Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)

La notion de discrimination directe fournie par le Décret est exactement la même que celle de la Directive. En effet, le Décret utilise les mêmes mots que la version italienne de la Directive⁴⁸. Cette définition ne mentionne pas l'auteur de la discrimination (qui n'est pas nécessairement l'employeur); au contraire, elle ne se focalise pas sur les effets de l'acte ou du comportement: il semble par conséquent que l'élément psychologique (c'est-à-dire le but de l'auteur) soit pertinent, contrairement à ce qui est établi par la loi 125/1991.

11.2.4 Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)

La notion de discrimination indirecte de l'article 2(2)(b) du Décret est presque identique à celle de la Directive. En effet, la discrimination indirecte se produit "lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre

⁴⁷ Opinion de la XI^e Commission permanente (Emploi public et privé) de la Chambre des députés. Loi n° 217. Voir aussi le Rapport de la XI^e Commission, 4 juin 2003, p. 96. Pendant les débats, le vice-ministre du Travail a reconnu que les mots "*tendenze sessuali*" ne sont pas appropriés et ne correspondent pas aux mots utilisés dans la loi n° 30 du 12 février 2003, la loi de délégation relative à la réforme du marché du travail.

⁴⁸ "*Discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*" [Discrimination directe lorsque, pour des motifs de religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle, une personne est traitée de façon moins favorable qu'une autre n'est, n'a été ou ne serait traitée dans une situation comparable].

d'entraînerait un désavantage particulier pour des personnes (...) d'une orientation sexuelle donnée par rapport à d'autres personnes"⁴⁹.

La notion mentionnée ci-dessus est opportunément différente de la notion de discrimination indirecte telle que définie par la loi 125/1991 en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe (tout traitement défavorable découlant de l'adoption de critères qui créent un désavantage affectant de façon disproportionnée un groupe d'employés et concerne des exigences non essentielles pour le développement de l'activité de travail). En effet, comme souligné dans la note explicative sur le Décret⁵⁰ et soutenu par certains auteurs⁵¹, le concept de discrimination indirecte tel qu'adopté pour la discrimination fondée sur le sexe n'aurait pas été approprié parce qu'il se focalise sur l'idée de proportionnalité statistique de la discrimination (fondée sur le sexe) plutôt que sur le désavantage provoqué par "une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre", comme le dit la Directive. Le *ratio* de la définition de la discrimination indirecte prévue par cette disposition fait essentiellement référence à l'idée que la discrimination fondée sur le sexe affecte un groupe social qui, en fait, n'est pas une minorité⁵², et que la discrimination indirecte se produit quand un critère (apparemment non discriminatoire) cause un désavantage disproportionné fondé sur le sexe.

11.2.5 Interdiction et concept de harcèlement (art. 2, 3 Directive)

Le Décret développe, pour la première fois dans le système juridique italien, la notion de harcèlement, défini à l'article 2(3) comme un "comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 2(1) qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant" et considéré comme une discrimination.

La notion correspond à celle de la Directive et semble correspondre partiellement au concept de "*mobbing*", ou harcèlement moral et psychologique tel qu'élaboré par la doctrine et les tribunaux⁵³. Le *mobbing* est en effet défini comme un comportement intentionnel de l'employeur (*bossing*), de collègues (*mobbing horizontal*) ou de supérieurs (*mobbing vertical*), visant à isoler et humilier, créant un environnement hostile et intimidant et la perte de compétitivité professionnelle de l'employé; l'intention discriminatoire peut être la cause d'un tel comportement⁵⁴.

Le *mobbing* est toutefois caractérisé par la répétition systématique de comportements dans la durée (élément temporel), alors que la notion de

⁴⁹ "*Discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone (...) di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*". La première version utilisait "*mettono*" au lieu de "*possono mettere*" ["entraîne" au lieu de "entraînerait"]: cette notion aurait été plus restrictive que celle exprimée par la Directive.

⁵⁰ L'opinion de la XI^e Commission permanente de la Chambre des députés (ci-dessus, n° 42) proposait d'adopter la même définition.

⁵¹ Roccella, Treu, 2002, 241.

⁵² De Simone, 2001, 60.

⁵³ Le mot a été utilisé par le sociologue allemand Leymann qui, en 1984, a défini le comportement de *mobbing*. La jurisprudence et la doctrine italiennes ont préféré ne pas le changer et ce mot fait maintenant partie du vocabulaire italien. Les projets de loi présentés au Parlement utilisent toutefois normalement des mots italiens, qui se traduisent par harcèlement moral ou persécution psychologique.

⁵⁴ Monateri, Bona, Oliva, 2000, 10; Di Giuseppe, 2002, 9.

harcèlement utilisée par le Décret fait référence à un “comportement indésirable” qui inclut aussi le comportement isolé. Le mobbing ne se caractérise pas par une conduite typique: le harcèlement verbal, les expressions intimidantes ou vexatoires, les comportements illégaux (comme le harcèlement sexuel, les menaces, etc.) et même une série de comportements, licites quand on les considère un par un, sont considérés comme des cas de mobbing s'ils visent à causer les effets énumérés ci-dessus et s'ils s'inscrivent dans un processus environnemental, psychologique et pathologique. Le caractère de la notion de mobbing pourrait être utile dans certains cas qui pourraient ne pas être couverts avec précision par le Décret: à part la protection offerte dans certains cas⁵⁵ par le droit criminel, les tribunaux et la doctrine ont identifié aux articles 2087⁵⁶ et 2103⁵⁷ du Code civil (et à l'article 2043 pour l'indemnisation des dommages encourus) les instruments et voies de recours pour lutter contre ce comportement⁵⁸.

La notion contenue dans le Décret recouvre le harcèlement sexuel. Pour ce qui est de son concept, la définition élaborée par la doctrine et les tribunaux recouvre tous les comportements (verbaux ou non) sexuellement pertinents qui se produisent sur le lieu de travail, sont indésirables et portent atteinte à la dignité et à la liberté de la victime. Les tribunaux ont en général tendance à appliquer le concept de harcèlement comme stipulé dans la recommandation de la Commission du 27 novembre 1991⁵⁹. Le harcèlement envers des clients⁶⁰ ou tout autre individu sur le lieu de travail est punissable. Le harcèlement est sanctionné par le droit criminel et donne à la victime le droit à des compensations; conformément à l'article 2087 du Code civil, l'employeur peut être considéré comme responsable, même s'il n'est pas l'auteur des faits⁶¹.

Plusieurs projets de loi ont été présentés au Parlement: certains définissent le harcèlement moral ou psychologique, tandis que d'autres traitent spécifiquement du harcèlement sexuel et considèrent le chantage sexuel comme une circonstance aggravante.

11.2.6 Injonction de discriminer (art. 2(4) Directive)

L'article 2(4) du Décret dispose que “toute injonction de discriminer à l'encontre de personnes pour des motifs de religion, de convictions, de handicap, d'âge

⁵⁵ Quand les comportements sont des délits criminels ou provoquent des troubles psychologiques ou une maladie physique.

⁵⁶ Art. 2087 du Code civil: “L'entrepreneur doit adopter, dans l'exercice des affaires et en fonction de la nature du travail, de l'expérience et de la technique, les mesures nécessaires afin de protéger l'intégrité physique et la personnalité morale des employés”.

⁵⁷ Art. 2103 du Code civil: “L'employé doit être assigné aux *mansioni*, ou tâches [c'est-à-dire le poste et toutes les activités qui correspondent à ce poste] pour lesquelles il a été recruté, ou aux tâches relatives aux catégories supérieures successivement atteintes, ou aux dernières tâches effectivement exercées, sans la moindre diminution de son salaire. Si l'employé est assigné à des tâches supérieures, il a droit au traitement correspondant à l'activité effectuée; l'affectation ne peut pas être modifiée, à moins que l'employé n'ait été substitué à un autre employé ayant le droit d'être réintégré (...). L'employé ne peut être transféré dans d'autres unités de production que si les besoins organisationnels, de production ou techniques sont prouvés.”

⁵⁸ Lazzari, 2001, 59.

⁵⁹ 27 novembre 1991, OJ 24/02/92 L 49/1. Soutenue par le Conseil avec la déclaration du 19 décembre 1991, OJ 4/2/92 C 27/1; voir Roccella, Treu, 2002, 218.

⁶⁰ *Tribunale di Milano*, 4 novembre 2000.

⁶¹ Voir 11.2.6.

ou d'orientation sexuelle est considérée comme de la discrimination”⁶². Une interdiction générale de l'injonction de discriminer tombe sous le coup de l'article 2087 du Code civil, qui prévoit l'obligation pour l'employeur de garantir l'intégrité physique et morale de ses employés.

11.2.7 *Champ d'application matériel de l'interdiction (art. 3 Directive)*

L'article 3(1) du Décret dispose que l'interdiction de discriminer et les voies de recours s'appliquent à toutes les personnes des secteurs public et privé pour ce qui concerne les domaines suivants:

- a) l'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement;
- b) les conditions d'emploi et de travail, y compris les promotions, les licenciements et le salaire;
- c) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique;
- d) l'affiliation à, ou l'engagement dans, une organisation d'employés ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations⁶³.

De plus, l'article 15 (amendé) du Statut des travailleurs fait explicitement référence à des fonctions, transferts, sanctions disciplinaires et licenciements; la Cour de Cassation a statué – et c'est ce qu'affirme également la doctrine juridique – que la liste de comportements discriminatoires n'est pas strictement exhaustive et contraignante et qu'elle doit être considérée comme une liste ouverte⁶⁴. L'article 15 s'applique par conséquent à tous les domaines de la relation de travail, y compris l'accès à l'emploi, les conditions de travail, le développement de la carrière et la rétribution. Selon la doctrine⁶⁵ et les tribunaux⁶⁶, l'interdiction de discrimination en vertu de l'article 15 inclut également les comportements négligents.

11.2.8 *Champ d'application personnel: personnes physiques et personnes morales dont les actions sont l'objet de l'interdiction*

En ce qui concerne les personnes protégées, les dispositions mentionnées au sous-paragraphe qui précède s'appliquent à *toutes* les personnes et couvrent les discriminations collectives, comme souligné à l'article 5(2) du Décret⁶⁷.

⁶² Art. 2(4) du Décret: “L'ordine di discriminare persone a causa della religione, delle convinzioni personali, dell'handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale è considerata discriminazione ai sensi del comma 1”.

⁶³ La première version, modifiée ensuite sur proposition des Commissions du travail de la Chambre des députés et du Sénat, limitait la protection à “l'engagement dans une organisation d'employés ou d'employeurs”.

⁶⁴ Corte di Cassazione, 1^{er} février 1988, n° 868.

⁶⁵ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 1992, 135.

⁶⁶ Corte di Cassazione [Cour de Cassation], 28 mars 1980, n° 2054.

⁶⁷ Voir 11.5.7.

Quant à l'auteur possible de la discrimination, les dispositions s'appliquent également à toutes les personnes des secteurs public et privé. L'interdiction prévue à l'article 15 du Statut des travailleurs (voir 11.1.5) s'applique à tout type d'employeur (personne physique ou morale), ainsi qu'aux organisations d'employés ou d'employeurs⁶⁸.

Pour ce qui est du personnel des agences d'intérim et des employés temporaires, la loi 196/1997⁶⁹ étend explicitement les dispositions du Statut des travailleurs à ces employés. De plus, l'article 10 du décret législatif 276/2003 relatif au marché du travail contient une interdiction, pour les agences d'intérim, de rechercher, conserver ou traiter des données concernant l'orientation sexuelle⁷⁰. L'article 10 du décret législatif 469/1997⁷¹ applique les dispositions de l'article 15 du Statut des travailleurs aux intermédiaires du marché du travail.

11.3 Dans le domaine de l'emploi, quelles formes de comportement se trouvent-elles prohibées en tant que discriminations fondées sur l'orientation sexuelle?

11.3.1 Discriminations sur la base d'une préférence ou d'un comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel, vrai ou supposé

En Italie, il n'y a pas de débat juridique pertinent mettant en évidence une différence entre la préférence sexuelle et le comportement sexuel (ou sexuellement pertinent). Une telle différence n'émerge pas non plus du texte du Décret. Par conséquent, la conception juridique de l'orientation sexuelle recouvre les deux aspects.

Même s'il n'y a aucune doctrine ou jurisprudence concernant la nouvelle interdiction explicite de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui est totalement nouvelle pour le système juridique italien, il ne fait aucun doute que toute discrimination fondée sur la préférence ou le comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel réel d'une personne est interdite par les nouvelles dispositions. La version amendée de l'article 15 du Statut des travailleurs représente un important renforcement d'une telle protection.

En ce qui concerne les licenciements, le licenciement discriminatoire est régi par l'article 3 de la loi 108/1990 relative aux Licenciements individuels, qui est en fait une version consolidée de l'article 4 de la loi 604/1966, et par la version amendée de l'article 15 du Statut des travailleurs: le licenciement discriminatoire (également pour motif d'orientation sexuelle) est toujours de nul effet.

A la lumière des nouvelles dispositions, il n'y a pas la moindre possibilité qu'un licenciement fondé sur le comportement homosexuel, hétérosexuel ou bisexuel

⁶⁸ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 1992, 136.

⁶⁹ Legge 24 giugno 1997, n. 196, Norme in materia di promozione dell'occupazione [loi n° 196 du 24 juin 1997, Dispositions sur la promotion dans l'emploi], (Gazzetta Ufficiale n° 154 du 4 juillet 1997).

⁷⁰ Voir 11.1.5.

⁷¹ Decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'articolo 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59 [Décret législatif n° 469 du 23 décembre 1997, Attribution de fonction et de devoirs concernant le marché de l'emploi aux Régions et aux gouvernements locaux, conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 59 du 15 mars 1997], (Gazzetta Ufficiale n° 5 du 4 juillet 1997).

puisse être considéré comme licite, correspondant au concept de cause juste ou de raison justifiée, puisque la doctrine et la jurisprudence excluent toutes deux définitivement que des comportements personnels ou des faits et des actes privés puissent être considérés comme une cause juste ou une raison justifiée du licenciement s'ils n'ont pas de conséquences effectives ou potentielles sur les activités de travail ou la nature substantielle de la relation de travail⁷².

Il est important de noter que, d'un point de vue constitutionnel, *la liberté d'entreprise économique de l'employeur protégée par la Constitution à l'article 41 a une limite (à laquelle il ne peut être dérogé) représentée par le respect de la sécurité, de la liberté et de la dignité des personnes*: le respect de l'employé en tant que personne, de ses droits et libertés fondamentaux, de ses caractéristiques et qualités représente une limite constitutionnelle aux droits et libertés que la Constitution elle-même garantit à l'employeur.

Il ressort de l'analyse du texte du Décret que les dispositions s'appliquent également dans les cas de supposition erronée de l'orientation sexuelle d'un employé. Le point pertinent est en effet représenté par le fait que toute discrimination fondée sur *l'orientation sexuelle* (présumée ou réelle) est interdite.

11.3.2 *Discriminations sur la base de la déclaration, ou de l'absence d'occultation, de l'orientation sexuelle*

La discrimination fondée sur l'expression verbale de l'orientation sexuelle n'est pas autorisée à la lumière des dispositions du Décret. Cette forme de discrimination implique également des arguments concernant la protection de la liberté d'expression.

Le droit fondamental énoncé à l'article 21 de la Constitution a été exprimé à l'article 1^{er} du Statut des travailleurs⁷³, qui déclare que les employés ont le droit d'exprimer leurs pensées sur leur lieu de travail. Ce concept doit être interprété d'une manière plus large, de façon à inclure la liberté d'exprimer sa personnalité⁷⁴.

11.3.3 *Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexes différents*

La différence dans le traitement entre partenaires de même sexe et partenaires de sexes différents est généralement et essentiellement la conséquence de l'absence de toute forme de reconnaissance juridique des premiers. Par conséquent, la reconnaissance de tout droit ou avantage accordé par la loi, par une convention collective ou par l'employeur dépend avant tout de son extension aux couples de concubins.

Même s'il ne convient pas de généraliser, je peux affirmer que la discrimination entre partenaires de même sexe et partenaires de sexes différents affecte particulièrement les avantages accordés par les employeurs. Les stratégies

⁷² Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 1998, 439.

⁷³ Avio, 2001, 133.

⁷⁴ De Simone, 2001, 75.

visant à étendre les avantages aux partenaires de même sexe sont encore rares⁷⁵.

En ce qui concerne les conventions collectives et le droit, la situation matrimoniale a été le motif justifiant les différences de traitement (pour les partenaires de même sexe et les partenaires de sexes différents non mariés), même si la tendance actuelle est d'étendre la reconnaissance de certains droits aux couples de concubins. En effet, en ce qui concerne le règlement des congés pour deuil ou pour raisons personnelles, la loi 53/2000⁷⁶ et le règlement dérivé adopté par le décret 278/2000 du Premier ministre⁷⁷ étendent ce droit aux cas d'infirmité ou de décès du "*convivente anagrafico*" [cohabitant stable]⁷⁸. Ces dispositions ne faisant pas référence à l'orientation sexuelle, elles couvrent donc les partenaires de même sexe. En conséquence à ces règles, de nombreuses conventions collectives étendent aux cohabitants (quelle que soit leur orientation sexuelle) les droits aux congés et à la retraite temporaire⁷⁹.

À mon avis, une conséquence discriminatoire majeure affectant les partenaires non mariés en général concerne le système des pensions, particulièrement en ce qui concerne les pensions de survie: conformément au décret royal 636/1939⁸⁰ révisé, seul l'épouse (l'époux) du employé (de l'employée) du secteur privé ou public est habilité(e) à bénéficier de la pension. La légitimité de cette disposition a récemment été confirmée par le tribunal constitutionnel⁸¹.

Considérant que l'article 3(1)(b) du Décret a mis en œuvre l'article 3(1)(c) de la Directive, je pense que le refus d'étendre aux partenaires de même sexe les avantages accordés aux cohabitants de sexes opposés constitue une discrimination directe, puisque, en fait, il n'est pas une conséquence directe du droit national, mais plutôt la conséquence de l'initiative de l'employeur, comme le soulignent certains auteurs⁸². En ce sens, il devrait être possible d'aller au-

⁷⁵ L'assurance-santé de la catégorie professionnelle des journalistes (CASAGIT) étend ses avantages aux cohabitants *de facto*, incluant explicitement les partenaires de même sexe (voir: www.casagit.it).

⁷⁶ Legge 8 marzo 2000, n. 53, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città* [loi n° 53 du 8 mars 2000, Dispositions pour soutenir la maternité et la paternité, pour le droit aux soins de santé et à la formation, pour la coordination des temps des villes], (*Gazzetta Ufficiale* n° 60 du 13 mars 2000).

⁷⁷ Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari sociali 21 luglio 2000, n.278, *Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari* [Décret du Premier ministre – Département des Affaires sociales n° 278 du 21 juillet 2000, Règlement concernant les dispositions de mise en œuvre de l'article 4 de la loi n° 53 du 8 mars 2000, concernant les congés pour causes et événements particuliers].

⁷⁸ La loi fait référence à la *famiglia anagrafica* [famille enregistrée] telle qu'elle est définie à l'article 4 du décret présidentiel n° 223 du 30 mai 1989: cet enregistrement est conçu à des fins de résidence, il n'a aucune conséquence juridique et, en dépit des motifs pour lesquels un congé peut être accordé, il ne peut pas être considéré comme une forme de reconnaissance des couples de concubins. Le droit à un congé est prévu également pour les parents non cohabitants (par ex. frères/sœurs, grands-parents, petits-enfants) (mais seulement pour quelques parents, pas pour tous).

⁷⁹ Voir comme exemple la convention collective nationale des postiers du 11 janvier 2001. Le règlement des employés de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* accorde même une licence de mariage de substitution pour les cohabitants de même sexe et de sexes différents. Dans d'autres cas, les conventions collectives n'incluent pas encore de droits pour le cohabitant: la convention collective nationale des employés de l'industrie métallurgique et mécanique du 8 juin 1999, par exemple, exclut les partenaires *de facto* des compensations accordées en cas de décès d'un employé ou des avantages au cas où l'employé doit quitter sa résidence. La retraite temporaire ("*aspettativa*") est une période pendant laquelle un employé peut être temporairement remplacé tout en gardant le droit de conserver son emploi, même si, au bout d'un certain temps, il n'a plus droit à son salaire.

⁸⁰ Regio decreto 14 aprile 1939, n. 636, *Disposizioni in materia di pensioni* [Décret royal n° 636 du 14 avril 1939, Dispositions sur les pensions] (converti et révisé par la loi n° 1272 du 6 juillet 1939).

⁸¹ Corte Costituzionale, 3 novembre 2000, n° 461.

⁸² Bell, 2002, 116; Bell, 2001, 667.

delà de la décision dans l'affaire *Grant*⁸³ qui, selon l'opinion unanime des spécialistes en droit⁸⁴, a eu un impact troublant sur la législation nationale.

L'article 3(2)(d) stipule explicitement que le Décret sera sans préjudice des dispositions déjà en vigueur à propos de la situation matrimoniale et des avantages qui en découlent, comme prévu par le considérant 22 de la Directive; il pourrait cependant être possible de remettre en question la différence de traitement fondée sur la situation matrimoniale, telle que prévue par une convention collective ou par des employeurs, comme une forme de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

Dix projets de loi visant à reconnaître juridiquement les couples de concubins ou les partenariats de même sexe ont été présentés au Parlement: tous étendent explicitement ou implicitement tous les droits des employés mariés aux employés impliqués dans une relation entre personnes de même sexe, conformément à l'objet du projet de loi: l'ouverture du mariage, la reconnaissance juridique de la cohabitation ou l'introduction de l'union civile, du partenariat enregistré ou des PaCS. Le projet de loi visant à introduire la reconnaissance juridique inspirée des PaCS français est celui qui a obtenu l'appui le plus fort du Parlement: les initiateurs ont formellement demandé que le projet de loi soit soumis à la discussion et au vote.

Enfin, le système italien ne prévoit pas de protection spécifique dans le cas d'une personne qui n'est pas le parent légal d'un enfant. Le décret législatif 151/2001⁸⁵ énonce les règles concernant la position des parents en ce qui concerne les droits et avantages sur le lieu de travail: conformément à l'article 1^{er}, seul le parent légal ou adoptif, ou la personne qui a la garde légale de l'enfant⁸⁶, a droit aux avantages prévus par la loi. Des avantages supplémentaires (à savoir un allongement des congés et absences) sont accordés aux parents isolés. Seuls les enfants légaux ou adoptifs peuvent obtenir une pension de survie.

11.3.4 *Discriminations sur la base de l'association avec des personnes, événements ou organisations lesbiens, gays, bisexuels ou hétérosexuels*

Le Décret interdit toute forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et cela ne se limite pas à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la victime. De ce fait, la discrimination fondée sur l'association d'un employé avec une personne, un événement ou une organisation gay/lesbien/bisexuel est couverte en vertu du nouveau cadre juridique.

C'est aussi le cas, jusqu'à un certain point, pour un employé qui essaie de protéger un collègue de la discrimination exercée par d'autres employés, des

⁸³ CJCE, 17 février 1998, affaire C-249/96, *Grant contre South-West Trains Ltd.* [1998] Rec. I-621

⁸⁴ De Simone, 2001, 84; Izzi, 1998, 308; Pallaro, 1998, 617; Ballestrero, 1998, 309.

⁸⁵ *Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n.151, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53* [décret législatif n° 151 du 26 mars 2001, Cadre général des dispositions législatives concernant la protection et le soutien de la maternité et de la paternité, conformément à l'article 15 de la loi n° 53 du 8 mars 2000], (*Gazzetta Ufficiale* n° 96 du 26 avril 2001).

⁸⁶ En principe, également le partenaire de même sexe ou le parent.

supérieurs ou un employeur. En cas de discrimination, les voies de recours établies par le Décret s'appliquent⁸⁷.

Il ne fait aucun doute que la discrimination fondée sur l'association d'une personne avec une personne, un événement ou une organisation gay/lesbien/bisexuel est également illégale à la lumière de la liberté d'expression et de la liberté d'association, protégées respectivement par les articles 21 et 18 de la Constitution.

11.3.5 *Discriminations contre les groupes, les organisations, les événements ou les informations par/pour/sur les lesbiennes, gays ou bisexuels*

Il s'agit d'un sujet très sensible, qui n'est pas couvert de façon appropriée par le Décret. En effet, si la discrimination à l'encontre du groupe, de l'organisation, de l'événement ou de l'information consiste en un comportement discriminatoire à l'encontre de membres du groupe ou d'organiseurs de l'événement, la protection prévue par le Décret s'applique. Sinon, la protection offerte par les articles 18 et 21 de la Constitution, ainsi que la disposition de l'article 1^{er} du Statut des travailleurs, devraient couvrir les cas de discrimination à l'encontre de groupes, organisations, événements ou information (dans les deux derniers cas, tout particulièrement, je pense que la protection est loin d'être efficace).

Si un groupe est constitué comme un syndicat (ou au sein du syndicat), une protection plus forte du groupe lui-même, mais aussi de ses activités, événements et information, serait garantie par l'article 39 de la Constitution, affirmant la liberté de s'organiser sous forme de syndicats, par l'article 14 du Statut des travailleurs, qui reconnaît le droit de créer ou d'être membre d'un syndicat, et par l'article 25 établissant le droit de présenter des publications, des textes concernant les activités du syndicat ou les droits des employés. Dans ce cas, outre la protection individuelle offerte à l'article 15 du Statut des travailleurs, les dispositions de l'article 28 du Statut des travailleurs, qui prévoient spécifiquement une procédure judiciaire contre l'employeur interdisant ou limitant les activités des syndicats, s'appliquent. Selon la Cour de Cassation, cette procédure ne s'applique que si le comportement discriminatoire est une conséquence *directe* de l'activité de l'employé⁸⁸.

11.3.6 *Discriminations à l'encontre d'une personne qui a refusé de répondre, ou a répondu inexactement, à une question sur l'orientation sexuelle*

La discrimination fondée sur le refus d'une personne de répondre à des questions concernant son orientation sexuelle est absolument illégale. La protection offerte par les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel couvre *explicitement* la "*vita sessuale*" [vie sexuelle] de l'employé⁸⁹.

L'article 8 du Statut des travailleurs affirme l'interdiction faite à l'employeur d'enquêter sur les opinions politiques, religieuses, syndicales ou sur tout autre

⁸⁷ Voir 11.5.10.

⁸⁸ *Corte di Cassazione*, 6 septembre 1980, n° 5154; *Corte di Cassazione*, 29 juin 1989, n° 3016.

⁸⁹ De Simone, 89.

fait non pertinent pour l'évaluation des attitudes de travail d'un employé. La protection accordée par l'article 8 est étendue et concerne *toute* tentative par l'employeur d'enquêter⁹⁰: elle couvre tant les employés que les demandeurs d'emploi⁹¹ et interdit toute forme d'enquête directe ou indirecte. La jurisprudence a établi que cette interdiction concerne également les enquêtes à propos de la vie sexuelle, émotionnelle, familiale ou sociale de l'employé ou du demandeur d'emploi⁹² ou de ses principes moraux⁹³. La violation de cette règle est punissable des sanctions criminelles prévues en vertu de l'article 38 du Statut des travailleurs et tout comportement discriminatoire y relatif est sanctionné. Selon certains auteurs⁹⁴, l'article 8 joue un rôle préventif dans les mesures d'exécution du cadre anti-discriminatoire.

Le décret législatif 196/2003⁹⁵ relatif à la protection des données à caractère personnel a renforcé l'interdiction: bien qu'il soit permis à l'employeur et à tout autre sujet autorisé de traiter des données à caractère personnel dans le cadre des limites établies par la loi, l'article 26 stipule qu'une certaine catégorie de données (dites "*dati sensibili*"), dont celles concernant la vie sexuelle d'une personne, telle qu'établie à l'article 4 du décret lui-même, ne peuvent pas être traitées sans l'accord écrit de la personne intéressée et l'autorisation du Service de protection des données. La protection s'étend à tout secteur et à toutes les personnes, y compris les collègues et clients.

Ces dispositions sont encore renforcées par l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'accès à l'emploi ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement (article 3(1)(a) du Décret), et par la limitation de recherche et de traitement des données à caractère personnel prévue par le décret législatif 276/2003⁹⁶.

Puisqu'il y a interdiction d'enquêter, toute réponse inexacte concernant l'orientation sexuelle est sans objet, les questions étant illicites.

Le véritable problème, particulièrement en ce qui concerne le demandeur d'emploi, est de rendre la protection efficace: les dispositions actuelles sur la charge de la preuve risquent de rendre cette règle inefficace dans de nombreuses circonstances.

11.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative à un "délit d'homosexualité" sans équivalent hétérosexuel*

D'après le système criminel italien, il n'y a pas eu de "délit d'homosexualité" depuis 1889. On ne connaît pas de cas de discrimination fondée sur un casier judiciaire étranger.

De façon générale, je dois dire que, selon la jurisprudence et la doctrine, le licenciement motivé par la condamnation criminelle d'une personne est toujours

⁹⁰ Scognamiglio, 2000, 354.

⁹¹ Corte di Cassazione [Cour de Cassation], 18 février 1975, n° 643.

⁹² Entre autres: Pretura di Treviso [tribunal inférieur de Trévise], 28 mai 1977; Pretura di Milano [tribunal inférieur de Milan], 15 décembre 1976.

⁹³ Pretura di Milano [tribunal inférieur de Milan], 7 février 1974.

⁹⁴ Ghera, 1975, 424.

⁹⁵ Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali [décret législatif n° 196 du 30 juin 2003, Code de protection des données à caractère personnel], (Gazzetta Ufficiale n° 174 du 29 juillet 2003)

⁹⁶ Voir 11.1.5.

illégal si le crime n'était pas en rapport avec l'activité de travail ou s'il n'a pas été commis sur le lieu de travail.

11.3.8 *Harcèlement*

La notion étendue de harcèlement contenue dans le Décret pourrait couvrir toute forme de conduite de harcèlement⁹⁷. En principe, le nouveau concept pourrait renforcer la protection, particulièrement contre le harcèlement verbal.

Il ne fait pas de doute que les avances sexuelles non désirées faites à une personne du même sexe ou du sexe opposé sont couvertes, le sexe et l'orientation sexuelle de l'auteur et de la victime n'étant pas des éléments distinctifs qui caractérisent la nouvelle notion de harcèlement (et la notion élaborée par la doctrine et la jurisprudence).

Révéler l'orientation sexuelle d'une personne contre sa volonté est, sans le moindre doute, un comportement de harcèlement qui s'inscrit dans le concept de "comportement indésirable (...) qui a *pour objet* ou *pour effet* de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant" en vertu de l'article 2(3) du Décret. L'auteur du comportement de harcèlement peut être toute personne, selon l'article 3(1) du Décret. Comme nous l'avons déjà dit, l'employeur n'a pas le droit d'enquêter sur et de faire circuler des données concernant l'orientation sexuelle de l'employé; il a également le devoir spécifique, en vertu de l'article 2087 du Code civil, de garantir la personnalité physique et morale de l'employé, même dans le cas où une tierce partie révèle l'orientation sexuelle de la personne sur le lieu de travail.

La notion de harcèlement verbal recouvre le cas d'une personne utilisant un langage dégradant à propos de l'homosexualité ou en parlant d'une personne gaie, lesbienne ou bisexuelle, ainsi que le cas où l'on exprime des opinions négatives sur l'homosexualité, si ces opinions ont pour objet ou pour effet d'offenser l'employé ou de créer un environnement hostile. D'autre part, je pense que la liberté d'expression prévaut si, du fait de l'élément psychologique du comportement et des circonstances générales, les opinions négatives ne sont pas de nature discriminatoire ou harcelante et s'inscrivent dans le cadre du droit d'un individu d'exprimer ses propres pensées (la situation est différente, bien entendu, si l'employé est dans un état de sujétion, par exemple vis-à-vis d'un supérieur).

Dans les deux cas, le devoir de l'employeur, en vertu de l'article 2087 du Code civil, oblige l'employeur à empêcher ou à interdire toute forme de harcèlement verbal envers l'employé⁹⁸.

Si le langage dégradant est utilisé en référence à une personne spécifique ou avec l'intention d'insulter ou d'offenser une personne homosexuelle ou bisexuelle, une forme de protection est aussi garantie par les articles 594 et 595 du Code criminel, qui punit respectivement les délits d'insulte et de diffamation.

Tous les cas de comportement de harcèlement peuvent constituer des éléments du phénomène de "mobbing"⁹⁹.

⁹⁷ Voir 11.2.5.

⁹⁸ *Tribunale di Milano*, 17 octobre 2000.

11.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

11.4.1 *Désavantages indirects objectivement justifiés (art. 2(2)(b)(i) Directive)*

L'article 3(6) du Décret dispose que "les différences de traitement qui, même si elles sont indirectement discriminatoires, sont objectivement justifiées par des objectifs légitimes réalisés en recourant à des moyens appropriés et nécessaires, ne sont pas des actes discriminatoires (...) "¹⁰⁰. Cette disposition est conforme à la Directive. La première version du Décret faisait référence à "des moyens adéquats et proportionnés", mais, comme la notion de proportionnalité élaborée par les tribunaux en référence au concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe a une signification différente¹⁰¹, la version définitive est plus appropriée.

L'article 3(6) poursuit en disant que "sont légitimes, en particulier, les actions visant à exclure d'une activité de travail relative aux soins, à l'aide ou à l'éducation de mineurs les personnes qui ont été condamnées pour des crimes relatifs à la liberté sexuelle de mineurs ou à la pornographie enfantine"¹⁰². La signification de cette disposition n'est pas compréhensible. En effet, le licenciement fondé sur la condamnation criminelle d'une personne est toujours légale si le crime était lié à l'activité de travail. Cette disposition semble seulement confirmer la légitimité d'actes qui sont déjà légitimes. L'objet de la disposition ne peut pas être l'introduction d'une distinction indirecte objectivement justifiée, parce que la pédophilie n'est pas considérée comme une orientation sexuelle aux fins de la Directive et du Décret. *Même si, d'un point de vue strictement juridique, cette disposition ne viole pas la Directive, elle est sans aucun doute politiquement suspecte, puisqu'elle pourrait avoir pour effet de nourrir les préjugés à l'encontre des homosexuels plutôt que de les combattre.*

11.4.2 *Mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection des droits d'autrui, etc., (art. 2(5) Directive)*

L'article 3(2)(c) dispose que le Décret est sans préjudice des dispositions concernant la sécurité publique, le maintien de l'ordre public, la prévention des délits criminels et la protection de la santé déjà en vigueur.

11.4.3 *Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)*

Même si, à mon avis, une différence de traitement en ce qui concerne les pensions, les subventions et l'assurance-santé obligatoire est un domaine de discrimination majeur pour les employés homosexuels, l'article 3(2)(b) dispose

⁹⁹ Voir 11.2.5.

¹⁰⁰ Art. 3(6) du Décret: "Non costituiscono comunque atti di discriminazione (...) quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari".

¹⁰¹ Voir 11.2.4.

¹⁰² Art. 3(6) du Décret: "In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile".

explicitement que le Décret est sans préjudice des dispositions relatives à la sécurité sociale et à la protection sociale déjà en vigueur.

11.4.4 Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)

La première partie de l'article 3(3) du Décret dispose que "conformément aux principes de proportionnalité et de raison, les différences de traitement qui se produisent au sein de l'activité de travail ou commerciale et qui sont dues aux caractéristiques liées à la religion, aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle de la personne ne sont pas des actes discriminatoires si, en raison de la nature de l'activité professionnelle particulière concernée, ou du contexte dans lequel elle s'exerce, ces caractéristiques constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice de l'activité de travail elle-même".

*Mis à part la référence inappropriée aux principes de proportionnalité et de raison, qui ne correspondent pas exactement aux notions d'objectif légitime et d'exigence proportionnée (la notion de raison, en particulier, a un sens plus large que le concept d'objectif légitime)*¹⁰³, cette disposition correspond à l'article 4(1) de la Directive; elle introduit un cadre qui présente quelques différences par rapport aux dispositions en vigueur qui concernent les exigences professionnelles des organisations définies comme "*organizzazioni di tendenza*" [littéralement: organisations à tendance]. Ces organisations sont exemptées de l'application des règles générales relatives à l'interdiction d'investigation de l'article 8 du Statut des travailleurs (interdisant les enquêtes à moins qu'elles ne soient pertinentes en vue d'évaluer l'attitude professionnelle de l'employé ou l'exercice de l'activité de travail) et au licenciement. Une définition des "*organizzazione di tendenza*" est donnée à l'article 4 de la loi 108/1990 relative aux licenciement individuels, stipulant que l'article 18 du Statut des travailleurs (établissant la réintégration de l'employé abusivement licencié) ne s'applique pas aux employeurs dont les activités sont à but non lucratif et qui sont caractérisés comme ayant une nature politique, culturelle, éducative, religieuse ou syndicale. La Cour de Cassation a statué que les règles spéciales ne peuvent être appliquées que si les caractéristiques énumérées à l'article 4 coexistent¹⁰⁴.

L'article 3(3) semble avoir un champ d'application plus large: il prévoit une exception générale, non limitée à l'interdiction d'investigation et de licenciement. Deuxièmement, la nouvelle règle ne serait pas seulement applicable aux organisations à but non lucratif (elle fait en effet référence aux activités commerciales), mais, au contraire, la notion de "contexte dans lequel s'exerce l'activité" pourrait être interprétée à la lumière de la deuxième exigence établie à l'article 4 de la loi 108/1990 (nature particulière de l'organisation).

L'extension de l'application de règles déjà existantes est controversée¹⁰⁵, en particulier en ce qui concerne les employés impliqués; la Cour de Cassation est intervenue sur ce point, statuant que les exceptions aux règles générales ne s'appliquent qu'aux employés dont les fonctions sont directement liées aux

¹⁰³ Le projet de loi n° 4389 utilise les mêmes termes que la Directive (c'est-à-dire objectif légitime/exigence proportionnée).

¹⁰⁴ *Corte di Cassazione*, 16 septembre 1998, n° 9237.

¹⁰⁵ De Simone, 2002, 89.

objectifs qui caractérisent l'organisation¹⁰⁶. Cette approche interprétative pourrait s'appliquer dans le nouveau cadre, en ce qui concerne le concept de "nature de l'activité professionnelle particulière".

La première version introduisait une exception générale qui aurait complètement inversé le sens de la notion d'exigence professionnelle, établissant que les différences de traitement fondées sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle étaient autorisées si ces caractéristiques avaient affecté l'exercice de l'activité de travail¹⁰⁷. Les violentes protestations de certains membres du Parlement, d'organisations, de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* et l'opinion contraire d'une partie des Commissions parlementaires ont incité le gouvernement à modifier le texte. Une disposition similaire est cependant toujours contenue à l'article 10 du décret législatif 276/2003 relatif au marché du travail, en référence à la limitation, pour les agences d'intérim et d'autres "sujets publics ou privés autorisés" d'enquêter sur et de traiter des données à caractère personnel. *Pour les raisons mentionnées ci-dessus, cette disposition introduit une large exception relative à l'accès à l'emploi, à savoir les critères de sélection, ce qui n'est pas permis par la Directive.*

11.4.5 Loyauté à l'éthique des organisations fondée sur la religion ou les convictions (art. 4(2) Directive)

L'article 3(5) du Décret dispose que "des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions et appliquées au sein des Églises et d'autres organisations publiques ou privées ne constituent pas des actes discriminatoires si, en raison de la nature de l'activité professionnelle particulière exercée par de telles entités ou organisations, ou du contexte dans lequel elles s'exercent, cette religion ou ces convictions représentent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée". Dans ce cas, la notion d'organisation correspond pleinement à la notion d'organisation à tendance.

La disposition contenue à l'article 3(5) prévoit une exception plus restrictive que ne le permet l'article 4(2) de la Directive, puisqu'elle n'introduit pas l'exigence d'agir de bonne foi et avec loyauté envers l'éthique de l'organisation. D'autre part, il serait approprié de préciser que l'exception "ne peut justifier la discrimination pour un autre motif". Le Décret fait également référence à des "Églises et autres organisations publiques ou privées", sans spécifier que l'éthique de telles organisations doit être fondée sur la religion ou les convictions¹⁰⁸. Cependant, à la lumière de la version actuelle, je ne crois pas que les tribunaux modifieront les critères qu'ils ont établis par rapport aux actes discriminatoires¹⁰⁹.

Il y a un cas où une différence de traitement allant au-delà de l'article 3(5) a été considérée licite par le système italien: à la lumière des accords bilatéraux entre l'État et l'Église catholique, les professeurs de religion des écoles sont

¹⁰⁶ *Corte di Cassazione*, 16 juin 1994, n° 5832. Pour le cas de la conformité aux principes de l'institution, voir la décision de la *Corte Costituzionale* [Cour constitutionnelle], 29 décembre 1972, n° 195.

¹⁰⁷ L'expression italienne est "*caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorative*".

¹⁰⁸ Sur ce point, le texte de l'article 3(5) proposé par le projet de loi n° 4389 est conforme à la Directive.

¹⁰⁹ Voir 11.4.4.

nommés après que l'évêque a exprimé son opinion positive. La Cour de Cassation a récemment confirmé que l'évaluation de compatibilité par l'Église peut tenir compte des convictions et de la vie privée d'un individu: cette exception spécifique, apparemment inacceptable en vertu de la nouvelle Directive-cadre, se fonde sur des accords entre l'État italien et l'Église catholique, conformément à l'article 7 de la Constitution.

11.4.6 Action positive (art. 7(1) Directive)

Les actions positives sont légitimes selon notre système constitutionnel, à la lumière du principe d'égalité substantielle et en vertu de l'article 3(2) et du nouvel article 51 de la Constitution italienne. Elles ont été introduites dans notre système par l'article 1^{er} de la loi 125/1991 relative à l'égalité des chances entre hommes et femmes. Il n'y a aucune obligation d'adopter des actions positives, sauf pour le secteur public. La jurisprudence relative à l'action positive n'est pas particulièrement développée, mais la Cour constitutionnelle est intervenue dans les débats, disposant que "des mesures d'inégalité" peuvent être mises en œuvre en vue d'éliminer entre individus d'importantes différences économiques et sociales qui les empêchent de jouir pleinement de droits fondamentaux, mais ces mesures ne peuvent pas affecter directement les droits fondamentaux eux-mêmes¹¹⁰.

Le Décret n'introduit pas la moindre forme d'action positive. Sans examiner les différences quantitatives et substantielles entre les catégories de genre et d'orientation sexuelle, qui impliquent des approches différentes, j'exclus que la loi 125/1991 puisse pour l'instant être considérée comme un instrument permettant éventuellement d'introduire des actions positives fondées sur l'orientation sexuelle, car cet objectif est établi à l'article 1^{er}, qui vise clairement à promouvoir l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

11.4.7 Exceptions qui vont au-delà de la Directive

L'article 3(3) du Décret dispose que "l'évaluation des caractéristiques mentionnées [dont l'orientation sexuelle] n'est pas de la discrimination si ces caractéristiques sont pertinentes pour l'aptitude à exercer les fonctions que les forces armées et les services de police, carcéraux ou d'urgence peuvent être appelés à exercer"¹¹¹. *Cette disposition n'est pas conforme au texte de la Directive ; à mon avis, elle ne répond pas aux exigences de la Directive. Elle établit une exception à l'application du principe de l'égalité de traitement quels que soient la religion et les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, ce qui n'est pas autorisé par le considérant 18 de la Directive. Ce considérant se focalise en fait sur les aptitudes requises, sans considérer les motifs mentionnés comme une justification en soi d'une exception et l'objet lui-même de l'évaluation des capacités requises. L'art. 3(3) va donc au-delà de "l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services" (non mentionné par le Décret)¹¹². De plus, considérant que l'article 3(2)(e) du Décret introduit l'exception établie à l'article 3(4) de la Directive, l'un des objectifs*

¹¹⁰ Corte Costituzionale, 12 septembre 1995, n° 422, concernant les quotas dans le système électoral.

¹¹¹ Art. 3(3) du Décret: "(...) non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati a esercitar".

¹¹² Le projet de loi n° 4389 propose de laisser tomber cette disposition de l'article 3(3).

implicites de la disposition de l'article 3(3) semble être de limiter l'accès des homosexuels aux fonctions susmentionnées. Cela n'est même pas en accord avec le système juridique italien. Le service militaire sera obligatoire en Italie jusqu'au 31 décembre 2006, comme fixé par le décret législatif 215/2001¹¹³. Les forces armées ou la police n'ont pas énoncé d'exclusion explicite des employés homosexuels, mais il y a certaines règles concernant l'exemption possible du service militaire. A ce sujet, un décret ministériel¹¹⁴ dispose que les "*disturbi della sessualità*" [désordres sexuels] sont une raison d'exemption; un ancien règlement du ministère de la Défense, daté du 8 août 1991, stipulait que l'homosexualité est considérée comme un motif d'exemption lorsqu'elle est la cause d'autres désordres psychologiques ou d'un comportement déviant. Le Décret pourrait autoriser une exclusion générale des homosexuels de l'armée, mais ce serait évidemment contraire à la Directive et à la Convention européenne des droits de l'homme.

Deuxièmement, l'article 3(4) dispose que le Décret est sans préjudice des "dispositions qui déterminent les critères d'aptitude au travail, pour autant que des aptitudes soient nécessaires pour un travail spécifique (...)"¹¹⁵. La disposition manque de clarté. Considérant que la deuxième partie de l'article 3(4) précise spécifiquement que des différences de traitement sont justifiées en fonction de l'âge, il semble que la première partie fasse référence à des tests d'aptitude au travail plus généraux et vagues, sans préciser la nature de l'activité de travail pour laquelle un test est requis, la référence à un motif spécifique ou même l'objet ou la nature du test. Même si les tests mentionnés n'étaient légaux que s'ils étaient établis par une norme, et même s'ils ne justifient pas une différence de traitement de la part de l'employeur, *Je crois cela version actuelle de la disposition viole la Directive en permettant une évaluation générale de l'aptitude de l'employé qui n'est pas prévue par la Directive elle-même et dont les buts, les critères et les limites ne sont pas définis.*¹¹⁶

11.4.8 Autres exceptions

L'article 3(2)(a) dispose que le Décret est sans préjudice des dispositions déjà en vigueur concernant les conditions relatives à l'entrée, la résidence et l'accès au travail, à l'assistance et la sécurité sociale de ressortissants des pays tiers et d'apatrides sur le territoire des États membres.

¹¹³ Decreto Legislativo 8 maggio 2001, n. 215, Disposizioni per disciplinare la trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale, a norma dell'articolo 3, comma 1, della legge 14 novembre 2000, n. 331 [décret législatif n° 215 du 8 mai 2001, Dispositions visant à régler la transformation de l'armée professionnelle, conformément à l'article 3(1) de la loi n° 331 du 14 novembre 2000], (Gazzetta Ufficiale n° 133 du 11 juin 2001).

¹¹⁴ Decreto ministeriale 29 novembre 1995, Approvazione del nuovo elenco delle imperfezioni e delle infermità che sono causa di non idoneità al servizio militare [décret ministériel du 29 novembre 1995, Approbation de la liste d'imperfections et de maladies entraînant une exemption du service militaire], (Gazzetta Ufficiale no. 283 of 4 dicembre 1995).

¹¹⁵ Art. 3(4) du Décret: "Sono, comunque, fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità ad uno specifico lavoro (...)"

¹¹⁶ Le projet de loi n° 4389 semble clarifier ce point, puisqu'il n'autorise explicitement et exclusivement des différences de traitement en rapport avec l'âge qu'en vue de protéger spécifiquement les employés adolescents, jeunes et âgés, ainsi que les employés chargés de la sauvegarde d'autres personnes.

11.5 Voies de recours et application du droit

11.5.1 Système de mise en œuvre du droit du travail en général

Le système juridique italien ne comporte pas d'organisme spécial compétent pour se prononcer sur les litiges relatifs au travail. Le "*processo del lavoro*", ou procédure du travail, est contenu dans la Code de procédure civile (articles 409-441). La procédure spéciale dispose que le tribunal compétent est le tribunal ordinaire en sa qualité de "*giudice del lavoro*" (juge du travail). En fait, chaque tribunal civil comprend une section, aux compétences spécifiques, qui applique les règles de procédure du travail.

De ce fait, les différences entre la procédure civile ordinaire et la procédure du travail sont procédurales; néanmoins, puisque la procédure du travail n'est pas considérée comme une procédure extraordinaire, mais comme une procédure civile ordinaire pour les litiges relatifs au travail, elle est soumise aux principes généraux du Code de procédure civile concernant les procédures civiles¹¹⁷. La procédure du travail a trois caractéristiques substantielles: elle est essentiellement orale dans le sens où, à part les actes rédigés initialement, la procédure est basée sur une discussion orale; elle est rapide, puisque les délais établis par le Code sont souvent écourtés; elle est concentrée, en ce sens qu'il n'y a que quelques auditions et que tous les actes doivent être produits en respectant des échéances brèves et obligatoires.

Le juge du travail est compétent pour tous les cas relatifs à la position des employés, agents, collègues stables, candidats à l'emploi publics et privés et pour ce qui concerne tous les aspects de la relation de travail, depuis l'accès à l'emploi jusqu'au licenciement. La réforme du secteur public prévue par le décret législatif n° 29/1993 a transféré la compétence de l'audition des cas concernant les employés publics du juge administratif au juge ordinaire du travail (à quelques exceptions près).

11.5.2 Organismes spécifiques et/ou généraux chargés d'appliquer la loi

Il n'y a pas d'organisme spécifique ou général chargé d'appliquer la loi et traitant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il y a en revanche des organismes spécifiques pour la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur la race.

Afin de garantir l'efficacité d'un organisme chargé d'appliquer la loi, il faudrait créer un service indépendant; on pourrait aussi étendre les compétences des organismes chargés de la discrimination fondée sur le sexe ou sur la race, à condition de les réviser de façon opportune.

Il faut noter que l'Inspection du travail, qui jouit de pouvoirs de contrôle général et d'investigation, peut avoir un rôle à jouer dans les cas de discrimination sur le lieu de travail: de façon générale, l'Inspection doit informer les organismes d'application de la loi des cas de discrimination ou les gérer pour le compte des organismes eux-mêmes. Considérant son rôle de contrôle, il est probable qu'elle ferait rapport des violations du Décret, mais il faut noter qu'elle ne peut pas être considérée comme un organisme d'application de la loi et que le nouveau cadre n'a pas prévu de compétences spécifiques.

¹¹⁷ Tarzia, 1999, 70.

L'organisme chargé d'appliquer la loi en cas de discrimination fondée sur le sexe est représenté par les "*Consiglieri di parità*" [conseillers d'égalité], nommés aux niveaux national, régional et provincial par le ministre du Travail. Le décret législatif 196/2000 a grandement modifié le rôle des conseillers pour remédier à la faiblesse du cadre créé par la loi 125/1991 relative aux actions positives. Les conseillers, qui ont un rôle consultatif et de supervision, peuvent proposer de bonnes pratiques et des actions positives, engager des actions judiciaires ou promouvoir la procédure de conciliation pour le compte du plaignant, ou encore intervenir dans l'action. Leurs pouvoirs sont plus forts en cas de discrimination collective, car ils ont un rôle de conciliation et peuvent engager des actions judiciaires. Un organisme consultatif et de contrôle au niveau national, le "*Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici*" [Comité national de mise en œuvre des principes de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances entre hommes et femmes sur le lieu du travail], a également été créé par la loi 125/1991.

Conformément à l'article 7 du décret de mise en œuvre de la Directive 2000/43/CE, l'"*Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica*" [Office de promotion de l'égalité de traitement et d'élimination de la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique] sera créé au sein de la Présidence du Conseil des ministres – Département de l'égalité des chances. Cet organisme, qui a un rôle consultatif, de contrôle et de source d'informations, peut proposer des études et des recherches, enquêter sur les prétendus cas de discrimination et aider les victimes lors des procédures judiciaire et administrative. Certains auteurs ont exprimé des doutes au sujet de l'indépendance effective de ce Bureau¹¹⁸.

11.5.3 Procédure civile, pénale, administrative et/ou voies de médiation et de conciliation (art. 9(1) Directive)

L'article 4(2) du Décret dispose que les voies de recours prévues aux articles 44(1) à 44(6), 44(8) et 44(11) de la loi-cadre relative à l'Immigration sont étendues au nouveau cadre juridique. L'action au civil contre la discrimination est soumise au tribunal. La procédure est particulièrement rapide et le juge peut omettre toute formalité non strictement nécessaire à l'audience: si la plainte est acceptée, le juge peut exiger par une ordonnance qu'il soit mis fin au comportement discriminatoire et que disparaissent les conséquences et effets d'un tel comportement. Une procédure spéciale est prévue par l'article 44(5) de la loi pour traiter les cas d'urgence: les voies de recours sont immédiatement appliquées par décret judiciaire¹¹⁹ et confirmées ou modifiées par l'ordonnance émise au cours de la première audience.

Conformément à l'article 4(3) du Décret, la victime présumée peut opter pour la procédure de conciliation établie par les conventions collectives; elle peut aussi choisir la procédure établie à l'article 410 du Code de procédure civile ou, pour

¹¹⁸ Favilli, 2002; Simoni, 2002, 9.

¹¹⁹ Ordonnances et décrets sont tous des ordres judiciaires, mais dépourvus de la force des décisions judiciaires. Les ordonnances présupposent la complétion de l'audience (*contraddittorio*), alors que les décrets n'exigent pas que soit accordée une audience orale: ce sont des instructions judiciaires qui se limitent à la phase finale de la procédure judiciaire.

ce qui concerne les activités de travail au sein de l'administration publique, à l'article 66 du décret législatif 165/2001. La procédure de conciliation peut être effectuée par des moyens fournis par un syndicat.

Ces instruments judiciaires paraissent efficaces dans leurs caractéristiques¹²⁰, mais le manque de mise en œuvre des dispositions relatives à la charge de la preuve et à la légitimation d'agir des groupes d'intérêt nuira sérieusement à son efficacité.

Quand un délit criminel a été commis, ou en cas de violation des règles relatives à la protection des données à caractère personnel, on applique la procédure criminelle ordinaire, établie par le Code de procédure criminelle.

11.5.4 Sanctions civiles, pénales et/ou administratives (art. 17 Directive)

Conformément à l'article 4(5) du Décret, le juge ordonne qu'il soit mis fin au comportement, à la conduite ou à l'acte discriminatoire et que disparaissent ses effets, également au moyen d'un plan visant à éliminer les discriminations identifiées. L'idée de base de cette voie de recours (également prévue pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe) est conforme à l'article 15 du Statut des travailleurs: tout acte ou comportement discriminatoire est illicite et par conséquent de nul effet. De ce fait, les conséquences de cet acte ou comportement doivent disparaître et la situation antérieure doit être rétablie. Selon certains auteurs,¹²¹ même si cette sanction peut fonctionner en cas de licenciement (lorsque la réintégration doit être ordonnée) ou d'autres actes, elle pourrait ne pas être une voie de recours efficace dans les circonstances de comportement négligent (par ex. l'accès au travail); dans ces cas, on ne peut accorder qu'une indemnité compensatoire.¹²² Ces dernières années, les tribunaux ont statué que l'employé peut réclamer que lui soit accordé le traitement qui lui a été refusé à cause du comportement discriminatoire de négligence¹²³.

La victime de discrimination peut réclamer une compensation pour les dommages patrimoniaux et extra-patrimoniaux, comme prévu à l'article 4(5). Conformément à l'article 44(8) de la loi-cadre relative à l'Immigration, des sanctions criminelles sont appliquées si l'on ne respecte pas la décision du tribunal.

L'article 44(11) de la loi-cadre relative à l'Immigration dispose que, si l'acte ou le comportement discriminatoire est le fait d'entreprises auxquelles des organismes publics ont accordé des adjudications, des contrats de fourniture ou une aide financière publique, ces organismes publics doivent les retirer; dans des cas particuliers, ces entreprises peuvent être exclues pendant deux ans des adjudications et/ou de l'aide financière.

L'article 4(7) du Décret dispose que la décision du juge doit être publiée dans un journal national, si le juge l'ordonne explicitement eu égard aux circonstances du cas.

¹²⁰ Simoni, 2002, 9; Morozzo della Rocca, 2003.

¹²¹ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 1992, 198.

¹²² Amoroso, Di Cerbo, Maresca, 2001, 462.

¹²³ Corte di Cassazione [Cour de Cassation], 28 mars 1980, n° 2054.

En ce qui concerne les licenciements, les licenciements discriminatoires sont régis par l'article 3 de la loi 108/1990 relative aux Licenciements individuels – qui est en fait une version consolidée de l'article 4 de la loi 604/1966 – et par la version amendée de l'article 15 du Statut des travailleurs: le licenciement discriminatoire (aussi fondé sur l'orientation sexuelle) est toujours considéré comme de nul effet. Ainsi que le prévoit l'article 3 de la loi 108/1990 relative aux licenciements individuels en référence à l'article 15 du Statut des travailleurs, en ce qui concerne le licenciement discriminatoire, l'article 18 du Statut des travailleurs, qui prévoit la réintégration de l'employé sur le lieu de travail, s'applique toujours.

Des sanctions criminelles s'appliquent en cas de violation de l'interdiction d'enquêter sur les opinions des employés (amende pouvant s'élever à 500 euros ou emprisonnement jusqu'à un an) en vertu de l'article 38 du Statut des travailleurs, en cas de violation des règles relatives à la protection des données à caractère personnel et elles peuvent s'appliquer pour les conséquences du harcèlement ou du mobbing.

Dans *chaque* cas, la victime du comportement discriminatoire peut réclamer une indemnité compensatoire.

Je pense personnellement que l'introduction d'un organisme chargé d'appliquer la loi et l'implication de cet organisme dans la procédure judiciaire, au sens déjà prévu à l'article 4 révisé de la loi 125/1991 relative aux Actions positives seraient une meilleure solution en vue de la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement.

11.5.5 Personnes physiques ou morales auxquelles peuvent s'appliquer les sanctions

Les sanctions relatives à la position de l'employé (et la compensation des dommages ou l'indemnité pécuniaire qui s'ensuit) s'appliquent à l'auteur du comportement, de la conduite ou de l'acte discriminatoire (personne physique ou morale, conformément à l'article 5(1) du Décret).

La responsabilité criminelle, au contraire, est personnelle: les sanctions criminelles (et l'indemnité compensatoire éventuelle qui s'ensuit), s'appliquent par conséquent à l'auteur du comportement illicite (qui peut être l'employeur en tant que personne physique ou le représentant légal de l'entreprise, dans le cas où l'employeur est responsable en tant que personne morale), sans exclure un collègue, un supérieur ou un client.

11.5.6 Conscience des opérateurs de droit sur les questions relatives à l'orientation sexuelle

Il s'agit d'un sujet sensible, qui implique une considération plus globale. En Italie, il n'y a pas de juge spécialisé en orientation sexuelle dans les organismes judiciaires ou autres. Il y a, au contraire, parmi les hommes de loi, un manque de connaissance général et troublant des questions juridiques concernant l'orientation sexuelle. Comme je l'ai dit, il n'y a pas de jurisprudence et même la doctrine est sérieusement "sous-développée" par rapport à d'autres pays.

11.5.7 *Légitimation d'agir des groupes d'intérêt (art. 9(2) Directive et considérant 29 Directive)*

L'article 5(1) dispose que "les représentants locaux des organisations nationales les plus représentatives au niveau national peuvent s'engager dans la procédure, établie à l'article 4, contre la personne physique ou morale qui est l'auteur de l'acte ou du comportement discriminatoire, soit au nom et pour le compte, soit à l'appui de la victime de la discrimination, avec son approbation attestée par acte authentique public ou privé, sous peine de nullité"¹²⁴. La définition "*rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale*", une définition typique utilisée en droit du travail, fait référence aux syndicats nationaux, comme clairement énoncé dans la note explicative du Décret.

Conformément à l'article 5(2), les représentants locaux peuvent engager une procédure judiciaire en cas de discrimination collective si les victimes de la discrimination ne peuvent pas être directement identifiées. Cette disposition est plus restrictive que celle établie à l'article 4(6) de la loi 125/1991 relative aux actions positives et à l'article 44(10) de la loi-cadre relative à l'Immigration, parce que, dans ces deux cas, les représentants locaux (et, conformément à la loi 125/1991, le conseiller d'égalité) peuvent engager une procédure judiciaire en cas de discrimination collective *que les victimes de la discrimination puissent être identifiées ou pas*¹²⁵.

*Par conséquent, alors que la limitation en article 5(1) aux syndicats viole clairement l'article 9(2) de la Directive, l'article 5(2) n'est pas entièrement conforme aux dispositions anti-discriminatoire existant déjà dans le système légal italien*¹²⁶.

11.5.8 *Charge de la preuve de la discrimination (art. 10 Directive et considérants 15, 31 et 32 Directive)*

L'article 4(4) du Décret dispose que "en vue de prouver l'existence du comportement discriminatoire, le plaignant peut montrer, fournissant aussi des preuves statistiques, des éléments factuels graves, précis et non contradictoires, que le juge évaluera conformément à l'article 2729(1) du Code civil"¹²⁷.

En d'autres mots, *l'article 4(4) confirme les règles générales sur la charge de la preuve, disposant que le plaignant doit prouver la discrimination*. En effet, le concept de "*presunzione grave, precisa e concordante*" [présomption grave, précise et non contradictoire] est la présomption ordinaire, ou "*presunzione semplice*", établie à l'article 2729, qui caractérise la règle générale concernant

¹²⁴ Art. 5(1) du Décret: "*Le rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio*".

¹²⁵ En italien 'anche quando', littéralement 'également quand'.

¹²⁶ L'article 4 du projet de loi n° 4389 vise à remplacer l'article 5 par une nouvelle disposition établissant la légitimation d'agir des organisations et associations et, conformément à la loi 125/1991, étend le champ de l'intervention au sein de la procédure judiciaire.

¹²⁷ Art. 4(4) du Décret: "*Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile*".

l'évaluation de la preuve. De plus, afin de renforcer ce concept, le pouvoir législatif a explicitement prévu que le juge doit évaluer les éléments factuels conformément à l'article 2729, de façon à éviter toute interprétation extensive possible de la règle.

Cela s'avère particulièrement évident par comparaison avec la disposition de l'article 4 de la loi 125/1991 relative aux actions positives concernant la discrimination fondée sur le sexe, qui introduit un transfert partiel de la charge de la preuve sur la partie défenderesse. L'article 4(6) indique en effet que le plaignant doit montrer des éléments factuels convenables pour établir clairement la présomption de l'existence du comportement discriminatoire; la partie défenderesse a la charge de prouver que la discrimination n'existe pas. La définition exacte est "*presunzione precisa e concordante*", c'est-à-dire présomption précise et concordante, ce qui est plus faible et plus favorable au plaignant que la présomption grave, précise et non contradictoire de l'article 2729 du Code civil.

De ce fait, le nouveau cadre anti-discriminatoire, comme le régime de l'article 15 du Statut des travailleurs, applique la disposition générale à la charge de la preuve établie à l'article 2697 du Code civil^{128 129} : la charge de la preuve repose sur l'employé qui est la victime présumée de la discrimination; c'est encore plus contradictoire si l'on considère que l'article 5 de la loi 604/1966 relative aux licenciements individuels prévoit que, en cas de licenciement pour cause juste ou raison justifiée, la charge de la preuve repose sur l'employeur. Les dispositions sur la charge de la preuve relatives aux actes et comportements discriminatoires comptent parmi les raisons les plus pertinentes du manque d'efficacité de la protection judiciaire contre la discrimination sur le lieu de travail¹³⁰.

Malgré les opinions contraires de deux Commissions parlementaires¹³¹ et les demandes d'organisations et de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*, le gouvernement affirme, dans sa note explicative, qu'un transfert total de la charge de la preuve n'est pas conforme à notre système juridique et que le régime de présomptions suffirait pour mettre en œuvre la Directive, car c'est similaire à ce qui est prévu par la loi 125/1991. En réalité, l'article 4(4) n'est pas similaire à l'article 4 de la loi 125/1991, comme expliqué ci-dessus.

De plus, la possibilité pour le plaignant de prouver le comportement discriminatoire en fournissant des preuves statistiques (que le juge évalue en tout cas dans les limites de l'article 2729(1) du Code civil) est considérée comme inefficace pour prouver la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il ne fait aucun doute que l'article 4(4) viole l'article 10 de la Directive.

¹²⁸ Selon l'interprétation unanime des juges, le plaignant doit prouver l'existence de la raison discriminatoire; voir *Corte di Cassazione* [Cour de Cassation], 19 novembre 1994, n° 9825 et *Corte di Cassazione*, 16 janvier 1996, n° 310.

¹²⁹ Nibi, 2003.

¹³⁰ Mazzotta, 1999, 418.

¹³¹ Opinion de la II^e Commission permanente (Justice) du Sénat le 13 mai 2003. Loi n° 217; remarques et propositions de la Commission des affaires communautaires européennes du Sénat du 14 mai 2003 (217). En particulier, le premier document se focalise exclusivement sur l'article 4(4), affirmant que "il semble que le transfert de la charge de la preuve, qui était dans les intentions du pouvoir législatif déléguant (le Parlement) et du pouvoir législatif européen, n'a pas été réalisé."

11.5.9 *Charge de la preuve de l'orientation sexuelle (considérant 31 Directive)*

À la lecture du Décret, il semble que ce ne soit pas un point pertinent. En effet, ce que le plaignant doit en fait prouver, c'est qu'un comportement, un acte ou une conduite discriminatoire a eu lieu pour le motif (réel ou supposé) d'orientation sexuelle. L'absence d'usage de pronoms possessifs confirme que la véritable orientation sexuelle de la victime n'est pas pertinente. De plus, le considérant 31 de la Directive n'est pas mentionné dans la disposition du Décret relative à la charge de la preuve.

11.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

L'article 4(6) du Décret stipule que "pour l'établissement des indemnités compensatoires prévues à l'article 4(5)¹³², le juge doit tenir compte du fait que l'acte ou le comportement discriminatoire constitue une rétorsion suite à une action judiciaire antérieure ou une réaction injuste à une activité antérieure du sujet visant à obtenir que soit observé le principe de l'égalité de traitement".

En d'autres termes, en cas de rétorsion envers une victime de discrimination ou envers d'autres sujets, c'est-à-dire, par exemple, des témoins, des employés qui ont essayé de protéger la victime ou qui ont été victimes de rétorsion (la définition contenue à l'article 4(6) est suffisamment large, et par conséquent conforme à la Directive), le juge peut ordonner le paiement d'un montant en espèces plus élevé comme compensation de dommages extra-patrimoniaux.

Une partie de la doctrine considère la compensation des dommages (et en particulier des dommages extra-patrimoniaux) comme une forme effective et dissuasive de sanction, comme prévu à l'article 17 de la Directive¹³³. Selon l'opinion d'une Commission parlementaire¹³⁴, le simple accroissement de dommages et intérêts à fournir comme compensation ne rencontrerait pas les exigences de l'article 11 de la Directive.

11.6 **Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes**

11.6.1 *Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

Avant la mise en œuvre de la Directive-cadre, le système juridique italien ne faisait aucune référence à l'orientation sexuelle¹³⁵. À mon avis, aucune loi ne discriminait ouvertement ou implicitement pour motif d'orientation sexuelle. Le point principal pour les spécialistes, étant donné l'absence de jurisprudence, était d'établir si le droit du travail en général, et les dispositions relatives au travail concernant l'interdiction de discrimination en particulier, pouvaient déjà interdire, dans une certaine mesure, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle: les opinions n'étaient pas unanimes. Pour ces raisons, aucune loi n'a été abolie suite à l'introduction du décret législatif 216/2003.

¹³² Les dommages non pécuniaires.

¹³³ Morozzo della Rocca, 2003.

¹³⁴ Remarques et propositions de la Commission des Affaires communautaires européennes du Sénat (n° 119 ci-dessus).

¹³⁵ Voir 11.1.5.

11.6.2 Suppression des dispositions administratives discriminatoires (art. 16(a) Directive)

Pour les mêmes raisons que mentionnées au sous-paragraphe précédent, aucune disposition administrative n'a été abolie suite à l'introduction du décret législatif 216/2003.

11.6.3 Mesures nécessaires pour assurer l'amendement ou la nullité de dispositions discriminatoires figurant dans les contrats, les conventions collectives, les règlements intérieurs des entreprises, les statuts des professions indépendantes ainsi que dans les statuts des organisations de travailleurs et d'employeurs (art. 16(b) Directive)

Le décret législatif ne contient pas de norme établissant la nullité des dispositions discriminatoires incluses dans les contrats, conventions ou autres règles¹³⁶, mais cette nullité découle de l'article 15 du Statut des travailleurs. [Voir § 11.5.4 ci-dessus].

Bien qu'aucune convention collective, aucun contrat ou aucune règle connu(e) ne discrimine explicitement pour le motif d'orientation sexuelle, une disposition générale aurait pu être utile, car un contrôle exhaustif de la moindre clause contractuelle (autre que les conventions collectives) n'est pas réaliste. De plus, aucune mesure n'a été prise en vue d'assurer l'extension, aux partenaires de même sexe, des avantages accordés aux cohabitants de sexes opposés, alors même que le manque de reconnaissance peut être considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle¹³⁷. Même si l'on ne connaît pas de différences de traitement prévues par les conventions collectives sur ce point, les stratégies d'extension aux partenaires de même sexe des avantages accordés par l'employeur sont encore rares. Considérant que, apparemment, l'entrée en vigueur du Décret n'a pas provoqué de modification appréciable dans la stratégie des employeurs, un nombre élevé de controverses pourraient en principe apparaître.

11.6.4 Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur

Etant donné qu'aucune loi ou disposition explicite directement discriminatoire n'était en vigueur avant l'entrée en vigueur du Décret, aucune n'a dû être abrogée. La législation relative à la sécurité sociale et aux pensions pourrait toutefois être indirectement discriminatoire, à cause de l'usage qu'elle fait du critère de la situation matrimoniale. Certaines conventions collectives et certains contrats de travail ont des clauses indirectement discriminatoires: par exemple l'addendum à la convention collective du secteur des chemins de fer, comme le contrat de la compagnie nationale des chemins de fer, précisant que seuls les partenaires mariés des employés ont droit à des avantages comme des billets gratuits. [Voir aussi § 11.6.3].

¹³⁶ L'article 7 du projet de loi n° 4389 ajouterait un nouvel article au Décret, proclamant la nullité de toute disposition discriminatoire de contrats, conventions collectives, codes de conduite ou codes déontologiques.

¹³⁷ Voir 11.3.3.

11.7 Observations conclusives

La Directive représente un instrument législatif innovant et essentiel en vue d'inciter le pouvoir législatif italien à intervenir dans un domaine qui a été systématiquement exclu de l'analyse juridique et du processus législatif. Je reconnais l'importance du nouveau cadre anti-discriminatoire, qui introduit dans notre système juridique une protection explicite contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sur le lieu de travail.

Même s'il est clair que le nouveau cadre ne crée pas de différences ni ne promeut la discrimination, comme l'ont affirmé certains commentateurs, la Directive n'a pas été pleinement mise en œuvre et certaines dispositions du Décret sont incompatibles avec elle. Le Décret introduit des principes et des voies de recours qui, en théorie, pourraient garantir une protection effective contre la discrimination: malheureusement, l'approche restrictive sous de nombreux aspects et l'absence de mise en œuvre de certaines dispositions affectera sérieusement l'efficacité de tout le cadre, et particulièrement l'efficacité des voies de recours et la conscience des employés.

Les dispositions suivantes du Décret, devraient mises à jour réviser puisqu'à mon avis, elles n'effectue pas aux exigences de la Directive:

- la disposition relative à la charge de la preuve (article 4(4) du Décret) (§ 11.5.8);
- la disposition relative à la légitimation d'agir des groupes d'intérêt (article 5 du Décret) (§ 11.5.7);
- la disposition relative aux exigences professionnelles essentielles des articles 3(3) et 3(5) du Décret (comme indiqué aux §§ 11.4.4 et 11.4.5) et, en particulier, les règles spécifiques concernant les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle en référence aux forces armées et aux services de police, carcéraux et d'urgence (§ 11.4.7);
- la disposition relative aux exigences professionnelles de l'article 10 du décret législatif 276/2003 (voir § 11.4.1);
- la disposition de l'article 3(4) du Décret relative aux tests d'aptitude au travail (§ 11.4.7);
- la disposition de l'article 3(6) relative à l'exception concernant la condamnation pour des délits en rapport avec la liberté sexuelle des mineurs ou la pornographie infantile (§ 11.4.1).

Litteratura citata nelle note

- Amoroso Giovanni, Di Cerbo Vincenzo, Maresca Arturo, *Diritto del lavoro [Droit du travail]*, Giuffrè, Milan, 2001.
- Avio Alberto, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro [Droits fondamentaux dans la relation de travail]*, Giuffrè, Milano, 2001.
- Ballestrero Maria Vittoria, Il diritto del lavoro e la differenza di genere [Droit du travail et différence des genres], in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 1998, 287-309.
- Balletti Susanna, Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana [Couples homosexuels, institutions CE et la Constitution italienne], in *Rassegna di Diritto Civile*, 1, 1996, 241-256.
- Barbera Marzia, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro [Discriminations et égalité dans la relation de travail]*, Giuffrè, Milan, 1991.
- Bell Mark, *Anti-discrimination law and the European Union [Droit d'anti-discrimination et l'Union européenne]*, Oxford, New York, 2002.
- Bell Mark, Sexual Orientation Discrimination in Employment: an evolving role for the European Union [Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: un rôle évolutif pour l'Union européenne], in: Wintemute Robert, Andenæs Mads (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships*, Hart, Oxford, 2001, 653-676.
- Carinci Franco, De Luca Tamajo Raffaele, Tosi Paolo, Treu Tiziano, *Diritto del lavoro [Droit du travail]*, (2nd/3rd/4th/5th ed.) UTET, Turin, 1991/1992/1998/2002.
- Dal Punta Riccardo, What has Equality got to do with Labour Law? An Italian perspective [Qu'a à voir l'égalité avec le droit du travail? Une perspective italienne], in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 2002, 197-214.
- De Simone Gisella, *Dai principi alle regole – eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro [Des principes aux règles – égalité et interdictions dans les dispositions relatives aux relations de travail]*, Giappichelli, Turin, 2001.
- Di Giuseppe Domenico, Il mobbing ed i rapporti di lavoro [Mobbing et relations de travail], 2002, à l'adresse www.diritto.it/articoli/lavoro/mobbing/index.html.
- Favilli Chiara, L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria [Institution d'un organisme de promotion de l'égalité de traitement, institué par le droit CE], in: *Il diritto dell'Unione europea*, 2002, 177.
- Galantino Luisa, *Diritto comunitario del lavoro [Droit communautaire du travail]*, (3^e éd.), Giappichelli, Turin, 2001.
- Ghera Edoardo, Artt. 15-16, in Prosperetti Ubaldo (éd.), *Commentario dello Statuto dei lavoratori [Commentaire du Statut des travailleurs]*, Giuffrè, Milan, 1975.
- Gianformaggio Letizia, Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco [Egalité formelle et substantive: la grande incompréhension], *Foro italiano*, I, 1996, 1961-1976.
- Izzi Daniela, Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso [Orientation sexuelle de l'employé et interdictions CE de la discrimination fondée sur le sexe], *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 1998, 301-317.
- Lazzari Chiara, Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo [Mobbing: entre dispositions en vigueur et perspectives de réforme législative], *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1/2001, 59-74.
- Martines Temistocle, *Diritto costituzionale [Droit constitutionnel]*, (7^e éd.), Giuffrè, Milan, 1992.
- Mazziotti Fabio, *I licenziamenti dopo la L.11 maggio 1990, n. 108 [Licenciements après la loi n° 108 du 11 mai 1990]*, UTET, Turin, 1991.
- Mazzotta Oronzo, *I licenziamenti [Licenciements]*, (2^e éd.), Giuffrè, Milan, 1999.
- Monateri Pier Giorgio, Bona Marco, Oliva Umberto, *Mobbing, vessazioni sul lavoro [Mobbing, vexations sur le lieu de travail]*, Giuffrè, Milan, 2000.
- Morozzo della Rocca Paolo, Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione [Lois discriminatoires du droit civil, à la lumière des articles 43 et 44 de la loi-cadre relative à l'Immigration], à l'adresse www.studiocelentano.it/lenuovevocieldiritto.
- Nibi Laura, La parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro: prime riflessioni sul d.lgs. 216/2003 [Egalité de traitement en matière d'emploi et de travail: premiers commentaires sur le décret législatif 216/2003], in *Diritto&Diritti*, settembre 2003, à l'adresse www.diritto.it/articoli/lavoro/nibi7.html.

Nicolini Giovanni, *Manuale di diritto del lavoro* [*Manuel du droit du travail*], (3^e éd.), Giuffrè, Milan, 2000.

Pallaro Paolo, Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale [L'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, entre transsexualité et liberté d'orientation sexuelle], in: *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, 609-619.

Roccella Massimo, Treu Tiziano, *Diritto del lavoro della Comunità Europea* [*Droit communautaire du travail*], (3^e éd.), Cedam, Padoue, 2002.

Ruspini Elisabetta, Zajczyk Francesca, Omosessuali e discriminazione sul lavoro [Homosexuels et discrimination sur le lieu de travail], in: *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 1993, 243-260.

Scognamiglio Renato, *Diritto del lavoro* [*Droit du travail*], (5^e éd.), Jovene, Naples, 2000.

Simoni Alessandro, La discriminazione razziale alla vigilia della direttiva 43/2000: considerazioni a partire da alcune pronunce giurisprudenziali [Discrimination fondée sur la race avant la Directive 2000/43/CE: considération de certaines décisions des tribunaux], in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2002.

Tarzia Giuseppe, *Manuale del processo del lavoro* [*Manuel de la procédure de travail*], (4^e éd.), Giuffrè, Milan, 1999.

Zoli Carlo, Le fonti, il diritto sindacale [Les sources du droit, droit des syndicats], in: Carinci Franco (éd.), *Diritto del lavoro* [*Droit du travail*], vol. I, UTET, Turin, 1998, I-CXLVI.