



HAL
open science

Restrictions des libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance : étude comparative franco-Brésilienne

Natalia Prigol

► **To cite this version:**

Natalia Prigol. Restrictions des libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance : étude comparative franco-Brésilienne. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Universidade Federal do Paraná (Brésil), 2023. Français. NNT : 2023PA01D001 . tel-04684154

HAL Id: tel-04684154

<https://theses.hal.science/tel-04684154v1>

Submitted on 2 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE
École Doctorale de Droit de la Sorbonne – Département de droit comparé

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado em Direito

RESTRICTIONS DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DES TRAVAILLEURS DANS LES ENTREPRISES DE TENDANCE : ÉTUDE COMPARATIVE FRANCO-BRÉSILIENNE

Natalia Munhoz Machado PRIGOL

Thèse de doctorat en Droit Comparé

Présentée et soutenue publiquement à Paris le 8 février 2023

Sous la direction des Professeurs David Capitant et Daniel Wunder Hachem

Composition du jury :

Madame Jacqueline MORAND-DEVILLER

Professeur des universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Monsieur Pierre BOURDON

Professeur des universités, Cergy Paris Université

Monsieur Bertrand-Léo COMBRADE

Professeur des universités, Université de Poitiers (Rapporteur)

Madame Marcia Carla PEREIRA RIBEIRO

Professeur, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Rapporteur)

Monsieur David CAPITANT

Professeur des universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Directeur de thèse)

Monsieur Daniel WUNDER HACHEM

Professeur des universités, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Directeur de thèse)

*Je dédie cette thèse à mon mari, **EDUARDO ZDROJEWSKI NETO**,
compagnon de toutes les heures, père et ami, qui a partagé avec moi les moments les plus
difficiles de tout le doctorat. Merci pour ta patience et ton soutien. Je t'aime.*

Remerciements

Ce travail a été dirigé par deux grands professeurs, qui m'ont encouragé et aidé tout au long du processus de rédaction de la thèse. Le professeur Daniel Wunder Hachem, une source d'inspiration inépuisable, un enseignant et un mentor modèle. Le grand responsable d'avoir fait de la co-tutelle une réalité. Le professeur David Capitant, un exemple de chercheur et d'enseignant, qui m'a accueilli à Paris tout au long de mon séjour avec une telle gentillesse. Bien plus qu'un conseiller, il a été un véritable ami en période de restrictions sévères dues à la pandémie. Je me sens honorée d'avoir été guidée par ces deux personnes.

J'exprime également ma gratitude au Professeur Pierre Legrand qui, tout au long du doctorat, m'a gentiment assisté et fait des suggestions importantes lors des nombreuses réunions que nous avons eues. À la Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne de m'avoir acceptée comme étudiante. Au CAPES de m'avoir accordé la bourse depuis le début du doctorat.

Ma gratitude envers mes parents, Odacyr et Claudia, pour leur vie, leur amour et leur générosité. À mon frère Fernando pour ses incitations constantes. À mes beaux-parents, Silas et Carmem, et à tous les autres membres de la famille et amis qui m'ont accompagné pendant cette période.

Enfin, à Laura, qui m'apprend chaque jour le sens de l'amour inconditionnel.

Résumé

La recherche part du problème suivant : en France, les employeurs peuvent légitimement restreindre certains droits et libertés fondamentaux de leurs employés au motif que cela protégerait l'image morale et la crédibilité de l'organisation contre des actes contraires aux idéaux de l'entité. Cela signifie qu'un salarié français peut voir son droit à la liberté d'expression, par exemple, légitimement restreint par son employeur, à condition qu'il existe un motif valable et que la restriction soit légitime. C'est le cas des entreprises dites "de tendance", des entités créées dans le but de diffuser une certaine idéologie, comme les organisations religieuses qui font l'objet de cette recherche. Au Brésil, il n'existe aucune disposition légale en la matière et la législation, assez protectionniste en faveur de l'employé, limite l'action du pouvoir de l'employeur et donne du prestige à la jouissance ample des droits et libertés fondamentaux par les employés. A partir des deux réalités (française et brésilienne), le problème de la recherche consiste à vérifier l'applicabilité du concept étranger dans le système juridique interne, c'est-à-dire à déterminer si un employeur brésilien pourrait légitimement restreindre une liberté ou un droit fondamental de ses employés au motif de protéger la crédibilité de l'organisation. Deux hypothèses sont alors avancées. La première est que, bien qu'il n'existe pas de dispositions légales sur la possibilité de restreindre les droits fondamentaux des salariés au nom de l'employeur, il est possible pour un employeur de limiter l'exercice de certains droits fondamentaux de ses employés par l'exercice régulier de son pouvoir directif qui émane des droits à la libre initiative et à la libre association, également constitutionnels, à condition de respecter les critères de raisonabilité et de proportionnalité. La deuxième hypothèse est que, en concluant pour l'applicabilité du concept étranger au Brésil, il serait possible d'exiger des employés qu'ils maintiennent un comportement à l'intérieur et à l'extérieur de l'institution en accord avec ses idéaux, assurant ainsi sa crédibilité et, par conséquent, sa perpétuation dans le temps et l'espace. La proposition présentée pour faire face au problème consiste en l'analyse de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux, en la compréhension du concept de noyau essentiel et en l'application de la technique de pondération pour vérifier comment résoudre les problèmes juridiques qui, en principe, n'ont pas de réponse dans le texte légal. A tout moment, la recherche vise à comparer les deux réalités juridiques distinctes afin de détecter les points de proximité et de distance et, avec cela, de chercher une conclusion sur le thème, en choisissant la méthode contextualiste comparative qui a pour objectif d'analyser non seulement le texte de loi, mais aussi d'autres éléments de chaque réalité. Sur cette base et en utilisant la méthode de recherche déductive, la thèse défendue est que : (i) il est possible pour un employeur brésilien de restreindre les droits et libertés individuels fondamentaux de ses employés, en vue de protéger l'image morale et la crédibilité de la personne morale ; (ii) la limitation des droits fondamentaux ne peut cependant pas affecter le noyau essentiel de ces droits, de sorte que ce que l'employeur peut légitimement exiger est un comportement conforme à ses idées, et non un partage effectif des idéaux.

Mots-clés : restriction des libertés fondamentales ; liberté d'expression des travailleurs ; entreprise de tendance ; organisation confessionnelle ; étude comparative franco-brésilienne.

Abstract

The research starts from the following problem: in France, employers can legitimately restrict certain fundamental rights and freedoms of their employees on the grounds that this would protect the moral image and credibility of the organization against acts contrary to the ideals of the entity. This means that a French employee can have his right to freedom of expression, for example, legitimately restricted by his employer, provided that there is a valid reason and that the restriction is legitimate. This is the case of so-called “ideological organizations”, entities created with the aim of disseminating a certain ideology, such as the religious organizations that are the subject of this research. In Brazil, there is no legal provision on the matter and the legislation, quite protectionist in favor of the employee, limits the action of the power of the employer and gives prestige to the ample enjoyment of fundamental rights and freedoms by the employees. From the two realities (French and Brazilian), the problem of the research consists in verifying the applicability of the foreign concept in the domestic legal system, that is to say, in determining whether a Brazilian employer could legitimately restrict a freedom or a fundamental right of its employees on the grounds of protecting the credibility of the organization. Two hypotheses are then put forward. The first is that, although there are no legal provisions on the possibility of restricting the fundamental rights of employees on behalf of the employer, it is possible for an employer to limit the exercise of certain fundamental rights of his employee by the regular exercise of its directive power which emanates from the rights to free initiative and to free association, which are also constitutional, provided that the criteria of reasonableness and proportionality are met. The second hypothesis is that, concluding by the applicability of the foreign concept in Brazil, it would be possible to require employees to maintain a behavior inside and outside the institution in accordance with its ideals, ensuring its credibility and, therefore, its perpetuation in time and space. The proposal presented to deal with the problem consists of analyzing the horizontal effects of fundamental rights, understanding the concept of essential core and applying the balancing technique to verify how to solve the legal problems which, in principle, have no answer in the statutes. At all times, the research aims to compare the two distinct legal realities in order to detect the points of proximity and distance and, with this, to seek a conclusion on the theme, choosing the comparative contextualist method which aims to analyze not only the text of the statutes, but also other elements of each reality. On this basis and using the deductive research method, the thesis defended is that: (i) it is possible for a Brazilian employer to restrict the fundamental individual rights and freedoms of its employees, with a view to protecting the moral image and credibility of the organization; (ii) the limitation of fundamental rights cannot however affect the essential core of these rights, so that what the employer can legitimately require is behavior in conformity with his ideas, and not an effective sharing of ideals.

Keywords: restriction of fundamental freedoms; freedom of expression for workers; ideological organizations; faith-based organizations; Franco-Brazilian comparative study.

Sommaire

Introduction	8
PARTIE I – LES LIBERTÉS FONDAMENTALES DES TRAVAILLEURS ET LEURS RESTRICTIONS PAR LES EMPLOYEURS EN FRANCE ET AU BRÉSIL	17
TITRE I – LA PROTECTION DES LIBERTES FONDAMENTALES DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL DU SECTEUR PRIVE	18
Chapitre I – La trajectoire de la protection juridique des libertés fondamentales des travailleurs	18
Section I – La construction d'une notion de liberté pour les salariés et son rapport avec le droit au respect de la vie privée en France	19
Section II – La construction d'une notion de liberté pour les salariés à partir du modèle de production esclavagiste au Brésil	39
Chapitre II - La protection juridique actuelle de la vie privée et de la liberté d'expression et de religion des travailleurs et l'interdiction des traitements discriminatoires	47
Section I – La protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés en France	47
Section II - La protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés au Brésil	98
TITRE II – LA RESTRICTION DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DANS LE CADRE DES RELATIONS DE TRAVAIL DU SECTEUR PRIVÉ	117
Chapitre I – L'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail du secteur privé dans la doctrine et la jurisprudence.....	117
Section I – Les théories sur la liaison des individus aux droits fondamentaux	118
Section II - La jurisprudence sur l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail du secteur privé	167
Chapitre II - L'identification de critères juridiques pour la restriction des droits fondamentaux	184
Section I – Le contenu essentiel des droits fondamentaux	185
Section II – Le principe de proportionnalité et la technique de pondération..	195
PARTIE II – LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE RELIGION DES TRAVAILLEURS DANS LES ENTREPRISES DE TENDANCE EN FRANCE ET AU BRÉSIL	207
TITRE I - LA RELATION DISTINCTE ENTRE L'ÉTAT ET LA RELIGION DANS LES CULTURES JURIDIQUES FRANÇAISE ET BRÉSILIENNE	207
Chapitre I - Les différentes trajectoires de la laïcité en France et au Brésil ..	208

Section I – Les distinctions dans l'émergence de la notion de laïcité	208
Section II - Les différents développements de la séparation de l'État et de la religion	228
Chapitre II – La compréhension différente du droit à la liberté religieuse en France et au Brésil	276
Section I – Le droit à la liberté religieuse en France et la protection de l'ordre public.....	277
Section II – Le droit à la liberté de religion au Brésil et l'effort de prise en compte des différentes croyances	291
TITRE II – LES RESTRICTIONS DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DES TRAVAILLEURS DANS LES ENTREPRISES DE TENDANCE	303
Chapitre I – L'imposition de restrictions des libertés fondamentales des travailleurs par l'employeur et ses limites	303
Section I – Le pouvoir de l'employeur dans le contrat de travail et ses caractéristiques en France et au Brésil.....	303
Section II – Les limites à la restriction des droits fondamentaux du travailleur par le pouvoir de l'employeur en France et au Brésil	327
Chapitre II – Les restrictions des droits des travailleurs dans la vie privée, de la liberté d'expression et liberté de religion dans les entreprises de tendance ...	369
Section I - La notion d'entreprise de tendance en France et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	369
Section II – Les paramètres pour l'imposition légitime de restrictions des libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance au Brésil à la lumière de l'expérience française	395
Conclusion	419
Bibliographie.....	421

Introduction

Les entreprises de tendance sont toutes des entités créées dans le but de défendre et de diffuser une certaine idéologie, en fonction de laquelle elles existent, comme les organisations religieuses, les partis politiques et les syndicats. L'origine du concept provient d'un segment de la doctrine et de la jurisprudence qui analyse l'intégration des idéologies dans l'environnement de travail, ayant été d'abord accepté par le Droit allemand, à travers l'institut appelé *Tendenzbetriebe* et, peu après, par le système juridique français sous le nom d'*Entreprise de Tendance*. L'élément qui caractérise¹ et définit les organisations de cette nature est le fait qu'elles ont été créées pour atteindre et servir à un objectif idéologique mondial² inspiré par des valeurs ou des idéaux clairement reconnus³.

Ces organisations se distinguent des entreprises conventionnelles, car elles développent comme activité principale l'extériorisation de préceptes idéologiques⁴ qui vont au-delà d'une simple politique interne de l'entreprise⁵, étant la raison même de l'existence de l'institution⁶. Ce concept a une incidence dans les relations de travail et vise à protéger l'image morale de l'employeur⁷ contre les comportements de ses employés qui peuvent avoir une incidence négative sur lui⁸. En effet, relativement à la fonction exercée par un employé dans une entreprise de tendance, la société le verra comme une reproduction de l'employeur lui-même, raison pour laquelle une identité avec l'idéologie de l'employeur est nécessaire ; par exemple : un directeur des affaires sociales d'une église évangélique ne peut pas avoir un comportement contraire aux règles de foi de l'organisation, car cela mettrait en danger la pureté doctrinale, étant un facteur potentiel de désunion des membres. Comme indiqué, "la violation de devoirs spéciaux de loyauté et de conduite, ni arbitraires ni inégaux, [peuvent] affecter et

¹ ARAUJO, Adriana Reis de. La Libertad Religiosa del Profesor de Religión en España : análisis de la empresa de tendencia. Em defesa do Estado Laico. Brasília: CNMP, 2014.

² BLAT GIMENO, Francisco R. Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas. Madrid : Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986. p. 66.

³ SALANOVA SÁNCHEZ, Belén. El principio de no discriminación por motivos religiosos y de convicción en el ámbito laboral : El acomodamiento razonable. Trabajo fin de máster, 2013. Université de Saragosse.

⁴ MIYAGUSUKU, Jorge Toyama. Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores. *In: Ius et veritas*, 16. p. 186-200, p. 101.

⁵ LHEUREUX, Guillaume. Le Concept de Vie Personnelle du Salarié. *Dans : Mémoire de Droit Social, Année universitaire 1999-2000*. p. 23.

⁶ VAL TENA, Angel Luis de. Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo : libertad ideológica y contrato de trabajo. Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales. Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza. 177-198. p. 178.

⁷ HIDALGO RÚA, G. M. La libertad Ideológica del Trabajador. *Estudios Financieros*, n. 168.

⁸ RODRIGUEZ CARDO, Ivan Antonio. La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 15, p. 17-39, abril/junho, 2011.

discréditer l'image morale externe de l'organisation"⁹, raison pour laquelle une restriction ou une limitation de ces droits des employés est autorisée.

À l'origine, le concept était utilisé pour limiter ou exclure certains droits des travailleurs dans certaines entreprises, lorsque leur présence était incompatible avec la nature institutionnelle de l'entreprise elle-même¹⁰. Actuellement, elle est utilisée non seulement pour limiter les droits des employés, mais aussi pour exiger que ces derniers agissent selon les préceptes éthiques et moraux propagés par l'organisation, sous peine d'être licenciés pour un motif valable. Cela signifie que lorsqu'un employé s'engage à exercer des fonctions de direction ou des postes de premier plan¹¹ dans une entreprise de tendance, il sera possible pour l'employeur d'imposer certaines limitations aux droits fondamentaux de cet employé (liberté individuelle, vie privée, liberté d'expression, etc.) à l'intérieur et à l'extérieur de l'environnement de travail¹², et dans des cas extrêmes, le licenciement immédiat peut avoir lieu¹³⁻¹⁴, à condition de sauvegarder la prestation efficace de l'activité idéologique pour laquelle il a été créé¹⁵⁻¹⁶.

Ce concept est prévu par deux directives de l'Union européenne, à savoir : Directive 94/45/CE du Conseil de septembre 1994 et directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000. La première directive est avant-gardiste en ce qui concerne la réglementation juridique du concept, car elle autorise les entités à orientation idéologique (entreprises de tendance) à adopter des règles spéciales en faveur de l'organisation, à condition que ces dispositions leur assurent une meilleure performance¹⁷. La deuxième directive autorise un traitement différencié par l'employeur lorsque, en raison de la nature de l'activité professionnelle, cette caractéristique constitue une exigence essentielle et déterminante pour l'exercice de l'activité, et à condition

⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. p. 271.

¹⁰ MARTIN VIVES, Juan. Las instituciones religiosas del tercer sector como empresas de tendencia. *In*: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (REPATS), Brasília, Vol. 1, n. 1, p.1-19, Jul-Dec, 2014.

¹¹ ABARCA CORREA, Fernando Gustavo. Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

¹² WAQUET, Phillippe. L'entreprise et les Libertés du Salarié. Paris : Éditions Liaisons, 1992. p. 146.

¹³ BRILL, Edith Arnoult ; SIMON, Gabrielle. Le Fait Religieux Dans L'Entreprise. Dans : Journal Officiel de la République Française. Mandature 2010-2015, Séance du mardi 12 novembre 2013.

¹⁴ SELMA PENÁLVA, Alejandro. La Transcendencia Práctica de la Vinculación Ideológica en las Empresas de Tendencia en el Ámbito de las Relaciones de Trabajo. Dans : Anales de Derecho, Universidad de Murcia, n° 26, 2008, pp. 299-332. p. 300.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel. Libertad Ideológica, Contrato de Trabajo y Objeción de Conciencia. Dans : Persona y Derecho, 50 (2004), 355-372. p. 365.

¹⁶ SORDA, Elena. Las Empresas de Tendencia de Tipo Confesional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 85.

¹⁷ WINTER, Luís Alexandre Carta ; PRIGOL, Natalia Munhoz Machado. Organização de Tendência : um estudo comparado entre o Mercosul e a União Europeia. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, número 36, 2017, 184-205. p. 188.

que l'objectif de la différence de traitement soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Telle est la formulation de l'article 4 de la directive précitée¹⁸.

Aux fins de cette recherche, il a été choisi d'analyser spécifiquement la France, car en plus d'être l'un des premiers pays à traiter le sujet, le pays a montré qu'il présentait des similitudes marquées avec le système juridique brésilien quant au traitement des droits fondamentaux dans les relations privées de travail, ce qui permet d'effectuer de plus grandes comparaisons et prévisions concernant aux implications possibles de la décision d'appliquer le concept.

En France, les salariés sont libres de gérer leur vie privée comme ils l'entendent, même si certains de leurs actes en dehors du milieu professionnel peuvent être considérés comme moralement répréhensibles ou pénalement caractérisés. Cette prérogative découle de l'autonomie dont disposent les individus pour gérer leur vie à leur convenance, de sorte que, s'ils sont insérés dans une relation de travail, les employeurs ne peuvent appliquer aucune sanction pour des comportements pratiqués en dehors du milieu professionnel, sous peine de violer le droit à la vie privée et à l'intimité de leurs employés.¹⁹

Toute divulgation de faits visant à dénigrer l'honneur ou à révéler des faits sur la vie privée des Français doit être interdite. Même le système de protection de la vie privée et des libertés individuelles est un point de référence dans le Code du travail français, qui reconnaît explicitement qu'il existe une sphère d'autonomie entre le salarié et l'employeur, de sorte que la vie privée du premier n'affecte pas la relation de travail qu'il entretient avec le deuxième²⁰. La législation française interdit également toute pratique discriminatoire dans les relations de travail, qu'elle soit fondée sur la religion, le sexe, la race, les convictions politiques ou philosophiques, etc.

Toutefois, en fonction des spécificités du cas et à titre exceptionnel, le droit français autorise un traitement différencié par les employeurs pour des raisons religieuses ou philosophiques par l'application du concept d'"*Entreprise de Tendances*"²¹. L'article 13 de la loi anti-discrimination²² empêche la pratique de conduites discriminatoires, mais dans le cas d'organisations ayant une base ou une structure religieuse ou philosophique, les employeurs peuvent effectuer un traitement différencié et cela ne caractérisera pas une discrimination, car

¹⁸ L'UNION EUROPÉENNE. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

¹⁹ LHEUREUX, Guillaume. Le Concept de Vie Personnelle du Salarié. *Dans* : Mémoire de Droit Social, Année universitaire 1999-2000. p. 74.

²⁰ WAQUET, Philippe. L'entreprise et les Libertés du Salarié. Paris : Éditions Liaisons, 1992. p. 146.

²¹ COULIBALY, Ibrahim. L'Affaire baby loup : quelles suites juridiques ? *In* : Village de La Justice - La communauté des métiers du droit.

²² FRANCE. Loi du 10 mars 2007.

cette exigence constitue une question essentielle, légitime et justifiable pour l'exercice de la profession. Il s'agit d'une exception à la règle de non-discrimination qui y est prévue, qui autorise une action plus imposante de la part du pouvoir d'emploi par rapport aux relations conventionnelles avec la possibilité conséquente de restriction des droits et libertés fondamentaux des employés, à condition que des critères légaux tels que la présence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante soient respectés. C'est comme si la vie privée, la liberté de croyance, la liberté d'opinion et la liberté de travail étaient limitées par l'idéologie de l'organisation en la personne de l'employeur.

La doctrine française définit une entreprise de tendance comme des entités ayant un but social intrinsèquement lié à une idéologie, une morale, une religion ou une philosophie, comme les associations, les fondations, les partis politiques, les syndicats, les églises et les groupes religieux²³. Elles ne peuvent pas viser le profit et doivent avoir dans leurs statuts l'objectif de promouvoir et de défendre leurs convictions idéologiques. En outre, en plus des obligations qui sont imposées à tous les employés, à savoir les devoirs de loyauté et de bonne foi, dans les entreprises de tendance françaises, l'employeur peut exiger de ses employés des comportements qui ressemblent aux coutumes et aux idéologies prêchées par l'organisation, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu de travail²⁴.

Pour autoriser la restriction des droits par l'employeur, la doctrine française impose le respect de deux exigences : (i) vérifier si le comportement d'un employé en dehors du milieu de travail va à l'encontre de l'idéologie de cette organisation et peut, d'une certaine manière, porter atteinte à l'image morale de l'institution ; (ii) vérifier si le poste occupé par l'employé a la capacité d'exposer l'organisation à un certain degré négatif²⁵.

Lorsque le concept est allégué pour justifier le comportement d'un employeur - soit pour limiter les droits, soit pour mettre fin au contrat pour un motif valable - une discussion s'engage sur le conflit juridique inhérent à l'application du concept, notamment : prépondérance ou non des droits de liberté de conscience, de liberté d'expression, de liberté de croyance, etc. *par rapport au* droit à l'autodétermination de l'employeur et à son autonomie privée²⁶. Dans ces

²³ WAQUET, Philippe. *L'entreprise et les Libertés du Salarié*. Paris : Éditions Liaisons, 1992, p. 145, traduction libre : Elles constituent néanmoins une réalité, dont il convient de tenir compte pour le régime de la liberté des salariés. En effet, elles sont caractérisées par un objet social qui se rattache à une idéologie, une morale, une religion ou à une philosophie : associations, fondations, partis politiques, syndicats, églises ou groupement religieux.

²⁴ WAQUET, Philippe. *L'entreprise et les Libertés du Salarié*. Paris : Éditions Liaisons, 1992. p. 146.

²⁵ BRILL, Edith Arnoult ; SIMON, Gabrielle. *Le Fait Religieux Dans L'Entreprise*. Dans : *Journal Officiel de la République Française*. Mandature 2010-2015, Séance du mardi 12 novembre 2013.

²⁶ SCHOUPE, Jean-Pierre. *Le droit à l'objection de conscience des médecins. La dimension institutionnelle de l'objection de conscience*. Nations Unies - Conseil des droits de l'homme, session 31, Gênes.

cas, les Cours²⁷ ont opté pour une pondération des biens juridiques en vogue et, dans le cas des employés insérés dans ce modèle d'entreprise et, tant qu'ils occupent des postes importants ou qu'ils extériorisent la tendance elle-même (par exemple, membre du syndicat, pasteur, politicien, etc.), il est décidé qu'ils peuvent subir des limitations à leurs droits, c'est-à-dire qu'il y a une atténuation des droits des employés en faveur de la préservation de l'image de l'entreprise de tendance.

Au Brésil, les relations de travail sont marquées par une asymétrie de pouvoir dans la mesure où l'un des pôles est occupé par l'employeur, avec un pouvoir de commandement et de gestion, et l'autre extrême est occupé par l'employé, qui lui est subordonné. Cette situation d'inégalité, inhérente à la relation elle-même, n'est pas passée inaperçue auprès du législateur brésilien, qui a prescrit aux employés d'innombrables droits fondamentaux qui, à *première vue*, sont à l'abri du pouvoir directif de l'employeur. En outre, il existe un consensus parmi les juristes selon lequel, le salarié, lorsqu'il s'engage dans une relation de cette nature, ne soumet à l'employeur que sa force de travail et jamais sa propre personne, ce qui signifie que les comportements pratiqués en dehors du milieu de travail, dans la vie privée, n'affectent pas la relation contractuelle.

Il s'agit notoirement de la position renforcée du salarié dans le cadre d'une relation de travail en vertu de la consécration constitutionnelle des droits dits spécifiquement du travail, conçus au moment de l'exécution d'un contrat de cette nature. À ces droits s'ajoutent naturellement les droits fondamentaux des individus, également consacrés par la Constitution de 1988, à savoir : le droit à l'inviolabilité, à la dignité et à la vie privée. Dans un premier temps, une étude approfondie sera menée sur le système juridique brésilien, en s'interrogeant sur les droits protégés dans les relations de travail et leur efficacité.

La position protectionniste de l'État a amené le législateur à omettre la possibilité pour un employeur privé de restreindre ou de limiter les droits fondamentaux de ses employés par l'exercice du pouvoir d'emploi. Toutefois, l'omission législative ne signifie pas que les droits fondamentaux ne peuvent être atténués. Dans le cadre d'une société démocratique plurielle, il existe d'innombrables droits reconnus tant à l'employé qu'à l'employeur qui doivent, en raison de leur nature principielle, être harmonisés.

Le défi d'harmoniser différents droits, de différents titulaires, dans un seul environnement afin d'assurer la concrétisation de l'objectif final pour lequel l'organisation a été

²⁷ Par exemple, les jugements suivants : Cour de cassation, Assemblée plénière du 16 juin 2014 à 14 heures 30. Pourvoi n° E13-28.369 ; Cour de Cassation, Assemblée Plénière du 16 juin 2014 à 14 heures 30. Pourvoi n° E13-28.369 ; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Audience publique du 17 avril 1991, n.° de pourvoi 90-42636.

créée, de diffuser une idéologie, n'est pas facile. Plusieurs éléments doivent être pris en compte afin de justifier, éventuellement, la légalité d'une restriction de cette nature. En outre, il existe une infinité de situations qui peuvent se présenter et qui imposent, sans équivoque, une pondération des biens juridiques afin d'en vérifier la validité. Parmi les questions auxquelles il est prévu de répondre concernant les employés d'organisations religieuses : un employé peut-il être licencié immédiatement pour de juste motif s'il a une relation extraconjugale ? Est-il crédible d'exiger comme condition d'embauche un partage des croyances avec l'employeur ? Peut-on empêcher un employé d'exprimer sa foi sur son lieu de travail ? L'homosexualité peut-elle conduire à la rupture du contrat de travail pour manquement aux obligations contractuelles ? La réponse à ces questions se trouve à la fois dans l'analyse du système juridique et dans l'étude du Droit Français par la méthode comparative.

Il s'agit donc d'une recherche en droit comparé, puisqu'elle propose d'analyser l'applicabilité d'un concept étranger dans une autre réalité juridique²⁸. Au sein de cette branche, il existe différentes méthodes qui peuvent être résumées en deux : la méthode fonctionnaliste et la méthode contextualiste. La théorie fonctionnaliste part de l'hypothèse que certains problèmes sont communs à tout système²⁹. Elle comprend que la loi est constituée en raison de certains problèmes sociaux, qui sont présumés être similaires dans le monde entier, bien que situés dans différentes juridictions³⁰. Il défend ainsi l'idée que le système juridique de toute société connaîtrait les mêmes problèmes et pourrait être résolu de la même manière³¹. Elle vise à analyser comment la loi suprême régit les problèmes sociaux d'une société, en étudiant non seulement le texte supra-légal et la jurisprudence, mais aussi tout autre droit positif lié au sujet. Cela signifie que cette méthode part du principe qu'il est possible qu'il existe d'autres sources juridiques nationales qui traitent de questions de nature constitutionnelle et qui, par conséquent, devraient faire l'objet d'une comparaison.³²

En outre, le fonctionnaliste, lorsqu'il compare le droit constitutionnel, il analyse quelles dispositions constitutionnelles fonctionnent dans le monde, en prenant des notes sur les pratiques qu'il juge adéquates et inadéquates, et conclut sur celle qui fonctionne le mieux du point de vue normatif interne. Il exige naturellement de penser en termes comparatifs, car ce

²⁸ LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. In: Harvard International Law Journal, vol. 47, n. 2, 2006, pp. 517-530, p. 523.

²⁹ TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. The Yale Law Journal, vol. 108:1225, pp. 1225-1309. p. 1238.

³⁰ BIGNAMI, Francesca. Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law. George Washington Law Faculty & Other Work, 2016, pp. 442-471. p. 445.

³¹ ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. Introduction to Comparative Law, 1998, p. 34.

³² BIGNAMI, Francesca. Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law. George Washington Law Faculty & Other Work, 2016, pp. 442-471. p. 446.

n'est qu'en examinant des systèmes variés qu'il sera possible d'identifier les fonctions et les institutions communes à chacun d'entre eux. Enfin, elle est confrontée à deux défis principaux : elle doit éviter de spécifier les fonctions de manière si générale que leurs *insights* les plus importants deviennent banales ; mais en même temps, il doit éviter de spécifier les fonctions de manière si précise à tel point de conclure que chaque institution a des fonctions si uniques, ce qui rendrait la comparaison impossible³³.

On reproche à cette théorie de chercher à identifier des modèles qui seraient meilleurs ou pires. Le problème est que le modèle "x", qui fonctionne parfaitement bien dans le pays "x", lorsqu'il est importé dans la réalité "y", ne produira pas des résultats identiques parce que le contexte et les croyances ont changé, les lois sont différentes et les personnes qui appliqueront cette nouvelle loi aussi - et cela n'est pas pris en compte par le comparatiste fonctionnaliste. À cet égard, Montesquieu avait dit depuis longtemps : " les lois politiques et civiles d'une nation doivent être convenables au peuple auquel elles sont faites, il est donc très improbable que les lois d'une nation conviennent à une autre "³⁴. Cela signifie que les lois d'une nation donnée, sont étroitement liées à de nombreux aspects de cette société : politiques, historiques, intellectuels, institutionnels, etc. et que les fonctionnalistes ne tiennent pas compte de ces variables, qui l'affectent inévitablement³⁵. De plus, pour les critiques, les fonctionnalistes opèrent à un très haut niveau d'abstraction puisque, bien qu'il soit possible de supposer que des principes universels existent, il serait incorrect de conclure qu'ils ont le même niveau de traitement dans tous les pays du monde³⁶. De plus, l'identification de fonctions communes au sein de systèmes constitutionnels est problématique, car des détails importants, propres au système observé et comparé, seront toujours omis de cette analyse.³⁷

D'une autre manière, la théorie contextualiste souligne le fait que le droit est étroitement lié au contexte institutionnel, doctrinal, social et culturel de chaque nation et, de ce fait, soutient qu'une étude comparative qui ne fait pas attention à ces questions est susceptible

³³ TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. The Yale Law Journal, vol. 108:1225, pp. 1225-1309. p. 1238.

³⁴ MONTESQUIEU. The spirit of the laws. Trans. Charles Nugent. Halcyon Press LTDA, 2010, p. 41 : "the political and civil laws of each nation... should be so appropriate to the people for whom they are made that it is very unlikely that the laws of one nation can suit another".

³⁵ TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. The Yale Law Journal, vol. 108:1225, pp. 1225-1309. p. 1265.

³⁶ TUSHNET, Mark. Some reflections on methods in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). The migration of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 67-83. p. 74.

³⁷ TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. The Yale Law Journal, vol. 108:1225, pp. 1225-1309. p. 1239.

de produire un résultat déformé de la réalité³⁸. Son objectif est d'analyser les subtilités institutionnelles et doctrinales de chaque pays, en expliquant que le contexte institutionnel est important, car le chercheur doit savoir si, dans l'environnement dans lequel il est inséré et sur la base des prévisions préexistantes, il est possible que cette figure juridique externe, objet de l'étude comparative, soit importée et réglementée en interne. Tout aussi important, le contexte doctrinal est essentiel pour savoir s'il existe une disposition constitutionnelle sur la question en interne³⁹, la Constitution étant considérée comme un produit de chaque nation et une expression de son caractère⁴⁰. Par exemple, un chercheur contextualiste ne proposera pas l'importation d'un concept étranger sans connaître au préalable la réalité interne car, selon le cas, il ne sera pas possible de placer sur le même niveau de protection - constitutionnel - deux droits qui ont des poids différents.

Pour les contextualistes, une Constitution émerge de l'histoire d'une nation et exprime le caractère d'un peuple⁴¹. Pour les critiques, ce qui devrait être l'objet d'analyse, ce sont les normes juridiques, les décisions doctrinales et rien d'autre. En d'autres termes, pour étudier le Droit étranger, le droit lui-même suffirait. Pour la préparation de l'étude comparative, la deuxième théorie, contextualiste, sera utilisée, car elle est mieux adaptée à l'objectif de la recherche dans la mesure où elle fournit une analyse holistique des systèmes juridiques.

Basée sur la méthode de recherche déductive, la thèse est divisée en deux parties. La première partie vise à analyser la protection des libertés fondamentales dans les relations privées de travail, en comprenant la trajectoire de la protection juridique et la protection juridique actuelle accordée à la vie privée et aux libertés d'expression et de religion, au-delà de l'interdiction de tout traitement discriminatoire (titre I). Dans un deuxième temps, nous avons l'intention d'analyser l'effectivité des droits fondamentaux dans les relations privées de travail dans la doctrine et la jurisprudence, à travers l'étude des théories sur la liaison des personnes privées aux droits fondamentaux, la compréhension du noyau essentiel, les techniques de pondération ainsi que le principe de proportionnalité (Titre II).

La Partie II tente d'analyser, tout d'abord, la relation distincte entre l'État et la religion dans les cultures juridiques française et brésilienne, étant donné que la recherche se concentre

³⁸ TOUSHNET, Mark. Some reflections on methods in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 67-83. p. 76.

³⁹ TOUSHNET, Mark. Some reflections on methods in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 67-83. p. 76.

⁴⁰ MARQUES, Gabriel Lima. *O argumento de direito constitucional comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014. p. 81.

⁴¹ TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, vol. 108:1225, pp. 1225-1309. p. 1270.

sur les entreprises de tendance confessionnelles, ce qui est fait en analysant les différentes trajectoires de la notion de laïcité traversée par les pays et la notion juridique de liberté religieuse accordée à leurs citoyens (Titre I). Dans un deuxième temps, on passe à l'analyse des restrictions aux libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance, en comprenant d'abord comment le pouvoir d'emploi est réglementé et limité dans les pays pour ensuite étudier comment le concept d'entreprise de tendance est réglementé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et par la France et, enfin, quels sont les paramètres pour l'imposition légitime de restrictions aux libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance brésiliennes à la lumière de l'expérience française (Titre II).

Sur cette base, l'intention sera de défendre la thèse suivante : (i) il est possible pour un employeur de restreindre les libertés et droits fondamentaux individuels de ses employés, dans le but de protéger l'image morale et la crédibilité de la personne ; (ii) la limitation des droits fondamentaux, toutefois, ne peut pas affecter le noyau essentiel de ces droits, de sorte qu'en principe, ce que l'employeur peut légitimement exiger est un comportement conforme à ses idéaux et non un partage effectif des idéaux.

PARTIE I

LES LIBERTÉS FONDAMENTALES DES TRAVAILLEURS ET LEURS RESTRICTIONS PAR LES EMPLOYEURS EN FRANCE ET AU BRÉSIL

La Partie I est composée de deux titres et vise à analyser les libertés fondamentales des travailleurs et leurs restrictions mises en place par les employeurs en France et au Brésil. Le premier titre de la partie I vise à comprendre comment les libertés fondamentales sont protégées dans les relations de travail françaises et brésiliennes, de leur reconnaissance jusqu'à l'état actuel de compréhension juridique sur ce thème. Pour cela, il a été divisé en deux chapitres, respectivement : analyse des origines de la construction d'une notion de liberté et de vie privée des travailleurs français et brésiliens (Chapitre I), et compréhension de la protection actuelle accordée par la doctrine, la législation et la jurisprudence, dans les deux scénarios, concernant ces droits (Chapitre II).

Le Titre II de la partie I est consacré à l'étude des atteintes aux libertés fondamentales dans les relations de travail, tant en France qu'au Brésil. Il est divisé en deux chapitres, respectivement : la compréhension de l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail à partir des perspectives doctrinales de la France et du Brésil (Chapitre I), avec une étude des principales théories de ce sujet et de son applicabilité dans les deux pays et, ensuite, une analyse des différents critères juridiques existants pour la restriction des droits fondamentaux dans les relations de travail (Chapitre II), abordant les questions liées au minimum existentiel, au test de proportionnalité, entre autres, en vue de résoudre les impasses juridiques qui se posent face à une collision des droits fondamentaux dans les relations privées.

TITRE I – LA PROTECTION DES LIBERTES FONDAMENTALES DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL DU SECTEUR PRIVE

Pour comprendre la forme de protection des libertés fondamentales dans les relations de travail du secteur privé en France et au Brésil, il convient d'étudier dans un premier temps la voie empruntée par les deux pays pour reconnaître une notion de liberté des travailleurs, qui s'effectue en analysant les aspects historiques, sociaux et autres (Chapitre I). Dans un deuxième temps, on cherche à comprendre l'entendement et la protection, en fait, accordées aux libertés individuelles et à la vie privée dans les deux pays (Chapitre II). Plus précisément, les libertés qu'il est proposé d'analyser, compte tenu du thème de la thèse dont l'étendue est de vérifier la possibilité de restreindre certains droits fondamentaux des employés insérés dans des organisations confessionnelles (religion, d'expression et de travail), et justifier l'approche méthodologique proposée.

Chapitre I – La trajectoire de la protection juridique des libertés fondamentales des travailleurs

Afin de comprendre comment les droits et les libertés fondamentales des travailleurs sont protégés, il est important, premièrement, d'analyser le chemin parcouru par les législateurs pour reconnaître une notion de liberté aux employés, ce qui se fait non seulement à partir de l'analyse technico-juridique, mais aussi compte tenu des contextes historiques, politiques et sociaux qui ont indéniablement fini par influencer la manière dont ces droits ont été peu à peu conquis. Ainsi, il est proposé dans un premier temps d'analyser cette perspective du point de vue français (Section I), dans laquelle est envisagée la construction d'une notion de liberté étroitement liée à la reconnaissance du droit à la vie privée, pour ensuite étudier la réalité brésilienne (Section II), où l'on note la construction d'une notion de liberté basée sur le modèle de production esclavagiste.

Section I – La construction d'une notion de liberté pour les salariés et son rapport avec le droit au respect de la vie privée en France

La notion centrale de droits fondamentaux implique l'idée de liberté qui, pendant longtemps, a été considérée comme quelque chose d'inimaginable dans l'environnement de travail, car c'est un lieu de subordination sans équivoque. Cette subordination – condition nécessaire à la qualification d'une relation de travail – supposait l'existence d'une dépendance quasi absolue à la figure de l'employeur, l'autorisant à contrôler le travail effectué et aussi à contrôler la vie privée de ses travailleurs⁴². C'est pourquoi la simple présence de l'élément « subordination »⁴³ a toujours signalé une probable ingérence dans la vie privée des salariés⁴⁴.

Le milieu du travail n'était pas un lieu où le travailleur pourrait exercer sa liberté de manière large. Le travail subordonné était associé à une dépendance intime, résultant d'une aliénation presque intégrale de la figure de l'employeur, dont le modèle remonte à l'époque du régime esclavagiste. On croyait qu'en se liant à l'autorité d'un employeur, le travailleur finissait par aliéner sa liberté (et pas seulement sa main-d'œuvre) tant pendant la prestation de service, qu'en dehors de celle-ci, dans sa vie privée. Cela était principalement dû à la propagation d'idéaux paternalistes dans le milieu professionnel issus des entreprises familiales, qui étaient majoritaires, où une fausse confusion s'était créée entre l'autorité de l'employeur et l'autorité du chef de famille⁴⁵. Cette confusion, qui aurait dû disparaître avec le passage du modèle de petites entreprises aux grandes industries, ne s'est pas produite, et s'est même perpétuée pendant de nombreuses années.

Dans ce contexte, le bon patron était celui qui s'intéressait aux conditions de vie personnelle de ses employés ; la conséquence en est que le règlement intérieur des entreprises, en plus de réglementer les conditions de travail, imposait aux travailleurs de suivre un ordre moral et social conforme aux idéaux de l'employeur afin de limiter les libertés individuelles de chacun⁴⁶. Il était même courant que le patron crée des règles liées à l'habillement, à l'hygiène et

⁴² WAQUET, Philippe. *L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié*. Liaisons : Paris, 2003. p. 9.

⁴³ PERRAKI, Panagiota. *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen]*. Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de Strasbourg. Soutenue le 20 Septembre 2013. p. 37.

⁴⁴ WAQUET, Philippe. *L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié*. Liaisons : Paris, 2003. p. 111.

⁴⁵ BUY, Michael. *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 9.

⁴⁶ BUY, Michael. *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 9.

même à la religion⁴⁷, plaçant souvent des conditions d'accès et de sauvegarde de la relation de travail.

Avec la Révolution Française, le 26 octobre 1789, de profonds changements s'opèrent dans les institutions du pays, marquant la fin de l'ancien régime et de ses privilèges et le début d'une nouvelle ère, celle de la reconnaissance efficace des droits fondamentaux des travailleurs⁴⁸. Dans ce scénario, c'est d'abord contre l'État que la vie privée est protégée, résultat d'une des grandes réalisations de la Révolution Française, ce qui a été, d'une certaine manière, occultée par l'importance politique que le droit à la sécurité prend en même temps, fruit d'une protection contre les arrestations arbitraires. Cependant, ces deux droits (vie privée et sécurité) sont, en quelque sorte, indissociables : la suppression des lettres du roi (dans lesquelles il émettait des ordres directs, aussi connues par « lettres de cachet ») était justifiée par la volonté d'assurer la paix dans les maisons et la tranquillité à ses occupants. Si une telle protection ne figure pas clairement dans la Déclaration de 1789, elle peut être déduite de ce document sans difficulté.

C'est aussi avec la Révolution – et la loi de mars 1791 – que s'affirme la nécessité d'assurer la liberté du travailleur, mais cette liberté est formelle, ce qui signifie que les travailleurs se retrouvent sans aucune forme de protection de la part de l'État en ce qui concerne l'exploitation de sa main-d'œuvre, puisqu'à l'époque on supposait que le salarié pouvait négocier librement ses conditions de travail avec son employeur. Par la suite, cette situation s'est aggravée avec la révolution industrielle⁴⁹.

La dépendance juridique et économique du travailleur conduit à une invasion du travail dans la vie privée, principalement en raison de longues journées de travail qui - par exemple - en 1833 durent environ 14 à 18 heures par jour, et en 1840 16 heures⁵⁰. Donc, tout au long du XIXe siècle, il était illusoire, voire utopique, de parler de « vie », au sens large, au-delà de l'environnement de travail, car elle était presque entièrement absorbée par le travail. Cette réalité n'a commencé à changer qu'avec la promulgation de lois qui, d'abord, limitaient le temps de travail des enfants et des femmes et, plus tard, de tous, à un régime hebdomadaire, mais aussi avec une activité juridictionnelle.

⁴⁷ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 111.

⁴⁸ WANDI KEMANDJOU, Gill Bertrand. Les droits et libertés fondamentaux du salarié : réflexion sur la hiérarchie de normes. Thèse pour le Doctorat en Droit privé, Université Panthéon Assas (Paris II), le 14 septembre 2007. p. 13.

⁴⁹ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 174.

⁵⁰ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 174.

Les excès commis durant cette période, notamment dans les usines de coton et de laine ont fait, peu à peu, émerger des réactions réfractaires aux conditions établies, avec la nécessité de développer une notion de liberté non plus formelle, mais matérielle pour les travailleurs. L'évolution de ces idées s'est basée sur un tripode : (i) la création d'une loi sur le travail qui attribuait, à la classe, certains droits et garanties essentielles ; (ii) la séparation progressive entre vie professionnelle et vie privée des salariés ; (iii) la reconnaissance d'une identité aux salariés⁵¹.

Progressivement, le Droit du travail français s'est créé, semant de multiples graines dans le terreau socio-économique⁵², dans le but de protéger le travailleur inséré dans une relation unique et inégale⁵³. Son point de départ a été possiblement⁵⁴ la loi du 22 mars 1841 qui établissait un âge minimum de 8 ans au travail et interdisait le travail nocturne et dans des situations dangereuses aux enfants. De 8 à 12 ans, le travail ne pouvait avoir lieu que pendant huit heures, et de 12 à 16 ans, 12 heures. En plus de protéger les enfants, la loi visait à remonter le moral au travail, permettant un meilleur recrutement militaire, en empêchant les enfants et les jeunes de 18 ans d'être inaptes au service, en plus d'améliorer l'état de santé de la population pour prévenir la dégénérescence de la race humaine⁵⁵. Cette loi a constitué une avancée sans précédent et historique en termes de libertés fondamentales des travailleurs. Des libertés qui ont commencé à être effectivement reconnues et garanties et qui ont ensuite conduit à la réglementation des horaires de travail et de leurs limites, à la nécessité de garantir des conditions minimales d'hygiène et de sécurité dans l'environnement de travail, entre autres⁵⁶.

Par la suite, la loi du 19 mars 1874 a été promulguée, ce qui a renforcé les mêmes objectifs et interdictions déjà énoncées par la loi précédente et la loi du 2 novembre 1892, qui limitait le temps de travail des femmes et des enfants – lorsque l'interdiction du travail des enfants a été portée à 13 ans et la journée de travail limitée à dix heures pour les plus de 16 ans, en plus du fait que le travail des femmes ne pouvait pas dépasser 11 heures par jour. Ces décisions sont d'une grande importance pour le droit du travail, car elles conciliaient à la fois la protection du salarié et la liberté de l'employeur, en s'appliquant à tous les établissements et

⁵¹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 10.

⁵² PESKINE, Elsa; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 7.

⁵³ COMBEXELLE, Jean-Denis. Droit du travail et emploi. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 31.

⁵⁴ Certains auteurs, comme Elsa Peskine et Cyril Wolmark, défendent que le droit du travail n'a pas émergé avec cette loi, car il ne s'appliquait qu'aux industries et vu que la grande majorité des travailleurs à cette époque exerçaient leurs fonctions à domicile ou dans de petites exploitations, ça ne s'appliquait pas. Ref. : PESKINE, Elsa; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 7.

⁵⁵ PESKINE, Elsa; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 7.

⁵⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 10.

en renforçant l'importance de l'inspection du travail et des conditions du milieu professionnel. Les préoccupations liées à l'intégrité mentale et à la santé des travailleurs sont apparues dans une loi décrétée le 12 juillet 1893, qui apportait des règles en matière d'hygiène, de propreté des lieux de travail et de prévention des incendies, renforcées par la loi du 29 décembre 1900, dites Loi des Sièges, qui obligeait les commerçants à disposer de chaises pour leurs employés afin de ne pas les obliger à attendre debouts⁵⁷ les clients toute la journée.

Au-delà des problèmes de santé, le 12 juillet 1895, a été promulguée une loi qui limitait la proportion des salaires pouvant être retenue par les employeurs à 1/10 (applicable à ceux qui gagnaient jusqu'à deux mille francs par an), les obligeant à laisser intact 90 % du salaire, car il était considéré comme essentiel pour le salarié de vivre dans des conditions minimalement décentes. Une protection efficace contre la perte de revenus apparaît avec la loi du 9 avril 1898 qui oblige l'employeur, quelle qu'en soit la faute, à indemniser les dommages résultant d'accidents du travail, complétée par une loi de 1919 qui prévoit le versement de pensions aux ouvriers. Enfin, la loi du 19 juillet 1928 assure le maintien du contrat de travail même en cas de changement d'employeur⁵⁸.

D'une manière générale, le Droit du Travail devient connu comme un droit de protection des travailleurs en établissant, en leur faveur, des garanties minimales essentielles, que les conventions collectives, les coutumes et les contrats pourraient encore améliorer, et non limiter ou restreindre. Cependant, ce n'était pas la seule fonction du droit du travail ; il devait aller plus loin en consacrant les libertés inhérentes au monde du travail et les droits fondamentaux propres aux travailleurs⁵⁹, ce qui s'est fait progressivement, en étant renforcé par les avances législatives nationales et internationales concernant ce sujet.

Il est envisagé que les libertés et droits fondamentaux pénètrent le Droit du Travail à deux moments : premièrement, en vertu des instruments internationaux promulgués après la fin de la Seconde Guerre⁶⁰ mondiale tels que la Convention Européenne des Droits de l'Homme promulgué en 1950, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée le 10 décembre 1948 (qui concernait la protection des libertés des individus à travers les « droits naturels »), les pactes internationaux signés avec les Nations Unies (à propos de droits civils et politiques),

⁵⁷ PESKINE, Elsa; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 9.

⁵⁸ COMBEXELLE, Jean-Denis. Droit du travail et emploi. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 31.

⁵⁹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 10.

⁶⁰ PERRAKI, Panagiota. La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen]. Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de Strasbourg. Soutenue le 20 Septembre 2013. p. 37.

mais aussi concernant les droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que les conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relatives aux libertés fondamentales.

Tous ces instruments conduisent à la protection des principes et droits fondamentaux au travail, en plus de promouvoir la justice sociale dans un monde plus équitable. En effet, les droits fondamentaux prévus dans la Déclaration de 1948 ont une charge universelle et s'imposent à tous les États, quel que soit leur niveau de développement. Ils se réfèrent respectivement : au droit à la liberté d'association et au droit de négociation collective ; à l'élimination de tout travail forcé ; à l'abolition du travail des enfants ; à l'élimination de toute discrimination s'agissant d'emploi et de profession⁶¹.

Ces conventions fondamentales, inspirées des droits humains, constituent, avec les quatre conventions de gouvernance, les instruments prioritaires de l'action de l'organisation. Même la Convention Européenne des Droits de l'Homme (1950), ratifiée par la France en 1974, ne traite pas exclusivement des droits des travailleurs, mais certaines de ses dispositions se réfèrent directement à ce groupe de personnes, dont un exemple est l'article 8 (qui prévoit le respect de la vie privée et la protection de la vie familiale, du domicile et de la correspondance) et l'article 6 (qui régleme le droit à un procès équitable), largement utilisé par la jurisprudence française dans les affaires impliquant des conflits du travail. C'est même sur la base de l'article 8 de la Convention que la Cour de Cassation a compris qu'un employeur ne pouvait pas avoir connaissance de la correspondance personnelle envoyée ou reçue par un travailleur dans son environnement de travail, même si l'ordinateur était mis à la disposition du travailleur uniquement pour un usage professionnel. La possibilité donnée à un individu d'agir contre l'État en cas de violation de la Convention a permis la construction d'une jurisprudence très riche de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en ce qui concerne le Droit du Travail.⁶²

En plus des sources internationales, indubitablement importantes, il est envisagé la création de ses propres règles dans le code du travail chargées d'apprécier un caractère juridique fondamental de cette branche du droit⁶³. On observe qu'initialement c'est dans la catégorie des « libertés publiques » qu'il était possible d'assurer une protection unique des droits

⁶¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 254.

⁶² FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 255.

⁶³ Comme à l'article L. 1121-1 du Code du travail qui dispose : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. ».

fondamentaux du travailleur, ce qui est démontré par l'affaire Revet-Sol du 14 juin 1972⁶⁴. À l'occasion, la Cour de Cassation a dû se prononcer sur la légalité d'un licenciement d'un travailleur sans autorisation préalable de la direction. Afin de justifier la compétence de la Cour pour juger l'affaire et autoriser la réintégration du travailleur à son poste, la Cour a estimé que le licenciement, dans ces conditions, constituait une violation des droits fondamentaux. La solution présentée s'inspirait de la jurisprudence du Conseil d'État qui, depuis un certain temps, se prononçait ainsi lors du constat d'atteintes flagrantes à une liberté fondamentale⁶⁵.

Également, le Conseil Constitutionnel, dans l'une de ses premières affaires importantes, a assuré la protection de la vie privée en déclarant que sa violation mettait en danger la jouissance de la liberté individuelle⁶⁶, dont la compréhension a été renforcée par une autre décision dans laquelle la même instance juridictionnelle a déclaré que les perquisitions et saisies mettaient en danger la question de la liberté individuelle⁶⁷. Avec de telles décisions, il n'y avait aucun doute sur la nature constitutionnelle du droit à la vie privée et le respect qu'il imposait aux parlementaires et à l'administration publique, c'est-à-dire son efficacité verticale. Ce droit a été compris comme imposant, face à l'État, une obligation « négative » de s'abstenir, mais aussi une obligation « positive » d'en assurer son 'efficacité⁶⁸.

En ce qui concerne les obligations "négatives", en principe, l'État ne pouvait intervenir dans la sphère privée des individus, prévoyant l'impossibilité d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit. Sauf disposition légale et à condition qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la santé publique ou au bien-être économique du pays, au maintien de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale, ou pour la protection des droits et libertés d'autrui⁶⁹. Cela a considérablement limité les possibilités de contrôle par l'État, où des réglementations spécifiques naissent sur les perquisitions et les saisies, ainsi que sur les interceptions téléphoniques, par exemple. Ces ingérences doivent être prévues par la loi afin qu'il n'y ait aucun doute quant à leur mise en œuvre, car le danger d'actes arbitraires est pris en compte. Notamment, les écoutes et autres formes d'interception d'appels téléphoniques doivent

⁶⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 14 juin 1972, 71-12.508.

⁶⁵ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 88.

⁶⁶ FRANCE. Conseil Constitutionnel, n.° 76-75, DC, 12 Janvier 1977.

⁶⁷ FRANCE. Conseil Constitutionnel, n.° 94-352 DC, 18 Janvier 1995.

⁶⁸ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 730.

⁶⁹ PERRAKI, Panagiota. La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen]. Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de Strasbourg. Soutenue le 20 Septembre 2013. p. 174.

être fondées sur une loi qui prévoit spécifiquement cette situation. L'existence de règles claires et détaillées à cet égard est indispensable, ainsi que les procédures techniques utilisées dans de tels cas. En outre, les exigences fondées sur le paragraphe 2 de l'article 8 doivent également être respectées. Même si la Cour a reconnu que les États disposaient d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, elle a imposé la nécessité d'établir de manière convaincante une telle relation ; c'est-à-dire qu'elle doit correspondre à un besoin social impérieux et doit être proportionnel à l'objectif recherché⁷⁰.

L'obligation d'abstention (« négative ») de l'État suppose également le respect des choix de vie des individus. Ainsi, une législation qui réprime l'homosexualité, par exemple, constitue une ingérence permanente dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (notamment en ce qui concerne sa vie sexuelle), aux termes de l'article 8, alinéa 1, de sorte qu'aucun besoin social impératif est susceptible de justifier une telle limitation. Une égale compréhension s'applique à la situation analogue de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui ne peut plus être justifiée, même au sein de l'armée⁷¹. Dans d'autres domaines, mais toujours dans le respect de l'autonomie des personnes, la réglementation des noms doit être compatible avec la garantie prévue à l'article 8. En effet, en tant que moyen d'identification personnelle, le nom d'une personne ne concerne que sa vie privée. La Cour européenne exige que les dispositions réglementant l'usage du nom soient conformes à la vie privée, conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit de nouer et de développer des relations avec d'autres êtres humains. La Cour comprend également que le choix du nom de l'enfant par ses parents est une tâche intime et affective et doit donc rester dans la sphère privée. Cela ne signifie pas que les pouvoirs publics perdent tout contrôle ; cela signifie que toute ingérence éventuelle de l'autorité publique doit répondre aux exigences de fond et de forme prévues à l'article 8, §2. Et la caractéristique fondamentale du droit au respect de la vie privée ne se mesure qu'à l'aune des obligations d'abstention exigées par les États. La Cour de Strasbourg a socialisé ce droit en mettant à la charge de chaque État un certain nombre d'obligations positives qui garantissaient l'efficacité de sa protection⁷².

D'autre part, l'obligation « positive » de l'État suppose un acte visant à assurer la protection du droit à la vie privée. La Cour de Strasbourg a appliqué pour la première fois le mécanisme des obligations « positives » de l'État, en relation avec l'article 8, dans le cas de la

⁷⁰ À cet égard, il est cité : Cour EDH, 25 février 1993, *Funke v. France* + Cour EDH, 25 mars 1983, *Silver x RU*.

⁷¹ À cet égard, il est cité : Cour EDH, *Lustig-Prean e Beckett v. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999.

⁷² DREYER, Emmanuel. *Vie privée (droits fondamentaux et)*. In : *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 732.

linguistique belge⁷³. À cette occasion, elle a reconnu que le texte a, en substance, pour objectif de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Mais elle ajoute aussi qu'elle ne peut se limiter à cela : cette obligation négative peut englober les obligations positives inhérentes à un respect efficace de la vie familiale. Dépassant la protection de la vie familiale pour s'étendre à la vie privée, ces obligations positives font alors l'objet d'une véritable théorie générale. La Cour de Strasbourg a ainsi précisé que, pour déterminer si de telles obligations existent, il faut tenir compte le juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt individuel et l'État dispose, en tout état de cause, d'une marge d'appréciation. La Cour admet l'existence de ce type d'obligation de la part de l'État lorsqu'elle constate un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures réclamées par un requérant et, d'autre part, sa vie privée et/ou familiale. Le fondement de la construction est le soin de la Cour avec le respect efficace de la vie privée⁷⁴.

Sur cette base, les obligations positives se développent dans des directions différentes. Dans l'affaire *Gaskin*⁷⁵, par exemple, la question de l'accès à la base de données, par un orphelin, de ses origines a été soulevée. Sans rendre la Grande-Bretagne directement responsable d'une obligation d'information, la Cour lui a reproché d'avoir constaté qu'il y avait eu violation de l'article 8, de ne pas avoir accusé un organisme indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, pour se faire prendre la décision finale sur l'affaire.

Depuis lors, ce droit d'accès aux origines s'est développé en différentes variantes. Si dans l'affaire *Mikulic c. Croatie*⁷⁶, la Cour a reconnu que le respect de la vie privée exigeait que chaque individu puisse établir les détails de son identité en tant qu'être humain et que le droit d'un individu d'accéder à ces informations serait essentiel pour qu'il puisse comprendre le fondement de sa personnalité, dans l'affaire *Odièvre C. En France*⁷⁷ la Cour s'est montrée plus réservée, en rappelant les intérêts contradictoires qu'imposent une conciliation. Elle s'est interrogée, dans ce dernier, sur le fait que le système français vise à concilier les points de vue sans exercer aucune restriction, en vertu d'une loi du 22 janvier 2002, qui n'est pas incompatible avec la Convention, compte tenu de la marge d'appréciation laissée aux États à ce sujet.

La théorie des obligations positives a également été appliquée à l'article 8 lorsque la Cour a imposé à un État d'accepter et de financer partiellement le changement de sexe d'un de

⁷³ Cour Européenne de Droit de l'Homme. Affaire linguistique belge, n.° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64.

⁷⁴ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 732.

⁷⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme. CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni*, req. n.°10454.

⁷⁶ Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Mikulic c Croatie*, n.° 53176/99.

⁷⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme.. *Odièvre v France*, n.° 42326/98.

ses citoyens, ainsi que de reconnaître, dans le domaine juridique, sa nouvelle identité⁷⁸. Il s'est interrogé sur la nécessité d'éviter que les transsexuels aient à révéler leur état lorsqu'ils sont contraints de présenter un acte de naissance qui ne correspond plus à leur apparence physique. Enfin, la matière relative au droit à un environnement sain a également été appréciée sous l'angle d'un devoir positif : alors que la Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, la Cour a jugé que les atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile d'une manière qui porte atteinte au droit à la vie privée et familiale, mettant en danger ses intérêts⁷⁹. On peut déduire de cette conclusion de la Cour que l'État est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour réduire ou supprimer les émanations qui ne protègent pas ces droits. Il est également conclu que l'État a l'obligation d'informer la population des risques sanitaires auxquels elle peut être exposée du fait de la présence d'une usine chimique à proximité⁸⁰, en précisant le devoir d'agir, c'est-à-dire une obligation positive imposée aux États.

Cette théorie des obligations positives permet de bien comprendre la portée de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Lors de son application, la Cour révisé ce texte pour l'adapter aux besoins actuels. Cependant, on ne peut pas croire que cette interprétation extensive opère sans limites. Premièrement, parce que les États conservent une marge d'appréciation derrière laquelle la Cour se réfugie parfois pour éviter de leur imposer des restrictions excessives lorsqu'il s'agit de limiter les atteintes à la vie privée. Deuxièmement, parce que les obligations positives ne sont pas découvertes dans tous les domaines. Ainsi, dans l'affaire *Botta c. Italie*⁸¹, la Cour a compris que le droit de pouvoir accéder à la plage et à la mer concerne les relations interpersonnelles d'un contenu large et indéterminé et que tout lien direct avec les mesures requises par l'État pour remédier aux omissions dans les établissements de bains privés et la vie privée n'est pas possible. De même, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*⁸², la Cour a refusé la demande de l'auteur tendant à l'expulsion d'une caravane de gens du voyage d'une zone protégée au motif que l'article 8 ne reconnaissait pas le droit au logement. Manifestement, elle hésite à consacrer les différents droits sociaux, non couverts par la Convention Européenne, sous prétexte d'obligations positives de l'État⁸³.

⁷⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Ass. Plén., 11 décembre 1992.

⁷⁹ Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis Contre la Grèce*.

⁸⁰ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 733.

⁸¹ Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Botta v Italie*, n.° 21439/93.

⁸² Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Chapman v Royaume-Uni*, n.° 27238/95.

⁸³ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 734.

Par ailleurs, dans les décisions précitées, l'État est paradoxalement à l'origine des problèmes de vie privée contestés au regard de l'article 8. La théorie des obligations positives ne peut donc être considérée comme ayant un rôle illimité. En revanche, dans d'autres affaires⁸⁴, la Cour a indiqué que l'article 8 est susceptible d'avoir un effet horizontal, car ses obligations positives peuvent impliquer l'adoption de mesures visant à respecter la vie privée, également dans les relations individuelles entre eux. Ce dernier point est essentiel : le respect de la vie privée n'est pas seulement exigé par l'État ; il s'impose aussi aux relations interindividuelles. À cet égard, le droit européen rejoint le droit national français, qui a depuis longtemps permis une telle protection⁸⁵.

La protection accordée aux « libertés publiques », promue par plusieurs auteurs comme Jean Rivéro⁸⁶ et Gérard Lyon-Caen⁸⁷, a permis d'assurer la protection des droits et libertés des travailleurs pendant de nombreuses années. Cependant, au fil du temps, elle a commencé à être remise en question : si elle a été initialement créée pour protéger les individus contre l'État (effet vertical), comment les libertés publiques pourraient-elles servir à protéger les individus contre les autres individus (effet horizontal) ? Pour répondre à la question, il fallait imaginer une transformation dans laquelle la liberté contre l'État deviendrait aussi liberté contre le pouvoir privé, proposant un effet horizontal à la loi, c'est-à-dire affirmant qu'il était possible de l'invoquer entre individus⁸⁸.

La loi du 17 juillet 1970, qui proclame le droit de chacun au respect de sa vie privée, vise, avant tout, à réagir aux dérives médiatiques, mais le nouvel article 9 du Code civil est consommé en termes plus généraux. La vie privée doit, selon lui, être respectée par tous, ce qui donne à ce texte une portée considérable et dispense la juridiction française d'en invoquer d'autres pour fonder ses décisions, toujours nombreuses, qui imposent son respect. L'article 9 suffit à assurer une protection efficace contre l'indiscrétion et ménage la sphère de liberté de chacun. Ainsi, les techniques de surveillance privée en sont venues à être considérées comme abusives. C'est le cas, par exemple, d'une affaire dans laquelle une indemnisation a été jugée avec une ex-épouse qui avait été espionnée et surveillée pendant plusieurs mois, en vue d'obtenir l'arrêt de la subvention compensatoire, étant entendu qu'une telle ingérence dans la vie

⁸⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme. X et Y v. Pays-Bas, n.° 897/80.

⁸⁵ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 734.

⁸⁶ RIVERO, Jean; MOUTHOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40.

⁸⁷ LYON-CAEN, Gérard. *Les libertés publiques et l'emploi : rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*. France, 1992, p. 31.

⁸⁸ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 734.

privée était disproportionnée par rapport au but poursuivi. De même, un employeur a été reconnu coupable d'ingérence illicite dans la vie privée d'une ancienne salariée, observée même dans son domicile privé, alors qu'elle n'était pas liée par une clause de non-concurrence. Ces décisions sont essentielles pour comprendre la nature de la protection accordée. Ils confirment que ce qui importe est moins la divulgation d'informations sur la vie privée que la perturbation de la vie privée résultant d'une surveillance illégitime. Cette jurisprudence n'est pas loin de ce que la Cour de Strasbourg a déjà décidé, qui tend à protéger la vie privée sociale, entendue comme le droit « d'être laissé tranquille », même en société, ce qui est ainsi consacrée⁸⁹.

La Chambre sociale française, suivant les traces de la Cour européenne, a décidé que les salariés ont le droit, même pendant les heures de travail et sur le lieu de travail, au respect de leur vie privée ; ce qui implique notamment le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut, sans porter atteinte à cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels envoyés et reçus par le salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour l'exercice du travail et ce même lorsque l'employeur en interdit l'usage non professionnel, par exemple⁹⁰. Les inquiétudes suscitées par cette décision, qui permettaient aux travailleurs de dissimuler des activités illicites à leurs employés, se sont adaptées au fil du temps. Évidemment, du côté des entreprises, elles peuvent aussi créer des règles et établir des limites concernant l'utilisation des messages reçus par les employés sur le lieu de travail, à condition que ces règles soient proportionnées et dûment justifiées.

Dans une autre affaire, la Chambre sociale a limité l'utilisation d'une clause de mobilité lorsqu'elle a jugé que le libre choix par un salarié de son domaine personnel et familial ne peut être restreint ou limité par son employeur, sauf s'il s'agit d'une condition indispensable à la protection de la légitimité des intérêts de l'entreprise, compte tenu du poste occupé par le salarié et du travail demandé, ainsi que de l'objectif poursuivi⁹¹. La troisième chambre civile s'est déjà prononcée à ce sujet lorsqu'elle a jugé que le bail d'habitation ne peut pas priver des résidents du logement de leur famille. À cet égard, la frontière entre la liberté civile et le droit au secret est toujours une ligne difficile à tracer. Or, c'est sans doute la finalité des droits fondamentaux qui reconnaissent à leurs titulaires une sphère d'autonomie ainsi qu'une action spécifique pour leur défense⁹².

⁸⁹ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 735.

⁹⁰ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 2 octobre 2001, 99-42.942.

⁹¹ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 12 janvier 1999, 96-22.279.

⁹² DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 736.

Dans ce contexte, l'affaire Corona, tranchée par le Conseil d'État le 1er février 1980⁹³, a constitué une étape importante de cette transformation, car c'est à partir de là que les juges ont commencé à opérer une transition d'un effet éminemment vertical du droit à la vie privée (applicable uniquement dans les relations État-Individu) à effet horizontal (Individu-Individu), ouvrant la voie à la protection autonome des droits et libertés des travailleurs. En résumé, dans l'affaire Corona, le Conseil d'État devait se prononcer sur la légalité d'une règle contenue dans un règlement intérieur qui interdisait l'entrée et le séjour des personnes en état d'ébriété et autorisait la direction, en cas de doute, à utiliser des alcootests, prévoyant également qu'en cas de refus du travailleur, un tel comportement impliquerait la reconnaissance implicite de l'état d'ébriété. Face à cette disposition du règlement intérieur, le Conseil d'État, statuant sur l'affaire, a commencé par constater que, bien que le patron de l'entreprise ait utilisé de son pouvoir réglementaire pour assurer l'hygiène et la sécurité au travail, il ne pouvait pas restreindre les droits des personnes qu'en ce qui concerne à ceux nécessaires pour atteindre les objectifs de l'entreprise. Et en analysant la règle interne qui imposait l'utilisation d'un alcootest sans distinction, il a conclu que cela ne pouvait pas être justifié, sauf dans le cas des travailleurs qui exécutaient certaines tâches, déclarant la nullité du dispositif interne dans la mesure où il dépassait l'extension des restrictions qui pourraient être imposées au nom de la garantie de la sécurité⁹⁴.

Toutes ces avancées dans les sphères nationales et internationales impliquant le droit à la vie privée correspondent à une première phase de conquêtes qui a permis d'humaniser les conditions des travailleurs, qui ont commencé à chercher un moyen d'acquérir une plus grande autonomie dans le scénario interne. En effet, comme on l'a mentionné, l'une des caractéristiques de cette période était le fait que la subordination ne prenait pas fin avec la fin du quart de travail et le départ du travailleur ; il y a eu ingérence excessive de l'employeur dans la vie extra-professionnelle du salarié. Dans le but de donner une plus grande autonomie aux travailleurs, la jurisprudence française a commencé à utiliser la notion de « vie privée », défendant que ce qu'il y avait dans la vie privée des travailleurs échappaient à l'autorité et au pouvoir de surveillance de l'employeur. Au fil du temps, cette notion est devenue connue sous le nom de « vie personnelle », lorsqu'une protection plus large et mieux structurée a été accordée⁹⁵. Avec cela, les travailleurs ont droit à un espace de liberté, un espace d'autonomie qui ne peut être ni

⁹³ FRANCE. Conseil d'Etat, Section, du 1 février 1980, 06361.

⁹⁴ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 89.

⁹⁵ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 11.

réduit ni limité⁹⁶. Autrement dit, la logique change : si auparavant les personnes étaient liées lors de la signature d'un contrat de travail, désormais les travailleurs ne sont liés que par sa main d'œuvre⁹⁷.

Un mouvement de renforcement de la protection des libertés individuelles des travailleurs se dessine, soutenu par les représentants des travailleurs, notamment les syndicats, mais surtout grâce à l'appui des législateurs et des juges qui ont joué un rôle central dans l'évolution des comportements et du traitement des relations privées. Les innovations législatives ont reçu un large soutien des partis politiques de gauche arrivés au pouvoir en 1981 se présentant comme de fervents défenseurs des libertés individuelles et des droits des personnes au sein des entreprises⁹⁸.

Entre-temps, des mesures ont été prises, dont la promulgation de la loi du 4 octobre 1982, chargée de réglementer les libertés des travailleurs dans les entreprises, qui a réduit⁹⁹ – ou du moins limité – le pouvoir directif de l'employeur dans le but de renforcer les droits des salariés, des travailleurs et leur condition de citoyens, tel que l'article L. 122-35 reproduit ci-dessous : « Le règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. » C'était la première fois que l'entreprise entrevoyait la nécessité de protéger les libertés individuelles et collectives au-delà de celles prévues par la loi¹⁰⁰. On note même que si dans l'affaire Corona le Conseil d'État n'a assuré que la protection des "droits de la personne", dans la loi le législateur a également inclus "les libertés individuelles et collectives", élargissant la liste des protections. Il convient aussi de noter que l'expression « libertés publiques » n'a pas été utilisée, mais une expression plus neutre, composée de « libertés individuelles et collectives ». Le choix du législateur témoigne de sa volonté de « dépubliciser » la protection des libertés pour les protéger, elles aussi, dans un

⁹⁶ PERRAKI, Panagiota. La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen]. Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de Strasbourg. Soutenue le 20 Septembre 2013. p. 31.

⁹⁷ PESKINE, Elsa; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 9.

⁹⁸ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 10.

⁹⁹ RAY, Jean-Emmanuel. Les libertés dans l'entreprise. In : Le Seuil, 2009/3, n° 130, pp. 127-142.

¹⁰⁰ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 11.

scénario de relations éminemment privées¹⁰¹, ouvrant l'espace à la théorie horizontale des droits.

Les libertés individuelles et collectives ont d'abord été utilisées dans le domaine du pouvoir politique, et c'est ainsi que les grandes libertés – d'expression, de presse, de réunion, de manifestation et de religion – ont été conquises, avec l'appui du Conseil d'État qui contrôlait la légalité des décisions prises par l'administration publique. Lorsque ces libertés ont été dûment affirmées dans la sphère publique, la discussion s'est engagée sur leur application dans la sphère du travail, plus précisément sur la nécessité de les garantir également dans les ateliers ; avec comme principal argument le fait que les ouvriers ont de plus en plus de diplômes, c'est-à-dire des connaissances sur la façon d'utiliser des techniques sophistiquées pour exercer leur métier dans les usines, de sorte que l'idée de subordination qui prévalait encore - d'aller au-delà des murs de l'entreprise – ne semblait plus avoir de sens¹⁰².

Ce n'est pourtant que le 31 décembre 1992 que l'extension de la protection des libertés dans la sphère privée des travailleurs est légalement conquise, avec la promulgation de l'article L. 120-2, reproduit ci-après : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. ». De cette loi, il est possible de tirer au moins deux réflexions : (i) que les droits et libertés individuelles et collectives ne cessent pas lorsqu'une personne entre dans l'entreprise ; (ii) et que seules des restrictions justifiées et proportionnelles de ces garanties sont possibles. En conséquence, les travailleurs commencent à exister indépendamment de la figure de l'employeur¹⁰³, dans la mesure où une plus grande liberté est donnée aux travailleurs. C'est aussi à cette époque que le droit du travail, au sens strict, a été qualifié de droit fondamental¹⁰⁴.

Cette disposition a un champ d'application général, car elle ne touche pas seulement la première partie du Code du Travail, qui contient les dispositions préliminaires (relations individuelles de travail), mais toutes les relations de cette nature. De ce fait, on peut dire qu'elle protège les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives en général. Aussi, du fait de la généralité du libellé de l'article et de la place où il a été aménagé dans le Code du Travail, le libellé atteste de la priorité que le Droit du travail accorde à la protection des droits

¹⁰¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 89.

¹⁰² WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 12.

¹⁰³ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 112.

¹⁰⁴ VACHET, Gérard. La liberté du travail et l'obligation de non-concurrence du salarié. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 61.

et libertés. Il serait incohérent de réduire le champ d'application de ce dispositif seulement aux initiatives patronales ; la façon dont l'article a été rédigé démontre la volonté du législateur de protéger les droits et libertés des travailleurs contre les agressions de toutes sortes, quels qu'en soient les victimes et les auteurs. Cela ne signifie pas toutefois que l'employé et l'employeur sont traités sur un pied d'égalité ; la relation de travail place le travailleur sous la subordination de l'employeur, de sorte que la protection privilégiée, en règle générale, le premier sur le second¹⁰⁵.

Le rôle des juges, bien qu'il puisse sembler plus symbolique par rapport au rôle des législateurs, revêtait en pratique une grande importance, car ils ont commencé à réprimer et à rejeter les violations des libertés individuelles des travailleurs commises par les employeurs, en appliquant des sanctions pénales à ceux qui voulaient les enfreindre. De même, ils ont commencé à freiner les réglementations internes et/ou les statuts contraires aux droits de la personnalité et aux libertés individuelles des travailleurs, dans le but d'accroître la protection de ces droits pour les salariés¹⁰⁶.

Peu à peu, la jurisprudence a commencé à analyser le comportement des travailleurs en dehors du milieu du travail, afin de décider s'ils pouvaient ou non justifier la rupture d'un contrat. C'est dans les bulletins de la Cour de Cassation, plus précisément dans la décennie 1960-1969, que pour la première fois il est possible d'identifier l'usage de la rubrique « Vie privée du salarié », contenant des décisions dans lesquelles la validité ou non des licenciements motivés par des actes pratiqués ont été discutés par des salariés extérieurs au milieu du travail¹⁰⁷. De l'analyse de ces décisions, il est possible d'identifier que les licenciements de travailleurs ont été considérés comme valables dans les situations suivantes : (i) lorsque le comportement du salarié était incompatible avec l'objectif poursuivi par l'entreprise¹⁰⁸ ; (ii) lorsque l'employé avait l'intention d'épouser un ancien employé qui fournissait des services au concurrent direct de l'employeur¹⁰⁹ ; (iii) lorsque la publicité donnée à un incident survenu dans la vie privée du salarié porte atteinte à son autorité de manager¹¹⁰.

Dans la même période, d'autres licenciements ont été considérés comme nuls et non avenus, entraînant le rétablissement de la situation antérieure avec la réintégration du salarié

¹⁰⁵ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 90.

¹⁰⁶ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 11.

¹⁰⁷ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 114.

¹⁰⁸ FRANCE. Cour de Cassation, 22 juin 1960, n. 665.

¹⁰⁹ FRANCE. Cour de Cassation, 6 janvier 1963, n. 33.

¹¹⁰ FRANCE. Cour de Cassation, 5 février 1969, n. 74.

dans l'emploi¹¹¹, aux termes de l'article 1132-4 du Code du travail, tels que les suivants : (i) lorsqu'un employeur a abusé de son autorité pour entrer dans la sphère privée de ses travailleurs¹¹², dans laquelle le droit à la liberté matrimoniale a été discuté, plus spécifiquement, la question a été analysée sur la validité des clauses contractuelles qui stipulaient aux employés - hôtesse de l'air de la compagnie aérienne Air France – la nécessité de rester célibataire. L'affaire, jugée en 1963, a été largement débattue à l'époque, la Cour statuant en ce sens que : « le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut être ni limité ni aliéné¹¹³ » ; (ii) lorsqu'un employeur a interdit à un salarié de divorcer de son épouse, sous peine de voir son contrat résilié¹¹⁴ ; (iii) lorsqu'un employé de sexe masculin a annoncé qu'il se sentait comme une femme¹¹⁵.

Avec cela, peu à peu, on entrevoit une transition du point de vue protectionniste : si avant, on accordait une plus grande importance aux intérêts de l'entreprise, maintenant, les travailleurs sont privilégiés de manière à assurer leurs libertés individuelles. Dans cette logique, les intérêts patrimoniaux cèdent la place aux impératifs de protection des libertés individuelles qui se posent. De même, il est évident que les intérêts de l'entreprise ne se confondent plus avec les intérêts de l'employeur, et les tribunaux commencent à interdire les décisions des employeurs qui peuvent aller à l'encontre des droits de la personnalité de leurs employés lorsqu'ils comprennent que l'entreprise transcende les intérêts individuels de son propriétaire, tels que la création d'emplois et de revenus¹¹⁶.

À son tour, l'entreprise sort d'une logique purement individuelle pour se réorganiser dans une logique collective qui permet de restreindre les droits individuels en faveur d'un bien ou d'un intérêt commun, à condition que ce comportement soit dûment proportionnel et justifiable. Cette logique collective ne refuse pas l'idée de la nécessaire protection des libertés individuelles, mais échoue à assurer la primauté dont elle jouissait¹¹⁷ autrefois. De plus, cette nouvelle perception se manifeste de différentes manières, plus précisément : elle assure l'intérêt de l'entreprise, mais en même temps, elle n'empêche pas, en raison d'une logique individuelle, la nécessité de préserver les libertés individuelles.

¹¹¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 269.

¹¹² FRANCE. Cour de Cassation, 18 avril 1963, n. 313.

¹¹³ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 23 : « le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut ni se limiter ni s'aliéner ».

¹¹⁴ FRANCE. Cour de Cassation, 8 juillet 1960, n. 756.

¹¹⁵ FRANCE. Cour de Cassation, 14 juin 1962, n. 544.

¹¹⁶ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 11.

¹¹⁷ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 12.

Il faut mentionner que les lois édictées durant cette période, tout en établissant de nombreuses protections pour les libertés individuelles des travailleurs, reconnaissent également le droit fondamental de l'employeur d'imposer certaines restrictions aux droits de la personnalité et aux libertés individuelles, selon les situations. Il était entendu, à titre exceptionnel, que le travailleur ne pouvait prétendre exercer librement tous les droits individuels dans son environnement de travail, puisque les personnes de droit privé - les employeurs - auraient la légitimité de restreindre les droits des travailleurs. De telles restrictions, cependant, ne peuvent exister de manière illimitée, à la discrétion des employeurs ; elles doivent plutôt contenir un objectif bien précis et délimité, et doivent être justifiées afin de sauvegarder les intérêts de l'entreprise. On constate que le législateur a pris soin d'établir des limites, précisant que toute restriction et/ou limitation doit être justifiée en raison de la nature de l'activité que le travailleur exercera et proportionnel à l'objectif final visé¹¹⁸.

Fixer des limites aux restrictions des libertés individuelles était nécessaire pour empêcher l'employeur d'agir sans scrupules, violant les droits et libertés individuels de ses travailleurs sans que cela soit justifiable et proportionnel. De même, les éventuelles restrictions émanant des employeurs, lorsqu'elles sont nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, pourraient être prévues dans des règlements internes ou des instructions adressées aux travailleurs. À cet égard, l'article L. 1121-1, Code du Travail est pertinent – puisque c'est à partir de lui, notamment, que les droits fondamentaux pénètrent le droit du travail en prévoyant que toute restriction aux droits et libertés individuelles et collectives est nulle, hormis si justifiée et proportionnel, ce qui a donné lieu à une riche jurisprudence permettant de contrôler à la fois la justification et la proportionnalité de l'exercice, par l'employeur, des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi¹¹⁹. Cette règle tient compte des effets de l'action de l'employeur sur les travailleurs et il est important de comprendre le contexte dans lequel elle a été adoptée et sa genèse¹²⁰.

Ce dispositif est chargé d'instituer un contrôle de légitimité des décisions de l'employeur, de sorte qu'il ne puisse se contenter d'invoquer son pouvoir de direction pour justifier toute action dans le milieu du travail. L'employeur doit démontrer que la restriction des droits de la personne et des libertés individuelles ou collectives est justifiée et proportionnelle. Ce contrôle mis en place par l'article permet d'identifier le pouvoir de l'employeur et son étendue

¹¹⁸ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 12.

¹¹⁹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 256.

¹²⁰ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 88.

face à des comportements qui restreignent les droits et libertés des travailleurs ; elle permet également d'analyser les effets de l'action de l'employeur sur les salariés. C'est le cas par exemple de la sanction disciplinaire qui couvre en principe toute mesure susceptible d'affecter, immédiatement ou non, la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Pour qu'une sanction disciplinaire soit qualifiée comme telle, elle doit, d'une certaine manière, réprimer le travailleur.

L'originalité de la règle édictée par l'article L 1121-1 du code du travail réside précisément dans le fait qu'elle s'applique à toutes les actions possibles de l'employeur. En prenant les situations de violation des droits et libertés des travailleurs comme critère d'application de cette règle, cette règle prend une conception substantielle ; la manière dont se déroule l'action patronale devient quelque chose de secondaire, voire d'indifférent. De ce point de vue, on peut dire que l'article permet de protéger les droits et libertés des travailleurs, quelles que soient les manières dont l'employeur agit. Il est envisageable d'illustrer cette position par l'exemple de la modification des horaires d'une journée de travail : en principe, cette modification constitue une modification pertinente et possible des conditions de travail, en raison du pouvoir de gestion du salarié ; si le salarié refuse d'accepter ce changement, il commet une faute grave susceptible de justifier son congédiement. Or, l'analyse change complètement lorsque la modification des horaires entraîne une violation du droit ou de la liberté d'un travailleur ; dans ce cas, la logique formelle est laissée de côté et une analyse substantielle est effectuée. Ici, la modification des horaires ne peut plus être considérée comme une modification des conditions de travail ; elle devient une restriction au droit à la liberté et, par conséquent, son régime juridique doit également changer. Il ne suffit pas de dire que l'employé doit obéir à l'ordre de l'employeur en raison du pouvoir de direction ; il convient de vérifier, au préalable, si le changement d'horaire est justifié par la nature de l'activité et proportionnel à l'objectif visé¹²¹.

Plusieurs arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation montrent comment l'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail permet de passer d'une conception formelle à une conception substantielle (matérielle). Par exemple, la Cour de cassation considère depuis un certain temps que le contrôle et la surveillance des activités des travailleurs font partie des prérogatives du pouvoir de direction de l'employeur. Il exige seulement, comme condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, que les travailleurs soient préalablement informés des procédures à suivre dans l'entreprise. Cette condition est empruntée à l'article 9 du Code

¹²¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 92.

civil, qui établit une obligation de loyauté à la disposition : « toute personne a droit au respect de sa vie privée »¹²².

Or, contrairement au courant jurisprudentiel déjà établi, la Cour de cassation a tranché dans une affaire du 26 novembre 2000¹²³ dans un sens totalement opposé. Dans ce cas, un employeur a envoyé un de ses employés travailler comme médecin visiteur pour vérifier l'exactitude de son horaire (combien de temps les autres travailleurs mettaient pour exercer les activités). Afin de décider de la légalité ou non de cette procédure de suivi et de contrôle, la Cour de cassation n'a pas cherché à savoir si l'employeur avait préalablement informé les autres travailleurs des activités qui seraient menées (comme elle l'a fait dans des affaires similaires). Quittant le terrain du pouvoir de direction de l'employeur, comme il jugeait jusqu'alors, la Cour a compris que la procédure était illégale, car elle a estimé que la stratégie de l'employeur constituait une atteinte à la vie privée du travailleur. Cette affaire change la logique alors mise en œuvre par la Cour, puisqu'elle cesse de se fonder sur la légalité de l'usage du pouvoir directif et commence à invoquer la vie privée pour justifier ses décisions. Ainsi, l'article 9 du Code civil a été interprété en combinaison avec l'article L. 1121-1 (ancien L. 120-2) du Code du travail, rappelant que l'acte de l'employeur doit s'apprécier tant au regard du droit commun, quant aux règles de la protection des droits et libertés des travailleurs¹²⁴.

L'affaire Spileers tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999¹²⁵ fournit un second exemple dans le même ordre d'idées. Il était entendu que l'employeur avait été licencié pour avoir refusé de changer d'adresse. L'employeur s'est appuyé sur le contrat de travail, qui prévoyait le droit de déplacer le salarié vers un autre lieu (clause de mobilité géographique), et qui imposait au travailleur l'obligation d'élire un domicile proche du lieu de travail (clause domiciliaire). À l'époque, la Cour de cassation a compris qu'il y avait violation du droit au libre choix de domicile prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Son analyse a également tenu compte des dispositions de l'article L. 1121-1 (ancien L. 120-2) du Code du travail, concluant que pour que la clause soit valable, le changement de domicile doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnel, prenant en compte le poste occupé par le travailleur et l'objectif visé par l'exigence. Il a été décidé que la clause ne violait pas la protection des droits et libertés des travailleurs¹²⁶.

¹²² FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 93.

¹²³ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 26 novembre 2002, 00-42.401

¹²⁴ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 93.

¹²⁵ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 12 janvier 1999, 96-40.755.

¹²⁶ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 94.

Cependant, plus tard, le 28 mars 2006¹²⁷, la Cour de cassation a révisé sa position. Un salarié qui travaillait à Lieussaint est transféré à Salon-de-Provence afin qu'il puisse accompagner sa femme. Au bout de quelques mois, l'employeur lui a demandé de reprendre son emploi d'origine ; le salarié a refusé et a donc été licencié pour faute grave. Dans cette affaire, on comprend que l'employeur avait violé le droit à la vie familiale du salarié et le licenciement a été déclaré nul et non avenu avec la réintégration du salarié au poste occupé. Toutefois, la Cour de cassation a infirmé la décision, estimant qu'un changement géographique ne constitue pas, en soi, une atteinte à la liberté fondamentale du travailleur quant au libre exercice de son domicile, ne justifiant pas la nullité de la renonciation.

De l'analyse des cas, il est possible de conclure que, même si le droit du travail assure la protection des droits et libertés des travailleurs, l'angle sous lequel ce droit aborde l'action de l'employeur varie : ce n'est plus directement de la volonté qu'il s'analyse le pouvoir de l'employeur, mais à partir des effets que ce pouvoir produit ou peut produire ; c'est ce dont il faut tenir compte lors de la prise de décision. Cette conséquence (résultant de la relation de cause à effet) requiert comme condition de validité de l'ordonnance : dans la mesure où il s'intéresse aux effets de l'action de l'employeur, la manière dont il le considère devient secondaire. C'est pourquoi les actions formellement identifiées perdent leur régime juridique d'origine pour être soumises à celui de l'article L. 1121-1 du Code du travail, chaque fois qu'elles altèrent un droit ou une liberté du travailleur¹²⁸. Les règles qui prévoient la possibilité de différences de traitement ont cette même conception de l'action de l'employeur.

En résumé, la montée en puissance des libertés et droits fondamentaux est un phénomène qui a touché tous les secteurs de la société, et le droit du travail n'a pas échappé à cette évolution qui constitue la toile de fond dans laquelle s'insère la lutte contre les discriminations et, plus encore, les revendications de respect et protection du principe d'égalité dans les relations de travail. La question relative au respect et à la réalisation des libertés et droits fondamentaux traverse tous les aspects de la relation de travail, depuis l'embauche, la stipulation des clauses contractuelles, le droit de résilier le contrat, l'exercice du pouvoir de travail, les droits collectifs et les droits individuels¹²⁹ et toute analyse portant sur les ordres patronaux doit être interprétée de ce point de vue, puisque la relation originale entre employé-employeur, liée à une figure paternelle de ce dernier par rapport à l'autre, a d'abord été dépassée

¹²⁷ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 28 mars 2006, 04-41.016

¹²⁸ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 95.

¹²⁹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 253.

dans une relation dans laquelle devrait être assurée l'égalité formelle et, plus tard, la protection de l'égalité matérielle et/ou substantielle efficace.

Section II – La construction d'une notion de liberté pour les salariés à partir du modèle de production esclavagiste au Brésil

Le Droit du Travail, du moins en Occident, apparaît comme un besoin de corriger les inégalités formelles et matérielles entre salarié et employeur, vécues principalement à la fin du XVIIIe siècle et au XIXe siècle en Europe et aux États-Unis. Les transformations résultant de cette période ont inséré la relation de travail comme moteur central du processus économique de production du capitalisme, raison pour laquelle on dit que cette branche du droit apparaît comme une conséquence du développement du mode de production capitaliste¹³⁰ qui inévitablement fini par influencer le territoire brésilien et sa manière de traiter la question.

Le Brésil est un pays de formation coloniale avec un modèle d'économie essentiellement agricole et un système économique construit principalement à travers une relation de travail esclavagiste, encore présente jusqu'à la fin du XIXe siècle. Par conséquent, toutes discussions sur les nouvelles branches juridiques présupposent l'existence de conditions minimales pour les relations existantes. Cela signifie que ce n'est qu'après l'existence du travail libre – légalement libre –, ce qui s'est passé seulement en 1888 avec l'extinction de l'esclavage, que l'on peut parler de l'apparition du droit du travail dans le pays¹³¹.

Ainsi, l'abolition de l'esclavage est considérée comme le point de départ du droit du travail, avec la Loi Áurea de 1888, en mettant la fin à une économie structurée de type rural et maintenue par une chaîne de production éminemment esclavagiste – un système qui ne laissait pas d'espace pour l'apparition d'une nouvelle branche du Droit du travail, qui suppose un espace de travail libre, la formation de groupes prolétariens, l'émergence de cités prolétariennes et la sensibilité de l'État à absorber les revendications de ces personnes¹³² ; autrement dit, à partir du moment où la force de travail des individus libres devient l'objet d'une relation contractuelle qui permet de parler de l'émergence d'un droit pour réglementer cette branche¹³³.

¹³⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 17.

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 125.

¹³² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 126.

¹³³ DUTRA, Renata Queiroz. *Formação histórica do Direito do Trabalho*. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. coords. Pedro Paulo Teixeira Manus, Suely Gitelman - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. p. 6.

Dès 1888 à 1930, période considérée comme la première phase de l'évolution du droit du travail, on constate peu d'avancées dans le domaine du travail, résultat d'un modèle étatique maintenu par une conception libérale non interventionniste, ajouté aux pressions des groupes qui, pendant des décennies, ont bénéficié du modèle de production esclavagiste. L'exploitation du travail « libre », légitimée par le discours de l'autonomie de la volonté, a imposé des horaires de travail épuisants avec le versement de salaires insuffisants pour subsister et une absence totale de sécurité sur le lieu de travail. Parmi les réalisations éparses, se distinguent : la réglementation du travail des mineurs, la dérogation à la qualification de la grève en infraction pénale, l'octroi de 15 jours de vacances aux cheminots, la faculté de créer des syndicats professionnels et des sociétés coopératives¹³⁴. Durant cette période, il convient également de souligner l'engagement signé par le Brésil lors de son adhésion à l'Organisation internationale du travail (OIT), créée par le traité de Versailles sur la base du sens de la justice sociale et de la défense du travail décent¹³⁵, qui a contribué à l'élaboration de la législation du travail¹³⁶.

La deuxième période d'évolution, de 1930 à 1945 (marquée par la fin de la dictature de Getúlio Vargas), est caractérisée par une intense activité administrative et législative, qui a mis en œuvre de nombreuses actions combinées, visant à garantir la survie – même physique – de la classe ouvrière et la paix sociale – par le choc des classes qui commençait à émerger au point de rendre téméraire une confrontation collective directe¹³⁷. À savoir : répression rigoureuse contre tout mouvement ouvrier, création d'une législation qui couvrait un modèle d'organisation du droit du travail largement contrôlé par l'État, entre autres. En 1934, avec la nouvelle Constitution, la prérogative du pluralisme syndical fut accueillie, ce qui dura très peu, car l'année suivante, en 1935, le gouvernement reprit le contrôle des actions ouvrières avec le décret de l'état de siège. Avec ce même état de siège, prolongé par la dictature de 1937, le gouvernement éliminait toute tentative de résistance au modèle imposé et à la stratégie politique du moment¹³⁸, avec une abondante législation adoptée par des décrets-lois dans le cadre du droit du travail¹³⁹.

Au cours des quinze années de cette deuxième période, le modèle du travail mis en place comportait respectivement six biais : (i) l'organisation de l'administration fédérale avec la

¹³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 128.

¹³⁵ CAVALCANTE; Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A organização internacional do trabalho: 100 anos fazendo história. Revista de Direito do Trabalho, vol. 207/2019, p. 21 – 34, nov/2019.

¹³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascado. Iniciação ao Direito do Trabalho. 2013. p. 50.

¹³⁷ DUTRA, Renata Queiroz. Formação histórica do Direito do Trabalho. In: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. coords. Pedro Paulo Teixeira Manus, Suely Gitelman - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. p. 7.

¹³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 129.

¹³⁹ Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 27.

coordination des actions institutionnelles telles que la création du ministère du Travail ; (ii) la création d'une structure syndicale officielle, basée sur le syndicat unique ; (iii) la création d'un système de résolution judiciaire des conflits du travail, institué par la création de Commissions mixtes de conciliation et de jugement, qui fut plus tard appelée « justice du travail » ; (iv) la structuration du système de sécurité sociale ; (v) la promulgation de lois professionnelles plus protectrices ; (vi) la mise en place d'un modèle ouvrier corporatiste et autocratique dont l'objectif était d'étouffer les manifestations politiques ou ouvrières autonomes ou contraires à la stratégie officielle de l'État. Vers la fin de cette période, plus précisément en 1943, la Consolidation des lois du travail a été promulguée, qui, malgré son nom, a la nature d'un Code du travail, résultat d'une période politique centralisatrice et autoritaire¹⁴⁰. La Constitution de 1946 innove en transformant le Tribunal du travail en organe judiciaire, puis les Constitutions de 1967 et 1969, issues d'une dictature militaire, ont entraîné la fermeture des syndicats¹⁴¹.

Le nouveau modèle de travail a alors été rapidement abandonné, ce qui a conduit à la création d'un droit du travail également fermé, autoritaire et corporatiste, qui a duré de 1930 jusqu'à la Constitution de 1988, avec la transition démocratique du droit du travail brésilien, marquée par la troisième période d'évolution de cette branche. Lors de cette troisième étape, connue pour le dépassement de la démocratie par rapport à l'ancien modèle, certains instituts inappropriés persistaient encore pour le développement du nouveau modèle d'État du point de vue du marché du travail, à savoir : (i) l'unité syndicale ; (ii) le maintien de la représentation de classe des entreprises devant le Tribunal du travail ; (iii) le maintien du large pouvoir normatif judiciaire en tant que concurrent de l'État pour la négociation collective du travail. Cependant, peu de temps après la promulgation de la Constitution de 1988, plusieurs améliorations ont été apportées au texte juridique, afin d'optimiser le nouvel ordre démocratique institué, comme l'amendement constitutionnel 24 de 1999, qui a éteint la représentation corporative classiste du pouvoir judiciaire du travail¹⁴².

Les avancées apportées par la Constitution de 1988 sont indéniables, parmi lesquelles se distinguent la liberté d'association et de syndicat, la reconnaissance et les incitations à la négociation collective, l'extension du Tribunal du travail à l'intérieur du Brésil, la structuration du Ministère du travail public, la gestion d'actions collectives dans le domaine du travail. De plus, le texte constitutionnel a conféré un nouveau statut au droit du travail, à travers la mise en œuvre de principes et de droits qui ont accentué la force de cette branche dans la société

¹⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 132.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascado. Iniciação ao Direito do Trabalho. 2013. p. 51.

¹⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 134.

brésilienne, étant un véritable cadre temporel pour la consolidation et la promotion des droits sociaux¹⁴³. Toutes les nouveautés apportées par le texte constitutionnel ont évidemment permis au fil des ans la recherche d'une véritable efficacité du Droit du Travail au Brésil¹⁴⁴, même si elles ont également admis la flexibilisation des droits par voie d'accord ou de convention collective, comme c'est le cas du salaire et de la journée de travail (points VI, XIII et XIV de l'article 7)¹⁴⁵.

Il ne faut pas oublier que la transition vers un modèle démocratique a également été marquée par une période de crise culturelle profonde, existant en raison des politiques libérales majoritaires dans le pays dans les années 1990 - qui appelaient à une intervention minimale de l'État dans l'économie et la société, y compris avec la flexibilisation des règles du droit du travail. C'était une époque marquée par une forte pression des groupes officiels qui essayaient à tout prix de réduire les droits et les garanties du travail qui venaient d'être conquis ; ainsi, une première crise du Droit du travail émerge, au sein de ce processus de transition démocratique, dans lequel, d'une part, la démocratisation était défendue et, d'autre part, la désarticulation radicale de la branche juste-travail dans laquelle les opérateurs du droit se trouvaient de plus en plus obligés de se tourner vers la Constitution pour décider des revendications du travail et commencer le voyage vers le sommet du système juridique¹⁴⁶.

La Constitution de 1988 a été placée au centre de la discussion, acquérant une dimension objective et rayonnant ses effets dans tout le système juridique, ce qui a conduit à « la constitutionnalisation du droit privé » vu la manière dont elle traitait les droits fondamentaux, avec l'insertion conséquente de la discussion sur l'efficacité de tels droits dans les relations privées¹⁴⁷, remplaçant un dogme éminemment positif et formel¹⁴⁸, dans lequel seule une efficacité verticale des droits fondamentaux était consacrée. Nombreux sont ceux qui ont alors compris qu'il était impossible de mettre en œuvre dans le pays un modèle de régulation autonome et privée similaire au modèle nord-américain ; d'autre part, il ne fallait pas non plus

¹⁴³ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, Dezembro, 2016, pp. 265-292, p. 267.

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 135.

¹⁴⁵ Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 27.

¹⁴⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 49.

¹⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 433.

¹⁴⁸ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 50.

oublier qu'un modèle totalement opposé, autoritaire et centralisateur ferait l'affaire. Il était nécessaire de trouver un terrain d'entente pour, compte tenu des caractéristiques sociales, culturelles et économiques du pays, ainsi que du dépassement de la dictature avec la redémocratisation de la nation brésilienne¹⁴⁹, construire une démocratie constitutionnelle¹⁵⁰, en vue d'une protection et d'une promotion efficace des droits et libertés des travailleurs. Et c'est avec cette promesse que la Réforme sembla être approuvée.

Le modèle trouvé était celui d'une norme de standardisation privatiste, mais subordonnée, qui autorisait un interventionnisme étatique avec une participation réelle de la société civile dans l'élaboration du droit du travail, afin de produire une législation qui reflétait effectivement les besoins de la société et qui protégeait le travail. Parmi les nouveautés qu'elle a apportées se distinguent le tiers de congés payés en plus (13ème salaire), des droits reconnus aux travailleurs domestiques, l'extension du délai de prescription pour le recouvrement des créances du travail à cinq ans, le congé de paternité¹⁵¹. Dans le même ordre d'idées, les pouvoirs de négociation collective et les pouvoirs d'action d'un syndicat effectivement représentatif ont été reconnus, interdisant l'ingérence de l'État, y compris la stipulation de droits couverts par l'indisponibilité de l'état des personnes, tels que le paiement du salaire minimum, l'enregistrement réglementé du travailleur (CTPS) et le respect des règles de santé et de sécurité au travail¹⁵². Cette large reconnaissance des droits visait, comme on l'a dit, à améliorer la condition sociale¹⁵³ des travailleurs, reflétant l'importance que la communauté leur accordait d'être érigés au statut de droits fondamentaux inhérents à la condition humaine.

Un niveau de civilisation minimum brésilien est établi sur trois piliers : (i) les normes constitutionnelles en général, telles que celles prévues à l'art. 7 de la Constitution de 1988, qui vise à protéger le travail individuel ; (ii) les règles des traités et des conventions internationales en vigueur dans le système juridique brésilien, telles que les conventions de l'Organisation internationale du travail - OIT ; et (iii) les normes juridiques infra-constitutionnelles qui assurent des conditions minimales de dignité pour le travailleur, dont les lois qui interdisent la discrimination, qui garantissent des conditions minimales de santé et de sécurité au travail, les normes qui stipulent des bases de salaire minimum, etc¹⁵⁴.

¹⁴⁹ SILVA, Cássia Cristina Moretto. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 7, Jul.-Dez. p. 274-301, p. 286.

¹⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 137.

¹⁵¹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social: direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 7.

¹⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 138

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 288.

¹⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 139.

Il serait pourtant naïf de penser que le dépassement du modèle dictatorial pour celui d'une démocratie ouvrirait la voie à la construction d'un Droit du travail absolument égalitaire avec une protection efficace des libertés individuelles et collectives. En fait, la forme autocratique de gestion des relations de travail perdurant de nombreuses années au Brésil a abouti à un modèle autoritaire d'organisation du marché du travail qui visait à retirer à la société civile la possibilité de discuter du conflit socio-économique du travail¹⁵⁵. On en a eu un exemple avec la mise en place d'une organisation syndicale unitaire par catégorie, qui excluait la notion d'entreprise dans le but de décourager les travailleurs au sein des entreprises, de s'identifier les uns aux autres, rendant difficile la formation d'une culture de conscience et de responsabilité entre eux. Et plus encore : offrir une possibilité unique au travailleur – adhérer ou non au seul syndicat possible – semble aussi être un vestige du modèle autoritaire¹⁵⁶.

En même temps, un système intra-étatique de résolution de grands conflits du travail émerge, absorbant le conflit socio-économique du travail de manière à retirer à la société civile la possibilité de gestion, de telle sorte que l'État neutralise les espaces civils pour éteindre les flammes du conflit – manifestement antidémocratique, puisque « il n'y a pas de démocratie sans que la frange la plus importante de la population ne maîtrise pas une notion solide et expérimentée d'auto-protection et, concomitamment, une notion éprouvée et solide de responsabilité propre. Dans le premier cas, pour se défendre contre les tyrans antipopulaires ; dans le second cas, ne pas se laisser attirer par des propositions populistes tyranniques »¹⁵⁷.

Enfin, le modèle autoritaire de gestion sociale du travail crée encore des mécanismes et des institutions pour contrôler les organisations ouvrières et la direction collective, les excluant de la possibilité de gérer leur propre groupe, rendant la démocratie irréalisable dans la mesure où la responsabilité n'appartient qu'à l'État et pas aux individus travailleurs. En réalité, le système juridique traditionnel brésilien a tenté de limiter l'espace ouvert à la construction juridique des groupes sociaux et le droit du travail brésilien a succombé à ses exigences, pour ne pas répondre de la manière qui était nécessaire : se montrer comme une résistance au modèle fiscal. Un exemple en est que ce n'est qu'avec la Constitution de 1988 que la négociation collective – une forme d'autogestion des conflits sociaux – a gagné en pertinence ; avant cela, il y avait une hégémonie évidente dans les modes de résolution des conflits sociaux par l'hétéro-administration, avec l'intervention de l'État. C'est donc avec la Constitution de 1988 que les conflits sociaux ont pris un essor considérable, jusque-là inédit, car les conditions

¹⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 140.

¹⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. Editora LTr, São Paulo, 2003, p. 149.

¹⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 140.

institutionnelles, juridiques et culturelles ont été créées pour venir à bout, une fois pour toutes, de l'actuel système de travail juste, fondé sur un régime totalitaire et autocratique¹⁵⁸, en envisageant un mouvement qui s'est tourné vers l'égalisation matérielle et efficace des inégalités, en promouvant l'estime de soi des individus et les aspects positifs de l'identité des communautés stigmatisées, en plus de la mise en place de politiques publiques compensatoires¹⁵⁹.

Parmi les dispositions du nouveau texte ressortent les suivantes : (i) le pouvoir émane du peuple ; (ii) la société est libre, juste et solidaire ; (iii) il s'agit d'une société pluraliste ; (iv) les formes autonomes d'exercice du pouvoir sont valorisées ; (v) l'interdiction de l'ingérence de l'État dans les organisations syndicales ; (vi) la promotion de l'égalité juridique matérielle. Ainsi, une vision collective du problème social s'épanouit dans le pays, par opposition à une vision individualiste jusqu'alors prépondérante, affectant le droit du travail tant sous cet aspect, que du fait de l'institution d'un État démocratique de droit, qui structure principes constitutionnels de travail¹⁶⁰ et attend la participation populaire dans le processus de prise de décision et dans la formation des actes gouvernementaux, en plus de l'engagement à la réalisation des droits fondamentaux¹⁶¹.

L'influence – positive et démocratique – de la Constitution dans le domaine du droit du travail permet, avec le temps, de dépasser les impasses et la dissociation existante entre liberté et égalité, ainsi qu'entre droits individuels, collectifs et sociaux. Les employés urbains et ruraux étaient égaux en droits, la catégorie des employées domestiques a acquis de nouveaux droits, les employées enceintes ont commencé à bénéficier de 120 jours de congé, le délai de préavis est passé à 30 jours et non plus à 8 jours, parmi de nombreux autres droits¹⁶². La « positivisation » de l'État démocratique de droit opérée avec la Constitution de 1988 est donc responsable de l'affirmation concrète des droits sociaux du travail¹⁶³, qui part désormais d'une perspective de promotion matérielle et non plus simplement formelle.

Plus de vingt ans après la promulgation de la Constitution, il est possible de dresser un aperçu du système juridique du travail brésilien, en identifiant les problèmes et les points positifs que la norme supra-légale a apportés. Sous l'aspect du droit individuel du travail, on

¹⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 144.

¹⁵⁹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. O Estado Democrático Social de Direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 156.

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 146.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

¹⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 149.

¹⁶³ MENEZES, Mauro de Azevedo. Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: Ltr, 2004. p. 295.

distingue la prépondérance du droit écrit, notamment le légiféré ; du point de vue du droit collectif du travail, on peut constater un affaiblissement du syndicalisme, mais comme points positifs, il y a la consolidation de la négociation collective du travail, le suffrage des procès collectifs, la structure de la justice du travail englobant tout le pays, etc¹⁶⁴.

Néanmoins, acceptant les thèses ultra libérales de l'État minimum, la réforme du travail a été approuvée en 2017 avec la promesse d'augmenter le nombre d'emplois et de réduire l'informalité¹⁶⁵, déclenchant un processus de déréglementation et d'assouplissement du droit du travail avec l'extinction des droits du travail¹⁶⁶ et une inversion de la logique en vigueur jusque-là, puisqu'elle commençait à donner du prestige au négocié sur le légiféré. C'est là que se situe la deuxième crise du droit du travail, qui a commencé en 2016 avec la reprise de l'agenda politico-idéologique des années 1990, réclamant une nécessaire flexibilisation des normes du travail avec un évident parti pris libéral¹⁶⁷.

À la suite de ce nouveau mouvement, la Loi de Réforme du Travail (n.º 13.467 du 13 juillet 2017) a été approuvée, chargée d'apporter l'ensemble de changements le plus profond jamais apporté au droit du travail depuis sa promulgation en 1943. Le processus de l'approbation de ladite loi a fait l'objet de nombreuses critiques pour un éventuel non-respect des procédures légales, comme la non-audition des commissions thématiques lors de leur traitement à la Chambre des Députés, en plus des 864 propositions d'amendements présentées par le Sénat qui n'ont pas été acceptées. Le projet a été approuvé sous le gouvernement du Président Michel Temer (affilié au Parti MDB – Mouvement Démocratique Brésilien), vice-président de Dilma Rousseff (affilié au PT – Parti des Travailleurs) qui a été destitué en août 2016, environ un an avant l'approbation de la Réforme du Travail.

Dès son entrée en vigueur, la loi de Réforme du Travail a soulevé de nombreux doutes quant au cadre initial d'applicabilité, ce qui a conduit le Tribunal Supérieur du Travail (TST), la plus haute juridiction du Tribunal du Travail, à se saisir de la question en publiant l'Instruction Normative 41/ 2018 prévoyant que les règles de la réforme entreraient en vigueur immédiatement, mais n'affecteraient pas les situations initiées ou consolidées avant leur entrée

¹⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 154.

¹⁶⁵ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Organizadores: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Campinas/SP, 2019. p. 13.

¹⁶⁶ Par exemple, l'exclusion du concept de "temps à disposition" ; l'élimination des "heures in itinere" ; l'incitation à l'embauche de travailleurs autonomes en opposition à la relation de travail ; l'exclusion du caractère salarial des pauses intra-voyage ; et les restrictions concernant la réglementation du préjudice moral ;

¹⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 136.

en vigueur survenue le 11 novembre 2017¹⁶⁸. La question n'a pas encore été entièrement réglée, tant le Tribunal Supérieur du Travail (organe suprême du Tribunal du Travail), ainsi que le Tribunal Fédéral (organe suprême de l'ensemble du Pouvoir Judiciaire), continuent d'être invités à se prononcer sur la constitutionnalité des différentes dispositions créées par la réforme de 2017. En ce qui concerne la Réforme, le fait est que son entrée en vigueur constitue une nouvelle étape dans le Droit du Travail et apporte de profonds changements à la législation.

Chapitre II - La protection juridique actuelle de la vie privée et de la liberté d'expression et de religion des travailleurs et l'interdiction des traitements discriminatoires

Après avoir compris la manière dont la liberté a été reconnue aux salariés en France et au Brésil, on procède à l'analyse de la protection juridique actuelle qui leur est accordée au regard de l'exercice du droit à la vie privée et à la liberté d'expression, de religion, de travail, ainsi que l'interdiction des traitements discriminatoires. À cet effet, une analyse est réalisée sur la protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés en France (Section I) et, dans un second temps, une analyse de la protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés au Brésil (Section II). Au final, il est possible de comparer les deux réalités afin d'en extraire des points de rapprochement et de distance entre les deux pays.

Section I – La protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés en France

Les droits accordés aux travailleurs visent à assurer l'équilibre de la relation employeur-employé et à garantir des conditions minimales à ceux qui travaillent sous un régime de subordination. En effet, même en tant que travailleur, l'individu reste titulaire de droits, notamment ceux de la liberté et du droit à la vie privée, de sorte que le régime général de protection prévu par la Constitution, dans les Conventions internationales, européennes et

¹⁶⁸ Sénat fédéral. La réforme du travail achève une année remise en cause et sans issue. Disponible sur : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/09/reforma-trabalhista-completa-um-ano-sob-questionamentos-e-sem-desfecho>. Consulté le 16 septembre 2022.

communautaires doit être appliqué à eux¹⁶⁹. Pour les besoins de cette recherche, il est proposé de réaliser un schéma méthodologique pour l'étude des droits suivants : vie privée, liberté de religion, liberté d'expression et liberté de travail, analysés ci-dessous.

Il est difficile de trouver une définition exacte de la notion de vie privée et il est impossible de la limiter à une conception de cercle intime dans lequel chacun peut mener sa vie personnelle comme il l'entend et exclure complètement le monde extérieur à ce cercle, car le droit à la vie privée doit aussi englober, d'une certaine manière, le droit d'un individu d'établir et de développer des relations avec ses pairs, ce qui relativise considérablement la distinction entre vie privée et vie publique, puisque les frontières sont parfois mal établies. L'objectif de protection est défini par rapport à l'objectif qu'il vise à atteindre et, pour cette raison, la réflexion sur la vie privée est indissociable de la réflexion sur la matérialisation des droits fondamentaux ; en définitive, la vie privée est protégée, car à travers cette protection, la liberté individuelle sera protégée¹⁷⁰.

Tel qu'expliqué ci-dessus, la notion de vie privée française peut être divisée en deux sphères : la vie privée et la vie publique. D'un point de vue pratique, tout se passe comme si la vie privée constituait le noyau essentiel du droit général à la vie privée ; c'est l'élément le mieux protégé, le plus résistant et lié à l'intimité de la vie privée¹⁷¹. Le protégé est ce qui est confidentiel et empêche l'autre de savoir ; c'est reconnaître un espace où règne un profond sentiment de discrétion et de pudeur, c'est la sanctification du jugement interne par la valorisation de la volonté individuelle¹⁷². La protection de la vie privée du salarié vise à préserver un espace d'autodétermination face au pouvoir de l'employeur, de protéger sa vie personnelle de sa vie professionnelle ; cet objectif a d'abord été construit par la jurisprudence en donnant une dimension sociale à la question de la vie privée¹⁷³. La protection de la vie privée est aussi nécessaire à l'épanouissement de chacun dans sa vie quotidienne, car pour résister au regard des autres (employeur), elle ne peut être permanente.

Le droit à la vie privée, sous l'angle des relations de travail, suppose une distinction entre le temps de travail et le temps libre du travailleur. Tout au long de l'ère industrielle en

¹⁶⁹ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 151.

¹⁷⁰ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 729.

¹⁷¹ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 178.

¹⁷² DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 729.

¹⁷³ AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi : le droit à la vie privée. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 302.

France, qui débute au milieu des années 1830, les ouvriers entretiennent une relation très forte de subordination et de dépendance vis-à-vis de leurs employeurs ; à tel point que la possibilité d'un emploi perpétuel ne fut interdite qu'après le 27 décembre 1890¹⁷⁴. Pendant longtemps, les ouvriers ont vécu selon leurs employeurs, ne pouvant même pas chercher un autre emploi sans l'accord du patron.

Dans le domaine international, la reconnaissance formelle du droit à la vie privée se trouve à l'article 8, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, à l'article 17, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et à l'article 7 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. Au niveau national, la législation française a commencé à instaurer de nombreux droits pour les travailleurs dans le but de protéger et de préserver leur vie privée, dont la prédiction découlait principalement de l'article 9 du Code civil français, qui prévoyait : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* »¹⁷⁵. Afin d'atteindre les objectifs exacts pour lesquels il a été conçu, cet article a dû passer par une période de maturation, mais au fil du temps, il a été compris que sa genèse n'était pas tant de protéger la vie extra-professionnelle du travailleur, mais surtout l'intimité de la vie privée¹⁷⁶. Ce traitement protecteur limite le pouvoir de direction de l'employeur, qui doit désormais s'exercer dans le respect des droits fondamentaux des salariés et notamment de leur vie privée. Au moment où un travailleur termine sa journée de travail, sa subordination à son employeur cesse, reprenant ses libertés individuelles¹⁷⁷, étant libre pour gérer sa vie privée de la manière qui lui convient le mieux.

Ensuite, la vie des travailleurs se divisait en deux moments : une au travail et l'autre en-dehors du travail ; un équilibre a été créé au cours d'une journée de travail, dans laquelle une partie de la journée est consacrée au temps de subordination (travail) et l'autre au temps libre (loisirs). Le travailleur dispose désormais d'une réelle autonomie pendant la période où il n'est

¹⁷⁴ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 173.

¹⁷⁵ FRANCE. Code Civil. Art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

¹⁷⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 116.

¹⁷⁷ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 21.

pas sous l'autorité de son employeur, sauf par rapport à ses obligations de loyauté et en sauvegardant également la possibilité de l'existence de clauses contractuelles spécifiques susceptibles de limiter ce droit¹⁷⁸. L'existence de ces deux périodes parallèles et distinctes (à l'intérieur et à l'extérieur de la journée de travail) s'est construite au fil des années, de sorte qu'actuellement la compréhension de la jurisprudence est que : (i) la vie personnelle du travailleur persiste même au sein de sa vie professionnelle ; (ii) la vie professionnelle se manifeste également dans la vie privée du travailleur.

Le droit à la vie privée du travailleur lui permet de jouir pleinement de sa liberté en dehors du milieu de travail et cette nouvelle évolution a été marquée par une décision rendue en 1991, impliquant une association religieuse qui avait dans son personnel un travailleur qui exerçait la fonction d'assistant de sacristie¹⁷⁹. Sans que ce salarié n'ait pas entretenu un comportement contradictoire ou n'ait pas été impliqué dans une quelconque situation d'exposition, un prêtre a pris conscience qu'il était homosexuel et a immédiatement rompu le contrat de travail. Le tribunal de Paris a compris que la dérogation était valable, invoquant l'arrêt Roy et Fisher, fondant sa décision sur le fait que, pour la bonne exécution des prestations, il était nécessaire que le salarié maintienne une conduite extérieure compatible avec les dispositions intérieures de l'employeur. Il a également réfléchi au fait que l'homosexualité était un acte condamné par l'Église catholique et sa loi divine ; de même, il a fait valoir que, indépendamment de la survenance d'un scandale rendant publique l'orientation sexuelle du salarié, le fait d'être homosexuel était un comportement susceptible de provoquer une agitation négative dans la société, de sorte que le licenciement soit valable. Malgré cela, la Cour de Cassation, appelée à réexaminer l'arrêt rendu par le tribunal de Paris, a décidé de modifier la peine au motif qu'il ne serait pas possible de justifier la rupture du contrat pour cause de comportement dangereux du salarié ou parce qu'il causerait des problèmes dans l'organisation ; dans ce cas, la conduite de l'employé ayant toujours été discrète et n'ayant causé aucun problème à l'association religieuse, l'annulation de la peine prononcée était une mesure nécessaire.

Déjà l'année suivante, en 1992, la légalité d'un licenciement d'un employé d'une entreprise de jardinage qui, dans sa vie privée (en dehors du milieu de travail), a été surpris en train de voler des marchandises dans un grand magasin à la suite de pressions faites par le magasin victime du vol, a été discutée. L'employeur a choisi de résilier le contrat de travail du

¹⁷⁸ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 175.

¹⁷⁹ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Social, 12 mars 1991, b. n. 120.

salarié. Le tribunal social a alors été convoqué pour décider si la rupture de contrat fondée sur un fait intervenu dans la vie privée du salarié était licite ou non, étant entendu que : « si, en principe, il n'est pas possible de mettre fin au contrat d'un salarié en raison de sa conduite pratiquée dans la vie privée, lorsque le comportement intéresse l'employeur, compte tenu de la finalité et des fonctions exercées au milieu du travail, la conduite du salarié crée un problème au milieu du travail »¹⁸⁰, la renonciation doit être considérée comme valable.

En 1993, de nouvelles affaires mettant en cause le droit à la vie privée sont jugées, dans lesquelles est tranché le refus d'un salarié de participer à des loisirs organisés par l'employeur, en plus d'avoir la prérogative d'acquérir des biens, selon sa meilleure convenance. Même, par rapport à ce dernier, la Cour de Cassation a reconnu la validité du licenciement d'un salarié d'un magasin Renault ayant acquis un véhicule de la marque concurrente Peugeot, étant entendu que : « effectivement, un salarié qui acquiert un véhicule de la marque concurrente directe de votre employeur, comprenant la même catégorie et un prix similaire, constitue nécessairement un signe de méfiance par rapport à la qualité du produit qui est vendu sur le lieu de votre travail »¹⁸¹ ; Cependant, la Cour de cassation a, par la suite, réformé la décision, reconnaissant le droit de la secrétaire d'acquérir un véhicule d'une autre marque que celle commercialisée par son employeur¹⁸², étant compris que chacun a droit au respect de sa vie privée, ce qui inclut la faculté de l'achat d'un véhicule d'une marque spécifique. De ce droit découle la conclusion que nul ne peut être licencié en raison d'un comportement exercé en dehors du milieu de travail, à moins que, en raison de la fonction exercée et de l'objet de l'entreprise, un tel comportement cause un problème au milieu du travail¹⁸³, ce qui, selon la Cour, ne se serait pas produit dans ce cas.

Quelques années plus tard, en 1997, l'entente relative à la protection de la vie privée des travailleurs est consacrée dans une affaire impliquant un salarié licencié pour faute grave à la suite d'une condamnation pénale ayant pour origine un comportement (extra-professionnel) pour aider un étranger qui se trouvait illégalement dans le pays. La Cour de Cassation a compris que la décision de résilier le contrat de travail du salarié au motif d'un comportement maintenu dans le cadre de la vie privée était erronée, dans la mesure où un tel comportement n'avait pas

¹⁸⁰ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 20 novembre 1991, 89-44.605, Publié au bulletin : « Mais attendu que si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ».

¹⁸¹ FRANCE. Cour d'appel de Poitiers, 1990-03-14, du 14 mars 1990.

¹⁸² BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 23.

¹⁸³ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 22 janvier 1992, 90-42.517, Publié au bulletin.

de répercussion dans l'environnement de travail¹⁸⁴. Il a été déclaré, sur cette base, la nullité de la renonciation. Depuis lors, l'idée de vie privée est devenue une notion vivante dans la branche du Droit du Travail, même avec la réminiscence de doutes quant à l'exactitude du concept dans ce domaine¹⁸⁵.

En 1999, la Cour de cassation a renforcé le droit à l'autonomie privée des travailleurs en jugeant une affaire dans laquelle un salarié avait été licencié, pendant sa période d'arrêt maladie, pour avoir refusé de fournir des services à l'employeur. La Cour a compris que la suspension du contrat de travail pour cause de maladie, bien qu'elle ne dispense pas le salarié de respecter son devoir de loyauté, ne l'oblige pas à se conformer aux injonctions émises par l'employeur. Le cas démontre une reconnaissance progressive de l'autonomie du travailleur, notamment lors de son absence du milieu de travail¹⁸⁶.

Le droit au respect de la vie privée garantit également au travailleur la possibilité de refuser de fournir certaines informations personnelles à son employeur et, à cet égard, le Code du Travail lui-même, dans son article L.222-2, établit que toute information demandée à un travailleur doit viser déterminer la capacité professionnelle de cette personne à occuper le poste, permettant une évaluation de ses compétences professionnelles et rien au-delà¹⁸⁷ ; de même, l'article L.1132-1 prévoit qu'un employeur ne peut refuser d'embaucher un candidat pour des motifs prohibés par la loi. C'est pourquoi, au moment de l'embauche, même si l'employeur est libre de choisir le candidat, le mode de recrutement utilisé doit être attentif à quelle finalité sera destinée cette main-d'œuvre et quelle est la fonction exercée, afin que ce qui doit être effectivement apprécié par l'employeur sont les aptitudes et compétences professionnelles du candidat. En conséquence, un employeur ne peut refuser d'embaucher une personne en raison de sa couleur, de sa religion, de sa nationalité, de son sexe, ni la disqualifier en raison de son apparence physique, de son appartenance à un parti, entre autres¹⁸⁸, sous peine d'être sanctionné pour discrimination.

En plus des dispositions du code du travail, un autre moyen de protéger la vie privée et, par conséquent, de prévenir les comportements discriminatoires est le code pénal,

¹⁸⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 16 décembre 1997, 95-41.326, Publié au bulletin.

¹⁸⁵ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 121.

¹⁸⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 128.

¹⁸⁷ FRANCE. Code du Travail. Article 1222-2: "Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes. Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations ».

¹⁸⁸ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 121.

notamment son article 225-2¹⁸⁹, qui punit les comportements discriminatoires dans l'embauche et le licenciement des travailleurs, protégeant les libertés fondamentales des salariés : la liberté politique, religieuse, morale ou toute autre liberté liée à leur¹⁹⁰ vie privée. Également, les articles 226-1 et 226-2 du même diplôme juridique¹⁹¹ établissent l'interdiction d'espionner la vie privée des travailleurs, même lorsque l'employeur fournit, par exemple, des téléphones portables à ses employés qui peuvent être utilisés à l'intérieur et à l'extérieur de l'environnement de travail. À l'évidence, ces dispositifs visent à limiter la survenance de restrictions aux libertés individuelles des travailleurs, qui passe par le caractère persuasif de la sanction financière¹⁹².

A noter que le législateur a cru important de préciser que l'employeur, en principe, ne doit pas connaître – ou vouloir connaître – la vie privée de ses salariés, celle-ci étant sans rapport avec l'exercice de l'activité professionnelle. Cela découle naturellement du fait que le législateur n'ignore pas que le salarié ou le candidat se trouve dans une position de fragilité et d'intimité par rapport à l'employeur¹⁹³. S'il y a ingérence induite de l'employeur dans la vie privée du salarié, ce comportement sera interdit, soit par une éventuelle réintégration, en cas de licenciement avec

¹⁸⁹ FRANCE. Code pénal. Article 225-2: «La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende».

¹⁹⁰ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 18.

¹⁹¹ FRANCE. Code pénal. Article 226-1: Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.3° En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci. Lorsque les actes mentionnés aux 1° et 2° du présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis sur la personne d'un mineur, le consentement doit émaner des titulaires de l'autorité parentale. Lorsque les faits sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 euros d'amende ». Article 226-1 : « Est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

¹⁹² BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 19.

¹⁹³ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 123.

pour conséquence la déclaration de nullité du licenciement, soit par une indemnité, en cas de processus de sélection¹⁹⁴.

Tout comportement pratiqué par l'employeur dans le but de renforcer son pouvoir au sein de l'entreprise doit respecter au moins deux principes : (i) information ou transparence ; (ii) justification, pertinence¹⁹⁵ et proportionnalité¹⁹⁶. Cela découle, au moins en partie, des dispositions du Code du Travail, à l'article 1221-9, qui prévoient qu'aucune information concernant la personnalité du travailleur ou d'un candidat à un emploi ne peut être recueillie par l'employeur sans avoir été préalablement portée à sa connaissance¹⁹⁷. Même si l'obligation de transparence n'est pas respectée par l'employeur, les informations recueillies ne peuvent être utilisées contre le salarié ou le candidat. En d'autres termes, si l'employeur a le droit de contrôler l'activité des travailleurs pendant la journée de travail, tout enregistrement dont il dispose, quelles que soient les raisons qui l'ont conduit à avoir cet enregistrement, qu'il soit visuel ou écrit, constitue une preuve illicite¹⁹⁸, à moins que préalablement communiquées au travailleur concernant l'utilisation de ces informations et à condition que la collecte de ces données soit justifiée dans la fonction exercée par le travailleur et proportionnée aux objectifs que l'on entend atteindre avec ces données. Par exemple, si l'entreprise a l'intention d'installer un système de surveillance sur le lieu de travail, elle peut le faire à condition d'avoir préalablement communiqué ce souhait à ses employés et représentants ; en outre, comme elle impliquera une flexibilité dans la protection de la vie privée et des libertés individuelles et collectives du fait de l'installation des caméras, elle ne sera valable que si elle est justifiée par la nature de la fonction exercée par les salariés et à condition qu'elle soit proportionnel à l'objectif visé¹⁹⁹.

Tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'environnement de travail, l'employeur doit respecter le droit à la vie privée de ses travailleurs et doit s'abstenir de : (i) lire la correspondance échangée par courrier électronique ou les documents à sa discrétion ; (ii) fouiller les sacs et sacs à dos des employés pour en vérifier le contenu sans justification préalable et raisonnable ; (iii) violer le droit de l'employé au libre choix du lieu de domicile. Il convient également de

¹⁹⁴ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 20.

¹⁹⁵ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 123.

¹⁹⁶ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 367.

¹⁹⁷ FRANCE. Code du Travail. Article 1221-9 : « Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

¹⁹⁸ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 17.

¹⁹⁹ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 363.

mentionner que toute ingérence de l'employeur dans la tenue vestimentaire du salarié ne sera licite que si elle est justifiée dans l'activité qu'il exerce et à condition qu'elle soit proportionnel aux fins recherchées par l'employeur ; toutefois, l'employeur peut imposer un code vestimentaire à suivre, à condition qu'il figure dans son règlement et qu'il soit conforme aux dispositions légales²⁰⁰.

La loi du 8 août 2016, dite Loi Travail, réaffirme la possibilité pour le règlement intérieur d'une entreprise de limiter proportionnellement la manifestation des convictions des travailleurs au nom, notamment, du respect des autres libertés et droits fondamentaux. Ainsi, le nouvel article L. 1321-2-1 du Code du travail prévoit que le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation de la conviction des salariés, si ces restrictions sont justifiées dans l'exercice de leurs autres libertés et droits fondamentaux ou à la nécessité du bon fonctionnement de la société et pour autant qu'ils soient proportionnels à l'objectif final poursuivi²⁰¹.

Ainsi, il est possible d'affirmer que dans les relations de travail françaises prévaut le principe de non-ingérence des employeurs dans la vie privée (ou extra-professionnelle) de leurs salariés²⁰², opposable tant à l'égard de l'État qu'à l'égard des particuliers (vertical et horizontal)²⁰³. Des exemples peuvent être trouvés à la fois dans ce qui a été rapporté ci-dessus et dans l'analyse du droit aux libertés politiques, chargé de protéger à la fois la liberté d'opinion et la liberté d'association politique d'un employé. À cet effet, est citée l'affaire jugée par le Tribunal de Grenoble, qui a compris que le licenciement d'un salarié d'une association, intervenu en raison de sa participation lors de la campagne des élections municipales à une commission soutenant un autre candidat, était discriminatoire et donc annulé²⁰⁴. L'affaire démontre l'importance que la Cour attache au droit à la liberté des individus de participer aux débats politiques, constitutionnellement protégé, n'admettant aucune restriction à ce droit, en particulier pour les travailleurs.

²⁰⁰ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 28 mai 2003, 02-40.273, Publié au bulletin : « Mais attendu que si, en vertu de l'article L. 120-2 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ».

²⁰¹ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. In : État et religions. RAMAINVILLE, Celine ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, pp. 59-74. p. 71.

²⁰² BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 22.

²⁰³ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 729.

²⁰⁴ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 22.

La règle est qu'un employé ne peut être licencié en raison d'un comportement qu'il a pratiqué dans sa vie privée²⁰⁵, sauf lorsque : (i) le comportement porte un préjudice réel/objectif au travail²⁰⁶ ; (ii) ou si la conduite de l'employé est incompatible avec les fonctions qu'il exerce²⁰⁷. Un exemple de rupture du contrat de travail d'un salarié pour conduite pratiquée dans la vie privée, dont la décision a été confirmée par la justice française, est le cas d'un salarié responsable de la gestion d'un établissement recevant des personnes en situation de vulnérabilité, mis en examen pour attentat à la pudeur contre un mineur. La Cour a compris que le comportement du salarié pratiqué en dehors du milieu du travail pouvait porter atteinte à la propre image de l'employeur et à sa moralité devant la société, de sorte que la rupture du contrat était justifiable et proportionnelle²⁰⁸.

Évidemment, il est parfois difficile d'identifier la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle, en grande partie en raison de l'existence de zones grises du droit. Cela se produit parce que, d'une part, le salarié reste, même dans une position subalterne, un homme libre ; d'autre part, le salarié, en dehors de la journée de travail, reste, au moins partiellement, dans une position subalterne. Considérant que les libertés des travailleurs peuvent être réduites, mais jamais supprimées lors de l'exécution d'un contrat de travail, lors de l'analyse d'un cas concret, il est nécessaire de vérifier si la restriction est juste – en tenant compte de la nature de l'activité exercée – et proportionnelle aux objectifs du contrat.²⁰⁹

Comme indiqué, la règle protectionniste française peut être relativisée – compte tenu des circonstances de l'affaire. Par exemple : un employeur peut avoir besoin d'avoir plus de

²⁰⁵ FRANCE. Cour de cassation, Chambre mixte, 18 mai 2007, 05-40.803, Publié au bulletin : « Alors de plus que pour juger le contraire, la Cour d'appel a cru devoir se fonder sur le prétendu préjudice résultant pour l'employeur de l'ouverture du pli adressé au salarié par le service en charge du courrier ; que l'employeur ne pouvait cependant, sans violer la liberté fondamentale du respect de l'intimité de la vie privée du salarié prendre connaissance du courrier qui lui était adressé à titre personnel ; que le salarié ne pouvait dès lors être sanctionné à raison du prétendu préjudice de l'employeur résultant de l'ouverture illicite de ce courrier personnel ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article L.121-1 du Code du travail ».

²⁰⁶ FRANCE. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 16 septembre 2009, 08-41.837, Inédit : « Alors encore que chacun a droit au respect de sa vie privée et qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci a créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise ; qu'en retenant, pour dire justifié le licenciement pour faute grave de Monsieur Emmanuel X..., qu'il avait passé la matinée de la journée concernée par l'arrêt de travail en garde à vue, la Cour d'appel a violé l'article L. 120-2 du Code du travail alors en vigueur, actuellement article L. 1121-1 du Code du travail, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil ».

²⁰⁷ MILET, Laurent. *Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement*. VO Éditions : Paris, 2011. p. 363.

²⁰⁸ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 21 mai 2002, 00-41.128, Inédit : « Qu'en statuant ainsi, alors que le salarié avait pour mission de diriger un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées, sans rechercher si, même survenus en dehors du lieu de travail, les faits d'attentat à la pudeur sur mineure à l'origine d'une mise en examen n'avaient pas, à eux seuls, jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et sur l'association qui l'employait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

²⁰⁹ WAQUET, Philippe; STRUILLLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*. Liaisons : Paris, 2014, p. 178.

détails sur la vie familiale privée d'un employé afin de lui confier un travail précis ou un poste à l'étranger²¹⁰. Dans des cas exceptionnels, même lorsqu'il peut sembler que l'employeur pénètre dans une sphère qui ne lui appartient pas, il prend en compte les intérêts de l'organisation, de telle sorte que, ici, une conduite plus envahissante sera permise, alors qu'elle serait généralement interdite.

En revanche, le comportement du travailleur dans sa vie extra-professionnelle peut, selon les situations, porter atteinte à l'image de l'entreprise ou créer en son sein une difficulté susceptible d'entraver son bon et régulier fonctionnement. En effet, même si la logique individuelle est prépondérante (protection de la vie privée et des libertés individuelles des travailleurs), la logique collective ne peut pas être totalement écartée, de sorte que cette dernière (collective) prévaut lorsqu'elle est fondée sur un intérêt légitime de l'entreprise, notamment la protection²¹¹. De plus, parce que la subordination du travailleur persiste, même de manière atténuée, en dehors de la période de travail, principalement en raison de l'obligation de loyauté à laquelle le salarié est soumis ; cette obligation interdit au salarié, même pendant son temps libre, de travailler pour une entreprise concurrente de son employeur par exemple. Outre le devoir de loyauté, les clauses contractuelles peuvent prévoir d'autres obligations pour les travailleurs pendant la période où ils ne fournissent pas de service à leur employeur. De manière générale, la jurisprudence considère que le comportement d'un travailleur, même en dehors du milieu de travail, constituera une faute s'il affecte l'employeur, ouvrant alors la possibilité d'appliquer une sanction disciplinaire²¹². On en conclut que le travailleur, même en dehors du milieu de travail, reste subordonné à son employeur, même si c'est de manière atténuée.

La résiliation d'un contrat de travail fondée sur un fait lié à la vie privée d'un individu est, en règle générale, interdite. Même la jurisprudence s'est efforcée de soustraire la vie privée des travailleurs du champ de contrôle de son employeur, de sorte que des faits qui se produisent et qui ne sont pas pertinents pour la relation contractuelle elle-même ne soient pas pris en compte par l'employeur. Cela fait un certain temps que l'employeur ne peut plus résilier un contrat sur la base d'un fait qui n'a rien à voir avec le travail, même s'il y a eu une perte de confiance, car actuellement la séparation entre vie privée et vie professionnelle est une règle

²¹⁰ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 24.

²¹¹ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 21.

²¹² WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 182.

dans laquelle le droit, dans son ensemble, est fondé²¹³. Même lorsqu'un individu est lié par un contrat de travail avec subordination, il reste titulaire de droits. Toute conduite que vous avez loin des yeux de l'employeur ne peut pas être reflétée dans votre contrat de travail, à moins qu'il n'y ait une juste raison.

Un fait pratiqué en dehors du milieu de travail est susceptible de constituer un problème objectif au sein de l'entreprise et, dans le cas où il existe un préjudice grave et réel résultant de ce comportement, l'autorisation du travailleur est considérée comme légitime. Toutefois, cela ne signifie pas que le principe de neutralité de la vie privée²¹⁴ cesse d'exister ; en réalité, dans ces cas et en raison d'une fonction professionnelle particulière, un acte extra-professionnel peut justifier une rupture de contrat pour un motif qui n'est pas lié à l'indiscipline elle-même (c'est-à-dire lorsqu'il est accompli dans les locaux de l'employeur). Une autre situation qui peut également se présenter concerne la possibilité d'une rupture de contrat précédée d'un processus disciplinaire initié à la suite d'un fait pratiqué dans la vie privée du travailleur, mais une clause contractuelle interdit un tel comportement. C'est aussi une réalité dont on a été témoin et qui demande de la prudence dans son analyse²¹⁵.

Philippe Waquet explique que, pour justifier la rupture d'un contrat de travail fondée sur un comportement pratiqué par le salarié en dehors du cadre de travail, deux éléments doivent être pris en considération : (i) la fonction du travailleur ; (ii) le but de l'entreprise. Par rapport au premier, il est évident qu'un fait commis dans la vie privée d'un dirigeant d'entreprise peut provoquer une grande agitation au milieu du travail, de sorte qu'un licenciement soit justifié. Concernant le second, un comportement pratiqué hors du milieu de travail qui va à l'encontre de l'idéologie défendue par l'employeur peut, à l'évidence, créer un désordre dans le milieu de travail. Un exemple : un employé occupant le poste de directeur d'une association, qui milite activement pour l'abolition de la peine de mort, mais qui, dans sa vie privée, défend qu'il est nécessaire de maintenir la peine capitale.²¹⁶

En résumé, le respect de la vie privée est élevé dans la législation française. L'article 9 du Code civil, ainsi que l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, établissent que le droit au respect de la vie privée oblige l'employeur à respecter les choix

²¹³ LOISEAU, Grégoire. Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 293.

²¹⁴ GAUTRAIS, Vincent. Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle. In : Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Ivry Sur Seine, 5 juin 2003.

²¹⁵ LOISEAU, Grégoire. Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 294.

²¹⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 132.

personnels du travailleur concernant la sphère privée (ce qui comprend, par exemple, la liberté de choix de domicile et l'orientation sexuelle du travailleur). Un autre point tout aussi important par rapport à la protection de la vie privée du travailleur concerne la protection de l'intimité de la vie privée comprise dans la journée et sur le lieu de travail. C'est pourquoi, par exemple, le secret des correspondances est protégé, même si les correspondances reçues ou envoyées sur le lieu de travail sont présumées professionnelles. À cet égard, y compris l'accès aux fichiers informatiques et à la correspondance des travailleurs, la Cour de Cassation, dans une affaire très emblématique (Nikon) a adopté une position sévère : il a été entendu que les outils technologiques mis à la disposition du travailleur par l'employeur sont présumés avoir un caractère professionnel, ce qui permet à l'employeur de prendre connaissance de leur contenu même hors de la présence du salarié. Cependant, cette présomption s'effondre si l'employé identifie ces documents comme étant de nature personnelle. Cette même règle s'applique aux e-mails et aux messages. Il est également possible de lier cette compréhension à la liberté vestimentaire : la jurisprudence considère que l'imposition de restrictions spécifiques à l'habillement doit être justifiée et proportionnelle à l'objectif visé. Depuis 2003, la Cour de Cassation²¹⁷ comprend que la liberté vestimentaire au travail ne relève pas de la catégorie des libertés fondamentales²¹⁸.

Si le vocabulaire utilisé n'a pas toujours été clair (c'est que, dans les relations de travail, il y a des doutes sur les notions de vie privée et personnelle), deux observations semblent pertinentes : la première est que la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle est parfois fortement altérée par l'irruption des technologies dans le domaine du travail – à tel point que l'institution de la négociation obligatoire sur le « droit à la déconnexion » en est un signe fort. Le second constat concerne la nécessité de distinguer la protection de la vie privée, qui est un droit fondamental qui relève du mécanisme institué par l'article L. 1121-1 du Code du Travail, de l'immunité accordée aux travailleurs par rapport aux faits liés à leur vie personnelle. Concernant cet aspect (faits liés à la vie personnelle), l'employeur ne peut pas les utiliser pour justifier une sanction disciplinaire ou pour rompre un contrat, mais la jurisprudence admet que l'existence/l'apparition d'un problème dans l'entreprise, résultant de ce comportement, peut justifier la rupture de contrat²¹⁹.

On voit que la protection de la liberté et de la tranquillité de la vie privée a deux aspects d'une même prérogative : l'un défensif et l'autre offensif. Ils ne sont pas possibles sans l'un ni

²¹⁷ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, n.° 02-40273.

²¹⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 259.

²¹⁹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 259.

l'autre. Les deux sont nécessaires pour favoriser l'épanouissement de la personne, ils se renforcent mutuellement : le secret valorise l'exercice de la liberté. C'est pourquoi le droit à la vie privée est fondamental et justifie sa reconnaissance dans divers instruments internationaux. Ainsi consacré, ce droit est opposable tant à l'État qu'aux autres sujets. C'est pourquoi on dit qu'il est non seulement susceptible d'application verticale, mais aussi d'application horizontale²²⁰.

Outre la protection de la vie privée (définie ci-dessus), le Droit du Travail consacre des droits et libertés spécifiques, tels que : le droit de participer à la gestion de l'entreprise, le droit de négociation collective, le droit de grève, la liberté d'association, le droit à la formation professionnelle, etc. De même, il assure la protection des droits et libertés accordés par l'État : le droit à la vie privée, la liberté d'expression, le droit à la vie familiale, etc. Cette protection a une raison : ce n'est pas parce que le travailleur est placé dans une position subalterne par rapport à l'employeur qu'il doit être privé des droits et libertés inhérents à la condition de personne humaine. La reconnaissance de ces droits et libertés est à la fois justifiée et nécessaire, car ils garantissent une sphère d'autodétermination pour chaque individu ; elles offrent aux travailleurs un moyen de protection contre des décisions patronales qui vont au-delà de ce que peut permettre²²¹ une relation de subordination. Dans l'univers des libertés individuelles garanties, il y en a trois qui peuvent générer des conflits juridiques lorsqu'elles s'exercent en milieu de travail et qui intéressent la recherche, à savoir : (i) la liberté religieuse ; (ii) la liberté d'expression ; (iii) la liberté de travail²²².

(i) La liberté de religion est une liberté publique et qui comporte deux aspects : la liberté de conscience religieuse et la liberté de pratique religieuse. La liberté de conscience correspond à la liberté de choisir – et de changer – de croyances et la liberté de pratique est la prérogative de chacun, individuellement ou collectivement, de participer à un culte religieux²²³. En d'autres termes, la liberté religieuse comprend la liberté de manifester sa religion, individuellement ou en groupe, en public ou en privé, participer à des cultes, faire du

²²⁰ DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). *In* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 730.

²²¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 87.

²²² WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 173.

²²³ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 173.

prosélytisme et de changer de religion²²⁴. Tant la liberté de conscience que la liberté d'exercice sont, a priori, à l'abri du pouvoir de l'employeur²²⁵.

Historiquement, la religion a toujours joué un rôle essentiel dans la vie humaine, ce qui a conduit de nombreux États, dont la France, à adopter une religion officielle, interdisant aux individus d'en pratiquer une autre. Au fil du temps, cela a corroboré l'hégémonie de certaines religions, notamment le catholicisme, qui change avec l'avènement de la laïcité lorsque les États ne sont plus en mesure d'adopter une religion officielle, commençant à garantir à chacun la liberté de choisir une foi et de la pratiquer²²⁶. Les convictions d'un individu en viennent à être considérées comme un attribut de la personnalité et de la vie privée ; de même, le droit aux secrets est protégé par le respect de la vie privée, de sorte que personne n'est obligé de rendre publiques ses convictions. Le droit au secret est une faculté accordée aux individus de cacher leurs convictions et, étant une faculté, ils peuvent librement les manifester²²⁷ s'ils le souhaitent.

Dans le milieu du travail, le droit à la liberté religieuse a émergé vers les années 1950 avec de nombreuses interrogations, à commencer par l'émergence des entreprises nées de la révolution industrielle. À cette époque, il y avait deux types d'entreprises : (a) celles qui étaient complètement étrangères à la religion, qui ne valorisaient pas ceux qui suivaient une certaine foi, ni ne persécutaient les autres. Pour eux, le facteur religieux était compris comme quelque chose d'extérieur à l'environnement de travail et qui ne devait avoir aucune implication sur le lieu de travail ; en conséquence, aucun travailleur ne pouvait refuser d'obtempérer à une injonction en raison de ses convictions religieuses. Au contraire (b), il y avait des entreprises dominées par une religion, comme un établissement confessionnel - écoles et universités religieuses, hôpitaux et cliniques subventionnés par une religion - dans lesquels les travailleurs devaient se soumettre au statut religieux en question. Cela signifiait que le patron imposait sa foi et la pratique de ses actes religieux aux ouvriers²²⁸.

Concomitamment à l'émergence des entreprises, un mouvement contradictoire émerge également, qui, tout en prônant l'abandon de la pratique religieuse, encourage l'émergence et le développement d'autres croyances telles que le judaïsme, le bouddhisme, l'hindouisme, entre

²²⁴ FRANCE. Conseil d'État. Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, p. 16.

²²⁵ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 198.

²²⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 174.

²²⁷ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 122.

²²⁸ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 174.

autres. Ces facteurs, ensemble, ont conduit à la nécessité de réglementer le droit à la liberté religieuse dans un contexte d'environnement de travail, ce qui s'est produit avec la promulgation du Code du travail, de sorte qu'actuellement, le phénomène religieux au sein du travail a une dynamique différente²²⁹, selon la nature de l'employeur, plus précisément : (a) employeur laïc et neutre ; (b) employeur qui est une institution religieuse. Selon la situation – a ou b – le droit du travailleur à la liberté religieuse et son exercice qui en découle seront différents²³⁰.

Dans le premier cas (a), entendu comme les entreprises ou prestataires de services qui n'ont pas d'orientation religieuse, c'est l'employé qui, au nom de sa liberté religieuse, peut entrer en conflit avec la direction de l'entreprise au cas où il a l'intention d'adopter un comportement conforme à ses propres croyances religieuses. Ici, comme il s'agit d'un milieu neutre, l'employeur doit respecter les croyances de chaque travailleur et toute conduite qui corrobore une dévalorisation du salarié en raison de sa croyance sera considérée comme nulle. Pour autant, elle n'est pas obligée d'accommoder toutes les demandes que les employés peuvent faire pour des raisons religieuses²³¹.

Dans l'environnement de travail, l'employeur neutre doit respecter et tolérer les croyances religieuses de tous ses employés, notamment en ce qui concerne les manifestations de foi externes – ou apparentes – telles que l'utilisation de crucifix et de voiles sur la tête, mais le développement du travail ne peut être compromis en raison des exigences religieuses de ses employés. Ainsi, si la main-d'œuvre est nécessaire un jour considéré comme saint par le salarié, l'obligation de fournir le service n'est pas déraisonnable, à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'une libre négociation antérieure. Afin d'élargir la portée du droit à la liberté religieuse, la négociation collective ou les dispositions contractuelles doivent être poursuivies par les deux parties²³².

En résumé, les établissements privés sans conviction particulière et qui ne fournissent pas de service public, ni ne revendiquent de convictions particulières, sont tenus à l'obligation d'ajuster les demandes d'adaptation et les dérogations de leurs salariés, toutes deux fondées sur des motifs religieux. Cette obligation découle de la combinaison de normes constitutionnelles et de conventions relatives à la liberté religieuse, qui s'opposent à une interdiction générale et absolue de l'expression des convictions et convictions religieuses par les personnes privées en

²²⁹ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 668.

²³⁰ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 175.

²³¹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 176.

²³² WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 178.

général et au sein des entreprises en particulier. En conséquence, les articles L. 1121-1 et L. 1321-3, tous deux du Code du Travail, ne définissent une telle situation que de manière générale, en établissant que : seules les interdictions ou refus circonstanciels nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, à la sécurité dans le travail, la santé, l'hygiène, la nature de la prestation de services, entre autres, seront valables. De tels aménagements sont décidés par l'employeur privé, sans convictions particulières et moyennant un éventuel contrôle du Pouvoir Judiciaire, qui peut comprendre qu'il y a eu discrimination à l'égard d'un employé ou d'un client, laissant à l'employeur le soin de démontrer que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangère à toute forme de discrimination, telle qu'établie à l'article L. 1134 du Code du Travail²³³.

En revanche, les établissements privés à conviction laïque sont traités différemment. Les personnes morales de droit privé qui ne fournissent pas de service public peuvent avoir une conviction laïque d'entraver l'expression des convictions religieuses au sein de leur entreprise et dans les relations contractuelles qu'elle noue. Ils échappent à la règle de l'obligation d'ajustement/adaptation applicable aux établissements privés sans condamnations, afin de se conformer au droit d'interdire les demandes d'adaptation et les exceptions fondées sur des motifs religieux, qu'elles émanent de ses travailleurs, de ses clients et de ceux qui lui sont affiliés. Deux difficultés juridiques peuvent être tirées de cette situation ; la première difficulté concerne les critères de reconnaissance d'un établissement privé à conviction laïque. Elle comporte, en réalité, deux aspects : (i) d'une part, la question de savoir si la prétention à la qualité d'institution privée à conviction laïque doit nécessairement découler des statuts de son institution/création (puisque de tels documents ont une grande visibilité notamment pour les clients et les employeurs), ou si cette prétention à la laïcité ne peut résulter que du règlement intérieur, étant un acte unilatéral et interne de l'institution. La deuxième difficulté (ii) porte sur la question de savoir si la revendication de la qualité d'établissement privé fondée sur la conviction laïque ne peut consister que dans des références à une exigence de neutralité religieuse ou si elle doit consister dans des références qui expriment un parti pris de la personne morale par rapport au fait religieux²³⁴.

Les deux questions ont été analysées par la Cour de Cassation, qui a jugé qu'une personne privée qui ne fournit pas de service public ne peut prétendre à la qualification « d'entreprise de tendance » ou « d'entreprise de conviction ». L'entente a été exprimée dans les termes suivants : dès lors qu'elle n'a pas pour objet de promouvoir et de défendre des convictions

²³³ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 668.

²³⁴ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 668.

religieuses, politiques ou philosophiques, mais de développer une action visant l'enfance des enfants défavorisés et l'insertion sociale et professionnelle des mères, sans distinction d'opinion politique et religieuse (Baby Loup). En liant la reconnaissance de la qualité d'un établissement de conviction laïque à la finalité même d'une personne morale privée de ne pas fournir de service public, la décision réduit considérablement le périmètre des établissements privés susceptibles de revendiquer cette qualité. La deuxième difficulté juridique liée au principe du droit d'interdire les demandes d'adaptation et d'exception fondées sur des motifs religieux est d'étendre ce droit car une institution privée aux convictions laïques ne peut, sans méconnaître la liberté religieuse de manière générale et absolue, interdire toute manifestation de convictions ou de croyances religieuses²³⁵.

En contrepartie, dans le second cas d'institutions à caractère religieux (b), l'exercice du droit des travailleurs à la liberté de religion est différent. C'est le cas des synagogues, des monastères ou des associations qui enseignent une religion, par exemple. Dans celles-ci, il est possible et légitime pour l'employeur d'avoir l'intention de propager ses croyances religieuses dans le milieu de travail²³⁶, puisque l'idéologie qu'il prêche justifie sa propre raison d'être et l'imposition du respect envers les employés est acceptable. Cependant, dans ce scénario, de nouvelles questions se posent : dans quelle mesure un employeur peut-il imposer cela à ses salariés ? Et les salariés peuvent-ils légitimement résister à cette imposition au motif que le droit à la liberté religieuse est violé ? Une réponse rapide pourrait conduire à une mauvaise conclusion de ce scénario sensible et particulier.

A priori, trois affirmations peuvent être faites en réponse aux questions : celles liées aux organisations et institutions religieuses ne sont pas toutes soumises à la législation du travail ; la liberté de pensée des travailleurs, en tout cas, doit rester libre et intacte ; les travailleurs dans cette situation ont un devoir de loyauté plus fort envers leur employeur. Cela signifie d'abord que certaines personnes qui travaillent dans des organisations et des institutions religieuses, comme les ministres du culte qui, même s'ils sont soumis aux ordres de leurs supérieurs, ne sont pas considérés comme des employés aux fins de la loi²³⁷. Cela se produit parce qu'il est entendu que l'exercice du ministère du culte religieux n'est pas considéré comme une activité professionnelle du point de vue de la législation du travail, étant limité à une activité

²³⁵ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 669.

²³⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 179.

²³⁷ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 179.

exclusivement religieuse²³⁸ exercée par vocation et inspiration divines. En conséquence, les prêtres et les pasteurs ne sont pas soumis à l'incidence d'une législation spécifique du travail.

Ceux qui n'exercent pas une fonction d'endoctrinement exclusif dans un établissement religieux sont soumis aux règles du droit du travail, puisqu'il s'agit d'une relation réglementée par celui-ci. Citons par exemple un professeur de religion d'une école catholique privée, un employé d'une maison de retraite dirigée par un organisme religieux et un professeur d'une faculté de théologie, même si, par rapport à ce dernier, les dispositions contenues dans le statut des pasteurs s'appliquent dans les termes de l'Église Protestante²³⁹. Ce sont ceux qui correspondent effectivement au statut de travailleur et qui, de ce fait, peuvent subir des restrictions sur les manifestations religieuses extérieures, même si leur pensée reste à l'abri de l'ingérence de l'employeur, tel qu'indiqué précédemment. C'est pourquoi on dit qu'en aucun cas un salarié peut être exigé d'être, dans son cœur, en plein accord avec la foi et les opinions de son employeur. En effet, pour Philippe Waquet, la liberté de pensée est un droit absolu et ne peut faire l'objet d'aucune restriction²⁴⁰.

La Chambre sociale française comprend que même lorsque les parties - employé et employeur - choisissent, de leur plein gré, d'exclure (ou de supprimer) la nature de la relation de travail établie entre elles par une clause contractuelle, une telle disposition ne sera pas valable, car le contrat de travail a un caractère de droit public. La relation de travail restera caractérisée, même lorsque les parties entendent supprimer sa nature de travail. C'est précisément dans ce sens qu'en 2010, la Cour de cassation a rendu un arrêt : « l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »²⁴¹. Il en résulte que, si les conditions ne correspondent pas à la qualification que les parties ont donnée à cette relation, le juge peut ignorer le contrat conclu et reconnaître la relation de travail. Une autre conséquence est de reconnaître l'incidence des normes du droit du travail sur l'affaire²⁴², tant que les autres éléments indispensables à la caractérisation de la relation soient présents (tels que la subordination et la rémunération).

²³⁸ FRANCE. Loi 50-222 du 19 février 1950. Premier article : « L'exercice du ministère du culte catholique n'est pas considéré comme une activité professionnelle au regard de la législation sociale en tant qu'il se limite à une activité exclusivement religieuse ».

²³⁹ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 142.

²⁴⁰ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 179.

²⁴¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 20 janvier 2010, 08-42.207, Publié au bulletin : « Attendu cependant, que l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

²⁴² TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 142.

Enfin, le salarié doit exécuter les prestations de bonne foi, une obligation de loyauté lui incombant et qui l'empêche d'entretenir des comportements contradictoires ostensiblement contraires aux positions religieuses et/ou idéologiques de son employeur. L'obligation de loyauté impose une réserve qui, sans limiter le droit à la liberté de pensée, impose un comportement consistant à s'abstenir de contester publiquement la ligne religieuse défendue par l'employeur. En effet, lorsqu'un employeur lie une religion à son objectif d'existence, il est tenté d'exiger de ses ouvriers un strict alignement sur sa position et, par conséquent, sur son idéologie. Dans certaines hypothèses, cette situation peut se retourner en faveur du travailleur, mais dans la grande majorité des cas, le problème réside dans la protection du travailleur contre des exigences religieuses excessives quand toutes restrictions doivent être proportionnelles au but recherché. Par exemple, il est possible qu'un employeur (d'enseignement religieux) exige de son employé qu'il accompagne les élèves à une réunion religieuse hebdomadaire et demande, pendant la durée du rendez-vous, une attitude adéquate et cohérente de l'enseignant, conforme aux normes éthiques et morales de l'établissement. La recherche d'un équilibre entre les intérêts en jeu sera toujours une tâche délicate, d'autant plus quand il s'agit d'une question sensible comme liberté religieuse²⁴³.

Du cumul des affaires portées devant la Justice (un employé auxiliaire de la sacristie qui a été licencié pour homosexualité ; plus tard, un employé qui a refusé de manipuler de la viande de porc et qui a été licencié pour ce motif ; et plus récemment, dans l'affaire Baby-Loup, dans laquelle une employée a été licenciée pour avoir porté le voile islamique à l'intérieur d'une garderie laïque), il est possible de conclure que l'interprétation jurisprudentielle dans le pays est que la restriction à la liberté religieuse d'un travailleur doit être justifiée par la nature de la fonction qu'il exerce et elle doit correspondre à une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnelle à l'objectif final de l'employeur²⁴⁴, pour pouvoir être considérée comme légitime. De telles décisions résultent de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3, du Code du Travail, qui prévoient que les restrictions à la liberté du travailleur de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de l'activité exercée et proportionnelle à l'objectif visé.

Il convient également de mentionner une loi promulguée le 16 novembre 2001, référant à la lutte contre les discriminations²⁴⁵, qui a institué un régime général de sauvegarde

²⁴³ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 181.

²⁴⁴ WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 191.

²⁴⁵ FRANCE. Loi du 16 novembre 2001.

de la foi des travailleurs afin de combattre l'intolérance religieuse contre l'employeur sur le lieu de travail. À partir de ce moment, l'employeur ne pouvait plus inclure dans son règlement intérieur des dispositions contraires à la foi d'un individu, il établissait que le salarié ne pouvait plus subir de sanctions dans sa carrière à cause de sa croyance (que ce soit pour la promotion, l'embauche, le licenciement, etc.) et que la foi ne pouvait plus servir de base à des fins de rémunération²⁴⁶. Bref, la religion (et aussi d'autres idéologies telles que la politique, l'association ou le syndicalisme) ne pouvait plus justifier l'application d'une mesure disciplinaire, la violation ou la résiliation du contrat.

Afin d'assurer la pleine réalisation de la loi visant à lutter contre les pratiques discriminatoires sur le lieu de travail, le législateur a adopté une double mesure : d'une part, il a imposé au salarié la charge de prouver qu'un comportement pratiqué sur le lieu de travail était discriminatoire. Avec cela, le salarié qui prétend être victime d'une telle mesure doit apporter des preuves pour démontrer l'existence de l'acte, et l'employeur, à son tour, aura la charge de déconstituer le droit d'auteur, en démontrant que la pratique de l'acte a été non discriminatoire. Si l'employeur ne réussit pas à réfuter les allégations du salarié, celles-ci seront considérées comme vraies et les effets juridiques de l'acte discriminatoire prendront forme (en cas de licenciement prétendument contradictoire, par exemple, s'il est prouvé, le salarié sera réintégré). En outre, la loi a également établi des défenseurs des travailleurs dotés de pouvoirs d'action contre les comportements discriminatoires, afin de garantir qu'aucune mesure discriminatoire n'ait lieu²⁴⁷.

Par la suite, le 8 août 2016, le législateur a promulgué une autre loi intégrant l'article L. 1321-2-1²⁴⁸ au Code du Travail, permettant à l'employeur d'ajouter le principe de neutralité à son règlement intérieur afin de restreindre la liberté religieuse. Plus précisément, la loi accorde aux travailleurs le droit à la libre expression de leurs convictions, à condition que de telles restrictions soient justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux, ou par la nécessité du bon fonctionnement de l'entreprise, à condition qu'elles soient proportionnelles aux objectifs finaux prévus.

À noter également que la question de la liberté religieuse au travail a fait l'objet d'une analyse par la Cour de cassation française en 2013 dans deux affaires : le Baby Loup - de grande

²⁴⁶ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 124.

²⁴⁷ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 124.

²⁴⁸ FRANCE. Code du travail, article L 1321-2-1: «Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

répercussion nationale - et l'affaire de l'employé de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie. Les deux concernaient des situations similaires, mais les décisions rendues par la Cour étaient différentes. Les cas sont particulièrement intéressants, car même avec des décisions différentes, il est possible de voir que les tribunaux nationaux et européens convergent dans le sens où il est nécessaire de protéger la liberté religieuse du travailleur, qui ne peut être limitée qu'en raison d'une activité spécifique exercée dans certaines entreprises²⁴⁹. En effet, dans l'affaire Baby Loup, la Cour a compris qu'en analysant les modalités et conditions de fonctionnement particulières de l'association, qui n'employait que 18 salariés entretenant un contact direct avec les enfants et les mères, la restriction de la liberté d'expression religieuse prévue par le règlement intérieur était suffisamment justifié par la nature de l'activité à exercer, ainsi que proportionnelle à la finalité poursuivie²⁵⁰.

Dans l'autre affaire était en cours de discussion la possibilité de demander à un travailleur d'enlever un signe religieux (le voile islamique) lors de l'exécution des services à la clientèle et si cela était discriminatoire. La Cour de Cassation française a soumis l'affaire devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), le 14 mars 2017. Il a été décidé que la clause de neutralité insérée dans le règlement intérieur ne constituait pas une discrimination directe, mais que la juridiction locale devait s'assurer qu'elle ne provoquait pas une situation de discrimination indirecte. Dans l'affaire française, la CJUE a compris que la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante permettant de déroger au principe de non-discrimination n'inclut pas la volonté de l'employeur de prendre en compte la volonté de ses clients, c'est-à-dire la volonté du non-respect de la clientèle pourrait être considéré comme une cause justifiable. Il a été entendu (au plan national et international) que, par la suite de l'interprétation des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1133-1 du Code du Travail, ainsi que de la directive 2000/78/ CE, les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de l'activité à exercer, et constituer une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnelle à la finalité poursuivie, de sorte que le règlement intérieur ne puisse contenir de dispositions portant atteinte aux droits des personnes et libertés individuelles et collectives, à moins qu'elles répondent à certains critères²⁵¹.

Compte tenu de l'analyse de la Cour de Justice de l'Union Européenne et de l'indication qu'elle donne dans ses raisons sur le refus d'une travailleuse de renoncer à l'usage du voile

²⁴⁹ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 316.

²⁵⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 261.

²⁵¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 262.

islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'employeur, il appartenait à la Cour de Cassation française – dans l'affaire du client – de vérifier si, compte tenu des contraintes inhérentes à l'entreprise, il aurait été possible pour l'employeur, face audit refus, de proposer une fonction qui n'impliquait pas de contact visuel avec les clients. La Cour a compris que l'employeur, investi de la mission de veiller au respect des libertés et des droits fondamentaux de tous les travailleurs, pouvait prévoir dans son règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du Code du Travail, une clause de neutralité interdisant l'usage de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, à condition que cette clause générique et indifférente ne s'applique qu'aux travailleurs en contact avec la clientèle. Face au refus d'une travailleuse de se conformer à la disposition contenue dans le règlement dans l'exercice de ses fonctions, l'employeur pourrait, compte tenu des contraintes inhérentes à une telle conduite, offrir à l'employée un travail qui n'implique pas de contact direct avec la clientèle avant de licencier cette personne. Cependant, dans ce cas, le règlement intérieur ne prévoyait aucune disposition relative à l'usage de symboles dans l'environnement de travail, l'ordre verbal exigé d'un salarié déterminé constituait, alors, une discrimination directe fondée sur les convictions religieuses C'est également la décision de la CJUE quant au préjudice causé, car elle a compris que la volonté de l'employeur de répondre aux souhaits de sa clientèle et d'exiger que la salariée ne porte pas le voile islamique n'était pas considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante aux termes de l'article 4, alinéa 1, de la Directive du 27 novembre 2000²⁵².

Des cas exposés, il est possible de conclure que l'entreprise n'est pas un espace où l'expression et la manifestation des croyances religieuses sont libres²⁵³, la règle étant le maintien de la neutralité idéologique dans l'environnement de travail. Bien qu'il existe de nombreuses dispositions légales qui tentent de protéger la liberté de religion, il est possible de restreindre la manifestation et l'expression religieuses dans un contrat de travail sur une base exceptionnelle, légale ou non, qui dépendra de la proportionnalité de la restriction et de sa justification respective.

Alors, la religion n'est pas – sauf stipulation contraire – dans la sphère contractuelle²⁵⁴, de sorte que le salarié ne peut pas refuser d'obtempérer à un ordre donné par son employeur, à la condition qu'il soit pertinent et cohérent avec les fonctions qu'il exerce, du contraire, arguant

²⁵² FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 263.

²⁵³ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 316.

²⁵⁴ RAY, Jean-Emmanuel. Les libertés dans l'entreprise. In : Le Seuil, 2009/3, n° 130, pp. 127-142.

qu'il viole leur liberté religieuse (droit à l'objection de conscience²⁵⁵). À ce même égard, la Cour de Cassation sociale, en 1998, a déclaré valable la rupture du contrat de travail d'un employé boucher qui avait refusé de manipuler de la viande de porc pour des motifs religieux. À cette occasion, il était conclu que l'employeur avait une obligation de neutralité ou d'indifférence face aux croyances de l'employé.

Considérant que le contrat de travail ne crée pas d'obligations ni de droits entre les parties qui le concluent en ce qui concerne la religion et qu'il n'existe aucune disposition à cet égard, il est imposé aux parties d'ignorer les questions impliquant des croyances religieuses. À ce titre, le salarié ne peut refuser d'exécuter les prestations auxquelles il était lié, ni prétendre à un avenant contractuel invoquant des motifs religieux. De même, l'employeur ne peut pas imposer une certaine religion à ses employés, ni attendre d'eux qu'ils participent à des pratiques religieuses ou qu'ils portent certains symboles religieux²⁵⁶.

Dans la pratique, on constate que les affaires portées devant la justice impliquant le sujet, aboutissent à procéder à un contrôle de justification et de proportionnalité de la décision de l'employeur. Parmi les aspects pris en compte, figurent la protection de la liberté religieuse, l'interdiction des pratiques discriminatoires dans l'environnement de travail, ainsi que la question de savoir si les objectifs poursuivis par l'entreprise privée sont légitimes et justifient une éventuelle limitation du droit du salarié à la liberté de croyance. En outre, la volonté de l'individu est également prise en compte, de sorte que, si le salarié conclut un contrat de travail dans lequel il assume des responsabilités quant à la prestation de services et dont il sait que cela impliquera une incidence sur sa liberté de manifester ses convictions religieuses, en ayant un équilibre minimum entre les deux côtés, les discussions éventuelles sur la légalité de cet impact tendent à bénéficier à l'employeur et non à l'employé. En effet, pour le contrat de travail, les convictions religieuses du travailleur²⁵⁷ sont indifférentes, de sorte que le travailleur ne puisse pas refuser de fournir un service pour des raisons religieuses, ni que l'employeur ne puisse imposer aux travailleurs qu'ils pratiquent une certaine religion. Cela signifie que le contrat de

²⁵⁵ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 316.

²⁵⁶ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 317.

²⁵⁷ AUVERGNON, Philippe. L'expression des convictions religieuses sur le lieu du travail. In : Droit et Religion en Europe. Presses universitaires de Strasbourg, 2014. p. 31.

travail ne peut priver le travailleur de la liberté de religion, sauf en ce qui concerne l'exécution du service pour lequel il a été engagé²⁵⁸.

C'est aussi l'interprétation de la Cour de Strasbourg qui, statuant sur des affaires mettant en cause la liberté religieuse et les contrats de travail, a rendu des décisions autorisant la cession de la liberté de religion face à l'exécution d'un contrat de travail à titre exceptionnel. Pour qu'elle soit légitime, il faut examiner l'élément le plus important : si l'action de l'employeur vise à assurer la prestation de services conformément à sa politique interne et sans aucune discrimination. Ainsi, la rupture du contrat est acceptée lorsque le salarié refuse d'exécuter le contrat de travail pour des motifs religieux alors qu'il existe un objectif clair et légitime poursuivi par l'employeur²⁵⁹. Dès lors, on peut dire que la Cour de Strasbourg, lorsqu'elle analyse des affaires impliquant le sujet, ne se limite pas à examiner s'il y a conformité entre la fonction exercée par le salarié et l'exigence de l'employeur, mais également la légitimité de l'objectif qui est poursuivie par l'employeur et la proportionnalité de la sanction appliquée (qui est généralement la rupture du contrat).

Sur un plan plus général, le Droit du Travail est astreint au respect de la liberté individuelle des travailleurs ainsi que de leurs droits personnels. Ainsi, l'article L 120-2 du Code du Travail n'admet de restrictions que dans la mesure où elles sont justifiées par la nature de l'activité exercée et proportionnelles à l'objectif visé. Elle interdit les discriminations fondées, entre autres, sur les convictions religieuses, mais ces convictions ne doivent pas empêcher l'organisation du travail, qui se fait sous le contrôle du juge et peut conduire, dans certains cas limités, à la rupture du contrat²⁶⁰.

(ii) Le droit à la liberté d'expression surgit dans un scénario de critique aux modèles d'organisation industrielle et relations de travail, ce qui a permis le développement de nouveaux modèles de démocratie industrielle et de gestion participative. Les débats sur les conditions de travail dans l'économie de masse qui ont eu lieu dans les années 1960 ont permis, à travers l'expression des travailleurs, de discuter des conditions de travail. Cela s'est déroulé dans un contexte de réformes au sein de l'entreprise, impulsées par le parti politique de gauche élu en 1981, année où le Ministère du Travail français a publié un rapport proposant des modifications

²⁵⁸ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 318.

²⁵⁹ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 318.

²⁶⁰ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). In : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 534.

substantielles des droits des travailleurs, réalisées avec la promulgation d'une loi l'année suivante, en 1982, à fort caractère social et protecteur. La loi promulguée marque à la fois des innovations importantes du point de vue de son contenu, pour créer une loi entièrement nouvelle, comme de sa procédure. Elle légitime la libre expression des travailleurs et découle d'un débat sur le modèle de gestion du travail tayloriste et la nécessité d'améliorer les conditions de travail²⁶¹.

Le droit à la liberté d'expression bénéficie d'une protection lorsqu'un individu est inséré dans un environnement de travail, où il ne peut pas être interdit de s'exprimer, mais peut subir un certain type de restriction en fonction des nuances du cas. Au début, une certaine exigence de patriotisme de la part du travailleur envers son employeur régnait en milieu professionnel, pour qu'il ne s'exprime que de manière positive envers l'entreprise²⁶². La compréhension actuelle est que, du moins en principe, cette liberté doit être garantie à tous, n'étant restreinte qu'en cas d'agression ou de blessure. En d'autres termes, le travailleur jouit du droit de s'exprimer librement, à l'exception des pratiques illicites telles que les injures, la diffamation ou tout autre excès et toute restriction à ce droit doit être justifiée par la nature de l'activité exercée par le salarié et proportionnel à l'objectif visé²⁶³.

Dans l'analyse du droit à la liberté d'expression des travailleurs, il convient de distinguer deux moments différents, car la conséquence juridique est différente : le droit à la liberté d'expression en dehors de l'entreprise et le droit à la liberté d'expression au sein de l'entreprise. En dehors du milieu professionnel, le travailleur jouit, en principe, de toutes les libertés reconnues aux individus, dont le droit à la liberté d'expression. La possibilité de restriction des libertés par l'employeur couvre le moment du travail (dans un lieu où il y a subordination) afin que, hors les murs de l'entreprise, le travailleur soit libre de jouir pleinement du droit à la liberté d'expression. La liberté d'expression de cet employé, lorsqu'il est en dehors de l'environnement de travail, doit être pleinement appréciée ; néanmoins, elle peut être limitée face à deux éléments : (a) l'existence d'une obligation de loyauté et, (b) un abus de droit par l'une des parties impliquées dans une situation. L'obligation de loyauté (a) est comprise comme quelque chose de permanent, existant même pendant la vie extra-professionnelle du travailleur et constitue une garantie essentielle pour le maintien du lien avec l'employeur. Le contenu exact de l'obligation de fidélité n'a jamais été défini, sa notion étant relativement récente, mais de

²⁶¹ CHOURAQUI, Alain; TCHOBANIAN, Robert. Le droit d'expression des salariés en France : un séminaire international. Institut International d'études sociales : Genève, 1991. p. 26.

²⁶² WAQUET, Philippe; STRUILLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 190.

²⁶³ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 260.

manière générale, on dit qu'elle consiste dans une obligation de non-concurrence pendant la durée du contrat de travail²⁶⁴.

On peut dire que l'obligation de loyauté finit par limiter, au moins dans une certaine mesure, le droit à la liberté d'expression du salarié, car elle empêche le travailleur d'agir d'une manière contraire aux intérêts directs de l'entreprise qui l'emploie ; c'est-à-dire qu'il doit s'abstenir de dénigrer publiquement les produits, de critiquer les méthodes de travail, entre autres. Elle n'interdit pas toute expression d'opinion aux ouvriers, mais elle exige qu'ils agissent avec une certaine réserve ; c'est pourquoi on dit que l'obligation de loyauté ne détruit pas le droit à la liberté d'expression, mais entrave plutôt son exercice. L'abus (b) est une autre possibilité qui restreint la liberté d'expression, plus précisément lorsque, par l'expression d'une opinion, le sujet commet une injure ou une diffamation et, par conséquent, sa liberté est judiciairement restreinte²⁶⁵.

Autrement, dans l'environnement de travail, la liberté d'expression a un autre traitement, parce que le travail n'est pas considéré comme le lieu idéal où les travailleurs peuvent exprimer librement leurs pensées pour deux raisons principales : c'est là où les individus doivent travailler et non manifester leurs opinions, mais aussi à cause de l'existence du principe de hiérarchie qui finit par freiner spontanément la libre expression des travailleurs. Dans l'entreprise, l'expression de la pensée des travailleurs peut se faire dans deux domaines différents : (a) dans les conversations privées entre collègues dans l'environnement de travail et dans les conversations téléphoniques qui ne concernent pas le travail ; (b) dans les conversations concernant l'entreprise elle-même, son organisation et son fonctionnement²⁶⁶.

Dans le domaine des conversations privées, il est entendu que l'employeur doit tolérer l'échange d'opinions entre travailleurs, mais n'a pas à admettre que, pendant les heures de travail, les travailleurs interrompent leurs tâches pour parler de questions de la vie privée. Au final, tout est une question de discipline, comme par exemple des appels téléphoniques privés très longs, des commentaires sur le match du week-end qui n'en finissent pas – ces comportements seront certainement considérés comme des fautes par le salarié et pourront être sanctionnés. On en conclut que ce qui peut effectivement faire l'objet d'une restriction est l'absence de travail et non la liberté d'expression elle-même. Dans le domaine des conversations

²⁶⁴ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 184.

²⁶⁵ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 186.

²⁶⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 186.

tenues dans le cadre de l'exercice de la fonction de salarié, celui-ci bénéficie également du droit à la liberté d'expression, y compris le droit de s'opposer sincèrement à toute mesure prise²⁶⁷. Cependant, il s'agit d'une situation beaucoup plus sensible d'un point de vue juridique et elle est très subjective lorsqu'il s'agit de décider d'une éventuelle résiliation du contrat.

Finalement, les salariés jouissent, à l'intérieur et à l'extérieur de l'environnement de travail, du droit à la liberté d'expression, qui ne peut être restreint par l'employeur que s'il est justifié en raison de la nature de la fonction exercée par le salarié et proportionné aux fins recherchées par l'employeur²⁶⁸. En d'autres termes, toute restriction des libertés ou droits fondamentaux des travailleurs doit être à la fois justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, sous peine d'être considérée comme nulle. L'idée de justification, également associée à la notion de gravité du comportement et de la conséquence, implique un lien de causalité, en ce sens que toute résiliation doit être appropriée, proportionnelle et nécessaire²⁶⁹.

(iii) Enfin, la liberté de travail est un droit qui a émergé en réaction au régime des entreprises et se définit comme la liberté de travailler ou de ne pas travailler, englobant également le droit de ne subir aucune forme de discrimination tant en termes d'accès au travail que dans le maintien et la résiliation du contrat²⁷⁰. L'interdiction des comportements discriminatoires englobe, d'une part, la lutte contre ceux-ci et, d'autre part, la promotion du respect de l'égalité et le rétablissement de l'égalité des chances. Pendant longtemps, le droit du travail n'a condamné que les différences de traitement fondées sur des motifs prohibés par la loi, mais cette position a évolué dans au moins deux directions. Premièrement, la notion de discrimination a été élargie, car la notion originale reposait sur une conception subjective fondée sur l'intention de l'employeur. Sous l'impulsion d'une loi communautaire, elle est devenue plus objective, admettant que des mesures qui n'étaient pas prises sur la base d'un critère prohibé pouvaient encore être considérées comme discriminatoires si elles avaient pour objectif de nuire à certains travailleurs par l'imposition d'une caractéristique personnelle. D'une notion subjective, fondée sur l'intention discriminatoire de l'employeur, elle passe à une notion objective, analysant les effets discriminants d'une attitude donnée²⁷¹.

²⁶⁷ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 188.

²⁶⁸ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 364.

²⁶⁹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 132.

²⁷⁰ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 190.

²⁷¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 96.

De la même manière, le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs a été consacré. Ce principe ne signifie pas qu'il doit y avoir une égalité absolue entre les travailleurs, de sorte que l'employeur puisse traiter certains travailleurs différemment, à condition qu'un tel comportement soit dûment justifié. À cet égard, ce qui importe (en plus, bien sûr, de sa force juridique), c'est son mode d'incidence dans les relations de travail. Son application ne dépend pas de la volonté de l'employeur, ni n'est réservée à un champ d'action spécifique, il suffit de démontrer l'existence d'une différence de traitement entre différents travailleurs dans des situations identiques pour justifier la violation du principe d'égalité²⁷². Ce passage d'une conception objective de la discrimination conjuguée à l'émergence du principe d'égalité de traitement entre travailleurs confirme la tendance récente à appréhender l'action patronale à partir de ses effets.

Une voie a été tracée vers la construction d'une notion objective de discrimination. D'une manière générale, la discrimination signifie un traitement différent de toute nature, mais en Droit, la notion de discrimination est plus complexe. Elle fait référence à des différences de traitement fondées sur un critère ou une caractéristique prohibée. Sur le plan international, de nombreux textes prévoient l'interdiction de la discrimination, tels que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du citoyen de 1948, le Pacte International relatif aux droits civils et politiques, le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail-OIT, notamment les numéros 100 et 111. On peut dire que la lutte contre les discriminations, la mise en œuvre de l'égalité de traitement parfois vue comme l'égalité des chances, a fait l'objet d'interventions législatives successives, avec une attention toujours portée sur la construction d'une demande d'égalité²⁷³.

Au niveau national, les premières règles de non-discrimination ont été énoncées dans la Constitution de 1946, paragraphe 50, qui prévoyait que personne ne pouvait être lésé dans l'exercice de son travail en raison de sa race, de son origine, de ses opinions ou de ses convictions²⁷⁴. La loi du 27 mars 2008 a apporté une notion plus précise, avec une liste des discriminations interdites et développant l'idée des différences qui sont autorisées et celles qui ne le sont pas. De même, elle a précisé les notions de discrimination directe, indirecte et situations assimilées, dans les termes suivants : la discrimination directe est la situation dans laquelle, fondée sur l'appartenance ou non à une certaine ethnie, race, religion, convictions, âge, handicap, etc. Une personne est traitée moins favorablement qu'une autre dans une situation

²⁷² FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 96.

²⁷³ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 264.

²⁷⁴ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 96.

comparable ; constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique qui paraît neutre, mais qui est susceptible d'entraîner, pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus, un désavantage particulier pour une personne par rapport à d'autres, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit justifiée par un objectif légitime et que les moyens de sa réalisation sont nécessaires et proportionnel. Enfin, la discrimination comprend également les situations de harcèlement moral et sexuel²⁷⁵.

Le Code du travail établit, dans son article L. 1132-1, la règle principale relative à l'interdiction de la discrimination avec une liste de caractéristiques qui prohibent les comportements de cette nature, à savoir : le sexe, l'origine, la race, la situation familiale, l'ethnie, l'opinion politique, activité syndicale, conviction religieuse, etc. Cette liste s'est allongée au fil des années, incluant des critères tels que : l'état de santé et le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, l'apparence physique, les caractéristiques génétiques, la grossesse²⁷⁶, etc. Le principe de non-discrimination, énoncé à l'article L. 1132-1 du Code du travail précité, concerne les sujets en situation de vulnérabilité, établissant que personne ne peut être exclue lors du processus de recrutement ou en cours de contrat, aucun travailleur ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mars 2008. Cette loi apporte plusieurs dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, en application de l'article L. 3221-3, de mesures d'incitation, de formation, de reclassement, de modification, de renouvellement de contrat, d'origine, de sexe, d'orientation sexuelle, de genre identité, âge, situation familiale, grossesse, caractéristiques génétiques, vulnérabilité particulière résultant d'une situation économique, apparente ou connue, d'appartenance à une ethnie, à une nation, d'opinion politique, d'activités syndicales, de croyances religieuses, d'apparence physique, de nom de famille, lieu de résidence, en raison de votre état de santé, de votre perte d'autonomie ou d'un handicap, de votre capacité à vous exprimer dans une autre langue que le français. Les principales caractéristiques de la personne humaine et les droits fondamentaux auxquels elle peut prétendre sont également protégés. De la lecture des dispositifs qui traitent du sujet (discrimination), on conclut que la liste des hypothèses qui y sont fournies est exhaustive, étant certain que, pour cette raison, on peut affirmer que toute différenciation entre les travailleurs ne sera pas considérée comme discriminatoire. La discrimination interdite suppose donc une base légale²⁷⁷.

²⁷⁵ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 265.

²⁷⁶ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 97.

²⁷⁷ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 266.

Le texte d'ancrage qui sous-tend toute décision, à propos de la matière, est énoncé à l'article L. 1121-1 du Code du Travail qui établit que toute restriction aux droits fondamentaux des travailleurs doit être proportionnelle et justifiée. Le principe qui prohibe tout acte portant atteinte aux droits des personnes, plus particulièrement aux libertés et droits fondamentaux qui s'imposent à la branche du droit du travail, ressort clairement de la lecture de cet article. La mise en œuvre de cet article obéissait à une méthode particulière qui conduisait à distinguer trois moments : (i) la vérification du droit d'une personne ; (ii) la justification d'une restriction ; (iii) l'appréciation du caractère approprié et proportionné de la restriction. La protection des droits de la personne et de la vie privée du travailleur précède l'examen de la question particulièrement sensible de la liberté d'expression²⁷⁸. Le nom, l'image, la voix, le domicile et la correspondance sont autant d'attributs protégés par les réglementations internationales et nationales. Appliqué aux relations de travail, le respect de ces dispositions a alimenté une abondante jurisprudence.

Le champ d'application de ces dispositifs de non-discrimination est vaste et, comme on l'a vu, il ne couvrait que certaines mesures comme les sanctions ou les ruptures de contrat, mais au fil du temps, ce champ est devenu de plus en plus ouvert, s'appliquant au processus du recrutement de nouveaux employés, à l'accès à un nouveau poste au sein d'une entreprise, aux politiques de rémunération, à la répartition des tâches, à la classification dans les processus de sélection, aux promotions professionnelles, au renouvellement des contrats... En résumé, il n'existe actuellement aucun comportement qui puisse être à l'abri d'être qualifié de discriminatoire.²⁷⁹

Tel qu'indiqué précédemment, la discrimination n'était accordée que de manière exclusivement subjective. À cette époque, pour qu'une discrimination soit qualifiée, il fallait prouver que l'employeur avait agi conformément à l'un des critères prohibés. Cette conception a posé de sérieux problèmes, notamment en ce qui concerne la forme de la preuve. Hormis les cas très rares où l'employeur déclare ouvertement avoir agi dans l'intention de discriminer un salarié, il est très difficile, voire impossible²⁸⁰, d'établir l'existence d'une discrimination en l'absence d'aveux de l'employeur²⁸¹. Au fil du temps, le droit du travail a élaboré une conception plus objective de la discrimination et cette évolution a été possible principalement grâce à

²⁷⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 257.

²⁷⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 97.

²⁸⁰ MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011. p. 123.

²⁸¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 97.

l'influence du droit communautaire qui a modifié les règles de preuve et admis l'existence de discriminations indirectes.

Le régime de la preuve de la discrimination contribue à une conception plus objective de la discrimination. L'évolution des règles de preuve en matière de discrimination est, sans doute, l'œuvre de la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui a adopté une règle novatrice visant à répartir la charge de la preuve entre les deux sujets. À partir du moment où une personne s'estime lésée et intente une action en justice ramenant les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement²⁸². En d'autres termes, pour donner un effet utile à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, la charge de la preuve a été répartie de la manière suivante : il incombe, en premier lieu, au requérant de fournir les éléments qui permettent d'établir une présomption de survenance de discrimination à son encontre (une différence de traitement qui peut être observée) ; avec cette présomption établie, il appartient au défendeur de démontrer que sa décision dans ladite affaire était, en fait, justifiée par un élément objectif étranger à toute forme de discrimination²⁸³.

La directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe a consacré un régime probatoire imposé à tous les États membres dans les termes suivants : les mesures nécessaires doivent être prises pour empêcher une personne d'être lésée pour non-respect du principe d'égalité de traitement et d'établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, laissant à l'accusé le soin de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement²⁸⁴. Ce régime a fini par s'appliquer à toutes les autres formes de discrimination, pas seulement celle fondée sur le sexe²⁸⁵.

Anticipant le législateur qui a mis du temps à transposer les directives dans l'ordre juridique interne, la Cour de Cassation a appliqué le régime de la preuve dans une affaire dont l'objet était d'analyser la survenance d'une discrimination fondée sur le sexe. La Cour de Cassation a utilisé, à l'époque, une formule différente de celle utilisée par le droit communautaire, précisant qu'il appartenait au travailleur qui prétendait subir une discrimination d'apporter au juge les éléments de fait permettant d'identifier une violation du principe d'égalité de traitement. L'employeur peut contester la qualification de discrimination et démontrer que la

²⁸² FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 268.

²⁸³ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 98.

²⁸⁴ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

²⁸⁵ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 98.

mesure adoptée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute forme de discrimination²⁸⁶.

Cette interprétation de la Cour de cassation a probablement inspiré le législateur national lors de la transposition de la règle communautaire en droit interne, qui s'est opérée avec la promulgation de la loi du 16 novembre 2001²⁸⁷, qui a inscrit l'article L. 1134-1 au Code du Travail, qui établit que le travailleur doit apporter les éléments qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. Il appartiendrait à l'employeur de prouver que sa décision en cours de contrat de travail est justifiée par des éléments objectifs qui ne caractérisent pas un comportement discriminatoire. La compréhension nationale française diffère de la compréhension du droit communautaire qui stipule qu'il appartient à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement²⁸⁸.

En France, en application du droit commun de la preuve, dont la règle est tirée des articles 1315 du Code civil et 9 du Code de Procédure Civile, le salarié doit prouver l'intention discriminatoire de l'employeur. Cependant, avec la mise en place du régime de la preuve, il incombe au salarié de ne présenter que des éléments qui présument qu'il y a eu discrimination ; cela ne signifie pas qu'une simple allégation de l'employé suffit. Le Conseil Constitutionnel, sommé de se prononcer sur l'adoption de la loi n° 2002-73 relative au harcèlement moral, a compris que le salarié n'est pas dispensé d'apporter des éléments matériels à l'appui de ses allégations. La décision contenait : que les règles de preuve plus favorables au plaignant ne le dispensent pas d'apporter des éléments qui démontrent au minimum la survenance d'un harcèlement moral ou sexuel au travail²⁸⁹ ; c'est-à-dire qu'elle doit démontrer par des preuves l'existence d'une différence de traitement qui implique des salariés dans une même situation.

Le droit français, dans son article L. 1134-1 du Code du travail, s'est inspiré du modèle communautaire. Selon le dispositif précité, le travailleur présente les éléments qui permettent la présomption de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; au vu de ces éléments, il appartient au défendeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute configuration discriminatoire. La charge de la preuve est beaucoup plus légère ici que par rapport au droit européen. Ici, il suffit que le travailleur présente des éléments de fait, de simples allégations dont la charge de la preuve incombera à l'employeur. La preuve est également facilitée par la protection accordée au travailleur qui témoigne de bonne foi d'un acte

²⁸⁶ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 99.

²⁸⁷ FORDIMARE, Elsa. La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe. In : Revue des droits de l'homme - n° 9, 2016.

²⁸⁸ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 99.

²⁸⁹ FRANCE, Conseil Constitutionnel. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

discriminatoire. Enfin, l'accès à la justice est également possible pour les syndicats et associations qui luttent contre les discriminations, qui peuvent également agir en faveur des victimes sans même disposer d'un mandat de représentation (L. 1134-2, Code du travail)²⁹⁰.

Depuis la promulgation de la loi du 16 novembre 2001, le Code du travail a commencé à condamner les discriminations indirectes, en plus des discriminations directes déjà caractérisées par le dispositif légal. Afin de clarifier ce qu'on entend par discrimination indirecte, une révision du droit communautaire s'impose, encore une fois, car comme pour la charge de la preuve, la construction de la notion de discrimination indirecte a commencé avec les juridictions judiciaires des Communautés européennes. À cet égard, l'affaire *Bilka* du 13 mai 1986 est la plus importante. Une société de grands magasins avait institué un régime de pension/retraite pour ses employés. Les travailleurs à temps partiel ne bénéficiaient pas de ce régime, car l'une des conditions était de travailler à temps plein pendant au moins 15 ans. Pour réclamer la prestation, un travailleur a commencé à prétendre que le régime établi était discriminatoire ; selon cette personne, le critère de la durée du temps de travail est discriminatoire à l'égard des femmes, car elles constituent la majorité des travailleurs à temps partiel. La Cour européenne de justice a soutenu l'argument du travailleur, comprenant que l'article 119 du traité de Rome avait été violé parce que la règle affectait un nombre très élevé de femmes par rapport au nombre d'hommes concernés par l'entreprise. L'entreprise, quant à elle, n'a pas présenté de justifications objectives susceptibles de démontrer qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur le sexe dans ledit régime. Dans les affaires qui ont suivi, la Cour de justice des Communautés Européennes a fini par élargir la notion de discrimination indirecte découlant soit d'une pratique dans l'entreprise, soit d'une convention stipulée dans celle-ci.²⁹¹

La discrimination indirecte a commencé à être comprise comme un traitement fondé sur un critère illicite qui, à première vue, semble neutre, mais qui ne porte pas de préjudice qu'à un groupe de personnes ou à une seule personne. L'interdiction vise à affecter tous les actes liés à la relation de travail, du recrutement à la formation de la relation, l'accès à l'emploi, la promotion, les modifications contractuelles, les sanctions et même le licenciement. La loi du 27 mai 2008 vise également à couvrir le domaine de la protection sociale, plus spécifiquement les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services.²⁹²

Au fil du temps, la discrimination indirecte a été définie dans quatre directives de l'Union européenne, entendues comme suit : lorsqu'une règle, un critère ou une pratique

²⁹⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. *Droit du travail*. LGDJ : Paris, 2017. p. 268.

²⁹¹ FABRE, Alexandre. *Le régime du pouvoir de l'employeur*. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 100.

²⁹² FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. *Droit du travail*. LGDJ : Paris, 2017. p. 266.

apparemment neutre a pour conséquence de produire un désavantage pour certaines personnes, il y aura discrimination indirecte, à moins que l'existence ne soit pas objectivement justifiée d'un objectif légitime et nécessaire. Cette définition de la discrimination indirecte est également importante, car elle permet de retrouver des discriminations jusque dans les formes les plus sophistiquées d'utilisation du pouvoir d'emploi, comme la décision d'accorder une prime annuelle ou une augmentation de salaire basées sur la condition de « présence » stipulée par l'employeur. Dans les cas où l'employeur semble agir de la manière la moins répréhensible possible, puisque les conditions de son action sont objectives et connues de tous, les politiques de rémunération peuvent conduire à un traitement désavantageux pour certains travailleurs, caractérisant ainsi une discrimination indirecte²⁹³.

Cette définition de la discrimination indirecte suggère également clairement qu'elle n'est pas configurée par l'analyse de l'« intention » de l'employeur, mais plutôt par le « résultat » efficace qu'une certaine politique, règle ou ordonnance émise par l'employeur produit dans l'environnement de travail. Par conséquent, lorsqu'on essaie d'identifier l'occurrence ou non d'une discrimination indirecte, il convient de rechercher des situations qui ont généré des effets potentiellement défavorables pour un groupe donné, dont l'analyse permet de mettre en évidence la discrimination pratiquée même inconsciemment dans une entreprise, dans un secteur ou sur l'ensemble du marché du travail. Il convient de noter que, tel que expliqué dans la définition normative de la discrimination indirecte, il est possible qu'un traitement de cette nature soit justifié et, par conséquent, licite, comme cela se produit dans les cas de discrimination directe. Dans ces situations, il appartiendra à l'employeur de démontrer que la règle, le critère ou la pratique attaquée, qui cause un désavantage à un groupe de travailleurs, est objectivement justifiée dans un objectif légitime et que les moyens utilisés sont nécessaires et appropriés²⁹⁴.

Il convient également de mentionner que la loi du 16 novembre 2001 a introduit la notion de discrimination indirecte dans le Code du Travail ; cependant, pour ne pas avoir défini à l'origine le concept d'institut, la Commission de l'Union Européenne a notifié la France de le faire en mars 2007, ce que le pays s'est conformé par la loi du 27 mai 2008. Cette loi a apporté plusieurs dispositions avec en vue d'adapter la législation nationale à la législation européenne dans le domaine de la lutte contre les discriminations²⁹⁵. Par exemple, la discrimination indirecte constitue une règle, un critère ou une pratique apparemment neutre, mais susceptible

²⁹³ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 101.

²⁹⁴ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 102.

²⁹⁵ RAY, Jean-Emmanuel. Les libertés dans l'entreprise. In : Le Seuil, 2009/3, n° 130, pp. 127-142.

d'entraîner un désavantage particulier pour certaines personnes, sauf si elle est dûment justifiée sur un critère objectif et si l'objectif est nécessaire et approprié²⁹⁶.

Depuis l'introduction de la notion de discrimination indirecte en droit français, elle n'a pratiquement pas été invoquée dans les contentieux ayant abouti au pouvoir judiciaire et, lorsqu'elle l'a été, la compréhension majoritaire des juridictions nationales était dans le sens de nier l'existence de la prétendue discrimination, comme une affaire du 9 janvier 2007, dans laquelle la Cour de cassation n'a pas admis l'existence d'une discrimination indirecte. La discussion a surgi dans une entreprise qui avait une politique de journée de travail de 21 heures par semaine ou 44 heures par semaine. Comme d'habitude, dans ces cas, l'entreprise a adopté une politique de rémunération basée sur la moyenne hebdomadaire, soit 35 heures et, à la fin de chaque année, a déduit les heures travaillées par chaque employé pour déterminer ensuite le nombre exact d'heures excédentaires et les absences. Le problème était que l'entreprise utilisait une durée mensuelle moyenne de 35 heures comme méthode de comptage des heures et non le nombre d'heures effectivement travaillées par chaque travailleur. Une salariée non démissionnaire a décidé de contester le nombre d'heures d'absence qui lui était imputé, dont la demande a été rejetée par le Tribunal, qui a compris que le raisonnement de l'employeur était juste et logique en prenant en compte le temps de travail correspondant à la moyenne hebdomadaire de 35 heures pour procéder en fin d'année à la déduction individuelle du temps de travail. Malgré cela, la décision a été annulée par la Cour de Cassation, qui a compris que ladite méthode de calcul, apparemment neutre, constituait une mesure de discrimination indirecte fondée sur l'état de santé du travailleur. Il s'agit de la première affaire qui condamne une entreprise sur la base de la survenance d'une discrimination indirecte²⁹⁷.

En résumé, en ce qui concerne les normes de non-discrimination, on peut dire que la France a connu une évolution importante due à l'influence de l'Union Européenne²⁹⁸. Au départ, le pays a adopté un régime de preuve favorable au salarié, en ce sens qu'il ne faudrait pas prouver l'intention de l'employeur de le discriminer, mais apporter des éléments suggérant l'existence d'une discrimination. Au fil du temps, ces règles se sont renforcées et ont acquis une signification plus large avec l'inclusion de la notion de discrimination indirecte, qui permet de condamner toutes les mesures apparemment neutres qui ont des effets discriminatoires. Les deux évolutions ont une conception plus objective de la discrimination, puisqu'elles ne

²⁹⁶ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 102.

²⁹⁷ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 103.

²⁹⁸ MUIR, Élise. L'action juridique de l'Union Européenne dans la lutte contre les discriminations. In : Centre d'information et d'études sur les migrations internationales, 2010/5, n.º 131, pp. 78-104.

s'appuient plus sur « l'intention » de l'employeur de jeter les yeux sur les « effets » des actions de l'employeur sur les travailleurs²⁹⁹.

Les actions positives, également appelées discriminations positives, constituent un traitement préférentiel à une catégorie d'individus afin d'assurer une réelle égalité des chances. Au début du XXI^e siècle, un courant fort pénètre les grandes entreprises françaises : l'idée de valoriser la diversité et la mixité de la population au sein de l'entreprise, afin de faire correspondre l'entreprise à l'image de toute la société. Témoin de ce mouvement, la loi promulguée pour assurer l'égalité des chances, qui contient non seulement des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, mais aussi des mesures en faveur de l'éducation, du contrat de responsabilité parentale, entre autres.³⁰⁰

Outre les règles de non-discrimination, le principe d'égalité de traitement en France va dans le même sens. Le postulat d'égalité juridique entre les contractants d'une relation de travail cache, en réalité, une inégalité entre le salarié et l'employeur. C'est sur cette base que le droit du travail s'est progressivement construit pour tenter de corriger cette inégalité de fait (ou matérielle). On peut dire qu'une grande partie du Droit du Travail vise à assurer la protection de la partie la plus faible – le travailleur – contre la partie la plus forte – l'employeur – visant à corriger les inégalités verticales existantes. En ce qui concerne les inégalités horizontales (existant entre les salariés), il existe une tendance en Droit du Travail à tenter également de les corriger, ce qui s'est fait d'au moins deux manières différentes. Parfois, une règle d'égalité est établie entre deux catégories prédéterminées de travailleurs, comme c'est le cas, par exemple, de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes assurée par l'article L. 3221-2, du Code du travail, qui prévoit que tout employeur doit garantir, pour l'exécution d'un même travail ou pour l'exécution d'un travail de valeur égale, une rémunération égale entre hommes et femmes. À côté de cette règle particulière, une règle générale d'égalité de traitement des travailleurs³⁰¹ semble émerger dans la jurisprudence de la Cour de Cassation.

La législation française dispose de plusieurs dispositifs qui visent à mettre fin aux inégalités entre les sexes, en plus d'instaurer une égalité de traitement entre les différents travailleurs d'une entreprise, en recherchant l'égalité des chances, notamment ceux qui sont en situation de vulnérabilité (comme les personnes handicapées, les personnes âgées, etc.)³⁰². Les normes qui règlent le principe d'égalité dans les relations de travail sont celles prévues aux

²⁹⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 103.

³⁰⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 273.

³⁰¹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 104.

³⁰² FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 269.

articles L. 3221-2 (qui prévoit l'égalité de rémunération entre hommes et femmes), L. 1242-15 (qui règle la question de la rémunération entre les travailleurs sous contrat de durée déterminée et indéterminée) et L. 1251-18 (qui traite des travailleurs intérimaires), toutes issues du Code du Travail. Ces règles sont intéressantes et singulières en ce qu'elles lient deux catégories prédéterminées de salariés (hommes et femmes par exemple) et se réfèrent à un enjeu précis (rémunération, par exemple)³⁰³. Toutes ces mesures sont liées aux politiques de l'emploi et à une nouvelle demande de diversité qui émerge depuis quelques années et qui vise à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises³⁰⁴. Ces types de règles (résultant du principe d'égalité) ne peuvent être confondues avec des règles de non-discrimination. Les premiers excluent toute forme de distinction entre travailleurs d'une même catégorie, tandis que les seconds ne condamnent que les distinctions fondées sur un motif interdit par la loi. Dans le premier cas (principe d'égalité), l'illégalité du traitement est une question de contenu, dans le second (non-discrimination), une question de motifs³⁰⁵. Autrement dit, contrairement à la notion de discrimination, l'idée d'égalité renvoie à une mesure de comparaison, puisque pour constater le respect ou non du principe d'égalité, il faut comparer la situation de deux ou plusieurs personnes, ce qui ne se produit pas avec la discrimination, car celle-ci peut se révéler dans la constatation d'une violation d'un principe considéré comme essentiel par la société à un certain moment de son histoire, ce qui permet même d'expliquer les raisons pour lesquelles la liste des discriminations prohibées à l'article L. 1132-1 du Code du Travail est à la fois exhaustif et évolutif. En matière d'égalité, les textes conduisent à la nécessaire analyse de la distinction entre égalité de traitement (qui conduit à comparer la situation de deux personnes) et égalité des chances (qui conduit à comparer le devenir de deux personnes), par exemple³⁰⁶.

À côté de ces règles particulières du principe d'égalité de traitement, une règle générale d'égalité s'est imposée au fil des années. Une telle règle est générique, car elle ne se réfère pas seulement à certaines catégories de travailleurs, mais à tous les travailleurs qui se trouvent dans une situation identique. En outre, il est également générique, car il ne se limite pas aux relations de travail, étendant ainsi son champ d'application aux relations de travail. La première fois que cette règle a été appliquée, c'est dans l'affaire Ponsolle, le 29 octobre 1996³⁰⁷, par la Cour de Cassation. Dans cette affaire, une travailleuse prétendait qu'elle n'avait pas reçu la même rémunération que ses collègues, même si elle exerçait les mêmes fonctions. En première

³⁰³ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 104.

³⁰⁴ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 269.

³⁰⁵ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 104.

³⁰⁶ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 263.

³⁰⁷ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 29 octobre 1996, 92-43.680.

instance, l'action est accueillie et l'employeur est condamné au paiement des différences de salaire, sur le fondement de l'article L. 140-2 (nouvel article L. 3221-2) du Code du Travail. L'employeur a fait appel de la décision en alléguant que l'article précité ne s'appliquait qu'entre hommes et femmes et non dans l'affaire précitée dont la discussion n'était pas celle-là. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi en fondant sa décision sur deux piliers : premièrement, elle a estimé que les articles L. 133-5 et L. 136-2 (actuellement L. 2261-22 et L. 2271-1) du Code du Travail énoncent le principe de travail égal, à salaire égal, en ajoutant que la règle de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes découle de l'application d'une règle générale. Plus précisément, pour un travail égal, le salaire doit être égal. Cette règle générale, portée à ce jour, permet de conclure que l'employeur a l'obligation d'assurer une rémunération égale à tous ses travailleurs, sans distinction de sexe, tant qu'ils se trouvent dans des situations identiques³⁰⁸.

L'importance de cette affaire pour le Droit du Travail français est unique, car c'est à partir de ce moment que l'employeur ne peut plus invoquer son pouvoir de gestion pour décider d'augmentations salariales discrétionnaires, l'obligeant à démontrer que la différence de traitement est justifiée. Cela signifie que toutes les différences salariales ne seront pas condamnées, mais seulement celles qui présentent un caractère arbitraire. C'est pourquoi la règle du « à travail égal, salaire égal » serait en fait une version édulcorée de la règle de l'égalité. Par ailleurs, dès l'arrêt Ponsolle, en même temps que la Cour de Cassation entérine la règle « à travail égal, salaire égal », elle précise son sens, érigeant la règle à la condition de principe, lui accordant une grande autorité et force. Pour compléter, elle a estimé que le régime probatoire du principe d'égalité devrait être le même adopté en matière de discrimination, précisant qu'il appartient au travailleur qui invoque la survenance d'une violation du principe d'égalité de traitement de se soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser l'inégalité et qu'il appartient à l'employeur d'apporter la preuve des éléments objectifs qui justifient une certaine différence.³⁰⁹

Le régime probatoire du principe d'égalité démontre qu'il ne suffit pas que le travailleur démontre qu'il exerce la même activité qu'un autre auquel il est comparé ; encore faut-il que l'employeur ne soit pas en mesure de justifier la différence de traitement constatée. Cela a également été confirmé dans une autre affaire, le 2 octobre 2001³¹⁰, dans laquelle la Cour de Cassation a déclaré que les arguments individuels ne pouvaient être présentés de manière purement discrétionnaire et devaient correspondre à des critères objectifs et vérifiables. Par la

³⁰⁸ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 105.

³⁰⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 106.

³¹⁰ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 2 octobre 2001, 99-42.942.

suite, dans une affaire en date du 28 mai 2003³¹¹, un employeur était tenu de justifier, par des éléments objectifs, son choix de payer le treizième salaire, prévu au contrat, à seulement quelques travailleurs. Plus récemment, il semble que la Cour ait définitivement établi sa position dans le sens où le principe d'égalité qui prévoit qu'« à travail égal, rémunération égale » doit être respecté, sauf si l'employeur parvient à indiquer l'existence des différences objectives qui justifient une rémunération différente entre les travailleurs³¹².

L'évolution de ce concept permet alors de conclure que, pour qu'un traitement différent soit condamnable, il doit remplir au moins deux conditions : (i) les travailleurs comparés doivent être dans des situations identiques ; (ii) l'employeur ne peut pas être en mesure de justifier objectivement les raisons pour lesquelles la distinction de traitement a eu lieu. Cela se confirme également lors de l'analyse de l'affaire du 15 mai 2007³¹³, dans laquelle la Cour de Cassation a déclaré qu'une différence de traitement entre des travailleurs placés dans une situation identique doit être fondée sur des raisons objectives dont le juge peut concrètement vérifier la réalité et leur pertinence. Ainsi, il ne suffit plus que l'employeur se contente d'invoquer un motif objectif et matériellement vérifiable ; il doit démontrer comment cette raison justifie la différence de traitement par rapport à l'objet ou au but de l'avantage en cause. La Cour a tendance à rompre avec une logique strictement formelle de justification³¹⁴.

Après avoir considéré que l'égalité salariale entre hommes et femmes découle, en fait, de l'application de la règle générale « à travail égal, salaire égal », il est possible d'aller plus loin pour comprendre quelques aspects supplémentaires du principe d'égalité de traitement. En effet, ce principe semble composé de plusieurs éléments : d'une part, il convient de noter que la Cour de Cassation n'a pas limité l'exigence d'égalité à la seule question salariale, mais aussi aux avantages résultant de l'ancienneté et règles de retraite ; d'autre part, il est important de souligner que la Cour de Cassation a commencé à se référer, lorsqu'elle a traité du sujet, à une question d'égalité de traitement en matière de rémunération et non à la règle qu'à travail égal, salaire égal.

À supposer qu'il existe un principe d'égalité de traitement entre les travailleurs, cela signifierait que l'employeur doit le respecter dans tous les domaines ; à ce propos, il convient de rappeler quelques arrêts de la Cour de cassation pour une meilleure compréhension du sujet. Il y a quelques années, la Cour précitée permettait à un employeur de punir différemment les

³¹¹ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 28 mai 2003, 02-40.273.

³¹² FABRE, Alexandre. *Le régime du pouvoir de l'employeur*. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 106.

³¹³ FRANCE. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 15 mai 2007, 05-42.894 05-42.895.

³¹⁴ FABRE, Alexandre. *Le régime du pouvoir de l'employeur*. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 107.

travailleurs qui avaient commis la même faute. Actuellement, en vertu du principe d'égalité de traitement, on estime que la Cour ne statuerait ainsi uniquement si l'employeur justifiait la différence de traitement par des raisons objectives et pertinentes³¹⁵.

Il existe effectivement différents traitements autorisés par la loi. Comme le révèle l'article L. 1132-1 du Code du Travail, certaines distinctions sont possibles. La référence au sexe, par exemple, est autorisée lorsque l'appartenance à un sexe déterminé est une exigence professionnelle et déterminante, mais l'objectif doit être légitime et l'exigence doit être proportionnée. De même, une différence de traitement fondée sur l'âge est recevable lorsqu'elle poursuit un objectif légitime, objectif et raisonnable, comme une question de sécurité, de santé, d'insertion professionnelle, etc. La Cour de Cassation a traité ce point de manière particulièrement rigide et a imposé que la preuve relative à la condition d'âge soit objectivement et raisonnablement justifiable dans un but légitime. La Cour considère cependant que la non-discrimination fondée sur l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par la Constitution. Une justification peut également être utilisée lorsque dans le critère de sélection, en principe interdit, il soit possible de poser un problème objectif dans l'entreprise. La prise en compte de l'orientation sexuelle du travailleur est bien entendu interdite, sauf si, en raison de la nature de ses fonctions et de l'objet de l'entreprise, son comportement est susceptible de poser problème avec cet employeur. De même, si l'état de santé d'un travailleur ne peut justifier la rupture de son contrat, par contre, si la situation objective de l'entreprise est troublée par l'absence prolongée ou par des absences répétées du travailleur, cela peut être utilisé comme motif de résiliation du contrat, et il peut alors être nécessaire de procéder au remplacement définitif de celui-ci³¹⁶.

En ce qui concerne spécifiquement l'élément religieux et la protection qui en découle contre les comportements arbitraires susceptibles de violer le principe d'égalité, il convient de mentionner l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui prévoit que la jouissance des droits et libertés reconnues dans cette Convention doit être assurée, sans aucune distinction fondée sur la religion. De même, l'article 21 de la Charte Européenne des Droits Fondamentaux interdit toute forme de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, dont la directive 2000/78 est complémentaire³¹⁷.

³¹⁵ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 108.

³¹⁶ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 267.

³¹⁷ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 219.

Le droit législatif français réaffirme l'interdiction de la discrimination en mettant en œuvre le principe constitutionnel de laïcité. La loi 2008-496 du 27 mai 2008 reprend les dispositions de la directive 2000/78 en y modifiant quelques mots qui définissent la discrimination directe comme une situation dans laquelle, en raison de la religion, une personne est traitée moins favorablement qu'une autre dans une situation comparable. En revanche, elle définit la discrimination indirecte en établissant que lorsqu'un critère ou une pratique d'apparence neutre est susceptible de créer, pour l'une des raisons mentionnées au caput, un désavantage particulier pour l'une des personnes par rapport aux autres, à moins que ce traitement ne soit pas objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens pour y parvenir soient nécessaires et appropriés³¹⁸.

En comparant le libellé de la loi française avec la directive 2000/78, il est possible de voir que le libellé est presque un « copier-coller » de la directive, ce qui était probablement intentionnel par crainte de subir une sanction européenne. Cependant, la formulation pose un problème fondamental par rapport à son éventuelle incompatibilité avec la tradition républicaine française. On craint une possible déviation de la notion de communauté, comme l'indique la Commission des affaires sociales du Sénat, dans le sens suivant : selon la conception républicaine française de l'égalité, les hommes sont égaux pour le simple fait d'être des hommes ; le combat pour l'égalité passe par l'affirmation d'une communauté appartenant à l'humanité, indépendamment des caractéristiques privées qui sont secondaires. Pourtant, le projet tend à l'inverse en promouvant conjointement la lutte contre les inégalités et l'aggravation des différences, en suggérant que toute inégalité est toujours le résultat d'une discrimination.

Au lieu de faire de l'égalité un principe commun, elle en fait un facteur de division, chacun étant désigné par la loi selon ses caractéristiques privées. Et pourtant, pour Anne-Marie Pourhiet : derrière la question juridique, une autre se pose – dans la lutte contre les discriminations, faut-il favoriser la stimulation d'identités particulières ou affirmer des valeurs et des principes communs ? Le concept de lutte contre les discriminations, véhiculé par le projet de loi et très inspiré des pays anglo-saxons, pourrait conduire à des dérives de communautarisme et amener chacun, par voie de conséquence, à se percevoir comme défavorisé, comme faisant partie d'un groupe discriminé et non en tant que personne physique faisant partie d'une communauté nationale. Malgré le rapport de la Commission au regard des arguments retranscrits ci-dessus, le rapporteur de la loi n'a pas repris dans le texte de loi de

³¹⁸ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 219.

telles considérations pouvant soulever l'inconstitutionnalité potentielle de la loi de transposition³¹⁹.

Plus généralement, le Code pénal établit dans son article 225-1, que toute distinction faite entre des personnes en raison de leur appartenance ou non, vraie ou fausse, à une religion constitue une discrimination. L'article 225-2 ajoute que la discrimination ainsi définie ne sera pas punie (d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une amende de 45 000 euros) que lorsqu'elle consiste dans un refus de fournir un bien ou un service, une entrave à l'exercice d'une activité économique, refus d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne et conditionner la fourniture d'un bien ou d'un service à une circonstance censée conditionner l'offre d'emploi à un stage en entreprise à une condition fondée sur l'un des critères du caput, enfin, le refus d'accepter une personne en stage en raison d'un des éléments du caput³²⁰.

La loi 83-634 du 13 juillet 1983 a apporté des droits et obligations aux salariés, dans son article 6, établissant qu'aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses. La rédaction intègre les concepts de la directive européenne et résulte de sa codification avec la loi 2005-901, du 2 août 2005. Toutefois, l'article 25 édicté avec la loi 2016-483, du 20 avril 2016, qui régit les droits et obligations des employés, prévoit que les travailleurs s'acquittent de leurs fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent maintenir une obligation de neutralité ; doivent exercer leurs fonctions dans le respect du principe de laïcité. En ce sens, ils doivent s'abstenir d'exprimer leurs opinions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Les employés doivent traiter toutes les personnes de manière égale et respecter la liberté de conscience et la dignité de chacun. Cette loi, qui a fini par codifier l'entendement jurisprudentiel administratif français, concernait la neutralité des agents publics, mais n'a pas été approuvée par le Conseil constitutionnel. Cependant, il est possible d'y voir que la laïcité et la neutralité de l'article 25 n'ont pas été considérées comme une potentielle discrimination indirecte par rapport à l'article 6³²¹.

Le Code du Travail comporte également de nombreuses dispositions relatives aux travailleurs et à leur sphère privée. L'article L. 1121-1 stipule que tout acte qui porte atteinte

³¹⁹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 220.

³²⁰ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 220.

³²¹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 221.

aux droits des personnes et à leurs libertés individuelles et collectives est nul, sauf s'il est justifié par la nature de l'activité à exercer et proportionnel à l'objet de la recherche. Dans le même sens, l'article L. 1132-1 dispose que nul ne peut être interdit de participer à une sélection ou d'accéder à un emploi ou à un stage dans l'entreprise et ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directes ou indirectes, notamment en termes de rémunération, d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, de qualification, de classement, de promotion professionnelle, entre autres.

Par ailleurs, l'article L. 1133-1 indique qu'il ne sera pas fait obstacle à une différence de traitement lorsque l'exigence correspond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, à condition que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnelle. Enfin, l'article L. 1321-3 précise que le règlement intérieur ne peut contenir de dispositions contraires aux lois et aux dispositions des conventions et accords collectifs applicables ; que les dispositions restrictives des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives ne peuvent être justifiées que par la nature de l'activité à exercer et à condition qu'elle soit proportionnelle ; que toutes dispositions discriminatoires à l'égard du travailleur, ayant la même capacité professionnelle qu'un autre, en raison de ses convictions religieuses, sont interdites.

Cependant, la loi 2016-1099, du 8 août 2016, a introduit l'article L. 1321-2-1 qui établit que le règlement intérieur peut contenir des dispositions qui insèrent le principe de neutralité et restreignent la manifestation des convictions des travailleurs, que ces restrictions soient justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de la société, à condition qu'ils soient proportionnels à l'objectif final visé.

De toute évidence, les deux institutions militantes, respectivement l'Observatoire de la laïcité et la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, avaient demandé la suppression d'une telle disposition de ladite loi, estimant qu'elle était contraire à la Constitution, à la Convention européenne des Droits de l'Homme et au droit communautaire. Le Conseil d'État n'a pas examiné d'office cette disposition dans sa décision sur le contrôle préventif, mais peut-être qu'une question prioritaire de constitutionnalité se posera lors de son application. En tout état de cause, elle est au cœur des décisions rendues par la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires examinées ci-dessous³²².

La question du fait religieux est analysée de manière récurrente sous l'angle de la restriction de la liberté et non pas tant par rapport à la discrimination elle-même, pour la simple

³²² POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 222.

raison que l'on remet généralement en cause les exigences à la discrétion de la manifestation extérieure de la religion, quelle que soit sa nature (tel le fondamentalisme islamique qui revendique le plus d'exhibitionnisme et qui protagonise la plupart des conflits). Il est possible de trouver quelques affaires qui abordent la question sous l'angle de la discrimination, mais c'est l'autorité administrative indépendante spécialisée dans le domaine de la discrimination qui s'insère dans la logique discriminatoire³²³.

Quand on observe les grandes décisions rendues en matière de comportement religieux (usage de symboles, turbans, voiles, etc.), on constate que le juge est bien plus dans le domaine de la liberté que dans celui de l'égalité et de la discrimination. Dans l'arrêt rendu le 7 octobre 2010 (n. 2010-613 AD), par les présidents de la Chambre ayant compris que la loi qui interdisait la dissimulation du visage dans les lieux publics n'était pas illégale, le Conseil constitutionnel a invoqué la loi constitutionnelle des dispositions relatives à la liberté et à l'ordre public, sans mentionner le principe d'égalité³²⁴.

Dans l'affaire S.A.S c. France, du 1er juillet 2014³²⁵, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a compris que l'essentiel était de vérifier, en matière de liberté religieuse, que la loi était conforme à l'article 9° consacré. Concluant à l'absence d'atteinte à cette liberté, la Cour a examiné le droit français sous l'angle de l'article 14, car la requérante a fait valoir qu'elle appartenait à une catégorie très particulière de personnes exposées à des interdictions et à des sanctions, de sorte qu'elle était victime d'une discrimination indirecte. Cependant, la Cour a compris que même si elle considère que la loi du 11 octobre 2010 génère des effets négatifs spécifiques sur les femmes musulmanes qui, pour des raisons religieuses, souhaitent porter le foulard dans les lieux publics, cette mesure avait une justification objective et raisonnable pour restreindre une telle manifestation religieuse, qui était l'article 9 qui consacre la liberté religieuse. Il s'avère que si la restriction de liberté est justifiée, l'argument de la discrimination indirecte tombe de lui-même³²⁶.

³²³ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 222.

³²⁴ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 222.

³²⁵ Cour européenne des droits de l'homme. S.A.S. v. FRANCE, n.° 43835/11.

³²⁶ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 223.

Dans l'affaire *Dogru c. France* du 4 décembre 2008³²⁷, sur une question du voile à l'école ainsi que dans l'arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015³²⁸, concernant la révocation d'une assistante sociale voilée dans un service public hospitalier, seul l'article 9 de la Convention a été invoqué et sa violation écartée, de sorte que l'article 14 et même le terme « discrimination » n'apparaissent pas³²⁹. Dans la décision *Tuba Aktas c. France*, du 20 juin 2009³³⁰, après avoir de nouveau considéré comme non fondée l'allégation de violation de la liberté religieuse dans une affaire concernant le port du foulard à l'école, la Cour a estimé, en réponse à l'argument de la survenance d'une discrimination, que les dispositions législatives litigieuses ne sont pas destinées à l'appartenance du demandeur à une religion. Cependant, elles poursuivent notamment un objectif légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui, aux fins de préserver le caractère neutre et laïc des établissements d'enseignement et s'appliquent à tous les signes religieux ostensifs. La Cour a conclu que la demande de reconnaissance de la discrimination est donc mal fondée³³¹.

En ce qui concerne la position de la Cour de Justice de l'Union Européenne, on constate qu'il n'est pas rare que des décisions soient rendues sur des questions préjudicielles. Dans les deux affaires portant sur l'usage du voile islamique dans les entreprises, la Cour a soulevé des questions préjudiciales émises par les Cours de cassation belge et française sur l'interprétation de la notion de discrimination religieuse telle que prévue par la directive 2000/78. Dans l'affaire française où le licenciement pour port du foulard islamique était en discussion, la procureure générale Eleanor Sharpston a conclu en faveur de l'existence d'une discrimination directe fondée sur la religion (*Asma Bougnaoui, ADDH c. Micropole SA, C-188 /15*) mais dans l'affaire belge, concernant un règlement interne interdisant l'utilisation de signes religieux visibles, l'avocate générale Juliane Kokott a conclu à l'absence de discrimination, qu'elle soit indirecte ou directe (*Samira Achbita et autres c. G45 Secure Solutions NV, C - 157/15*). Pour elle, la question des pratiques ou comportements religieux est plus communément traitée dans

³²⁷ Cour européenne des droits de l'homme. *Dogru v. FRANCE*, n.° 27058/05.

³²⁸ Cour européenne des droits de l'homme. *Ebrahimian v. FRANCE*, n.° 64846/11.

³²⁹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : *État et religions*. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 223.

³³⁰ Cour européenne des droits de l'homme. *Tuba Aktas v. FRANCE*, n.° 43563/08.

³³¹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : *État et religions*. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 223.

le contexte européen, sous l'angle des restrictions des libertés, si bien que la discrimination reste un angle d'approche accessoire³³².

L'avocate Juliane Kokott apporte également une première réponse quant à la légalité du règlement intérieur d'une entreprise qui imposait la neutralité religieuse à ses travailleurs. Selon elle, ce règlement peut constituer une discrimination indirecte ou directe si elle considère les dispositions de la Directive, mais cette discrimination peut être justifiée par le principe de proportionnalité qui doit être respecté. Du point de vue de l'avocat, l'appréciation de cette matière doit être faite en tenant compte notamment de la taille et de la caractéristique du signe religieux apparent, de la nature de l'activité du travailleur, du contexte dans lequel il exerce son activité et de l'identité nationale de l'État membre. Ainsi, sa réponse va dans le sens des observations de la République française lorsqu'elle explique que l'interprétation et l'application du principe d'égalité de traitement doivent également tenir compte de l'identité nationale des États membres, inhérente à leur structure politique et constitutionnelle fondamentale. Cela peut impliquer que dans des États membres, comme la République française, où le principe de laïcité a une charge constitutionnelle et, par conséquent, est d'une importance décisive pour la vie en société, l'utilisation de signes religieux visibles peut être soumise à des restrictions plus larges, à la fois dans les secteurs privé et public, si l'on considère d'autres États membres où l'ordre constitutionnel est différent à cet égard³³³.

Globalement, il est possible de retrouver clairement deux traditions juridiques distinctes dans les conclusions des juristes généralistes : d'une part, l'inspiration anglo-saxonne subjective et individualiste et une conception plus objective et étatique d'autre part. Dans des arrêts rendus le 14 mars 2017, la Grande Chambre a reconnu le respect de la directive d'un règlement d'entreprise qui traduisait la volonté d'un employeur de veiller à ce que, dans les relations avec les clients, soit maintenue une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse. Dès lors, il était compris que la loi française, au moins implicitement, était valide³³⁴.

Par rapport à l'usage des signes ou emblèmes religieux par les employés ou usagers des services publics, ou de ceux affichés dans les lieux ou bâtiments publics, ou des autorisations d'absence aux fêtes religieuses, le juge administratif intervient toujours, que ce

³³² POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 223.

³³³ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 223.

³³⁴ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 224.

soit dans le domaine général de la liberté, de la neutralité et laïcité ou dans l'application de dispositions particulières de la loi de 1905, avec très peu de références à la discrimination dans ces cas. Dans la jurisprudence récente, il est possible d'observer, incidemment, une décision dans un arrêté municipal interdisant la distribution, sur la voie publique, par une association de militants, de soupes gauloises contenant du porc, étant compris qu'elle ne constituait pas une infraction grave et manifestation illégale de la liberté de manifestation étant donné le caractère prétendument discriminatoire de cette distribution (CE, ordonnance du juge des référés, 5 janvier 2007, n. 300311)³³⁵.

Dans les affaires dites « anti-burkini » de 2016, le Conseil d'État a manifestement choisi d'aller dans le sens d'une référence à la liberté et au classique motif d'une atteinte disproportionnée à la liberté de circulation, à la liberté individuelle et à la liberté de conscience sur lesquels se sont fondées les arguments qui ont décidé de censurer les arrêtés municipaux³³⁶. Dans une autre affaire très débattue, dans laquelle le Centre Pompidou était accusé de seulement accueillir les fêtes religieuses légales (le Vendredi Saint, la Fête-Dieu et la Fête de la Médaille Miraculeuse), le Conseil d'État a conclu à une erreur de loi, sans révéler aucun argument discriminatoire par rapport au fanatisme catholique. Cette affaire s'inscrit dans une nette tendance du Conseil d'État français, tant dans ses avis que dans les affaires qu'il juge, à s'orienter vers une casuistique subjective directement inspirée du droit européen dans laquelle il se place en position de juge de droit commun³³⁷.

La jurisprudence de la Cour de Cassation est plus nuancée en fonction des plaintes soulevées et des appréciations qui ont été portées. Sur l'interdiction du port du foulard islamique dans les établissements privés prévus par un contrat, la Cour de Cassation a pris position sur le terrain de la liberté et a admis la restriction. Sur l'autorisation d'un salarié fondée sur le règlement intérieur d'une crèche privée (Baby-Loup) qui imposait aux salariés le respect des principes de neutralité et de laïcité, elle a conclu à un caractère discriminatoire en 2013, mais l'Assemblée plénière a jugé que la restriction de liberté était légitime, en 2014. Dans une affaire identique portant sur le règlement intérieur d'une caisse de sécurité sociale qui était en litige et dont l'acte interdisait aux employés de porter des vêtements ou des accessoires manifestant leur

³³⁵ À cet égard : CE, 9 novembre 2016, fédération départementale des libres-penseurs de seine-et-marne, n. 395122 et fédération de la libre-pensée de vendée, n. 395223.

³³⁶ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 225.

³³⁷ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 225.

appartenance à un groupe, une religion, une ethnie, un parti politique ou toute autre croyance, la chambre n'a pas mentionné que la restriction de liberté justifiée était liée à la discrimination, se limitant à la relier à l'argument de la laïcité des services publics. Par contre, dans l'affaire du 9 avril 2015, jugée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, concernant le licenciement d'un salarié par une société commerciale privée qui exigeait discrétion et neutralité au contact de la clientèle, la Cour de Cassation s'est appuyée sur l'interprétation donnée à la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante par les dispositions de l'article 4 de la directive 2000/78. Tout dépend donc, en réalité, du contexte dans lequel survient le litige³³⁸.

Il convient également de mentionner que le 23 juillet 2008, une autorité indépendante a été créée pour revoir les positions constitutionnelles, regroupant plusieurs autorités anciennement autonomes, dont l'ancienne Haute Autorité qui luttait contre les discriminations et pour l'égalité (Halde - "Haute Autorité"³³⁹), compétente pour appréhender les discriminations directes et indirectes interdites par la loi, ainsi que pour rechercher un plus grand engagement international de la France. Il s'agit d'une autorité de régulation et de médiation qui n'exerce pas de pouvoirs juridictionnels, mais qui, en tant que défenseur des droits, peut être amenée à prendre position sur des questions de discrimination³⁴⁰. Elle tient la balance sans l'épée, puisqu'elle n'émet que des avis et des recommandations, jamais de décisions. Il faut cependant reconnaître que cet équilibre, d'une part, n'est pas servi par une sanction juridique très rigide qui a, d'autre part, une fâcheuse tendance à pencher vers quelque chose de plus subjectif, puisqu'elle dépend des convictions plus ou moins républicaines du titulaire de la fonction. La Haute Autorité ne considère pas comme discriminatoire l'interdiction du port du voile pendant le service pour les personnes âgées dans les maisons de retraite privées. D'une manière différente, le règlement d'un organisme privé de formation professionnelle qui interdit le port de vêtements, d'accessoires ou d'autres signes distinctifs qui marquent l'appartenance à un mouvement syndical, à un parti ou à une religion, est considéré comme discriminatoire, car il a

³³⁸ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 226.

³³⁹ Autorité administrative indépendante créée le 30 décembre 2004 pour lutter contre les discriminations et pour l'égalité, compétente pour identifier toutes les formes de discrimination interdites par la loi, responsable d'émettre des avis et d'instruire les plaintes. Elle avait un pouvoir de médiation et de recommandation, en plus de proposer des transactions pénales. Au cours de ses années d'existence, elle a développé d'importantes activités dans le domaine des relations de travail, et a ensuite été absorbée par une autre institution défendant également les droits. Référence: FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 263.

³⁴⁰ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 226.

une motivation sommaire et simpliste (2011-34, du 21 mars 2011). De même, l'exclusion d'une femme portant un voile dans une salle de gymnastique pour des cas d'hygiène et de sécurité (MLD - 2014-204) ou, également, un club de bowling qui interdit le port de casquettes ou de tout autre accessoire sur la tête à l'intérieur de l'établissement pour des raisons de sécurité (MLD - 2015-102)³⁴¹.

De même que le refus de l'autorisation d'absence du travail, également considéré comme discriminatoire (MLD - 2015-102). La subtilité de l'institution va jusqu'à couper court aux raisons invoquées par la direction de l'établissement incriminé : pour accompagner des enfants autistes, par exemple, la neutralité peut être exigée et le refus du port du voile est valable. Des questions identiques abordées par la juridiction sous le critère de la liberté sont donc toujours abordées devant le défenseur des droits sous l'angle de l'égalité de traitement. Cette technique d'approche repose sur la rhétorique vitriolée des minorités militantes des directives européennes intégrées dans le système juridique et qui consiste à tout comprendre à travers le prisme de la discrimination, quitte à déformer et falsifier les concepts, faisant de cette notion un aspirateur de toutes les revendications subjectives. Dire que l'obligation d'analyser au cas par cas les justifications et la proportionnalité des restrictions de liberté religieuse est devenue quelque chose d'arbitraire et de constitutif d'une insécurité juridique insupportable. Les circonstances des affaires et les décisions rendues par le Conseil d'État sur le voile et la burqa dans l'espace public ont fini par générer une grande incertitude et des inégalités de traitement, déclenchant une intervention égalisatrice du législateur³⁴².

Pour conclure, il convient de faire quelques observations supplémentaires. Il est inutile de dire que les différends en matière de religion concernent toutes les religions de manière égale. Une règle qui interdit l'affichage religieux dans les espaces publics finit par n'affecter que certaines religions, notamment celles qui revendiquent cet affichage. Actuellement en France, à l'exception de quelques rares cas d'intégration catholique, seul l'islamisme entre en conflit direct avec le concept d'égalité et l'argument de la discrimination indirecte peut bien sûr toujours être invoqué, notamment par les militants qui dénoncent l'existence d'une prétendue islamophobie³⁴³.

³⁴¹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 227.

³⁴² POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 227.

³⁴³ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 228.

La question est grave et ne peut être analysée comme si elle ne l'était pas. C'est un problème que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a même relevé en 2001, dans l'affaire *Refah Partisi v. Turquie*³⁴⁴, qui portait sur un courant politico-religieux rejetant la démocratie au profit de la théocratie et qui entendait soumettre ses adeptes à des règles différentes du droit commun, tant dans leur source que dans leur contenu. La Cour, à cette occasion, a reconnu qu'un système multijuridique, qui soumet les individus à des règles différentes selon leurs croyances religieuses, ne serait pas considéré comme compatible avec la Convention, car il obligerait les individus à obéir non plus aux règles démocratiques établies par l'État, mais aux règles de droit statiques imposées par la religion, introduisant une discrimination dans la jouissance des libertés politiques. La Cour a également considéré qu'un tel système, fondé sur des valeurs dogmatiques, est l'antithèse de la démocratie³⁴⁵.

L'égalité et la non-discrimination sont des questions qui méritent également d'être mentionnées. Le respect du principe d'égalité et l'interdiction de la non-discrimination peuvent être abordés comme découlant de la même règle interdisant la différence de traitement entre les personnes. Contrairement à la notion de discrimination, l'idée d'égalité fait référence à une mesure de comparaison. En d'autres termes, pour dire s'il y a une violation (ou un non-respect) du principe d'égalité, il faut comparer la situation de deux personnes. La discrimination, d'une autre manière, peut se révéler en présence d'une violation d'un principe posé comme essentiel par la société à un moment donné de son histoire (cela permet d'expliquer les raisons pour lesquelles la liste des discriminations interdites de l'article L. 1132-1, Code du Travail est à la fois limitée et évolutive). En matière d'égalité, les textes conduisent à distinguer l'égalité de traitement (qui conduit à comparer la situation de deux personnes) de l'égalité des chances (qui conduit à comparer l'avenir de deux personnes) et l'égalité devant la loi (et les charges publiques) de l'égalité dans et par la loi.³⁴⁶

De ce qui précède, il est possible de tirer quelques conclusions concernant le système juridique français sur la question de la discrimination et la protection de l'égalité, respectivement : (i) l'employeur ne peut traiter différemment des travailleurs se trouvant dans des situations identiques que si cela est justifié par une raison objective et pertinente ; (ii) le principe de l'égalité de traitement couvre tous les aspects de la relation de travail, à l'exception des garanties collectives des différentes catégories professionnelles justifiées par une différence

³⁴⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Refah Partisi v. Turquie*, n.° 41340/98, 41342/98, 41343/98.

³⁴⁵ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : *État et religions*. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 228.

³⁴⁶ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. *Droit du travail*. LGDJ : Paris, 2017. p. 263.

de traitement précise ; (iii) l'égalité s'applique entre les travailleurs d'une même entreprise, mais appartenant à des secteurs différents, une présomption de justification s'applique, ce qui clarifie qu'il n'y a pas de violation de l'égalité ; (iv) des traitements différents peuvent être justifiés à condition qu'ils soient basés sur des raisons objectives et établis par l'employeur et dans les cas où le juge en évalue la pertinence³⁴⁷.

En bref, l'égalité des travailleurs dans l'emploi est devenue un axe majeur des politiques de ressources humaines. Les dispositions légales visent non seulement à lutter contre la discrimination, mais aussi à établir l'égalité de traitement entre certaines catégories spécifiques et importantes de travailleurs. La politique jurisprudentielle va même plus loin, puisqu'elle fait de l'égalité un principe général qui doit être mis en œuvre. En revanche, la mise en œuvre de mesures qui visent à rétablir une certaine égalité des chances est encore modeste en France³⁴⁸.

Section II - La protection actuelle des libertés individuelles et de la vie privée des salariés au Brésil

Les fondements de l'État de droit démocratique sont la dignité de la personne humaine (art. 1, III, Constitution de 1988) et les valeurs sociales du travail et de la liberté d'entreprise (art. 1, IV, Constitution de 1988). La liberté d'entreprise s'entend comme la liberté de créer, d'organiser et de définir l'objectif d'une activité économique ou d'une organisation caritative/religieuse donnée. Elle implique un travail humain et, par conséquent, la dignité de la personne dans l'exécution de ce travail³⁴⁹. La dignité humaine, quant à elle, consiste à respecter et à préserver l'intégrité physique, morale et intellectuelle d'un individu, ce qui passe par des conditions égales pour tous, avec la préservation de la personnalité et le respect des libertés (permettant l'autodétermination des choix individuels), dont le concept est en constante évolution³⁵⁰. C'est pour cette raison que l'on peut affirmer que la liberté peut être considérée comme un principe, comme une valeur et comme un droit. Principe, parce qu'il guide

³⁴⁷ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 276.

³⁴⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 276.

³⁴⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 25.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 21.

l'interprétation et l'application des règles constitutionnelles et infra-constitutionnelles, puisqu'il est prévu dans le préambule de la Constitution de 1988 ; valeur, parce qu'il apparaît à deux moments du texte juridique, comme fondement de la République et aussi, comme liberté d'entreprise, comme fondement de l'État de droit démocratique ; enfin, comme droit, parce qu'il apparaît à divers moments du texte juridique comme tel, par exemple avec la liberté de conscience et de croyance, prévue à l'art. 5, XIII³⁵¹.

Le travail, étant un vecteur d'insertion du travailleur dans le système économique, doit être valorisé et respecté afin qu'il y ait une égalité des chances et, par conséquent, le développement d'une société libre, juste et égalitaire (art. 3, I, Constitution de 1988), qui vise à éradiquer la pauvreté et à réduire les inégalités sociales (art. 3, III, Constitution de 1988). Pour matérialiser la dignité de la personne humaine, la valorisation du travail et de la libre entreprise, il est nécessaire que les droits fondamentaux soient reconnus et assurés afin de garantir des conditions d'existence dignes³⁵² (art. 5, §1°, Constitution de 1988) et une liste d'exemples, afin que d'autres droits puissent également être reconnus comme fondamentaux, découlant des principes adoptés par la Constitution et des traités internationaux ratifiés (art. 5, par. 2, Constitution de 1988), en plus de jouir d'une efficacité horizontale dans les relations privées. C'est pourquoi la Constitution de 1988 a non seulement prévu ces droits de nature fondamentale, mais leur a également accordé une application immédiate (article 5, §1, Constitution de 1988) et une liste d'exemples, afin que d'autres droits puissent également être reconnus comme fondamentaux, découlant des principes adoptés par la Constitution et des traités internationaux ratifiés (article 5, §2, Constitution de 1988)³⁵³, en plus de bénéficier d'une efficacité horizontale dans les relations privées.

Dans le cadre spécifique des relations de travail, les salariés jouissent de nombreux droits fondamentaux, parmi lesquels on peut citer : la vie, la santé, l'intégrité physique, la sécurité, l'honneur, l'image, l'intimité, la vie privée, le secret de la correspondance, l'égalité de traitement, la liberté du travail, la liberté de mouvement, la liberté de pensée (qui englobe la conscience, la croyance, l'expression), la liberté d'information, la liberté d'expression de l'activité intellectuelle. Aux fins de cette thèse, les droits suivants sont particulièrement

³⁵¹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 45.

³⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30.

³⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30.

pertinents : (i) la vie privée, (ii) la liberté religieuse, (iii) la liberté de travail et (iv) la liberté d'expression, qui sont tous analysés ci-dessous.

Au Brésil, le droit à la vie privée et à l'intimité (i) sont des biens juridiques distincts et tous les deux sont protégés par la Constitution de 1988. Le droit à la vie privée consiste dans la prérogative de "ne pas permettre à autrui d'interférer avec l'ensemble des informations relatives aux aspects intimes de sa propre vie, y compris ses relations familiales et amicales, qu'il peut garder sous son contrôle exclusif, ce qui lui donne le droit de décider ce qui peut ou ne peut pas être divulgué, sous quelle forme et dans quelles circonstances"³⁵⁴. L'intimité concerne la sphère intime de la vie du sujet, notamment ses convictions, ses croyances, son orientation sexuelle, etc. En d'autres termes, " par intime, il faut entendre tout ce qui est intérieur ou simplement personnel (uniquement le sien, comme on dit populairement) ; par privé, le caractère de non-accessibilité aux particularités contre la volonté du titulaire "³⁵⁵. D'une manière générale, il est de la prérogative de chaque individu de garder sous son contrôle un ensemble d'informations dont lui seul a le droit de disposer. En résumé, l'intimité est liée aux relations subjectives et aux rapports intimes de l'individu, à ses relations familiales et amicales, tandis que la vie privée implique toutes les autres relations humaines, y compris les relations objectives, telles que les relations commerciales, de travail et d'étude, etc³⁵⁶.

La protection constitutionnelle mentionnée est prévue à l'article 5, X, qui indique que la vie privée, l'honneur et l'image sont inviolables, garantissant le droit à la réparation du préjudice moral ou matériel résultant de leur violation³⁵⁷. Cette protection vise à inhiber au moins deux formes de violation, plus précisément le secret de la vie privée et la liberté de la vie privée. Le premier (secret de la vie privée/intimité) est une condition du développement de la personnalité de l'individu et s'entend comme la prérogative de jouir de sa vie privée sans être dérangé par des tiers et de manière intime, sans que les autres aient connaissance des faits vécus. Les deux principales figures qui finissent par violer ce secret sont l'enquête et la divulgation de faits liés à la vie personnelle, généralement extraits de manière illicite³⁵⁸. Le second (liberté de la vie privée) préconise qu'il est indispensable que les individus disposent d'une grande liberté

³⁵⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 183.

³⁵⁵ CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009.

³⁵⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2010, p. 52.

³⁵⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Monitoramento digital do empregado: estudo comparativo do caso Barbulsecu x România da Corte Europeia de Direitos Humanos com a Jurisprudência Brasileira. Revista dos Tribunais, vol. 972/2016, pp. 231-247, p. 244.

³⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 208.

pour diriger largement leur vie, sans être dérangés par des tiers, le noyau essentiel de ce droit étant l'abstention de toute ingérence dans la vie privée d'autrui, à l'intérieur ou à l'extérieur du milieu de travail³⁵⁹.

Outre la protection constitutionnelle, il existe également la disposition prévue aux articles 20 et 21 du code civil, tous deux appliqués de manière subsidiaire et supplétive aux relations de travail et qui prévoient, respectivement, que "[...] la divulgation d'écrits, la transmission de paroles, la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne peuvent être interdites, à sa demande et sans préjudice de l'indemnisation qui peut être due, si elles portent atteinte à son honneur, à sa réputation ou à sa respectabilité, ou si elles sont destinées à des fins commerciales", et que "la vie privée d'une personne physique est inviolable et le juge, à la demande de la partie intéressée, adopte les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser un acte contraire à cette règle". Même en ce qui concerne l'influence de telles dispositions dans la relation de travail, il faut considérer que la vie privée de l'employé doit être harmonisée avec le pouvoir directif de l'employeur, car si elle devait être à l'abri de toute surveillance, elle dénaturerait le pouvoir de l'employeur et, en définitive, éliminerait la subordination, faisant ainsi disparaître le contrat de travail lui-même³⁶⁰.

Il convient également de mentionner les instruments internationaux ratifiés en plus de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, tels que la Convention interaméricaine des Droits de l'Homme de 1969, qui établit dans son article 11 que : "[...] nul ne peut être l'objet d'immixtions arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans celle de sa famille, dans son domicile ou dans sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation"³⁶¹. Et aussi le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, comme le conclut l'article 17 : "nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation"³⁶².

La conclusion est que l'attitude du salarié en dehors du milieu de travail ne peut pas affecter le contrat de travail, à l'exception d'un préjudice financier qui peut justifier la restriction du droit à la vie privée, ou même lorsque son comportement peut avoir une incidence négative sur l'entreprise, à condition de respecter le type de fonction à laquelle il est astreint et les

³⁵⁹ OTERO, Arantxa Sacristán. *La Privacidad en el Trabajo y sus Límites*. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Segovia, 2015. p. 15.

³⁶⁰ MALLETT, Estêvão. *O novo código civil e o direito do trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 22, 2003.

³⁶¹ *Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos*. Decreto n.º 678, de 6 de Novembro de 1992.

³⁶² *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. Decreto n.º 592, de 6 de Julho de 1992.

paramètres de raisonnabilité et de proportionnalité. La vie privée représente un espace infranchissable par les intrusions de tiers, notamment de l'employeur. Ainsi, il existe une "vie professionnelle visible aux yeux de l'employeur, complétée par une vie extra-professionnelle, qui doit être invisible à ces mêmes yeux, dans une expression particulière de la dichotomie entre vie publique et vie privée".³⁶³

Cette protection du salarié par rapport aux activités qu'il exerce en dehors du milieu de travail est essentielle pour qu'il puisse jouir pleinement de son droit à la vie privée, et l'employeur ne peut pas s'appuyer sur le comportement de ses salariés en dehors du milieu de travail pour justifier un licenciement³⁶⁴. Le contrat de travail ne peut constituer le pouvoir de l'employeur de restreindre l'exercice des droits fondamentaux des salariés, c'est-à-dire que "le pouvoir directif de l'employeur est subordonné au respect des droits fondamentaux du salarié qui garantissent la protection de l'intimité et la protection de la vie privée"³⁶⁵. À titre d'exemple, dans le cadre d'un processus de sélection, il n'est pas raisonnable pour l'employeur de poser des questions aux candidats sur leurs croyances religieuses, leurs opinions politiques, leur orientation sexuelle, entre autres, puisque ces faits ne sont pas pertinents pour l'exercice du poste. Si l'employeur pose des questions sur ces sujets, le candidat peut s'abstenir de répondre, prérogative qui découle du droit à la préservation de la vie privée et de l'intimité du salarié, car, en règle générale, les affaires privées du salarié ne doivent avoir aucun rapport avec les activités qu'il exerce dans le cadre d'une relation de travail conventionnelle. Ainsi, il est possible d'affirmer que l'exécution d'un contrat de travail n'implique pas la privation des droits prévus par la Constitution, qui a été la première à reconnaître le travailleur en tant que citoyen³⁶⁶.

De même, il n'est pas permis d'effectuer des fouilles intimes, entendues comme l'exposition du corps, celles effectuées dans les biens personnels de l'employé (sac à main, sacoches, sacs), en plus des espaces accordés pour garder les objets personnels (armoires, tiroirs), règle qui découle de l'article 373-A, VI, CLT qui protège l'intimité et la vie privée des travailleurs. La règle est assouplie lorsqu'il existe une raison qui justifie la violation de la protection, comme l'argument de la sécurité et la protection de la propriété privée de l'employeur³⁶⁷. Ce point est cependant controversé, car certains défendent que même face à un

³⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1989. p. 141.

³⁶⁴ MANTOUVALOU, Virginia. *Life After Work: Privacy and Dismissal*. London School of Economics and Political Science Law Department, Society and Economy Working Papers 5/2008.

³⁶⁵ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego*. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2008. p. 116.

³⁶⁶ MELO, Pollyana Oliveira. *Controle do e-mail no ambiente de trabalho*. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/24509/controle-do-e-mail-no-ambiente-de-trabalho>. Consulté le 30/09/2022.

³⁶⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2003, p. 244.

tel argument, la fouille violerait le principe d'égalité entre les parties, puisque l'employeur, avec son pouvoir directif et sa menace de licenciement, contraint le salarié à autoriser la fouille, puisque la fouille viole l'intimité du travailleur³⁶⁸. On peut entrevoir que seulement dans des situations très exceptionnelles³⁶⁹, dans lesquelles l'activité de l'entreprise impose un contrôle excessif, les inspections seraient valables, comme cela se produit avec les fabricants de drogues illicites, d'explosifs, d'armes, de bijoux, entre autres.

Une autre situation impliquant le droit à la vie privée est la possibilité d'inspection par l'employeur du courrier électronique comme moyen de protéger les actifs et de contrôler la prestation du service, un défi qui s'est présenté avec l'avènement d'Internet et l'avancement de la technologie³⁷⁰. À priori, il faut vérifier si le courriel est personnel (celui auquel on accède depuis n'importe quel endroit, pour traiter des affaires privées) ou d'entreprise (celui auquel on accède dans l'ordinateur fourni par l'entreprise, strictement lié à des affaires professionnelles), étant certain que la législation du travail ne règle pas spécifiquement la question du contrôle, ce qui laisse cette situation au pouvoir réglementaire de l'employeur. La première est inviolable (art. 5, XX, CF), ce qui signifie qu'il est interdit d'ouvrir les lettres et autres correspondances ; quant à la seconde, il est entendu que les employeurs doivent permettre une petite utilisation des courriers électroniques de l'entreprise à des fins personnelles ou, alternativement, l'accès au courrier électronique personnel lui-même de manière modérée³⁷¹, sauf délibération contraire qui en interdit l'utilisation autrement que de manière strictement professionnelle, sous peine de recevoir un avertissement et, dans les cas extrêmes, même un juste motif (art. 474, CLT)³⁷². Il est également raisonnable qu'il y ait une surveillance des courriels de l'entreprise tant que l'employé est conscient de ce fait, ce qui résulte du pouvoir directif de l'employeur qui vise à organiser et à contrôler l'activité économique, en plus de donner des ordres sur la manière dont l'activité doit être exécutée³⁷³. L'usage exacerbé de ce pouvoir peut entraîner la résiliation indirecte de la convention, selon l'article 483, CLT, et l'usage abusif des courriel d'entreprise

³⁶⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. As revistas realizadas nos bens de uso pessoal do empregado e nos bens de propriedade da empresa. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/27514/as-revistas-realizadas-nos-bens-de-uso-pessoal-do-empregado-e-nos-bens-de-propriedade-da-empresa>. Consulté le 28/09/2022.

³⁶⁹ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Intimidade e revista em pertences do empregado. Revista de Direito do Trabalho, vol. 180/2017, pp. 103-130, p. 105.

³⁷⁰ AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 55/2006, pp. 60-88, p. 65.

³⁷¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e correio eletrônico. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/26273/direitos-da-personalidade-do-trabalhador-e-correio-eletronico/3>. Consulté le 28/09/2022.

³⁷² ZAINAGHI, Domingos Sávio, e outros. O direito de o empregado ser informado. Revista de Direito do Trabalho, vol. 137/2010, pp. 76-92, p. 78.

³⁷³ SANTANA, Amanda Hunger. O poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado aplicáveis ao e-mail corporativo. Revista de Direito do Trabalho, vol. 153/2013, pp. 11-33, p. 20.

autorise la résiliation de la convention pour juste motif du salarié, selon l'article 482, b, CLT. Enfin, il est important de mentionner que la Constitution elle-même établit d'autres hypothèses dans lesquelles le secret de la correspondance peut être rompu, comme l'état de défense (article 136, paragraphe 1, I, b, Constitution de 1988) et l'état de siège (article 139, III, Constitution de 1988).

Il ne faut pas non plus oublier que le salarié, lorsqu'il est engagé, commence la prestation de services en renonçant à une partie de son intimité en raison de la surveillance qui est exercée sur sa personne par l'utilisation de la machine, qui agit de trois manières fondamentales : par l'accès aux informations personnelles stockées dans l'ordinateur, par l'accès au contenu et aux enregistrements des courriers électroniques et des pages visitées et par l'accès au registre d'utilisation, mesurant le temps, la qualité et la quantité de travail. Par ailleurs, on ne peut nier qu'il est de plus en plus difficile de délimiter l'espace de travail de l'espace de la vie privée de l'employé, puisque les sphères sont de plus en plus mélangées, également en raison de l'avancement de la technologie et de la création de nouvelles modalités de travail, comme le *home office* et le télétravail. Par conséquent, la surveillance du courrier électronique peut conduire à une collision des droits puisque, d'un côté, il y a le droit à l'intimité et à la vie privée assurée au salarié et, de l'autre côté, le droit à la propriété privée et à la libre initiative de l'employeur³⁷⁴.

Grâce au droit à l'intimité³⁷⁵, le salarié, en tant que sujet de droit, à la liberté de choisir ses convictions religieuses, ses options, ses souhaits, de se manifester librement ou, encore, de garder le secret sur ses idées et ses préférences. L'employeur ne peut donc pas avoir l'intention d'interférer dans les choix de l'employé, puisque lui seul est capable de le faire³⁷⁶. De plus, bien que le contrat de travail soit bilatéral, on ne peut oublier qu'il comporte des disparités entre ses parties contractantes (employé et employeur), ce qui impose la protection de l'État par des règles convaincantes³⁷⁷.

En revanche, le droit à la liberté religieuse (ii) suppose un traitement protecteur de la part de l'État afin de garantir qu'il soit exercé par tous les individus dans la plus large mesure

³⁷⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e correio eletrônico. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/26273/direitos-da-personalidade-do-trabalhador-e-correio-eletronico/3>. Consulté le 28/09/2022.

³⁷⁵ CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação e trabalho: meios eletrônicos no ambiente de trabalho – monitoramento de emails e instrumentos visuais no ambiente de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, vol. 165/2015, pp. 35-61. p. 39.

³⁷⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e correio eletrônico. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/26273/direitos-da-personalidade-do-trabalhador-e-correio-eletronico/3>. Consulté le 28/09/2022.

³⁷⁷ COSTA, Cândido Anchieta. O controle dos websites acessados pelo trabalhador. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/24724/o-controle-dos-websites-acessados-pelo-trabalhador>. Consulté le 28/09/2022.

possible, bien que son étendue et sa portée ne soient pas évidentes, compte tenu de son caractère indéterminé, inhérent à sa qualité de droit fondamental. Il est considéré comme un droit historiquement négatif, car il présuppose une non-action de l'État, c'est-à-dire qu'il représente ce que l'on appelle des droits négatifs et signifie une non-action, ou une action de l'État, par rapport aux droits fondamentaux individuels"³⁷⁸.

Du point de vue des relations de travail, les personnes insérées dans ces relations bénéficient également d'une telle protection, même si la valeur sociale du travail a été élue comme fondement de la République, ce qui implique nécessairement que le traitement qui leur est réservé par leurs dirigeants doit être digne et respectueux, y compris en ce qui concerne les questions de croyance religieuse. Sa violation est, en règle générale, interdite, car elle corrobore la violation de la dignité même de la personne humaine, vecteur axiologique du système juridique brésilien et valeur suprême de la Constitution de 1988. Ainsi, "même s'il a obtenu un emploi dans l'unité commerciale, le travailleur continue à avoir ses convictions et préférences politiques-idéologiques et – comme il ne pouvait en être autrement – spirituelles"³⁷⁹. Néanmoins, selon le cas concret, la subsumption du fait (hypothétique) à la règle générale (interdiction de la restriction du droit à la liberté religieuse) n'est pas automatique.

L'insertion de l'élément religieux dans l'environnement de travail suscite plusieurs doutes juridiques, à savoir : a) les employés peuvent-ils faire du prosélytisme pour une certaine croyance dans l'entreprise ? b) l'employeur peut-il appeler ses employés à participer à des services ? c) l'employé adventiste du septième jour peut-il ne pas travailler le samedi ? Ces questions conduisent à un examen nécessaire des faits en fonction du système juridique, ce qui sera exposé ci-dessous³⁸⁰.

En ce qui concerne la possibilité que les employés fassent du prosélytisme dans l'environnement de travail (a), pendant ou en dehors des heures de travail, la réponse pour Manoel Jorge Silva Neto semble être négative, car l'entreprise est le lieu destiné à l'accomplissement de buts professionnels et matériels et c'est généralement une communauté très hétérogène, formée par plusieurs catégories professionnelles. L'hétérogénéité de l'équipe de travail doit être respectée, de sorte que si un employé a l'intention de faire du prosélytisme,

³⁷⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 533.

³⁷⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

³⁸⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

un comportement de cette nature peut conduire à un embarras aux conséquences imprévisibles, raison pour laquelle le prosélytisme, selon l'auteur, ne sera pas admis au sein d'une entreprise conventionnelle qui peut autoriser la résiliation du contrat en raison d'un manque de modération du comportement³⁸¹. La même opinion est défendue par Alexandre Setubal lorsqu'il affirme que le prosélytisme autorise la résiliation du contrat pour incontinence de conduite³⁸².

Aloisio Cristovam dos Santos Junior a une opinion sensiblement différente, défendant que le comportement de l'individu qui pratique le prosélytisme ne peut pas être, *prima facie*, soumis au bâillon corporatif parce qu'il constitue un droit subjectif composé par la liberté religieuse et la liberté de manifestation de la pensée (aussi connue comme liberté d'expression). Il considère qu'il est nécessaire d'égaliser à la fois la protection de la partie hyposuffisante qui ne peut être laissée au bon vouloir du pouvoir directif de l'employeur et d'assurer l'exercice du pouvoir directif de l'entreprise qui doit être assuré afin d'obtenir le développement de l'activité économique. Ainsi, la légitimité de la restriction du prosélytisme ne pourra être appréciée que dans un contexte de collision de principes, où la prévalence de l'un sur l'autre dépend de la pesée des valeurs qui prendra en considération les circonstances du cas concret. En résumé, "ce qui déterminera la nécessité de restreindre la pratique, ce sont les circonstances dans lesquelles le message est transmis, ce qui inclut, par exemple, des considérations relatives à la forme de transmission, à la nature de l'activité professionnelle et au profil idéologique de l'organisation commerciale" ³⁸³.

L'évaluation de la survenance d'un éventuel abus de droit, articulée dans la perspective de la théorie des droits fondamentaux³⁸⁴, doit chercher à identifier si la restriction de l'un des droits est disproportionnée par rapport à l'autre droit en conflit, auquel cas l'exercice du droit fondamental sera abusif. À partir de là, il est possible d'établir la distinction entre prosélytisme religieux abusif et prosélytisme religieux non abusif, dont la conclusion reposera toujours sur l'analyse de la situation factuelle et la perspective de sa confrontation avec d'autres valeurs et

³⁸¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

³⁸² SETUBAL, Alexandre Montanha de Castro. Aspectos interdisciplinares e jurídico-trabalhistas do direito fundamental à liberdade religiosa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 181.

³⁸³ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Proselitismo religioso do empregado no ambiente de trabalho: a busca por um justo equilíbrio entre a mordaca e o discurso abusivo. Revista Joaçaba, v. 21, n. 2, pp. 523-550, jul./dez. 2020. p. 529.

³⁸⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 301.

droits qui entourent l'environnement de travail³⁸⁵. En résumé, empêcher le prosélytisme religieux de manière indiscriminée, c'est-à-dire sans analyser le contexte pratique, semble constituer un précédent dangereux qui afflige les droits du salarié à la liberté religieuse et à la liberté d'expression sans raison valable, étant un sacrifice exagéré. Enfin, il considère qu'il n'est pas possible de distinguer le prosélytisme du simple droit de parler de religion, rejetant tout argument en ce sens.

Dans la même ligne, Jónatas Eduardo Mendes Machado défend que le travailleur a, *prima facie*, le droit de parler de religion sur le lieu de travail, il existe une large marge de protection du discours religieux respectueux sur le lieu de travail, découlant de la protection de la liberté de conscience, de pensée et d'expression³⁸⁶.

En ce qui concerne la possibilité pour l'employeur de convoquer ses employés pour participer à des services religieux d'une certaine confession (b), il est noté que, comme l'État, l'entreprise est également tenue, en général, d'adopter une attitude impartiale, étant l'entreprise "interdite d'embrasser une secte religieuse donnée"³⁸⁷. Il n'est pas raisonnable pour l'employeur de ne pas respecter les croyances religieuses des employés en imposant de manière coercitive la pratique de cultes, sous peine de violation des articles 5, VI et VIII de la Constitution de 1988. La question a déjà été analysée par le tribunal régional du travail de la 3e région qui a considéré la violation des dispositions constitutionnelles par "l'imposition, même implicite, de la participation de la travailleuse aux services effectués quotidiennement dans l'entreprise, ainsi que le non-respect de la liberté de croyance de la travailleuse, menacée de privation de droits pour des raisons de conviction et de comportement religieux"³⁸⁸. Dans le même sens, il est fait mention d'une autre affaire jugée par le tribunal régional du travail de la 4ème région qui a jugé que : "même si les défendeurs (société), par l'intermédiaire de leur propriétaire associé, adoptent une religion comme symbole de leur foi et de leur succès économique, cela ne leur permet pas de tenter d'imposer une telle condition à leurs employés"³⁸⁹. En revanche, une simple invitation

³⁸⁵ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Proselitismo religioso do empregado no ambiente de trabalho: a busca por um justo equilíbrio entre a mordça e o discurso abusivo. Revista Joaçaba, v. 21, n. 2, pp. 523-550, jul./dez. 2020. p. 531.

³⁸⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19, p. 15.

³⁸⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

³⁸⁸ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 6e Région. Appel ordinaire n.º 0011039-55.2018.5.03.0098. Date du jugement: septembre 2021.

³⁸⁹ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 6e Région. Appel ordinaire n.º xxxxx-73.2011.5.04.0008. Date du jugement: 31/03/2015.

à participer à des services religieux ne caractérise pas un harcèlement religieux, comme l'a décidé le tribunal régional du travail de la 6e région³⁹⁰.

À propos de l'employé adventiste ne travaillant pas le samedi (c), la réponse de l'auteur est l'invocation du principe de proportionnalité, afin de tenter de rendre compatible l'intérêt de l'employeur et de l'employé. Enfin, en ce qui concerne la possibilité de faire des remises comme des dîmes sur le salaire et si cela violerait le principe de l'intangibilité du salaire (d), l'auteur comprend qu'il n'y a aucun support légal pour que l'employeur agisse de cette manière et que toute remise doit être considérée comme illégale et l'employeur est tenu de procéder au remboursement respectif³⁹¹.

La liberté du travail (iii), à son tour, présuppose la prérogative de tous de concourir, d'accéder et de maintenir une relation de travail sans subir aucun type de discrimination. La discrimination est le comportement par lequel une personne se voit refuser un traitement compatible avec la norme juridique sur la base d'un critère injustement disqualifiant. En d'autres termes, elle se produit chaque fois qu'il est démontré qu'une norme de travail apparemment neutre a un impact discriminatoire, créant une position désavantageuse pour le travailleur sans justification raisonnable et proportionnelle de la part de l'employeur³⁹². Sa cause réside généralement dans un préjudice, dans un jugement sédimenté disqualifiant un individu en vertu d'une caractéristique déterminée, mais elle peut également découler d'autres facteurs pertinents pour un cas concret donné. La législation du travail qui protège les droits des travailleurs et lutte contre la discrimination a un arrière-plan religieux, en grande partie en raison de la complémentarité que le travail et la religion peuvent assumer dans l'identité et l'existence de chaque individu³⁹³.

La lutte contre la discrimination est l'un des domaines les plus avancés du droit, car une société démocratique se distingue par le fait qu'elle se concentre sur les processus d'inclusion sociale et le droit du travail en a tenu compte tout au long de son évolution, en particulier avec la promulgation de la Constitution de 1988. Comme dans le cas français, il est nécessaire de différencier l'interdiction de la discrimination du principe d'isonomie ou d'égalité.

³⁹⁰ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 6e Région. Appel ordinaire n.º xxxxx-40.2013.5.06.0017. Date du jugement: 11/08/2016.

³⁹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

³⁹² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19, p. 16.

³⁹³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19, p. 8.

L'interdiction des comportements discriminatoires est conceptualisée par le refus de protection des comportements considérés comme sévèrement censurables, c'est-à-dire qu'ils défendent un seuil de civilité considéré comme le minimum pour la coexistence entre les personnes. L'isonomie, en revanche, est plus large et va au-delà de la simple "non-discrimination", en cherchant à égaliser le traitement juridique des personnes ou des situations qui ont des points de contact pertinents entre elles³⁹⁴.

La base constitutionnelle brésilienne empêche la production de normes juridiques qui vont à l'encontre des principes d'isonomie et de non-discrimination³⁹⁵, comme on peut le constater à la lecture de l'article 3, IV et de l'article 5, caput, tous deux reproduits ci-dessous : "promouvoir le bien de tous, sans préjudice d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge et de toute autre forme de discrimination" et "Tous sont égaux devant la loi, sans distinction de quelque nature que ce soit, garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété, dans les termes suivants [..]". Ce jalon constitutionnel est considéré comme un tournant dans le thème de la discrimination, car si auparavant il existait des références juridiques timides et éparses à ce sujet, avec sa promulgation on assiste à l'émergence d'un système large et cohérent de protections juridiques contre la discrimination³⁹⁶.

En ce qui concerne spécifiquement le droit du travail, l'application du principe de non-discrimination, omniprésent dans cette branche spécialisée³⁹⁷, est inscrite dans différents articles de la législation du travail actuelle, promulguée en 1946, et dans la Constitution de 1988. Parmi celles-ci figure l'interdiction de l'inégalité de travail entre personnes de sexe opposé, car la différence sexuelle ou de genre ne peut pas être utilisée en soi comme critère d'évaluation, ni comme facteur disqualifiant (article 5, Consolidation des lois du travail). Le paramètre antidiscriminatoire de l'âge qui accorde une protection spéciale aux mineurs, la non-discrimination par nationalité, l'interdiction de la discrimination à l'égard des personnes atteintes de maladies graves, entre autres. Un exemple de l'application du principe d'isonomie est la disposition relative à l'égalité de traitement entre les salariés et les travailleurs temporaires, qui garantit un traitement juridique égal aux deux³⁹⁸.

³⁹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 955.

³⁹⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

³⁹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 959.

³⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho. Revista de Direito do Trabalho, vol. 102/2001, pp. 85-117, p. 86.

³⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 957.

Outre la consolidation des lois sur le travail, il existe également des dispositions dans d'autres lois éparses qui réglementent la question, comme la loi 9.029 de 1995 qui stipule, entre autres, que toute pratique qui limite l'accès ou le maintien de l'emploi en raison de la race, du sexe, de l'origine, de la couleur, du statut marital, de l'âge, du handicap ou de la situation familiale est discriminatoire. Enfin, il existe également des conventions de l'Organisation Internationale du Travail - OIT, ratifiées par le Brésil et qui, par conséquent, ont une valeur normative, qui traitent spécifiquement de l'interdiction des comportements discriminatoires, comme la n° 111, qui dispose que toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, etc., qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi est discriminatoire.

La discrimination est classée en deux catégories : "directe ou légale" et "indirecte ou factuelle". La première, comme on l'a déjà dit, se réfère à la norme de travail qui génère immédiatement une position désavantageuse pour un employé ; la seconde, différemment, présuppose l'existence d'une norme apparemment neutre, mais qui, dans le cas concret, a un impact discriminatoire créant une position désavantageuse pour l'employé. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une règle de l'entreprise est appliquée à tous les employés de manière uniforme, avec un impact différencié entre eux, même s'il n'y a pas d'intention de discrimination, puisque l'effet discriminatoire est suffisant³⁹⁹.

Il existe de nombreuses protections contre la discrimination dans les relations de travail brésiliennes⁴⁰⁰, qui peuvent être qualifiées de générales, c'est-à-dire lorsqu'elles concernent plusieurs types d'employés ou de situations, mais ne portent pas sur l'aspect salarial, ou de spécifiques, avec une incidence directe sur le salaire, comme lorsqu'une égalisation salariale est réclamée, un cadre de carrière ou le remplacement temporaire d'un collègue qui reçoit un salaire plus élevé. Bien que l'adaptation des lois et des actes privés auxdits principes ne conduise pas toujours à une réponse exacte quant à l'existence, ou non, d'un critère qui, dans une certaine mesure, rend les individus inégaux, cela signifie qu'il y aura des situations dans lesquelles, même si un critère conduisant à un traitement différent est choisi, il ne sera pas considéré qu'il y a eu violation du principe d'isonomie⁴⁰¹. Ainsi, certaines discriminations seront compatibles

³⁹⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19, p. 16.

⁴⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. O princípio de igualdade e a reestruturação produtiva. Revista de Direito do Trabalho, vol. 120/2005, pp. 25-39, p. 28.

⁴⁰¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 33.

avec l'ordre constitutionnel égalitaire lorsqu'il existe un lien logique entre le critère qui autorise un traitement différent et l'objectif poursuivi par ce comportement et, bien sûr, à condition qu'elles ne soient pas incompatibles avec les intérêts sociaux prévus par la Constitution de 1988. Par conséquent, la discrimination ne porte pas atteinte au principe d'égalité lorsque le critère choisi pour mettre les individus en inégalité est pleinement justifié dans la situation de fait. Pour expliquer cette situation, Manoel Jorge Silva Neto apporte l'exemple suivant : lorsqu'une entreprise doit choisir entre deux employés de sexe opposé, dont un seul bénéficiera d'une promotion professionnelle pour exercer une fonction de direction dans un pays qui impose notoirement de sérieuses restrictions à la présence des femmes sur le marché du travail, l'employeur est autorisé à faire un choix basé sur l'élection du critère "sexe", la discrimination étant autorisée par une situation spécifique⁴⁰². En revanche, si le choix de ce même critère par l'employeur est fondé sur un élément qui ne justifie pas la consommation de l'inégalité de traitement, généralement sur un préjugé, la discrimination sera illégale.

Il s'agit d'une obligation d'accommodement qui implique une mise en balance des droits de l'entreprise et du travailleur et des droits de plusieurs travailleurs, présupposant l'adoption de critères de pondération, tenant compte de la taille, des coûts opérationnels et des résultats positifs de l'employeur et la recherche d'alternatives moins restrictives des droits en conflit, privilégiant, dans la mesure du possible, la voie de la négociation bilatérale et de l'engagement volontaire⁴⁰³. Dans le cadre du droit du travail, ce devoir peut être défini comme une règle d'action de l'employeur, découlant de son devoir de protection, qui "se traduit par l'adoption de mesures raisonnables, entendues comme celles qui n'imposent pas une charge excessive, capables de concilier les besoins du service avec les vulnérabilités et/ou les différences des employés, surtout lorsqu'il est vérifié qu'un comportement apparemment neutre pourrait produire un effet discriminatoire"⁴⁰⁴.

Les hypothèses autorisant ou interdisant la discrimination en matière d'emploi sont infinies et sont souvent complexes à résoudre en raison de l'imprécision sémantique de la règle générique prévue à l'article 5, caput de la Constitution de 1988. Savoir qu'il doit y avoir une

⁴⁰² SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 30.

⁴⁰³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. In: Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19, p. 18.

⁴⁰⁴ MARTINEZ, Luciano; SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. Dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do coronavírus. In: BELMONT, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 257-277. p. 260.

corrélation entre le facteur de déségalisation et la situation de fait n'est pas une formule suffisante pour répondre à tous les problèmes qui se posent dans la vie réelle, mais l'analyse initiale de la règle constitutionnelle apporte des subsides techniques concernant le principe d'isonomie qui sont indispensables pour comprendre le problème réel de la discrimination dans l'environnement de travail, en particulier la discrimination religieuse. D'emblée, il est possible d'affirmer que lorsqu'on établit un critère qui révèle un préjugé voilé, on se trouve face à une discrimination illégitime⁴⁰⁵.

Enfin, il y a la liberté d'expression (iv), qui vise à protéger la manifestation des pensées, idées, opinions, croyances et jugements de valeur des individus⁴⁰⁶. Plusieurs instruments internationaux ratifiés par le Brésil prévoient expressément la protection de ce droit, parmi lesquels on souligne la résolution 59 de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui dispose que "la liberté d'information est un droit humain fondamental et la pierre angulaire de toutes les libertés auxquelles l'Organisation des Nations unies est attachée"⁴⁰⁷ ; la Déclaration américaine des droits et devoirs humains de 1948, qui prévoit dans son article 4 que "toute personne a droit à la liberté de recherche, d'opinion, d'expression et de diffusion de la pensée, par quelque moyen que ce soit"⁴⁰⁸ ; la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans son article 19, qui stipule que "tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit"⁴⁰⁹ ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule, dans son article 19, que "tout individu a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix"⁴¹⁰ ; l'article 13 de la Convention Américaine relative aux Droits Humains stipule que "toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression. Ce droit

⁴⁰⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36. p. 34.

⁴⁰⁶ FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional. Florianópolis, 2001. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. p. 46.

⁴⁰⁷ Assemblée générale des Nations unies. Survenue en 1946, résolution 59 : "La liberté d'information est un droit fondamental de l'homme et la pierre angulaire de toutes les libertés auxquelles les Nations unies sont consacrées".

⁴⁰⁸ Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée lors de la neuvième conférence internationale des États américains, Bogota, 1948.

⁴⁰⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en décembre 1948.

⁴¹⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Décret n° 592 du 6 juillet 1992.

comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix"⁴¹¹.

Au Brésil, il existe un cadre juridique constitutionnel qui reconnaît et protège la liberté d'expression sous ses différentes formes⁴¹², comme l'article 5, point IV de la Constitution de 1988, qui stipule que "l'expression de la pensée est libre, l'anonymat étant interdit"⁴¹³, ainsi que les points V, VI, IX, et l'article 220, caput et § 1 et § 2⁴¹⁴. Il s'agit d'un droit fondamental qui exige du législateur ordinaire une protection particulière, imposant le devoir de respecter son contenu protégé par la Constitution⁴¹⁵.

Ce souci de régulation du droit découle du modèle de l'État de droit social et démocratique adopté par le constituant originaire, qui présuppose que l'État agira pour assurer la pleine réalisation du bien juridique protégé, bien qu'il s'agisse d'un droit classiquement négatif⁴¹⁶ - du moins dans sa version la plus apparente. En outre, comme on l'a déjà exposé, à mesure que le manteau de ce modèle d'État transforme la dignité de la personne humaine dans une valeur fondatrice de l'ordre juridique⁴¹⁷ lui-même, le droit à la liberté d'expression finit par gagner encore en force.

En raison de son caractère fondamental, le droit à la liberté d'expression a été réglementé par le législateur constituant de manière générale, sans en préciser la portée par rapport à son contenu et les limites à son exercice, laissant aux interprètes de la règle la tâche particulière de délimiter l'étendue de la protection que la Constitution a accordée à ce droit. L'interprétation de ce droit nécessite de prendre en considération le fait qu'il existe d'autres droits qui bénéficient également d'une reconnaissance et d'une protection aux niveaux national

⁴¹¹ Convention américaine des droits de l'homme. Décret n° 678 du 6 novembre 1992.

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas. Consultor Jurídico, 19/06/2015.

⁴¹³ BRÉSIL. Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988.

⁴¹⁴ BRÉSIL. Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988. Article 220, §1° e 2°: "Nenhuma lei contera dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV; É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

⁴¹⁵ GUERREIRO, Luis Alberto Guerta. Libertad de Expresión: fundamentos y limites a su ejercicio. Pensamiento Constitucional Año XIV, n. 14, pp 319-344. p. 322.

⁴¹⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, 2007. p. 30.

⁴¹⁷ VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Desenvolvimento Econômico e Igual Liberdade de Trabalho no Contexto dos Direitos Humanos. *In: Schientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 1, pp. 217-240, jul. 2014. P. 233.

et international et que son application doit donc être harmonisée avec les autres biens juridiques⁴¹⁸.

Comme tout autre droit fondamental, il n'est pas absolu et peut être limité au nom d'autres droits, notamment lorsque des situations se présentent dans lesquelles un autre droit entre en conflit avec lui, et celui qui, dans un cas concret, mérite une meilleure protection doit prévaloir. Toute limitation du droit à la liberté d'expression doit répondre à au moins deux exigences, l'une de nature formelle et l'autre de nature substantielle, afin d'éviter toute restriction arbitraire de son exercice. En ce qui concerne l'exigence formelle, il est entendu que la loi est la source autorisée pour établir certaines restrictions du droit à la liberté d'expression, et pour restreindre le droit il est nécessaire qu'il y ait une disposition normative, soit par le législateur, soit par le pouvoir judiciaire indirectement. En ce qui concerne l'exigence matérielle, la limitation du droit analysé doit viser à atteindre un objectif légitime, soit par la protection d'un autre droit fondamental, soit par celle d'un bien juridique protégé par la Constitution. Dans tous les cas, il convient de vérifier si la restriction est réellement nécessaire, si l'objectif ne pourrait être atteint d'une autre manière et si le contenu essentiel du droit restreint reste intact. En tout état de cause, il est possible de conclure que la limitation du droit à la liberté d'expression n'intervient que lorsqu'il existe un autre bien juridique également protégé qui nécessite une plus grande protection, auquel cas il faut analyser lequel prévaudra⁴¹⁹.

Dans le cadre des relations de travail, il est possible d'affirmer que le droit à la liberté d'expression est à l'abri du pouvoir révérenciel directif de l'employeur, de sorte que le salarié ne peut pas être pénalisé ou voir son contrat de travail résilié en raison de ses manifestations de pensée, pour autant que ses devoirs de loyauté et de bonne foi contractuelle ne soient pas violés. À titre d'exemple, une employée catholique qui laisse habituellement l'image d'un saint sur son lieu de travail ne peut être contrainte de retirer cet objet, car elle exerce son droit à la liberté d'expression à travers cette image. Un employé musulman qui porte le voile ne peut être contraint de retirer ce symbole religieux, car cet acte représente l'expression d'une religion – musulmane – dont les droits sont garantis par la Constitution de 1988, qui est laïque et par les instances internationales. Toutefois, la restriction de ce droit pourrait être légitime de la part de l'employeur s'il prouve que le port du voile empêche l'exécution correcte des activités

⁴¹⁸ GUERREIRO, Luis Alberto Guerta. Libertad de Expresión: fundamentos y limites a su ejercicio. Pensamiento Constitucional Año XIV, n. 14, pp 319-344. p. 323.

⁴¹⁹ GUERREIRO, Luis Alberto Guerta. Libertad de Expresión: fundamentos y limites a su ejercicio. Pensamiento Constitucional Año XIV, n. 14, pp 319-344. p. 327.

auxquelles la salariée est attachée ou qu'il met sa santé en danger par un accident du travail, par exemple.

On analyse maintenant un cas concret dans lequel le droit à la liberté d'expression a été supprimé au profit des droits à l'honneur et à l'image de l'employeur. En bref, un ancien employeur – la société D'Itália Móveis – a intenté une action en justice en réclamant des dommages moraux contre un ancien employé, en raison d'une publication faite sur un réseau social (Facebook)⁴²⁰ dans laquelle il critiquait le programme de participation aux bénéfices de la société. L'action a été confirmée par le tribunal régional du travail, qui a jugé que l'ex-employé avait abusé de son droit à la liberté de parole et d'expression en publiant sur un réseau social accessible au public un montage au contenu désobligeant. En outre, la décision indique que "la liberté d'expression dont nous disposons aujourd'hui avec les réseaux sociaux est sans précédent, mais toute liberté doit être exprimée avec responsabilité, c'est-à-dire en appliquant le fameux aphorisme de la liberté avec responsabilité"⁴²¹.

Comme on peut le constater, le droit à la liberté d'expression est largement réglementé au niveau international et national et est garanti à tous les individus, qu'ils soient ou non liés par une relation de travail. Toutefois, l'exercice de ce droit n'est pas absolu et le salarié doit respecter ses devoirs de bonne foi et de loyauté contractuelle. Encore une fois, il est important de considérer que ce traitement est donné dans un scénario dans lequel les relations de travail traditionnelles sont analysées, et des conclusions différentes peuvent être tirées dans des cas spécifiques.

*

* *

On peut constater que la trajectoire de la reconnaissance des droits et libertés des travailleurs est différente dans les réalités étudiées. Par exemple, alors qu'en France la notion de liberté est étroitement liée à la reconnaissance et à la protection conséquente de la vie privée des individus, au Brésil la notion de liberté est fondée sur une réponse au modèle de production esclavagiste et s'est développée à partir d'un régime gouvernemental dictatorial. Il est à noter que, à partir de situations différentes, les pays ont atteint des résultats similaires dans le sens de

⁴²⁰ BRÉSIL. Pouvoir judiciaire fédéral, Tribunal régional du travail de la 4e région. Appel ordinaire 0001125-69.2012.5.04.0511. Rapporteur: Dr. Marcelo Gonçalves de Oliveira. Session du 27/02/2014.

⁴²¹ BRÉSIL. Pouvoir judiciaire fédéral, Tribunal régional du travail de la 4e région. Appel ordinaire 0001125-69.2012.5.04.0511. Rapporteur: Dr. Marcelo Gonçalves de Oliveira. Session du 27/02/2014.

la reconnaissance des droits de la classe ouvrière. Parmi les points d'interférence, les deux pays utilisent comme prémisse le fait que les relations de travail sont indéniablement inégales en raison de la présence de l'élément de subordination, en défendant que la recherche d'un traitement protecteur doit viser, en définitive, à égaliser les sujets à travers une perspective d'égalité matérielle et pas seulement formelle.

Il est également possible d'observer que, dans de nombreux cas, les droits analysés (liberté religieuse, liberté d'expression et vie privée), lorsqu'ils sont analysés du point de vue des relations de travail, finissent par entrer en conflit avec d'autres droits de valeur égale, puisqu'il y a d'un côté la figure du salarié et, de l'autre, celle de l'employeur, ce que l'on appelle les "cas difficiles". Dans ces cas, où il n'est pas possible d'extraire de la norme une réponse à l'impasse juridique qui émerge d'une telle collision, les tribunaux français et brésiliens choisissent de recourir aux techniques de pondération en analysant la situation factuelle spécifique, les droits en collision, la justification de la restriction de l'un en faveur de l'autre et la proportionnalité résultant de cette limitation.

TITRE II – LA RESTRICTION DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DANS LE CADRE DES RELATIONS DE TRAVAIL DU SECTEUR PRIVÉ

Afin de comprendre si les particuliers, lorsqu'ils sont confrontés à des conflits juridiques découlant des relations de travail qu'ils nouent avec d'autres particuliers, sont liés par les droits fondamentaux et doivent les respecter, ou si, au contraire, ils y échappent parce qu'il s'agit d'une relation éminemment privée, il convient d'analyser les différentes théories en la matière, en déterminant laquelle d'entre elles est applicable en France et au Brésil (Chapitre I). Dans un second temps, il est proposé d'étudier les éventuels critères pouvant être utilisés pour justifier d'éventuelles restrictions des droits fondamentaux, ce qui est réalisé principalement à la lumière des notions de noyau minimal essentiel e de pondération et de restriction au cas par cas (Chapitre II).

Chapitre I – L'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail du secteur privé dans la doctrine et la jurisprudence

Afin de comprendre la forme de liaison des droits fondamentaux aux relations privées en France et au Brésil, il convient d'analyser les quatre principales théories évoquant la liaison des personnes privées aux droits fondamentaux, respectivement : l'action de l'État, l'efficacité indirecte et médiate, les devoirs de protection et l'efficacité directe et immédiate, en identifiant laquelle d'entre elles est principalement applicable dans les deux pays (Section I). Dans la séquence et comme le centre d'intérêt de la recherche concerne les relations de travail, spécialement les relations d'emploi (dans lesquelles il y a la présence de l'élément de subordination, onérosité, habitude et personnalité), il est proposé de comprendre l'extension de l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de cette nature, ce qui sera fait à partir de l'analyse des positions doctrinales et des jugements nationaux qui traitent du thème, notamment ceux donnés par les Cours Suprêmes du Travail en France et au Brésil (Section II).

Section I – Les théories sur la liaison des individus aux droits fondamentaux

Il convient, tout d'abord, de différencier les concepts de "libertés individuelles" et de "droits fondamentaux"⁴²². Les premières, entendues comme la liberté, l'autonomie et le bien-être des individus, sont les biens juridiques protégés par les droits fondamentaux. Ces dernières, en revanche, visent à assurer et à protéger l'accès individuel aux biens découlant des libertés individuelles, celles-ci étant définies comme la vie, l'intégrité physique et psychologique, la vie privée, etc. "Ils existent pour la protection et la promotion de la dignité de la personne humaine et cette dignité est menacée tant par l'atteinte aux libertés publiques que par le refus d'assurer à l'individu des conditions minimales de subsistance"⁴²³. Comme on peut le constater, il s'agit d'instituts différents : si un individu tombe malade à cause d'une maladie, sa santé est affectée, mais son droit fondamental à la santé n'a pas nécessairement été violé par l'État, à moins que ce dernier n'ait pas agi par négligence, imprudence ou omission. Inversement, il peut y avoir violation du droit d'accès à la santé d'un individu sans contracter de maladie dans l'hypothèse, par exemple, où l'État réduit les possibilités d'accès au système de santé unifié. Ainsi, nous concluons que les droits fondamentaux sont des instruments qui garantissent légalement et constitutionnellement les libertés individuelles⁴²⁴.

En outre, les droits fondamentaux sont caractérisés par leur multifonctionnalité, ce qui signifie que de chaque droit fondamental, il est possible d'extraire plusieurs devoirs qui s'adressent à l'État⁴²⁵. Le postulat de la multifonctionnalité démontre l'existence de faisceaux de positions distinctes d'un même droit et peut être illustré comme suit : du droit fondamental à l'environnement, il est possible d'extraire un droit pour l'État de s'abstenir d'intervenir dans l'environnement (droit à la défense) ; un droit qui impose à l'État de protéger un titulaire individuel du droit contre une intervention nuisible à l'environnement par un tiers (droit à la protection) ; un droit qui impose à l'État l'obligation de lier le titulaire du droit dans les procédures pertinentes impliquant le droit au logement (droit aux procédures) et un droit du titulaire qui impose à l'État de fournir des mesures pour protéger l'environnement (droit à la

⁴²² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 111.

⁴²³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 46.

⁴²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 113.

⁴²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese de Doutorado, Curitiba, 2014. p. 130.

fourniture factuelle)⁴²⁶. Ainsi, il est possible d'affirmer que les droits fondamentaux contiennent une obligation négative à l'égard de l'État, de ne pas intervenir de manière disproportionnée dans la sphère de liberté des citoyens, mais ils contiennent également une obligation positive, de réglementer les relations juridiques de manière à garantir la protection des droits fondamentaux conformément à ce que l'ordre juridique établit⁴²⁷.

De nombreuses menaces pèsent actuellement sur les libertés individuelles, qu'il s'agisse des actions des États (menace verticale) ou des actions des particuliers (menace horizontale). À l'origine, dans un modèle d'État libéral, les menaces horizontales pesant sur les droits fondamentaux étaient ignorées par la machine étatique⁴²⁸, qui limitait la portée des droits fondamentaux aux relations publiques⁴²⁹. À cette époque, l'État se préoccupait de garantir la triade : (i) liberté, (ii) sécurité et (iii) propriété, selon laquelle il devait protéger la propriété, caractéristique de l'individualisme possessif, qui identifiait la liberté individuelle à la liberté du propriétaire⁴³⁰. L'objectif était de sauvegarder les libertés privées des individus, en limitant l'exercice d'un pouvoir politique qui devait rester inerte, puisqu'il était considéré comme un adversaire de la liberté⁴³¹.

Les droits politiques étaient des privilèges accordés uniquement à la bourgeoisie, excluant tous ceux qui n'en faisaient pas partie. En conséquence, la représentation des parlements est devenue homogène et a représenté une fausse notion de neutralité, accentuant la domination économique de la classe dominante, tout en protégeant bec et ongles la liberté contractuelle, refusant d'admettre la liberté d'association des travailleurs, dont les syndicats ont été placés hors-la-loi et ont subi une répression implacable⁴³². La logique de l'État libéral était la séparation entre l'État et la société, afin de garantir la liberté individuelle et, à cette fin, l'État devait réduire autant que possible son champ d'action dans la sphère individuelle afin que la société puisse se développer comme elle l'entend, sans aucune interférence. Il y avait donc deux domaines distincts : l'un public et l'autre privé ; dans le premier, il y avait les droits

⁴²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 443.

⁴²⁷ HOSCHMANN, Thomas; REINHARDT, Jorn. *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. A. Pedone : Paris, 2018. p. 13

⁴²⁸ HOCHMANN, Thomas. *Typologie des effets horizontaux*. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 119.

⁴²⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. In: *Revista TST, Brasília*, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 61.

⁴³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 122.

⁴³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 34.

⁴³² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 35.

fondamentaux, qui fixaient des limites strictes à l'action de l'État afin de protéger l'individu, et dans le second, composé d'individus formellement égaux, il y avait le principe de l'autonomie privée.

Avec la garantie des libertés civiles, la société est devenue autonome et, pourrait-on dire, rétive à la pouvoir publique qui s'établit face à cette autonomie. Dans cette perspective, une liberté fondamentale est d'abord un espace de liberté qui se passe de la présence de l'État et n'attend de lui qu'une fonction défensive⁴³³. Selon cette conception libérale des droits fondamentaux, la liberté ne peut être illimitée, mais doit trouver des limites dans la liberté des autres. Cette frontière établie n'est pas tant pour restreindre la liberté des individus, mais pour apporter les conditions qui permettent l'exercice d'une liberté fondamentale, qui n'est pas une liberté qui bénéficie identiquement à tous les membres d'une société. L'exercice d'une liberté fondamentale, qui ne prend pas en compte le respect de la liberté d'autrui, sape les fondements de sa propre existence. Ainsi, les droits fondamentaux contiennent une part de liberté qui ne se réalise pas sans les limitations susmentionnées, c'est-à-dire qu'il faut respecter l'ordre constitutionnel et les droits d'autrui. En effet, ces libertés, proclamées par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ne sont pas celles qui établissent un exercice arbitraire illimité, mais celles qui apportent une garantie d'autonomie de l'individu. Le mouvement d'émancipation du pouvoir exercé par l'État absolu ne provoque pas une division complète de la société et de l'État ; il entraîne seulement l'obligation, pour l'État, d'assurer un traitement approprié et adéquat à la nouvelle société, en mettant en œuvre des règles de droit qui permettent l'exercice des libertés⁴³⁴.

Le modèle d'État libéral absentéiste a été dépassé à l'occasion de l'expansion des activités et des fonctions de l'État, de l'augmentation de la participation active de la société, des inégalités sociales qui sont apparues et, également, en raison des abus notoires subis par les travailleurs sur le lieu de travail. Ces facteurs ont imposé à l'État l'obligation d'apporter une réponse afin de mettre fin – ou du moins de minimiser – cette situation abusive issue de la sphère privée⁴³⁵. De plus, la Révolution française et l'indépendance des États-Unis d'Amérique (USA) ont été décisives pour entrer dans une nouvelle ère en Occident, fondée principalement

⁴³³ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 1589.

⁴³⁴ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 160.

⁴³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 61.

sur les idéaux d'égalité, de liberté et de fraternité. C'est aussi à cette époque que surgit la fameuse question (traduction libre) : " où est la liberté de ceux qui ne possèdent rien ? ", de Proudhon, rappelée par Daniel Sarmento⁴³⁶.

Ce qui a influencé la migration du modèle de l'État libéral vers un modèle d'État de droit social et démocratique a été, outre la pression de la classe ouvrière, la relativisation de la propriété privée, la valorisation de l'égalité individuelle sur la base de l'égalité de dignité de la personne humaine et le souci des conditions matérielles et de bien-être pour l'exercice des droits fondamentaux, afin d'atteindre la dignité dans sa plénitude⁴³⁷. De même, la critique du marxisme, du socialisme et de la doctrine de l'Église catholique⁴³⁸ y a contribué, avec notamment pour cette dernière la promulgation de l'encyclique *Rerum Novarum* qui, parmi plusieurs points, défendait que l'État devait intervenir dans les relations privées, notamment les relations de travail⁴³⁹. Enfin, l'apogée, le krach de la Bourse de New York en 1929, qui a conduit au dépassement définitif du modèle d'État libéral et à la nécessité d'une intervention de l'État pour réorienter le cours de la société, notamment pour réduire le chômage.

Les droits fondamentaux s'émancipent de la liberté et de l'autonomie individuelles, ainsi que de la dépendance hégémonique du droit de propriété. En d'autres termes, l'État cesse d'agir en tant qu'acteur de soutien, où il n'agit que comme garant de la sécurité et assume le rôle principal, en tant que protagoniste de la protection et de la garantie des droits fondamentaux. Il appartient à l'État de promouvoir l'égalité d'accès de tous aux biens juridiques fondamentaux, ne se contentant pas uniquement de la proclamation rhétorique de l'égalité de tous devant la loi, assumant comme une tâche essentielle la promotion efficace de cette égalité dans le domaine des faits⁴⁴⁰.

L'État social, à la différence de l'État libéral, a notamment pour objectif de concilier les libertés individuelles et les droits sociaux. La propriété ne bénéficie plus d'une protection absolue, comme c'était le cas dans le modèle libéral et trouve désormais des limites dans les intérêts collectifs. La liberté de l'entreprise commence à subir des limitations égales de la part

⁴³⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 42, phrase originale : « *où est la liberté du non propriétaire?* ».

⁴³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 114.

⁴³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 42.

⁴³⁹ VILLATORE, Marco Antônio César; ALMEIDA, Ronald Silka. A encíclica "rerum novarum" e sua importância em relação à organização internacional do trabalho. In: *Rerum Novarum – 126 anos*. Disponible sur: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106891/2017_villatore_marco_enciclica_rerum_novarum.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consulté le 25/10/2022.

⁴⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 45.

du Pouvoir Public, mais tout cela sans un vidage total des libertés, qui conduirait à un totalitarisme non désiré. Les inégalités deviennent plus évidentes, ce qui incite l'État à contraindre les acteurs privés à respecter les droits fondamentaux⁴⁴¹ et expliquer que l'autonomie privée ne doit pas être traitée comme une prérogative inconditionnelle.

Le modèle social de la société civile est également étroitement lié au droit civil. Il repose sur le fait que l'exercice des libertés fondamentales conduit inévitablement à un équilibre des intérêts des droits fondamentaux, c'est-à-dire que le droit civil prépare les mécanismes qui permettent de rechercher cet équilibre. Cependant, dans ce modèle de société civile, l'autocontrôle de la société ne permet pas toujours d'atteindre l'équité dans les intérêts des personnes privées, ce qui se voit avec l'émergence de la question sociale. L'exercice des libertés accélère la dynamique de la société et accentue le cloisonnement des différents domaines qui la composent (économie, sciences, arts, littérature, éducation, etc.). L'exercice des libertés individuelles peut avoir un effet négatif sur la liberté des autres ou sur les intérêts de la communauté et peut également corrompre ses fondements mêmes. La connaissance des limites de la capacité d'autocontrôle de la société ne modifie pas seulement la mission et la politique de l'État qui concernent les garanties de liberté et les conditions d'exercice des droits fondamentaux. La liberté exercée dans la société ne se réalise pas uniquement par la protection contre les violations disproportionnées de la pouvoir publique, mais se réalise dans une configuration de la sphère publique et des missions qui tiennent compte de tous les intérêts protégés par les droits fondamentaux⁴⁴².

Dans la mesure où les libertés individuelles présentent des dysfonctionnements (réels ou apparents), il est nécessaire de les justifier d'un point de vue juridique. Ainsi, la catégorie "public" a gagné en importance, tout comme les catégories "privé" et "d'État". Une question, une mission ou un lieu sera public si sa portée réelle dépasse la sphère strictement privée et si une solution s'impose dans le domaine de l'intérêt public. Le terme "public" se réfère exclusivement au domaine d'action d'une autorité étatique et porte en lui, loin de la sphère normative des particuliers, le sens "d'État", apportant ainsi de nouvelles nuances après les transformations de l'État souverain. Avec l'émergence de la société bourgeoise au XVIII^e siècle, ainsi que la substantivation et la personnification de la notion d'opinion publique, l'adjectif "public" a cessé de se référer uniquement à la sphère de l'État, imprégnée des règles normatives

⁴⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 52.

⁴⁴² REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 160.

du droit public, mais aussi à l'espace de la société, au sein duquel celles-ci doivent être légitimées et discutées. Compte tenu des formes d'organisation dans lesquelles s'exercent les missions des pouvoirs publics, la différence commode entre l'exercice des libertés dans la sphère privée et dans la sphère publique n'existe plus⁴⁴³.

Les droits fondamentaux deviennent des garanties de la liberté individuelle et, de ce fait, chaque fois qu'un individu est confronté à une relation dans laquelle l'État se trouve à l'un ou l'autre pôle, l'efficacité des droits fondamentaux sera entière⁴⁴⁴. Les seconds servent d'instrument contre les actions des premiers, de telle sorte que, dans toute relation juridique où l'État occupe l'un des pôles, les droits fondamentaux auront pour portée de protéger le patrimoine de droits fondamentaux des individus⁴⁴⁵. Or, dans le cas d'une relation signée éminemment entre des personnes privées (relations horizontales), qui est généralement une relation déséquilibrée de sujétion matérielle en raison de la position de pouvoir que l'un exerce sur l'autre, les droits fondamentaux les lient-ils ? Comment et avec quelle intensité ? Comment rendre la protection des droits fondamentaux compatible avec le respect de l'autonomie privée ? Peut-on dépasser l'idée que seul l'État est capable de violer les droits⁴⁴⁶ ?

C'est en raison de l'existence – dans la grande majorité des cas – d'une asymétrie de fait entre les relations nouées par les parties privées, ajoutée aux inégalités sociales existantes⁴⁴⁷, parfois marquée par des pratiques de domination et l'imposition unilatérale de conditions qui constituent une menace pour la liberté et l'autonomie individuelles, que sont nées⁴⁴⁸ les premières discussions sur l'application et l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de cette nature, afin d'imposer tant à l'État qu'aux sujets privés l'obligation de respecter les droits fondamentaux⁴⁴⁹. Sensible à ces questions, le tribunal du travail allemand, présidé à l'époque par Hans Carl Nipperdey, a statué sur l'affaire Lüth (15/01/1958), devenant ainsi le pionnier du développement de l'idée de l'incidence des droits fondamentaux dans les

⁴⁴³ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 161.

⁴⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese de Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 301.

⁴⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 135.

⁴⁴⁶ ESTRADA, Alexei Julio. La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, p. 95.

⁴⁴⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 61.

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 136.

⁴⁴⁹ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 120.

relations entre particuliers, jusqu'alors exclusivement appliquée aux relations conclues avec l'État. Ce phénomène a été appelé "efficacité horizontale des droits fondamentaux" (en allemand, l'expression utilisée est *Drittwirkung*), par opposition à l'efficacité verticale liée à l'État. Selon la thèse de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux, les particuliers ne sont plus seulement les bénéficiaires de ces droits, mais aussi les destinataires de l'obligation de les respecter⁴⁵⁰. En d'autres termes, les droits fondamentaux ne sont plus seulement invoqués contre les autorités publiques, mais aussi contre d'autres personnes morales⁴⁵¹.

Il n'est pas surprenant que l'initiative vienne d'un tribunal du travail, puisque les relations de travail sont notoirement marquées par l'inégalité, caractérisée par la présence de l'élément de subordination qui place le travailleur dans une situation de vulnérabilité et d'hyposuffisance. D'autre part, c'est aussi une relation formellement marquée par la volonté des parties de contracter et de négocier, fondée sur l'idée d'autonomie privée et d'égale liberté de contracter, mais qui, dans la pratique, est affaiblie par les hypothèses libérales traditionnelles⁴⁵². Conscients de ces questions, nombreux sont ceux qui soutiennent qu'exclure les relations privées du champ d'incidence des droits fondamentaux reviendrait à laisser la protection de ces droits à leurs propres moyens, c'est-à-dire à la convenance de l'employeur⁴⁵³.

Quelle que soit la branche du droit privé analysée, il faut considérer que, contrairement à ce qui se passe avec l'État, qui est juridiquement limité aux droits fondamentaux des personnes, les individus sont essentiellement libres et leur autonomie privée constitue un droit fondamental protégé par la Constitution. Cela signifie qu'une relation entre l'État et l'individu présuppose l'existence d'un titulaire d'un droit fondamental (l'individu) et d'un non titulaire de ce droit (l'État) et, différemment, une relation entre deux individus suppose que tous deux soient titulaires de droits fondamentaux. On ne peut donc pas soumettre le citoyen au même régime que celui imposé à l'État, en tant que sujet passif des droits fondamentaux, sous peine d'asphyxier l'autonomie individuelle et de créer un environnement totalitaire. De même, on ne peut oublier que les individus sont investis d'un pouvoir d'autodétermination de leurs intérêts privés, accordé par la Constitution elle-même⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ HOSCHMANN, Thomas; REINHARDT, Jorn. L'effet horizontal des droits fondamentaux. A. Pedone : Paris, 2018. p. 8.

⁴⁵¹ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 245.

⁴⁵² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 137.

⁴⁵³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 61.

⁴⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 209.

L'incidence des droits fondamentaux dans les relations privées n'est pas une tâche simple, car il s'agit, en pratique, de restrictions des droits⁴⁵⁵ et il existe plusieurs défis concernant les limites de cette incidence, à commencer par la diversité des théories qui existent : (i) théorie de *state action* ; (ii) théorie de l'efficacité indirecte et médiate ; (iii) théorie des devoirs de protection ; (iv) théorie de l'efficacité directe et immédiate. Il est proposé d'analyser chacune d'entre elles, de les comprendre dans leur essence, ainsi que d'identifier celle qui est applicable dans chacune des réalités que l'on se propose de comparer, c'est-à-dire la française et la brésilienne.

(i) Selon la théorie de *state action*, qui trouve son origine et prévaut aux États-Unis d'Amérique (EUA), les droits fondamentaux ne s'appliquent pas aux relations privées⁴⁵⁶, car ces droits n'imposent des restrictions et des limitations qu'aux pouvoirs publics et non aux personnes privées, à l'exception du 13^e amendement qui interdit l'esclavage⁴⁵⁷. C'est-à-dire qu'il n'est pas possible de parler de violation des droits fondamentaux qu'à travers le comportement de l'État⁴⁵⁸, dont la conclusion découle d'une interprétation littérale des lois du pays. L'objectif est de protéger la liberté individuelle et l'autonomie privée contre les exigences constitutionnelles, des biens juridiques très protégés dans le pays. Le modèle fédéraliste, qui attribue aux États et non à l'Union le pouvoir juridictionnel de légiférer sur le droit privé au sens large, est une autre justification de cette théorie. Sauf lorsqu'il s'agit de questions liées au commerce inter-étatique ou international, de manière à empêcher les tribunaux fédéraux – en invoquant la Constitution – d'intervenir dans les relations privées⁴⁵⁹.

La théorie de “*state action*” trace une ligne de démarcation entre le secteur public, qui est contrôlé par la Constitution, et le secteur privé, qui ne l'est pas. Le comportement des individus et des entreprises privées n'est pas soumis au contrôle constitutionnel, à moins que l'État ne soit impliqué d'une manière ou d'une autre. En conséquence de ce traitement, en l'absence d'une loi spécifique, les tribunaux choisissent de rejeter les actions intentées pour cause de discrimination sur le lieu de travail, étant entendu qu'il n'y a pas d'action de l'État⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 207.

⁴⁵⁶ JAGGI, Stephan. State action doctrine. Oxford Constitutional Law, 2017.

⁴⁵⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 63.

⁴⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 99.

⁴⁵⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 65.

⁴⁶⁰ CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking state action. In: Northwestern University Law Review, vol. 80, fall 1985, n. 3, pp. 503-557. p. 509.

Les juges nord-américains convergent dans le sens de la défense de l'idée que les droits fondamentaux servent à protéger les individus et non à restreindre les libertés⁴⁶¹.

Cette théorie est née huit ans après la promulgation par le Congrès du Civil Right Act (1875), lorsque la Cour suprême des États-Unis a été appelée à trancher cinq procès qui mettaient en doute la constitutionnalité d'une règle prévue par le Civil Right Act, plus précisément une disposition légale qui prévoyait une série de sanctions civiles et pénales contre la discrimination raciale dans les lieux publics, sur la base du 14^e amendement, qui déterminait le respect du principe d'égalité. Ces procès ont été intentés par des personnes qui avaient été inculpées pour avoir refusé aux Noirs l'accès à des hôtels, des théâtres et des trains. La Cour suprême a affirmé l'inconstitutionnalité de la règle au motif que l'Union n'était compétente que pour édicter des normes visant à prévenir les discriminations pratiquées par les États eux-mêmes et non les pratiques commises par des individus ou des entreprises privées. Ainsi, deux lignes directrices ont été établies, toutes deux contraignantes : (a) que les droits fondamentaux ne sont contraignants que pour les pouvoirs publics et non pour les particuliers ; (b) que le Congrès national n'est pas compétent pour promulguer des lois qui protègent les droits fondamentaux dans les relations privées, car la compétence visant à légiférer dans ce domaine est exclusive au législateur étatique⁴⁶². La première prémisse est toujours en vigueur et est étendue aux entreprises privées qui fournissent des services publics essentiels, tandis que la seconde a été assouplie dans les cas qui ont suivi cet arrêt⁴⁶³.

Un autre exemple de cette théorie peut être trouvé en analysant le droit à la liberté d'expression aux États-Unis, qui est déduit du premier amendement de la Constitution américaine et qui impose de fortes restrictions aux autorités publiques concernant sa limitation. Néanmoins, ce droit ne peut être invoqué dans les litiges impliquant uniquement des personnes de droit privé. Par exemple, le droit à la liberté d'expression ne peut être invoqué dans le cadre d'une relation de travail dans laquelle l'employeur limite ce droit pour ses employés. La Cour suprême a même déclaré inconstitutionnelle une loi qui imposait aux journaux l'obligation de garantir un droit de réponse aux personnes mentionnées dans leurs reportages⁴⁶⁴. Cela montre que le souci de l'État est d'assurer la libre jouissance du droit à la liberté d'expression aux

⁴⁶¹ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 124.

⁴⁶² SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 214.

⁴⁶³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 64.

⁴⁶⁴ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 122.

individus. Une véritable obligation de non-intervention s'impose à l'État, puisqu'il doit maintenir une position de neutralité par rapport aux pensées des individus.

Comme on l'a vu, l'essence du premier amendement est l'interdiction faite à l'État d'intervenir dans le domaine des idées et des pensées des individus, en restant neutre à leur égard. Toutefois, dans le cas de relations privées, cette neutralité n'est pas requise, car il est possible que, en raison d'une relation contractuelle, des clauses restreignant le droit à la liberté d'expression des individus soient stipulées. Ainsi, un individu peut préférer imposer son opinion à une autre personne ; en revanche, l'État, s'il le fait, violera le droit à la liberté d'expression qui émane du premier amendement⁴⁶⁵.

Au fil des ans, la théorie de l'action de l'État a été assouplie, comme dans l'affaire *Marsh v. Alabama*, en 1946, où il s'agissait de savoir si un propriétaire privé, sur le terrain duquel passaient des rues et où avaient été construits des établissements commerciaux et résidentiels, pouvait interdire aux Témoins de Jéhovah d'y professer leur foi. Au moment du jugement, la Cour suprême a estimé que l'interdiction n'était pas valable, puisque la société privée, en maintenant sous sa propriété une "ville privée", était égale à l'État, soumis au 1er amendement de la Constitution qui garantit la liberté de culte⁴⁶⁶.

Plus récemment, en 2000, la Cour suprême a rendu une décision renforçant à nouveau la théorie *state action* dans l'affaire *Boy Scouts of America v. Dale*. En bref, une troupe privée de scouts de l'État du New Jersey, composée de garçons, a appris que l'un de ses membres était homosexuel et a donc décidé de l'exclure de la troupe. Le jeune homme a intenté un procès pour contester la validité de l'expulsion et faire valoir que l'acte avait violé une loi de l'État interdisant la discrimination à l'égard des homosexuels. L'affaire est parvenue jusqu'à la Cour suprême, qui a rendu une décision concluant que la loi de l'État (qui interdisait la discrimination à l'encontre des homosexuels) violait la liberté d'association des scouts, qui reliait les garçons à des valeurs communes (le rejet de l'homosexualité), et était inconstitutionnelle.

Ainsi, pour les États-Unis, qui appliquent la théorie de l'action étatique, les droits fondamentaux servent à garantir les libertés des individus et non à les restreindre. Le refus de l'État d'intervenir face à une restriction d'un droit fondamental n'est pas considéré comme un

⁴⁶⁵ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 122.

⁴⁶⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 65.

acte qui, en soi, viole ce droit. Refuser la protection n'est pas la même chose que soutenir la restriction d'un droit⁴⁶⁷.

Importée dans la réalité brésilienne, la théorie ne semble pas offrir un traitement compatible avec le système juridique interne en ce qui concerne la protection nécessaire des droits fondamentaux⁴⁶⁸ et elle n'établit pas non plus un niveau minimum de sécurité. Elle est étroitement associée à l'individualisme existant aux États-Unis, qui met les conduites privées à l'abri de presque tout contrôle et de toute interférence de l'État⁴⁶⁹, ce qui va à l'encontre du modèle d'État de droit social et démocratique. En droit français, il existe quelques situations dans lesquelles on peut entrevoir l'application de cette théorie, comme c'est le cas de l'exigence de neutralité religieuse qui est imposée aux autorités publiques en conséquence du principe de laïcité. Cette théorie ne s'applique toutefois pas aux personnes morales de droit privé⁴⁷⁰, pour lesquelles il est entendu qu'il est nécessaire d'appliquer effectivement les normes dans les relations horizontales.

Dans les deux pays, la protection de la dignité de la personne humaine, ainsi que les efforts déployés pour assurer l'efficacité des droits fondamentaux de manière large, tant dans les relations entre les individus que dans les relations avec l'État, nous permettent de conclure avec une relative certitude que cette théorie est applicable, car elle n'atteint pas et ne garantit pas les valeurs constitutionnellement consacrées.

(ii) La seconde théorie, celle de l'efficacité indirecte ou médiate des droits fondamentaux dans la sphère des relations privées, trouve son origine dans la doctrine allemande, créée par Günter Dürig en 1956 et largement adoptée par les juristes allemands pendant les premières années⁴⁷¹. Elle représente une construction intermédiaire entre la théorie ci-dessus (action de l'État) et la théorie qui soutient l'incidence directe des droits fondamentaux dans les relations privées. Elle considère que les droits fondamentaux ont été créés pour protéger l'individu contre l'action de l'État, mais que dans le cadre d'une relation de droit privé,

⁴⁶⁷ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 127.

⁴⁶⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 86/2014, pp. 105-124.

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 73.

⁴⁷⁰ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 121.

⁴⁷¹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 221.

le principe d'autonomie privée, contenu dans le principe général de liberté⁴⁷², doit prévaloir. Pour elle, l'État est non seulement tenu de ne pas intervenir dans un droit fondamental (devoir négatif), mais il a également l'obligation de protéger ce droit, notamment contre les actes accomplis par des personnes privées (devoir positif)⁴⁷³.

Cette théorie repose sur l'hypothèse selon laquelle, en raison de la protection accordée à l'autonomie privée des individus, ceux-ci peuvent renoncer à des droits fondamentaux lorsqu'ils s'engagent dans des relations privées ; toutefois, ils en seraient empêchés lorsqu'ils s'engagent dans des relations avec le Pouvoir Public⁴⁷⁴. Cela signifie qu'un individu pourrait renoncer à un certain droit fondamental lorsqu'il entre en relation avec une entité privée et, en revanche, il lui serait interdit de le faire lorsqu'il conclut des contrats avec des entités publiques.

La théorie médiate ou indirecte nie la possibilité d'une application immédiate des droits fondamentaux aux relations privées au motif que cela violerait l'autonomie de la volonté des parties et donnerait au pouvoir judiciaire un pouvoir illimité, compromettant la liberté individuelle qui serait laissée à la merci de la discrétion du Juge⁴⁷⁵. De plus, selon Günter Dürig, la reconnaissance d'une efficacité directe dans le champ des relations privées aboutirait à une nationalisation du droit privé, vidant l'autonomie privée⁴⁷⁶. Les droits fondamentaux pourraient alors être relativisés au profit d'un autre droit fondamental, celui de l'autonomie privée et de la responsabilité individuelle⁴⁷⁷. Pour José Carlos Vieira de Andrade, "la force juridique des préceptes constitutionnels à l'égard des personnes privées ne serait pas affirmée immédiatement, mais seulement de manière médiate à travers les principes et les règles propres au Droit privé"⁴⁷⁸. Il poursuit en disant que, au mieux, "les préceptes constitutionnels serviraient de principes d'interprétation de clauses générales et de concepts indéterminés susceptibles d'être concrétisés, en les clarifiant, en accentuant ou en atténuant certains éléments de leur contenu,

⁴⁷² CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 249.

⁴⁷³ HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148. p. 129.

⁴⁷⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 67.

⁴⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 222.

⁴⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 64.

⁴⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 76.

⁴⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1988, p. 276.

ou, dans des cas extrêmes, en comblant des lacunes, mais toujours dans l'esprit du Droit privé⁴⁷⁹.

Il part du principe que si la loi fondamentale a choisi de donner la priorité à la liberté générale dirigée contre l'État, il doit aussi exister ce même droit dans les relations privées, indispensable à la vie en société. Par conséquent, les droits fondamentaux ne s'appliquent pas directement aux relations privées et, de ce fait, les actes juridiques privés peuvent être conformes à la loi, même s'ils sont contraires aux droits fondamentaux, car en vertu du principe d'autonomie privée, les individus peuvent disposer de leurs droits fondamentaux. C'est pour cette raison que, selon Durig, il est possible d'avoir un contrat de mariage dans lequel l'un des conjoints est traité de manière inégale, ce qui irait à l'encontre du principe d'égalité entre les hommes et les femmes. De même, il est possible qu'un contrat de travail signé avec une institution religieuse contienne une clause qui restreint la liberté d'expression, puisqu'il y a une renonciation par la personne qui subit la restriction du droit fondamental initialement protégé ; enfin, dans un testament, il est possible de traiter différemment les héritiers⁴⁸⁰.

Comme on l'a vu, le principe constitutionnel d'autonomie privée a pour conséquence une indépendance du droit privé par rapport aux droits fondamentaux permettant à toute personne d'y renoncer. Ainsi, des activités peuvent être interdites par le droit privé, même si elles constituent l'exercice d'un droit fondamental par les individus. Par exemple, un employé qui fait grève sans préavis est considéré comme coupable et, en conséquence, son contrat est résilié, cessant ainsi d'exercer son droit fondamental de grève. De même, un employé inséré dans une entreprise de tendance confessionnelle (*Tendenzbetrieb*), selon le poste qu'il occupe, ne peut pas exercer librement sa liberté de parole, sous peine d'être licencié⁴⁸¹.

Néanmoins, cette théorie défend la nécessité de créer un pont entre le Droit privé et la Constitution (ou le Droit public et le Droit privé), en établissant des clauses générales et des concepts indéterminés en droit privé – moralité, bonne foi, bonnes coutumes – qui doivent toujours être interprétés à la lumière des dispositions des droits fondamentaux et, en particulier, de la dignité de la personne humaine, de telle sorte que les clauses générales deviennent une

⁴⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1988, p. 276.

⁴⁸⁰ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 249.

⁴⁸¹ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 250.

véritable porte d'entrée des droits fondamentaux dans le droit privé⁴⁸². En d'autres termes, les règles constitutionnelles auraient un effet irradiant sur les lois civiles⁴⁸³.

Les droits fondamentaux ne sont pas seulement considérés comme les droits de défense de l'individu, mais aussi comme les principes qui sont organisés dans le système juridique. Selon la théorie des effets indirects, le lien principal entre les droits fondamentaux et le droit privé sont les clauses générales, comprises comme des concepts ouverts dont le contenu est défini par un exécutif de la loi, à travers un processus d'évaluation. Il est évident qu'une telle évaluation n'est pas à la merci des jugements moraux du juriste ; elle doit plutôt se fonder sur le système de valeurs inscrit dans le texte constitutionnel, en plus de se concilier avec les intérêts des autres parties impliquées dans le litige. C'est principalement par le biais de ces clauses générales que les droits fondamentaux s'infiltrent dans les relations privées et commencent à produire leurs effets⁴⁸⁴.

Lorsqu'un conflit entre un droit fondamental et l'autonomie privée survient, c'est avant tout à la loi de le résoudre, en déterminant dans quelle mesure chacun de ces droits doit prévaloir sur l'autre. En d'autres termes, "la solution proposée est l'influence des droits fondamentaux dans les relations privées par le biais de la matière normative du droit privé lui-même"⁴⁸⁵. Le juge a pour rôle de combler les lacunes laissées par le législateur, par le biais d'une intégration jurisprudentielle des éventuelles omissions. En résumé, la théorie indirecte des droits fondamentaux vise à éviter une socialisation du droit privé, en préservant intact de toute intervention étatique le fonctionnement de cette branche, marquée par le respect de l'autonomie privée⁴⁸⁶.

Le procès le plus emblématique impliquant cette théorie s'est déroulé dans les années 1950, connu sous le nom d'affaire Lüth. En bref, le litige est né d'une discussion sur la légalité d'un boycott public organisé par Erich Lüth, président d'une association de presse, contre un film notoirement antisémite (*Unsterbliche Geliebte - Amants immortels*⁴⁸⁷) réalisé par un

⁴⁸² CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 250.

⁴⁸³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In*: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 67.

⁴⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 80.

⁴⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 76.

⁴⁸⁶ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 252.

⁴⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 80.

cinéaste qui a soutenu le régime nazi⁴⁸⁸. Le réalisateur du film a intenté un procès contre le boycott, obtenant une décision de la Cour d'État qui a ordonné à Erich Lüth de s'abstenir de boycotter le film, considérant l'appel comme un acte illégal, attentatoire aux bonnes mœurs en vertu du code civil allemand. Mécontent, Erich Lüth a déposé une plainte auprès de la Cour constitutionnelle, arguant que la décision de la Cour violait son droit à la liberté d'expression et a réussi à la faire réformer. Pour la Cour constitutionnelle, les bons usages doivent être appliqués à la lumière des droits fondamentaux, plus particulièrement le droit à la liberté d'expression, qui n'a pas été respecté par la Juridiction inférieure⁴⁸⁹. Il a même été précisé dans la décision que le juge civil était lié aux droits fondamentaux et que la décision rendue par le tribunal régional n'avait pas considéré l'effet rayonnant de ces droits sur le Droit privé⁴⁹⁰. La décision est reproduite ci-dessous : "toute disposition de droit privé doit être interprétée à la lumière des droits fondamentaux"⁴⁹¹. Pour la Cour constitutionnelle, "une liaison du juge aux droits fondamentaux dans la solution des litiges dans le domaine du droit privé ne se produit pas de manière directe, mais seulement dans la mesure où la loi fondamentale, dans son chapitre sur les droits fondamentaux, a simultanément érigé un ordre objectif qui, en tant que décision juridico-constitutionnelle fondamentale, doit être valable pour toutes les branches du droit, influençant ainsi également le droit privé"⁴⁹².

Depuis l'affaire Lüth, la Cour constitutionnelle allemande qualifie d'indirects les effets des droits fondamentaux dans les affaires impliquant des personnes privées. Comme nous l'avons vu, nous pouvons extraire de cette décision un code dont procède la dogmatique des droits fondamentaux. Ce code repose sur la distinction entre, d'une part, l'autorité publique liée par les droits fondamentaux et, d'autre part, les acteurs de la société qui, malgré les différences existant entre eux, peuvent bénéficier des droits fondamentaux de manière égale. Le code présuppose également une certaine compréhension fonctionnelle des droits fondamentaux et de leurs différents effets. Les droits fondamentaux ne sont plus considérés uniquement comme des

⁴⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392. p. 377.

⁴⁸⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out./dez/ 2011, pp. 60-101. p. 69.

⁴⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 66.

⁴⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 80.

⁴⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 44.

droits de défense contre des interventions disproportionnées de l'État ; en tant que normes objectives, ils sont également l'expression d'une décision constitutionnelle allemande fondamentale, précieuse pour l'ordre juridique, qui oblige l'État à construire une protection législative en conséquence⁴⁹³.

La dogmatique des droits fondamentaux a fait l'objet d'une grande acceptation par les juristes, mais cette même acceptation ne s'est pas faite de manière convergente quant aux effets que produit une dogmatique donnée. Plus précisément, les conséquences de l'objectivation des droits fondamentaux dans la décision rendue dans l'affaire Lüth ont suscité des controverses et des questions sans réponse concernant la dogmatique et la théorie des droits fondamentaux. En tant que normes objectives, les droits fondamentaux produisent leurs effets sur l'ensemble du système normatif et, en principe, également sur les conflits entre des personnes privées. Le niveau de protection et la norme de conduite attendue qui sont imposés aux personnes privées dépendent, de manière décisive, du contenu objectif-matériel d'un droit fondamental. C'est pourquoi certains juristes en sont venus à soutenir que la distinction entre le caractère direct ou indirect du lien est une question d'importance secondaire. La distinction entre la société civile et l'État, entre la sphère privée et la sphère publique ne peut plus servir de ligne de démarcation absolue. La délimitation n'est donc pas étanche⁴⁹⁴.

En réaction (ou réponse) à ce mouvement, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a renforcé les différences dogmatiques substantielles posées dans la première phase de la jurisprudence concernant l'effet horizontal des droits fondamentaux. Bien que le juge constitutionnel soit enclin à poursuivre les orientations dogmatiques de la solution Lüth, la Cour tend à assouplir ses décisions afin de donner un effet concret aux normes relatives aux droits fondamentaux dans le domaine des relations privées. La décision Fraport en est, d'une certaine manière, le reflet, car elle exprime la volonté d'assurer une continuité conceptuelle et de tenter de trouver une réponse adéquate aux éventuelles violations des droits fondamentaux dans des domaines où l'État n'a pas de pouvoir de décision direct⁴⁹⁵.

Malgré la différence entre l'obligation indirecte des droits fondamentaux dans les relations privées et l'obligation directe imposée à l'Autorité Publique, la Cour constitutionnelle

⁴⁹³ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 149.

⁴⁹⁴ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 150.

⁴⁹⁵ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 150.

fédérale allemande a élargi le champ d'application de l'obligation indirecte imposée aux personnes privées en créant un lien entre les actionnaires des entreprises publiques et la responsabilité objective découlant des droits fondamentaux. Elle montre ainsi que l'obligation indirecte des personnes privées dans des domaines qui revêtent une importance capitale pour la réalisation des droits fondamentaux peut produire des effets identiques ou similaires à ceux de l'obligation directe. Pour mieux expliquer ce point de vue, il est nécessaire de comprendre les nuances de la décision *Fraport*⁴⁹⁶.

Partant du principe qu'une situation de conflit entre différents titulaires de droits est une situation qui renvoie à la discussion sur l'effet horizontal des droits, la protection juridictionnelle accordée aux droits fondamentaux nécessite un modèle qui équilibre les intérêts en présence, ce qui n'est guère atteint lorsqu'on parle de la protection des droits fondamentaux contre les attaques provenant des autorités publiques. Parmi les conséquences, il y a une dimension institutionnelle concernant le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale en tant que gardienne des droits fondamentaux et la question concernant l'intensité du contrôle judiciaire et les limites fonctionnelles de la législation politique⁴⁹⁷.

Pour déterminer qui est le destinataire des obligations indirectes, la Cour constitutionnelle fédérale a établi que le critère pertinent n'est pas le pouvoir factuel ou social des acteurs privés, mais l'obéissance de la pouvoir publique. La formulation, qui semble simple à première vue, est que la pouvoir publique est liée par les droits fondamentaux, mais elle peut devenir plus compliquée à mesure que les formes de l'action de l'État deviennent de plus en plus insaisissables. Il devient donc de plus en plus difficile de classer les formes d'action et d'organisation de l'État en tant qu'agent de la pouvoir publique et d'identifier comment doit se dérouler sa liaison, de manière indirecte, aux droits fondamentaux⁴⁹⁸.

Dans l'affaire *Fraport*, il a été discuté dans quelle mesure une société par actions serait liée par une obligation d'efficacité indirecte des droits fondamentaux. La société par actions *Fraport*, qui exploitait un aéroport et était propriétaire du terrain sur lequel celui-ci était situé, a édicté un règlement interdisant à certaines personnes d'accéder au territoire de l'aéroport, plus précisément à tout individu ayant intenté une action en justice contre les lois autorisant

⁴⁹⁶ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 150.

⁴⁹⁷ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 151.

⁴⁹⁸ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 151.

l'expulsion des étrangers pratiquées à l'époque. Dans l'une des situations, les militants ont manifesté contre les pratiques à un comptoir de la compagnie aérienne Lufthansa. Les gestionnaires de l'aéroport ont décidé d'expulser les militants car ils considéraient qu'ils faussaient l'ordre interne. Un procès a été intenté contre cette interdiction, qui a été rejeté en première instance, car les tribunaux ont compris que l'aéroport, en tant que société privée, n'était pas lié par l'obligation indirecte de respecter les droits humains⁴⁹⁹.

D'une manière différente, la Cour constitutionnelle allemande, lorsqu'elle a été saisie de l'affaire, a annulé les décisions précédentes, en révisant et en changeant la conception liée à la dogmatique des droits fondamentaux, comprenant qu'il était nécessaire de mettre à jour la compréhension donnée il y a un demi-siècle dans l'affaire Lüth. La Cour a donc choisi d'élargir le champ d'application de l'obligation découlant des droits fondamentaux aux sociétés publiques sous la forme de droit privé. Le juge constitutionnel a assuré une plus grande continuité matérielle et conceptuelle par rapport à l'affaire Lüth en ce qui concerne la distinction traditionnelle entre obligations directes et indirectes. En d'autres termes, l'obligation directe contraignante se distingue fondamentalement de l'obligation indirecte contraignante des droits fondamentaux, à laquelle sont également soumis les particuliers et les entreprises privées, notamment en vertu des principes de l'effet horizontal et sur la base de l'obligation de protection de l'État⁵⁰⁰. Si les seconds ont l'obligation de prendre en compte les droits des citoyens, les premiers servent d'équilibre entre les sphères privées des individus et sont donc relatifs.

Dans le cas des entreprises entièrement publiques, il est reconnu qu'elles sont directement liées aux droits fondamentaux, même si l'organisation suit les règles du droit privé. Selon la solution trouvée dans l'affaire Fraport, l'obligation directe en matière de droits fondamentaux s'applique également aux sociétés d'économie mixte, dans la mesure où elles sont gérées par des actionnaires publics. L'obligation de respecter les droits fondamentaux qui incombe à la société n'est pas seulement une conséquence du fait qu'il existe des actionnaires publics, notamment parce que ceux-ci n'auront que peu d'influence sur la position qu'ils occupent au sein de cette société. L'entreprise est directement liée aux droits fondamentaux autant qu'eux. Dans le cas d'un procès, les personnes privées peuvent directement exiger que l'entreprise en question respecte leurs droits fondamentaux.

⁴⁹⁹ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 152.

⁵⁰⁰ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 152.

En plus de connaître le titulaire de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, il est tout aussi important de comprendre comment cette obligation se produit. La réponse est claire lorsqu'il s'agit du cas d'une obligation directe imputable à une entreprise : les règles relatives à la gestion interne ne constituent plus, dans ces conditions, un acte de droit privé façonnant les relations juridiques, mais une atteinte à la liberté d'expression des requérants, soumise aux exigences de proportionnalité. Toutefois, cette liberté fondamentale ne signifie pas que des manifestations ou des réunions ne peuvent être organisées n'importe où, mais uniquement dans le domaine public, avec un accès libre. La Cour considère que cette condition est remplie à partir du moment où le libre accès est configuré, car il s'agit de zones qualifiées d'espace public de communication, et régies, par conséquent, par les règles du droit public. La restriction de l'exercice d'un droit fondamental ne peut résulter d'une simple loi ; la violation de l'exercice d'un droit fondamental doit répondre à une exigence de proportionnalité et ne peut constituer une atteinte infondée aux libertés. Obliger directement l'aéroport – Fraport – à respecter les droits fondamentaux montre que les règles internes ne pourraient pas être conformes aux seules lois du droit privé. La société, en tant que société directement liée à l'autorité publique parce qu'elle est une économie mixte, n'avait pas la liberté subjective de créer de telles règles arbitraires⁵⁰¹.

Le caractère contraignant des entités privées en matière de droits fondamentaux, après le prononcé de l'arrêt Lüth, est devenu de nature indirecte. Ainsi, une double situation est identifiée : d'une part, l'effet des droits fondamentaux est obtenu par une interprétation de la règle en question à la lumière des droits fondamentaux. En revanche, l'effet des droits fondamentaux est relatif dans la mesure où, en cas de conflit entre deux personnes privées titulaires de droits fondamentaux, un équilibre doit être trouvé entre les deux situations afin que les droits fondamentaux en question ne s'annulent pas complètement. Le juge de la Cour constitutionnelle a souligné l'effet potentiellement intense de l'obligation indirecte, en disant que cela ne signifie pas que l'effet des droits fondamentaux a une faible intensité. Selon la protection et la configuration factuelle en nature, l'obligation indirecte des personnes de droit privé peut être équivalente ou comparable à celle de l'État⁵⁰².

⁵⁰¹ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 154.

⁵⁰² REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 155.

Dans l'affaire Fraport, les conditions de mise en œuvre des libertés de réunion étaient un point problématique car les transformations de l'espace public entraînent une modification des droits fondamentaux. Même si l'exercice de la liberté de réunion pouvait lui-même avoir un effet sur les droits fondamentaux, aucun exemple de la jurisprudence constitutionnelle n'a jusqu'à présent mis en échec cet effet indirect. Il en résulte que les réunions ont traditionnellement lieu dans des espaces publics et ce n'est qu'avec le mouvement croissant de privatisation de parties importantes de l'espace public que l'aspect conflictuel de la liberté de réunion devient plus visible. Dans l'affaire Fraport, la Cour constitutionnelle a choisi de traiter l'aéroport comme s'il s'agissait d'une zone d'une entreprise publique, de manière à permettre une liaison complète par rapport à l'obligation de respecter les droits fondamentaux⁵⁰³.

La conception germanique actuelle reste la même⁵⁰⁴ : celle de l'application des droits fondamentaux aux relations privées de manière indirecte ou médiate, s'éloignant un peu de la vision libérale classique qui limitait l'incidence des droits fondamentaux aux relations avec les entités publiques⁵⁰⁵.

C'est également la conception adoptée par la Cour européenne des Droits de l'Homme lorsqu'elle a déclaré que l'État pouvait être tenu responsable s'il n'adoptait pas les mesures nécessaires pour respecter les droits fondamentaux, dont la position a été inaugurée en 1981, dans une affaire impliquant des discussions sur le droit à la liberté d'association⁵⁰⁶. En bref, la légalité du licenciement des employés qui ont refusé de s'affilier à un syndicat est discutée. La Cour a décidé que le monopole d'un syndicat d'employés constituait une violation du droit à la liberté d'association et que, par conséquent, le licenciement des employés qui refusaient d'adhérer au syndicat était abusif. Dans cette décision, la Cour a estimé que l'État avait l'obligation positive de protéger les droits des individus dans le cadre de relations privées⁵⁰⁷.

Les critiques adressées à cette théorie peuvent être résumées en quatre : a) l'insuffisance des clauses générales ; b) la tyrannie des droits fondamentaux ; c) le recours aux valeurs éloigne le juge du rôle de recherche de ce qui devrait être, l'autorisant à décider de ce

⁵⁰³ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 157.

⁵⁰⁴ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 253.

⁵⁰⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: *Revista TST, Brasília*, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 70.

⁵⁰⁶ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 274.

⁵⁰⁷ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 274.

qui est bon ; d) à terme, la transformation des Cours constitutionnelles en contrôleurs de toute juridiction ordinaire⁵⁰⁸.

Transposée à la réalité brésilienne, il semble également que cette théorie ne soit pas la plus appropriée, notamment en raison de nombreuses inégalités dans le pays ; bien qu'elle ait des partisans tels que Luis Afonso Heck, Dimitri Dimoulis, José Roberto Freire Pimenta et Juliana Medeiros de Barros, ces deux derniers affirment "que la Constitution contient des règles objectives, dont l'effet d'irradiation conduit à l'imprégnation des lois infra-constitutionnelles par les valeurs incarnées dans les droits fondamentaux". Ainsi, la force juridique des préceptes constitutionnels est affirmée, devant les particuliers, au moyen de principes et de règles de droit privé". Ils poursuivent en disant que "les principes constitutionnels serviraient à aider à l'interprétation des clauses générales et des concepts indéterminés susceptibles de concrétisation, à condition que ce soit toujours dans les limites du droit privé"⁵⁰⁹.

En France, certains juristes défendent cette théorie en se fondant sur l'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation, comme c'est le cas de Jean-Yves Chérot, qui affirme que les droits fondamentaux jouissent d'une applicabilité indirecte, car ils sont invoqués sur la base de clauses d'ordre public, comme celle prévue à l'article 1143 du code civil, pour justifier l'incidence sur les relations privées⁵¹⁰. De même, Olivier Beaud précise que les droits fondamentaux dans le domaine des relations privées sont indirectement réglementés dans la Constitution, contrairement à ce qui se passe avec les relations et les pouvoirs publics⁵¹¹.

En comparant les deux réalités, il est possible d'observer qu'il y a des juristes nationaux qui se positionnent de manière à se réconcilier avec la théorie indirecte. Cependant, de l'analyse effectuée, il est conclu que la compréhension majoritaire semble être dans une direction différente, peut-être parce qu'elle ne prend pas soin de réduire efficacement les inégalités existant dans les relations horizontales.

(iii) Le troisième volet, appelé théorie des devoirs de protection, est également issu de la création doctrinale allemande développée par Claus-Wilhelm Canaris, selon lequel les droits fondamentaux ne lient directement que les Pouvoirs Publics et, indirectement, les sujets de droit

⁵⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 86.

⁵⁰⁹ PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponible sur : www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta. Consulté le 24/10/2022.

⁵¹⁰ CHÉROT, Jean-Yves, texte de séminaire inédit. In : BEAUD, Olivier. Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande.

⁵¹¹ BEAUD, Olivier. Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande, p. 18.

privé. Avec la contribution de Konrad Hesse, Albert Bleckmann et Klaus Stern⁵¹², il défend que lorsque l'État édite des lois et lorsqu'il fournit une protection juridictionnelle – dans la réalisation des clauses générales de droit civil⁵¹³ – en plus de ne pas pouvoir violer les droits fondamentaux, est obligé de les protéger contre les blessures ou les menaces de blessures provenant de personnes privées. En d'autres termes, l'État a deux fonctions : l'une de protection et l'autre de défense⁵¹⁴.

Claus-Wilhelm Canaris analyse l'efficacité des droits fondamentaux sur le droit privé à différents niveaux : a) le premier est celui de la liaison directe et immédiate du législateur de droit privé aux droits fondamentaux⁵¹⁵ ; b) le second est celui de l'application et du développement judiciaire du droit privé, ce qu'il fait notamment en analysant la jurisprudence⁵¹⁶. Cela signifie que, pour lui, la liaison des droits fondamentaux aux relations privées affecte les fonctions législatives et juridictionnelles de manière positive et négative, la liaison négative (interdiction) étant plus forte que la liaison positive (abstention). Selon les circonstances de l'affaire, l'application des droits fondamentaux dépendra d'un jugement préalable de pondération entre le droit en cause et l'autonomie de la personne privée⁵¹⁷, dans le respect du principe de l'interdiction de l'excès, ce qui suppose de rechercher si l'intervention dans les droits fondamentaux d'une partie ne pèse pas excessivement sur l'autre⁵¹⁸, à travers l'analyse de la proportionnalité au sens strict.

Dans la perspective "(a)", l'État continue d'être le principal destinataire des droits fondamentaux, dans le cas de la protection immédiate, assurée par le législateur et, accessoirement, par le Pouvoir Judiciaire⁵¹⁹. On conclut sur ce point que les droits

⁵¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, pp. 54-104, p. 63.

⁵¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392. p. 385.

⁵¹⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 73.

⁵¹⁵ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 260.

⁵¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 39.

⁵¹⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 74.

⁵¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 34.

⁵¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 67.

fondamentaux sont immédiatement en vigueur face aux règles de droit privé, et effectuent des fonctions d'interdiction d'intervention (négative) et d'impératif de protection (positive). Contrairement à l'applicabilité directe des droits fondamentaux au législateur, par rapport aux sujets de droit privé, la portée des droits fondamentaux est différente de celle dont elle jouit dans les relations entre l'État et le citoyen, puisqu'elle peut se comporter de manière différente ou même céder entièrement dans des situations exceptionnelles⁵²⁰. Cela signifie que, contrairement à ce qui se passe avec les lois⁵²¹, les droits fondamentaux n'ont pas d'effet direct sur les contrats, les affaires juridiques et les autres actes conclus entre des sujets privés, car les personnes qui accomplissent ces actes ne sont pas des destinataires directs des droits fondamentaux, bien qu'il ne soit pas nié que ces droits exercent une influence⁵²².

Claus-Wilhelm Canaris explique cette relation sur la base de l'exemple suivant : l'exigence de maintien et de protection du bien commun ou de l'intérêt public ne joue pas directement, du moins en règle générale, un rôle pertinent par rapport aux sujets de droit privé et à leur discipline. Par conséquent, il ne serait pas crédible d'invoquer les aspects du bien commun pour effectuer le contrôle juridico-constitutionnel des règles de droit privé qui limitent la liberté d'interdiction (par exemple, l'interdiction de la concurrence). Malgré cette limitation (par exemple l'interdiction de la concurrence), elle serait admise, d'un point de vue constitutionnel, si elle était utilisée pour protéger un autre droit fondamental en conflit. Dans de telles hypothèses, alors, "on peut accepter un affaiblissement des exigences dans le cadre du contrôle des excès et une intensification dans le cadre de la concrétisation de l'impératif de tutelle"⁵²³. En d'autres termes, "compte tenu des biens juridiques en conflit, une protection adéquate est nécessaire"⁵²⁴.

Jusqu'à présent, le caractère contraignant des droits fondamentaux pour le législateur de droit privé et sa liberté de conformation ont été analysés, démontrant leur importance dans le développement des fonctions objectives des droits fondamentaux⁵²⁵ (a). Nous passons

⁵²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 37.

⁵²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

⁵²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Tradução de Peter Naumann. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392. p. 387.

⁵²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 38.

⁵²⁴ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. HC 104.410/RS, 2ème Collège, Juge Rapporteur Gilmar Mendes, jugé le 06/03/2012.

⁵²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 77.

maintenant à l'analyse de l'influence des droits fondamentaux sur l'application et le développement du droit privé (b), qui se fait principalement à la lumière de la jurisprudence. Cette seconde analyse est tout aussi importante, car le législateur et le juge n'occupent pas de fonctions identiques ; le premier adopte des lois qui serviront à tous les citoyens, le second les applique dans des cas concrets, avec incidence *inter partis*. C'est pourquoi la liaison des droits fondamentaux par rapport aux juges et aux législateurs n'est pas identique et une parité de traitement entre ces sujets – qui sont différents – est erronée⁵²⁶.

En outre, les normes relatives aux droits fondamentaux sont des "clauses générales" et, en tant que telles, elles ont besoin d'une jurisprudence chargée de donner aux lois "un contenu complet, créant ainsi une *law in action* par opposition à une *law in the books*", en référence à Roscoe Pound⁵²⁷. Dans cette perspective, le rôle des Tribunaux peut être assimilé à celui du législateur en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, dans la mesure où il concrétise ces droits tout comme la législation. Néanmoins, le caractère obligatoire se produit à partir de l'analyse du *ratio decidendi* d'une décision en tant que règle, en vérifiant si elle violerait un droit fondamental, raison pour laquelle il y a une application immédiate comme cela se produit avec le législateur de droit privé, étant le juge et le législateur, seulement dans ces cas, assimilés à la protection des droits fondamentaux⁵²⁸. Ainsi, à l'exception de l'analyse de la *ratio decidendi*, la liaison est, en règle générale, indirecte par rapport au Pouvoir Judiciaire.

Après avoir vu comment l'efficacité des droits fondamentaux opère sur le législateur des normes privées et leur application et développement par la jurisprudence, Claus-Wilhelm Canaris part pour l'analyse centrale du thème, pour comprendre comment les sujets du droit privé sont liés aux droits fondamentaux. À cette fin, il divise cette deuxième étape de l'analyse en trois questions : (a) qui est le destinataire des droits fondamentaux, seulement l'État ou aussi les sujets de droit privé ? ; (b) l'objet du contrôle, selon les droits fondamentaux, est le comportement de qui ? l'État ou les sujets de droit privé ? ; (c) les droits fondamentaux sont-ils appliqués comme des fonctions d'interdiction d'intervention ou comme des impératifs de protection ?⁵²⁹.

⁵²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 39.

⁵²⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis. *Law in books and law in action: the problem of legal change*. In: *Legal Review*, vol 64, 2011, p. 46.

⁵²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 43.

⁵²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 52.

En ce qui concerne la première question "*qui est le destinataire des droits fondamentaux, l'État seul ou également les sujets de droit privé ?*", il est entendu que les droits fondamentaux sont dirigés tant contre l'État que contre les sujets de droit privé⁵³⁰. Du contenu de chaque droit fondamental émane une prohibition légale qui interdit, en principe, sa restriction par toute transaction juridique. D'un point de vue logico-juridique, ce raisonnement est parfait ; cependant, s'il est généralisé à une perspective pratico-juridique, il conduit le juriste, selon la situation, à une privation d'autonomie et, par conséquent, à des conclusions insoutenables. C'est pour cette raison que la défense d'une théorie de l'efficacité immédiate des droits fondamentaux aux relations privées (ou, aux tiers) est insoutenable⁵³¹ et c'est aussi pour cette raison que l'on défend que seul l'État est le destinataire direct des droits fondamentaux.

En conséquence de la première réponse, la deuxième question se pose : "*l'objet du contrôle des droits fondamentaux est-il le comportement de l'État ou le droit privé ?*" En principe, seuls les actes de l'État, c'est-à-dire les lois et les décisions judiciaires, sont soumis au contrôle immédiat des droits fondamentaux, car seul l'État est le destinataire direct des droits fondamentaux et c'est sur lui que pèse l'obligation de protection ; même s'il est possible que les actes des sujets de droit privé, c'est-à-dire des entreprises juridiques, soient également soumis à un contrôle, mais dans ce cas, seulement de manière indirecte⁵³².

Enfin, la troisième question "*quelle est la fonction des droits fondamentaux : interdictions d'intervention ou impératifs de protection ?*" présuppose une analyse plus approfondie du thème. À priori, la conclusion dans le sens où les droits fondamentaux possèdent la fonction d'interdiction d'intervention est plus séduisante, comme on l'a vu dans l'affaire Lüth, qui s'est parfois conjuguée avec le principe de proportionnalité. En analysant sous un autre angle, la fonction des droits fondamentaux peut être différente : en prenant comme exemple l'hypothèse d'un garant qui entend se libérer d'une obligation préalablement contractée à l'occasion d'une transaction juridique conclue avec un tiers ; le Pouvoir Judiciaire, appelé à se manifester, décide que la liaison contractuelle était valide, fruit d'un acte pratiqué sur la base de l'autonomie privée des parties. Dans ce cas, l'État (que ce soit par son rôle de législateur ou de juge) n'interfère pas dans le droit fondamental des parties, bien au contraire : il ne fait que

⁵³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, pp. 54-104, p. 63.

⁵³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 54.

⁵³² CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 55.

réaffirmer un acte qui a été pratiqué par l'exercice de l'autonomie privée du garant, dont l'acte – et lui seul – a fini par limiter le droit fondamental de son titulaire⁵³³.

Ce qui est effectivement soumis au contrôle direct et immédiat des droits fondamentaux, ce sont les actes de l'État⁵³⁴ ; différemment, ceux qui sont pratiqués en raison de l'autonomie privée ne peuvent être soumis à ce contrôle qu'indirectement. Ainsi, le comportement d'un sujet de droit privé ne fait pas, à priori, l'objet d'un contrôle des droits fondamentaux, puisque, en tant que tiers, il n'est pas un destinataire direct de ces droits. Cette forme de protection indirecte des droits fondamentaux par rapport aux sujets de droit privé existe parce que l'État est, comme on l'a vu, tenu de protéger un citoyen contre un autre⁵³⁵. Ainsi, la Constitution sert à protéger un minimum, en évitant que ce minimum soit violé, en prenant le pas sur un caractère préventif⁵³⁶.

L'État ne règle donc pas les rapports existant entre les sujets de droit privé par des impositions ou des interdictions, car ce qui n'est pas interdit par lui est alors permis. Si le comportement d'un tiers en offense un autre, pratiqué en raison d'une absence de réglementation par l'État qui, lorsqu'il est provoqué pour trancher l'impasse, refuse de le faire, il sera confronté à une omission d'ingérence de l'État. Cela garantit un champ de libre débat d'idées, sur l'autonomie et la liberté des sujets de droit privé, qui n'attendent pas l'aide immédiate de l'État, ni ne font pas usage du principe de proportionnalité, car ils n'en sont pas là⁵³⁷.

En revenant à la question (c), nous savons alors que la fonction d'impératif de protection⁵³⁸ combinée à l'interdiction d'insuffisance est plus faible que l'interdiction d'intervention combinée à l'interdiction d'excès. Comme la protection des droits fondamentaux dispose d'un large espace de libre conformation, défendre une sorte d'impératif prédéterminé de tutelle serait impossible, sans compter que, seulement avec la seconde combinée le respect de

⁵³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 57.

⁵³⁴ BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. O dever de proteção aos direitos fundamentais no direito privado: análise concreta. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 33, n. 2, pp. 172-189, jun./dez. 2017, p. 180.

⁵³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 58.

⁵³⁶ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevideú: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005. p. 84.

⁵³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 64.

⁵³⁸ ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados Implícitos de Criminalização*. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 50.

l'autonomie du droit privé et, aussi, de l'autonomie privée est assuré. Comme les deux sont parfois mélangés, en cas de doute, il faut s'en tenir à la fonction d'interdiction d'intervention⁵³⁹.

Il est souligné que la fonction d'interdiction d'intervention doit être cumulée avec l'interdiction d'excès, ce qui suppose une analyse à la lumière du principe de proportionnalité sous peine d'excès, comme dans le cas de l'arrêt *Photokina*, de la Cour suprême fédérale allemande⁵⁴⁰, où le droit d'une entreprise de rendre public son conflit avec une Foire a été discuté. Il s'explique ainsi : une société appelée *Photokina*, après des années de partenariat, n'a plus été invitée à exposer ses produits à une foire commerciale ; insatisfaite de la décision de la foire, la société a publié l'annonce suivante dans un journal : "*Ne nous cherchez pas à la Photokina ! Abandonné sous la protestation parce que la Société de Foire de la Colonie a attribué notre place établie à d'autres (1960-1976)*". La Foire a provoqué le Pouvoir Judiciaire local en demandant une ordonnance pour retirer la publicité et la Cour suprême a condamné la société à retirer la publication au motif qu'il y avait une violation de l'exercice de l'activité commerciale de la Foire et qu'il ne s'agissait pas d'une question d'intérêt public pour justifier la publication dans des médias tels que le journal. Le cas est cité par Claus-Wilhelm Canaris pour démontrer qu'il faut faire attention à l'interdiction des excès, sous peine de se lancer dans des interventions disproportionnées, comme l'exemple cité, qui limite la liberté d'expression de la société de manière disproportionnée⁵⁴¹.

Une autre décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande mérite également d'être mentionnée pour avoir appliqué la théorie de la protection. Le journal *Die Welt* a été condamné à verser une indemnité pour préjudice moral à la princesse Soraya pour avoir publié de fausses informations sur sa vie privée, ce qui constituait, selon les juges, une violation des droits de la personnalité de la princesse⁵⁴². Le journal n'a pas été satisfait du jugement et a fait appel en faisant valoir que la Cour n'aurait pas pu le condamner à payer une compensation financière pour un préjudice moral, car le système juridique allemand ne prévoit pas la possibilité d'une compensation financière pour des dommages immatériels, mais uniquement dans les cas de dommages corporels ou d'atteintes à la liberté.

Lors du jugement de l'affaire, la Cour constitutionnelle fédérale a confirmé la décision de première instance, en rejetant les recours du Journal, car elle a compris qu'il était possible

⁵³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 134.

⁵⁴⁰ ALLEMAGNE. Cour Suprême, BGH, 22/12/1961 – I ZR 152/59.

⁵⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp. p. 80.

⁵⁴² CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 269.

d'appliquer par analogie les dispositions qui prévoient la possibilité d'une condamnation à payer des dommages moraux puisque, dans l'affaire, il était question d'une violation des droits de la personnalité. Enfin, il a été indiqué dans la décision qu'il appartenait à la Cour de combler les lacunes de la loi pour appliquer les droits fondamentaux et, par conséquent, elle devait concilier le droit à la liberté de la presse avec l'obligation de protéger les droits de la personnalité de la princesse⁵⁴³.

Cette décision démontre que les droits fondamentaux interviennent dans les relations de droit privé par l'intermédiaire du juge, en raison de l'obligation de protection qui incombe au Pouvoir Public⁵⁴⁴, non seulement dans les cas d'interprétation, mais aussi dans les cas où il existe des lacunes à combler. En outre, l'obligation de protection tient également compte du principe de l'autonomie privée dans le cadre des relations privées, ce qui peut être observé dans une autre affaire, qui se résume également comme suit : un employé a été licencié pour avoir commis une faute grave et, concomitamment, son ancien employeur a plaidé pour l'application d'une clause de "non-concurrence" prévue dans le contrat de travail et a réussi de manière judiciaire à rendre une décision à cet effet. Non satisfait de la décision, l'employé a fait appel en invoquant son droit au libre exercice de sa profession. La Cour constitutionnelle fédérale a compris qu'il était nécessaire de trouver un équilibre entre l'obligation de protéger le principe du libre exercice de la profession et le principe de l'autonomie privée. En outre, elle a précisé que, bien qu'il soit possible de renoncer au droit d'exercer librement sa profession, il est nécessaire de vérifier que l'une des parties contractantes ne se trouve pas dans une situation de puissance économique supérieure susceptible de vicier le consentement de la partie la plus faible⁵⁴⁵.

En résumé, cette théorie propose un mécanisme qui concilie l'autonomie privée et la protection des droits fondamentaux contre les abus qui peuvent se produire dans les relations entre sujets de droit privé. Les règles de droit privé doivent respecter le droit fondamental, surtout en ce qui concerne l'aspect défense. L'État doit organiser le droit de manière à remplir son obligation de protéger les droits fondamentaux, que ce soit par la fonction législative ou par le pouvoir judiciaire⁵⁴⁶.

⁵⁴³ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 270.

⁵⁴⁴ GRIMM, Dieter. Constituição e política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵⁴⁵ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 270.

⁵⁴⁶ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 271.

Cette théorie présente l'avantage de permettre un traitement différent des droits fondamentaux en Droit privé, mais semble inadaptée à la réalité brésilienne, dans la mesure où elle considère que seuls les États seraient principalement liés aux droits fondamentaux, rendant la protection de ces droits dans la sphère privée otage du législateur ordinaire et, par conséquent, privée du traitement compatible avec la nature de ces droits⁵⁴⁷. Il est possible de tirer la même conclusion du point de vue français.

(iv) Enfin, la quatrième théorie, celle de l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux dans les relations privées, a été initialement développée par Hans Carl Nipperdey dans les années 1950, puis reprise par Walter Leisner. Elle soutient que le droit privé ne peut être considéré comme un ghetto en marge de la Constitution⁵⁴⁸, car il découle du principe de l'unité de l'ordre juridique et de la force normative de la Constitution. Une règle de droit fondamental est directement⁵⁴⁹ applicable aux relations juridiques entre particuliers et il est certain que certains droits fondamentaux jouissent d'effets normatifs immédiats, parce qu'ils sont porteurs d'une "réglementation normative de l'ensemble de l'ordre juridique en tant qu'unité, dont émanent aussi immédiatement les droits subjectifs privés du particulier"⁵⁵⁰.

Pour la théorie immédiate, nier la liaison directe des particuliers avec les droits fondamentaux aboutirait à attribuer à ces droits un caractère purement déclaratif, à l'instar d'une perspective historique du XIXe siècle où ils s'appliquaient exclusivement contre l'État⁵⁵¹. Il soutient que, malgré le fait que les droits fondamentaux soient apparus comme des droits de défense, opposables à l'État, il y a eu une transformation de leur signification et de leur fonction, notamment en raison des menaces posées par les pouvoirs sociaux⁵⁵². La théorie de l'efficacité

⁵⁴⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 75.*

⁵⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 64.*

⁵⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 59.

⁵⁵⁰ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. *In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 60.*

⁵⁵¹ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. *In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 60.*

⁵⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 64.*

directe traduit une décision dans le sens d'un constitutionnalisme égalitaire qui vise l'efficacité du système des droits fondamentaux et des garanties de l'État social de Droit⁵⁵³.

Les droits fondamentaux, face à une situation dans laquelle il y a l'État *versus* un individu, seront valables et s'appliqueront de manière illimitée, parce qu'ici l'individu n'est confronté qu'à l'État ; différemment, face à une situation dans laquelle il y a un sujet de droit privé contre un autre sujet de droit privé, dans laquelle chacun d'eux est titulaire de droits fondamentaux et peut se prévaloir du droit à la liberté, les deux peuvent s'opposer. Selon Nipperdey, "cela signifie que l'individu privé vis-à-vis de l'État, dans des limites données, peut se prévaloir sans restriction de ce droit fondamental, tandis que dans la relation avec le concitoyen, ce même droit fondamental ou un autre peut s'y opposer"⁵⁵⁴.

Ainsi, les titulaires de droits fondamentaux, lorsqu'ils se trouvent face à face, seront libres de délimiter la position juridique de l'autre, de manière à rendre compatibles certaines limitations de leur position fondamentale en matière de justice. Toutefois, la prérogative de disposer librement de certains droits ne sera admissible qu'entre des sujets qui se trouvent à un niveau d'égalité réelle et juridique, sans soumission de l'un sur l'autre ou, "de sorte que l'influence sur la sphère juridico-fondamentale elle-même soit également réellement libre"⁵⁵⁵. Cela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une égalité fictive, fondée sur une fausse idée de liberté entre les individus, comme c'est le cas dans les relations de travail, une limitation des droits fondamentaux n'est pas, en règle générale, juridiquement acceptable. L'égalité juridique et réelle sera une hypothèse indispensable pour justifier un pouvoir de disposer de ces droits qui soit admissible du point de vue des droits fondamentaux⁵⁵⁶.

Il est considéré que l'absence de cette hypothèse ne peut interdire tout et n'importe quelle affaire qui peuvent être conclues à la merci de son existence. Dans les cas où il n'y a pas d'égalité réelle, la juridiction aura la tâche difficile – mais pas impossible – d'examiner le noyau essentiel de ce droit fondamental. Il appartiendra à l'exécuteur de la Loi de vérifier si le contenu de la valeur de ce droit fondamental est intact, ce noyau essentiel étant l'autolimitation de la

⁵⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 81.

⁵⁵⁴ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 63.

⁵⁵⁵ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 63.

⁵⁵⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 64.

liberté (traitée ci-dessous). C'est là que se trouve la première limite à la liberté : l'existence d'un autre bien juridique, l'égalité fondamentale, dont la valeur est supérieure, dans le cas concret. Ainsi, reconnaître aux droits fondamentaux un effet absolu ne signifie pas qu'aucun individu privé ne pourrait contracter des obligations qui le conduiraient à limiter, d'une certaine manière, sa liberté. Ce n'est pas le sens que Nipperdey entend défendre, notamment parce que ce serait la fin de l'autonomie privée, selon lui. Au contraire, il propose avec sa théorie d'actualiser la notion de droits fondamentaux qui passent par le droit privé, assurant un noyau de protection minimale⁵⁵⁷.

Les droits que la Constitution reconnaît aux individus sont, en réalité, des principes fondamentaux (ou "décision de valeur contraignante pour l'ensemble du droit privé et public"⁵⁵⁸) et des objectifs de la communauté nationale dans son ensemble, analysés par l'ensemble des éléments qui la composent et qui sont contraignants tant pour l'État que pour les particuliers. Ils sont donc opposables dans toutes les relations qui s'établissent dans cet ordre juridique, qu'elles soient de nature publique ou privée⁵⁵⁹. Cela signifie que les sujets de droit privé eux-mêmes et pas seulement l'État, sont les destinataires des droits fondamentaux, tant au sens des droits subjectifs que de la condition des normes objectives⁵⁶⁰.

La conséquence de l'efficacité immédiate est que tous les droits fondamentaux conduisent à des interdictions d'interventions dans la sphère des relations privées et à des droits de défense par rapport à d'autres sujets privés, de telle sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'augmenter le système de règles de Droit Privé. Pour chaque droit fondamental, une interdiction est mise en œuvre qui, en principe, interdit la restriction de ce droit au moyen d'un contrat, en plus d'un droit subjectif dont la lésion oblige, en principe, à réparer le dommage causé⁵⁶¹. Ainsi, ici, il n'est pas nécessaire d'interpréter les clauses générales, contrairement à ce qui se passe dans la théorie indirecte.

⁵⁵⁷ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 64.

⁵⁵⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 69.

⁵⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, pp. 152-167. p. 152.

⁵⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392. p. 384.

⁵⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392. p. 385.

L'applicabilité directe ne signifie pas que tout droit fondamental traversera nécessairement les relations privées, car son application dépendra toujours des caractéristiques de la règle de droit fondamental. Ainsi, ce n'est que si le droit fondamental est applicable dans les relations privées que son application sera immédiate, de telle sorte qu'il soit possible de conclure que la théorie n'exclut pas la possibilité que certains droits ne soient pas applicables aux relations privées, mais seulement dans les relations avec l'État⁵⁶².

La validité d'une autolimitation devrait en définitive être fondée sur la dignité humaine. Ainsi, est nulle la promesse d'être célibataire, de changer de religion, de ne pas voyager seul, etc. Et encore : "la dignité et le droit au libre développement de la personnalité de la personne sont des composantes intégrantes d'un droit général de la personnalité, qui, par conséquent, est garanti par l'ordre juridique en tant que droit public subjectif et privé"⁵⁶³.

Les droits fondamentaux reposent également sur l'interdiction de l'arbitraire, ou des différenciations non objectives, dont se déduit le principe de l'égalité de traitement dans les relations sociales, notamment dans les relations de travail. Il s'ensuit que l'employeur doit s'abstenir de tout comportement arbitraire visant à différencier ou à exclure ses employés sur la base de différenciations non objectives⁵⁶⁴. À ce point, un nouveau défi se pose : la liberté contractuelle *versus* l'interdiction de l'arbitraire qui, dans ce cas particulier, devra être analysée avec soin.

La différence entre la théorie indirecte et la théorie directe est que dans la première (indirecte) les droits fondamentaux ont un effet irradiant sur les relations privées par le biais de la mesure législative infra-constitutionnelle et par le biais des clauses générales ; dans la seconde (théorie directe), il n'y a pas besoin de mesure législative pour que les droits fondamentaux produisent des effets sur les relations privées, puisque même sans disposition légale, les droits jusfondamentaux confèrent directement des droits aux particuliers dans les relations qu'ils entretiennent entre eux⁵⁶⁵.

L'une des affaires les plus influentes concernant l'efficacité directe des droits fondamentaux a été jugée en Allemagne, en 1957, par Nipperdey et concernait l'égalité des salaires entre les hommes et les femmes, notamment parce que la Constitution allemande ne

⁵⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 91.

⁵⁶³ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 66.

⁵⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 89.

⁵⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 89.

prévoyait pas le droit à cette égalité⁵⁶⁶. Il existait bien sûr d'autres dispositions qui permettaient de conclure que ce droit serait garanti dans les relations avec l'État et non entre les individus. Malgré l'absence de disposition légale à cet égard, l'idée selon laquelle le même salaire doit être garanti aux hommes et aux femmes qui exercent les mêmes activités a été pacifiée.

Dans une autre affaire jugée par la Cour allemande, la légalité d'une règle de Droit du Travail qui permettait la résiliation, sans préavis, du contrat d'un employé pour avoir distribué des tracts pour un parti politique pendant les heures de travail, a été comprise par la Cour comme une dispense discriminatoire, fondée sur des opinions politiques, dont le droit était couvert par la liberté d'opinion⁵⁶⁷. Enfin, il faut également mentionner trois autres affaires jugées par la Cour fédérale allemande qui démontrent l'application de la théorie de l'efficacité directe dans le jugement de litiges impliquant l'incidence des droits fondamentaux dans les relations privées, surtout pendant la période où Nipperdey était président et qui, à ce titre, a exercé une grande influence dans le sens de l'acceptation de la théorie de l'efficacité immédiate.

La première concernait la publication d'une lettre écrite par un avocat dans l'exercice de sa profession de mécène, qui a été publiée dans un journal comme si le contenu de la lettre reflétait les pensées et les idéaux du professionnel. La Cour a estimé que le droit à la vie privée de l'avocat avait été violé, ordonnant qu'une indemnisation soit versée pour les dommages causés au client et que le journal publie une rectification indiquant que la lettre publiée ne reflétait pas les pensées et les idéaux de l'avocat, mais était écrite en tant que représentant du client. Dans la seconde affaire, le Tribunal fédéral a estimé que le changement de religion ne constituait pas une violation de la clause conjugale, notamment parce que le droit à la liberté de croyance est également applicable dans les relations de droit privé. La troisième affaire, enfin, concernait un contrat de travail avec une infirmière, qui contenait une clause exigeant qu'elle reste célibataire. À l'époque, le Tribunal fédéral du travail avait analysé la possibilité de concilier la liberté contractuelle des parties avec la protection de la famille et du mariage, pour finalement considérer que le principe de la protection de la famille avait une valeur supérieure et que, pour cette raison, le principe de la liberté contractuelle⁵⁶⁸ devait être relativisé dans l'affaire. Dans ce cas, la Cour a également déclaré dans la décision que le fait que le contrat ait

⁵⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 91.

⁵⁶⁷ CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 248.

⁵⁶⁸ CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 252.

été librement signé par les parties importait peu pour l'issue de l'affaire, car même si elle avait été librement stipulée, la clause était inconstitutionnelle.

Dans des arrêts rendus dans d'autres affaires, le Tribunal fédéral s'est également exprimé dans le sens où les droits fondamentaux ne sont pas seulement dirigés contre l'État et ses organes, mais également valables contre toute personne dans un contexte de droit privé, puisque les dispositions constitutionnelles établissent le caractère obligatoire des droits fondamentaux par tous ceux qui doivent ensuite les protéger et les respecter. Même si la décision de protéger les droits fondamentaux revient à protéger la dignité de la personne humaine et constitue donc une décision axiologique obligatoire, selon l'ordre juridique allemand.⁵⁶⁹

En résumé, l'objectif principal de la théorie de l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations privées est une finalité sociale, en évitant qu'un pouvoir économique supérieur puisse imposer des clauses léonines dans les contrats qu'il conclut⁵⁷⁰. La Constitution brésilienne, contrairement aux constitutions portugaise, allemande et espagnole, ne prévoyait pas expressément de lier les entités privées aux droits fondamentaux énoncés dans le texte de 1988⁵⁷¹, mais affirmait dans son article 5, §1^o, que "les normes définissant les droits et garanties fondamentales sont d'application immédiate"⁵⁷². L'application ne se limite pas aux droits de liberté, elle englobe également les droits sociaux, puisque la Constitution n'a pas fait de distinction entre leur⁵⁷³ nature, qui sont des espèces du genre jusfondamental. Cette norme est de nature principiologique, étant considérée comme une sorte de mandat d'optimisation, ce qui signifie que les États se voient imposer la tâche de conférer la plus grande efficacité possible aux droits fondamentaux. La conclusion est que la théorie de l'applicabilité directe ne peut être résolue, selon la logique du tout ou rien, car son applicabilité et son efficacité dépendront de l'examen du cas concret⁵⁷⁴. Par exemple, une règle de nature procédurale, comme c'est le cas du délai de 120 pour déposer un acte de mandamus de sécurité compté à partir de l'acte illégal, n'est pas applicable dans un cas donné, de sorte qu'il ne soit pas discuté si, dans une situation,

⁵⁶⁹ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 249.

⁵⁷⁰ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 252.

⁵⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 62.

⁵⁷² BRÉSIL. Constitution fédérale de 1988. Art. 5.

⁵⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 271.

⁵⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 279.

il ne peut pas être appliqué. D'une manière différente, lorsque nous sommes face à une norme qui a la nature d'un principe, comme c'est le cas des droits fondamentaux, ceux-ci doivent être appliqués dans toute la mesure possible. Toutefois, il est possible que, selon les circonstances de l'affaire, il ne soit pas invoqué ou soit invoqué dans une moindre mesure. Cet exemple nous permet de conclure que la théorie de l'application immédiate ne signifie pas qu'un droit absolu sera extrait de chaque droit fondamental, mais que tout refus doit être justifié et fondé. Ainsi, l'applicabilité immédiate et la pleine efficacité "supposent la condition de règle générale, sauf les exceptions qui, pour être légitimes, dépendent d'une justification convaincante à la lumière du cas concret, dans le cadre d'une exégèse basée sur chaque norme de droit fondamental".⁵⁷⁵

La compréhension de la majorité brésilienne est donc que la théorie de l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux a été choisie, car leur application ne dépend pas des actions du législateur et n'est pas épuisée dans l'interprétation des clauses générales du droit privé⁵⁷⁶. L'ordre normatif n'est plus conçu comme un système de règles, mais de principes⁵⁷⁷. C'est ce que l'on entrevoit avec Ingo Wolfgang Sarlet : "il n'existe pas de support suffisamment solide pour soutenir une négation en ce qui concerne la liaison directe des personnes privées aux droits fondamentaux, du moins dans les hypothèses dans lesquelles le pouvoir public n'est pas le destinataire exclusif"⁵⁷⁸. Et Eugênio Facchini Neto : "contrairement à la conception libérale classique, qui ne voit dans la Constitution qu'une limite au pouvoir politique, sans affecter les relations privées régies par la législation infra-constitutionnelle, le constitutionnalisme contemporain attribue à la Constitution la fonction de façonner également les relations sociales et économiques"⁵⁷⁹. Et il poursuit en disant : "c'est pourquoi on soutient que la Constitution doit être appliquée directement, y compris dans les relations inter-privées, au moins lorsque la controverse en question ne peut être résolue sur la base de la loi, soit parce que la loi fait défaut, soit parce que la loi offre une solution apparemment injuste"⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 280.

⁵⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 260.

⁵⁷⁷ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: Ethic@ - Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 116.

⁵⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 152.

⁵⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 44.

⁵⁸⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 44.

Dans le même ordre d'idées, Alexandra Agra Belmonte soutient également que les droits fondamentaux ont également une efficacité immédiate, car "s'ils servent à protéger le citoyen contre les abus du pouvoir public, ils doivent également avoir des répercussions sur les relations privées, dans lesquelles ils ont une efficacité prévalente et immédiate, indépendamment de la règle infra-constitutionnelle, comme le prévoit l'art. 5, § 1 de la CF"⁵⁸¹. De même, Daniel Wunder Hachem, affirme que "les mêmes droits qui, à première vue, s'adressent immédiatement à l'État, peuvent affecter les relations interprivées. Se prend soin de ce qu'on appelle l'efficacité horizontale des droits fondamentaux"⁵⁸². Carlos Roberto Siqueira Castro affirme que "le sentiment constitutionnel contemporain exige désormais que le principe de la dignité de l'homme, qui sert de structure à la construction des Constitutions de l'ère moderne, vienne fonder l'extension de l'efficacité des droits fondamentaux aux relations privées, c'est-à-dire l'efficacité externe, également appelée directe ou immédiate"⁵⁸³. Thiago Luís Santos Sombra défend que "la théorie de l'efficacité directe des droits fondamentaux permet à l'herméneutique d'avoir des mécanismes plus efficaces pour la réponse rapide contre toute menace d'atteinte à un droit fondamental"⁵⁸⁴. Paulo Gustavo Gonet Branco affirme qu'il existe des normes de droits fondamentaux qui affectent directement les relations entre particuliers de manière incontestable, ce qui peut être observé, par exemple, dans la décision de la Cour suprême fédérale sur la possibilité d'exclusion d'un associé⁵⁸⁵.

Pour Jane Reis Gonçalves Pereira, "la thèse, selon laquelle les droits fondamentaux sont applicables dans les relations juridiques de cette nature - relations entre particuliers - tient compte, principalement, de la dimension fonctionnelle des droits fondamentaux", poursuivant en disant qu'il est "intuitif que, lorsqu'on envisage les droits fondamentaux à partir de leur finalité - qui est, en somme, d'assurer des niveaux maximums d'autonomie et de dignité des personnes - son application devient pertinente dans toutes les situations où cette sphère d'autonomie peut être compromise, peu importe que cela résulte de l'action d'un pouvoir privé

⁵⁸¹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 27.

⁵⁸² HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais "direitos públicos subjetivos"? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. p. 419.

⁵⁸³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. Escola Nacional da Magistratura, Brasília, vol. 2, n.º 5, pp. 39-54, 2008, p. 49.

⁵⁸⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. O supremo tribunal federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. In: R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 65/66:29-86, jan./dez. 2007. p. 60.

⁵⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. In: Direito Público, v. 1, n. 2, out/dez 2003, Porto Alegre, pp. 170-174.

ou public"⁵⁸⁶. Et, enfin, André Rufino do Vale, qui défend que "les transformations subies par l'État de droit ont élargi le champ d'irradiation des effets produits par les droits fondamentaux, les rendant efficaces dans les relations entre particuliers"⁵⁸⁷.

La Constitution de 1988 a consacré des droits fondamentaux généreux sans se méprendre sur l'idée que seul l'État serait le violateur de ces droits, comme c'est le cas avec la théorie de *state action*. Elle consacre un modèle d'État social qui vise à promouvoir l'égalité matérielle, ce qui est réalisé, surtout en liant les particuliers aux droits fondamentaux, de telle sorte qu'il en émane une "liaison passive universelle" des particuliers aux droits ici étudiés. C'est une "Constitution progressiste et ses valeurs essentielles sont la traduction normative d'un projet généreux d'émancipation sociale des exclus"⁵⁸⁸. La Cour suprême du Brésil a appliqué cette théorie pour la première fois en 1996, dans une affaire qui portait sur le droit d'un membre d'une coopérative à une défense préalable avant son exclusion. À cette occasion, bien que la Cour n'ait pas mentionné la question de l'applicabilité directe des droits fondamentaux, elle a jugé que : "En cas d'exclusion d'un membre en raison d'un comportement contraire aux statuts, une procédure régulière doit être respectée, permettant l'exercice d'une défense pleine et entière"⁵⁸⁹.

En 1997, a été jugé une affaire sur l'égalité de rémunération entre travailleurs nationaux et étrangers, dans laquelle il était question de la possibilité pour un travailleur étranger de percevoir le même revenu qu'un travailleur brésilien occupant le même poste. Malgré l'absence de disposition infra-constitutionnelle à cet égard, la Cour suprême a estimé que : "À l'appelant, parce qu'il n'est pas français, nonobstant le fait qu'il travaille pour une société française, au Brésil, le statut du personnel de la société, qui accorde des avantages aux employés, dont l'applicabilité serait limitée à l'employé de nationalité française, n'a pas été appliqué. Infraction au principe d'égalité"⁵⁹⁰, et a continué: "la discrimination fondée sur un attribut, une qualité, une note intrinsèque ou extrinsèque de l'individu, comme le sexe, la race, la nationalité, la

⁵⁸⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Tese de doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

⁵⁸⁷ VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 100.

⁵⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 268.

⁵⁸⁹ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Appel extraordinaire n° 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Journal de la Justice du 07/06/1996.

⁵⁹⁰ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Recours extraordinaire n° 161.243. Rapporteur : Sydney Sanches. Requérent : Joseph Halfin. Partie défenderesse : Compagnie Nationale Air France. Date du jugement : 07/10/1997.

croyance religieuse, etc. est inconstitutionnelle"⁵⁹¹. L'arrêt démontre la position de la Cour dans l'application directe du principe d'égalité, s'affiliant ainsi à la théorie de l'efficacité immédiate⁵⁹².

La même année, le tribunal s'est prononcé sur la possibilité d'exclure un membre d'une coopérative sans lui donner au préalable la possibilité de se défendre, estimant qu'il y avait eu violation du principe de pleine défense prévu par la Constitution. La décision stipule : "en cas d'exclusion d'un membre en raison d'un comportement contraire aux statuts, il est nécessaire de respecter la procédure légale, permettant le plein exercice de la défense. La simple contestation de l'associé devant l'assemblée générale, en ce qui concerne l'exclusion, n'est pas de nature à entraîner l'adoption d'une procédure sommaire"⁵⁹³.

En 2001, la Cour a discuté de la légalité des preuves produites dans le cadre d'une procédure pénale découlant d'un acte illégal commis par une personne privée et s'est prononcée en faveur de l'application de la Constitution et des droits qui y sont énoncés pour reconnaître l'illégalité de la preuve. Un extrait de la décision est reproduit ici : "l'irrecevabilité procédurale des preuves illicites devient absolue chaque fois que l'illicéité consiste dans la violation d'une règle constitutionnelle, au détriment des parties ou des tiers ". Il a poursuivi en déclarant que "dans de tels cas, il importe peu que l'acte illégal ait été commis par un agent public ou par des particuliers, car dans les deux cas, les preuves auront été obtenues en violation des principes constitutionnels qui garantissent les droits de la personnalité"⁵⁹⁴.

Plus tard, en 2005, dans une affaire impliquant une association (L'Union Brésilienne des Auteurs-Compositeurs) et un membre qui a été exclu sans que le droit à la défense lui soit assuré, la Cour a de nouveau été appelée à se manifester⁵⁹⁵. En première instance, la Cour de justice de Rio de Janeiro avait déjà déclaré la nullité de l'exclusion pour violation du principe de la défense pleine et entière et du contradictoire, mais le Tribunal suprême fédéral, dans une décision historique, pour confirmer la sentence prononcée par le Tribunal *a quo*, a entériné la

⁵⁹¹ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Recours extraordinaire n° 161.243. Rapporteur : Sydney Sanches. Requéant : Joseph Halfin. Partie défenderesse : Compagnie Nationale Air France. Date du jugement : 07/10/1997.

⁵⁹² GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 72.

⁵⁹³ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Appel extraordinaire n° 158.215-4.

⁵⁹⁴ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Appel extraordinaire n° 251.445-GO. Rapporteur : Min. Celso de Mello. Date du jugement : 21/06/2000.

⁵⁹⁵ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Appel extraordinaire n° 201.819-8. Rapporteur original : Min. Ellen Gracie ; Rapporteur pour l'arrêt : Min. Gilmar Mendes. Requéant : União Brasileira de Compositores - UBC et Défendeur : Arthur Rodrigues Villarinho. Date du jugement : 11/10/2005.

thèse de l'efficacité horizontale directe dans le système constitutionnel brésilien⁵⁹⁶. Des extraits de l'arrêt sont reproduits ci-dessous : "[...] les droits fondamentaux garantis par la Constitution s'imposent directement non seulement aux pouvoirs publics, mais aussi aux particuliers" ; "[...] l'autonomie privée ne peut s'exercer au détriment ou au mépris des droits et garanties des tiers, notamment ceux consacrés par la Constitution, car l'autonomie de la volonté ne confère pas aux particuliers le pouvoir de transgresser ou d'ignorer les restrictions définies par la Constitution elle-même". Et il conclut : "les violations des droits fondamentaux ne se produisent pas seulement dans le cadre des relations entre le citoyen et l'État, mais aussi dans les relations entre les individus et les personnes morales de droit privé. Ainsi, les droits fondamentaux garantis par la Constitution lient directement non seulement les pouvoirs publics, mais visent également à protéger les particuliers contre les pouvoirs privés"⁵⁹⁷.

Comme on peut le constater, cette théorie impose la nécessité de modérer les biens juridiques qui s'affrontent dans un cas donné, en mettant en balance le droit fondamental en jeu et l'autonomie privée des personnes concernées. Il ne pouvait en être autrement, car le modèle d'État de droit social et démocratique adopté par le législateur brésilien repose sur la prémisse de la promotion de l'égalité matérielle ou substantielle, en opposition à l'idéal libéral qui soutient la théorie *state action*, qui exclut l'incidence des droits fondamentaux dans les relations privées. Elle est également incompatible avec la théorie de l'incidence indirecte ou médiate des droits fondamentaux allemands, car elle limite la force obligatoire à la volonté du législateur ordinaire ou la confine à une application en tant que simple vecteur interprétatif des clauses générales du droit privé⁵⁹⁸.

La Constitution brésilienne n'a établi aucune limitation de l'incidence des droits fondamentaux sur les pouvoirs publics, à l'exception de certains droits dont seul l'État est le bénéficiaire final, tels que les droits des prisonniers, les droits politiques, les droits à la nationalité, etc. En outre, le langage adopté par le législateur lors de la rédaction des droits fondamentaux laisse penser que son intention n'était autre que de véhiculer une idée de force

⁵⁹⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In*: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 79.

⁵⁹⁷ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. Appel extraordinaire n° 201.819-8. Rapporteur original : Min. Ellen Gracie ; Rapporteur pour l'arrêt : Min. Gilmar Mendes. Requéant : União Brasileira de Compositores - UBC et Défendeur : Arthur Rodrigues Villarinho. Date du jugement : 11/10/2005.

⁵⁹⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In*: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 82.

obligatoire universelle⁵⁹⁹. À cela s'ajoute le fait que la société brésilienne est profondément marquée par des inégalités sociales qui justifient un rôle plus actif du législateur afin de changer cet état.

Une grande partie des objections formulées à l'encontre de cette théorie soulignent le fait qu'elle – prétendument – (a) compromet excessivement l'autonomie privée, dans la mesure où elle s'appliquerait de manière illimitée aux relations non publiques ; (b) est antidémocratique parce qu'elle accorde au pouvoir judiciaire le bénéfice de la mise en balance des biens juridiques qui s'affrontent dans un litige privé ; (c) génère une insécurité juridique, dans la mesure où les conflits privés devraient être résolus sur la base des dispositions de la Constitution, qui a souvent des concepts vagues, ouverts et abstraits, laissant les personnes impliquées dans une situation de vulnérabilité quant à ce qui sera décidé ; (d) met en danger l'autonomie du Droit privé, qui devient colonisé par le Droit constitutionnel⁶⁰⁰ ; (e) fait perdre la clarté conceptuelle du droit privé et des règles du jusfondamental si elles étaient appliquées immédiatement et directement aux relations privées⁶⁰¹.

En opposition à cette critique, il existe trois contre-arguments. Premièrement, si un individu ne jouit pas au moins des conditions minimales de liberté, droit qui est généralement violé dans les relations asymétriques et inégales comme dans le cas brésilien, il ne pourra guère jouir de son droit à l'autonomie privée. C'est en raison de cette situation de dépendance du deuxième par rapport au premier que, contrairement à ce qui est soutenu, les droits fondamentaux ont le pouvoir de garantir et de promouvoir le plein exercice du droit à l'autonomie privée et non de l'exclure ou de l'atténuer⁶⁰².

Quant à l'argument selon lequel la théorie de l'application directe est antidémocratique, il est rejeté, car le législateur démocratique possède une légitimité conférée par l'élection populaire, qui découle de l'autonomie publique du citoyen. Même lorsque le législateur reste inerte, ou lorsque les règles existantes ne protègent pas suffisamment les individus, le pouvoir judiciaire peut agir dans son nom propre, afin d'assurer la pleine protection

⁵⁹⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In*: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 82.

⁶⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 262.

⁶⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem. p. 96.

⁶⁰² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In*: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 85.

de ces droits dans les relations privées, car il est le gardien de la Constitution. Il n'y a donc pas d'atteinte à la démocratie⁶⁰³.

Enfin, la liaison des droits fondamentaux aux relations privées doit passer par un jugement de pondération entre le droit en question et l'autonomie privée que l'on envisage de limiter, de telle sorte que son incidence ne soit pas illimitée. Cela signifie que, lors de l'analyse d'un cas concret, des normes seront établies pour l'application de chaque droit fondamental dans les relations privées, en déterminant s'ils doivent prévaloir ou non sur l'autonomie privée individuelle, et cette procédure n'est pas suivie à la merci de la convenance du juge, mais à travers une technique valorisante propre⁶⁰⁴.

En résumé, l'évolution de l'État de droit brésilien confirme que les droits fondamentaux sont des garanties qui assurent une forte protection de la liberté et de l'autonomie individuelles face aux pouvoirs publics, de sorte que ces derniers ne peuvent envahir les espaces de protection de la liberté, de l'autonomie et du bien-être protégés par les droits fondamentaux que de manière conditionnée et strictement encadrée, en présentant une justification pertinente. En d'autres termes, pour restreindre un droit fondamental, l'État devra présenter des raisons légitimes et nécessaires. Certaines raisons seront d'emblée considérées comme *injustifiables*, comme le fait d'imposer un modèle de vie particulier à une personne qui ne le partage pas ; d'autres pourront être considérées comme *suspectes* et soumises à un examen plus approfondi, comme la discrimination pour des motifs religieux. Cela signifie que, même lorsque la restriction émanant du Pouvoir Public semble légitime, elle doit néanmoins respecter toute une série de principes propres à l'État de droit, tels que le principe d'égalité, la sécurité juridique et l'interdiction des excès, sous peine d'encourir une certaine inconstitutionnalité⁶⁰⁵ ; c'est-à-dire que, même lorsque la restriction semble admissible, elle doit respecter les limites existantes⁶⁰⁶.

Si l'on prend l'exemple d'un individu qui s'exprime publiquement contre l'État, dans la pleine jouissance de son droit à la liberté d'expression, il ne peut pas subir de restriction de ce droit par le Pouvoir Public qui n'est pas d'accord avec le contenu de sa manifestation. Dans cet exemple, il ne s'agit pas de mettre en balance l'intérêt individuel et l'intérêt du gouvernement, car le premier – la liberté d'expression – l'emporte, et il n'existe aucune raison justifiable de

⁶⁰³ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 264.

⁶⁰⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 86.

⁶⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 152.

⁶⁰⁶

limiter la liberté d'expression individuelle dans ce scénario. Cela signifie que pour que l'État limite ou intervienne de manière restrictive dans un droit fondamental, il doit avoir une justification solide et s'il n'en respecte pas les limites, en contradiction avec le principe d'égalité ou le principe d'interdiction des excès, la restriction sera inconstitutionnelle⁶⁰⁷.

D'autre part, lorsqu'on analyse la possibilité de restreindre les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, l'importation des techniques utilisées dans le secteur public ne semble pas être la meilleure alternative, car les raisons *suspectes* ou *injustifiables* sont parfaitement possibles et admissibles dans les relations privées, et aussi parce qu'elles sont basées sur l'autonomie de l'individu et ses droits fondamentaux. La thèse de l'efficacité immédiate entend transporter l'invocation des droits fondamentaux aux relations entre particuliers ; néanmoins, ses défenseurs reconnaissent la difficulté existant lors de l'application directe des droits fondamentaux contre d'autres particuliers. En effet, lorsque l'on entend s'opposer à un droit fondamental dans les relations privées, il existe également un autre droit fondamental chez l'autre partie de la relation et, dans ce scénario, la question est la suivante : pourquoi le droit de l'un devrait-il prévaloir sur l'autre ? Qui doit supporter la charge de la justification dans ce cas ? Le problème est accentué dans la mesure où en opposition à chaque argument en faveur d'une position, il sera possible de répliquer les mêmes arguments en faveur de l'autre position de jusfondamental⁶⁰⁸.

Contrairement à ce qui se passe dans les relations avec le Pouvoir Public, où les droits fondamentaux constituent de véritables "atouts" contre toute action de l'État, dans les relations privées, la force avec laquelle un droit fondamental est invoqué contre un autre particulier n'a rien à voir avec le caractère d'atout que ces droits ont dans les relations avec l'État. Dans les relations entre particuliers, l'invocation d'un droit fondamental contre un autre droit fondamental aboutit à une garantie *soft*, comme l'appelle Jorge Reis Novais.⁶⁰⁹ Dans ce cas, le succès de l'un des droits contre l'autre dépend entièrement de l'appréciation du juge, ce qui peut générer une insécurité juridique, en plus du non-respect du principe de séparation des pouvoirs.

Dans tous les cas, l'État assume le rôle de protéger les biens des libertés fondamentales contre les menaces qu'ils peuvent subir du fait de l'interaction avec d'autres personnes privées

⁶⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 155.

⁶⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 156.

⁶⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 158.

et ce rôle doit être proportionnel aux besoins et aux exigences objectives de protection⁶¹⁰. En d'autres termes, l'État doit protéger ceux qui sont en position de faiblesse, qui sont faibles face à des pouvoirs privés plus forts. Il convient également de considérer que l'autonomie privée, bien que bénéficiant d'une protection constitutionnelle, n'est pas une valeur absolue et doit être rendue compatible avec les droits et intérêts constitutionnels en jeu⁶¹¹. Affirmer que l'applicabilité directe des droits fondamentaux dans les relations privées porte atteinte à l'autonomie privée est une erreur, car en réalité, sans la protection des droits fondamentaux dans les relations privées dans des sociétés absolument asymétriques, comme au Brésil, il n'est même pas possible de parler d'autonomie privée⁶¹². À cet égard, nous reproduisons la pensée de José João Nunes de Abrantes : "En fait, l'autonomie et la liberté des entreprises n'ont de sens que si elles sont exercées de manière libre et éclairée, c'est-à-dire qu'elles présupposent, pour être réelles, la possibilité d'une véritable autodétermination de ces sujets, qui ne peut être garantie que par le fonctionnement des droits fondamentaux"⁶¹³.

En France, bien qu'il n'y ait pas de consensus sur l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations privées, une partie de la doctrine comprend l'application de la théorie de l'efficacité directe, telle qu'illustrée par Bertrand Mathieu. Les divergences disparaissent toutefois lorsque l'on analyse le contexte du droit du travail, car il ne fait aucun doute que les droits fondamentaux s'appliquent directement, en raison, notamment, des décisions rendues par la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant des relations de cette nature⁶¹⁴.

Tel qu'indiqué ci-dessus, la discussion sur l'efficacité horizontale des droits fondamentaux est née dans le contexte juridique allemand. Dans un premier temps, l'invocation du respect des droits fondamentaux dans les relations privées apparaît comme quelque chose d'étrange, puisque jusqu'alors il n'était pas possible de lier la personne publique de cette manière. Le changement de paradigme, dans le contexte français, rencontre une difficulté supplémentaire, car le législateur n'a pas catalogué ce que seraient les droits fondamentaux avant 1971-1974, ce qui a fortement entravé la possibilité de s'interroger sur la possibilité d'invoquer le respect des droits fondamentaux dans les relations privées à travers une

⁶¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018. p. 159.

⁶¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 263.

⁶¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 263.

⁶¹³ ABRANTES, José João Nunes de. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. AAFDL: Coimbra, 1990. p. 97.

⁶¹⁴ CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 273.

perspective constitutionnelle. C'est pourquoi on disait que l'effet horizontal des droits fondamentaux avait un effet secondaire ou dérivé, lié aux obligations positives de l'État de protéger et de respecter lui-même les droits fondamentaux ou, en outre, à l'interprétation des dispositions générales de la législation visant à prévenir les abus des particuliers⁶¹⁵.

Au fil du temps, la conception de l'effet horizontal a été naturalisée en droit français, de sorte qu'aujourd'hui elle est considérée comme une caractéristique indissociable des droits fondamentaux et, par conséquent, essentielle. L'influence des droits fondamentaux sur le droit privé se manifeste principalement par le contrôle de la constitutionnalité des lois qui est exercé par le Conseil constitutionnel, empêchant la publication de lois contraires aux valeurs inscrites dans les droits fondamentaux et établissant qu'elle devrait être l'interprétation la plus constitutionnellement appropriée de certaines lois privées⁶¹⁶. Cette maturation peut s'expliquer de plusieurs façons, dont la première réside dans l'état naturel et le contrat social. En effet, les droits naturels sont les droits qui existent dans les relations entre particuliers, de sorte que le pouvoir n'existe pas dans l'état naturel. Le pacte qui justifie l'origine de la société et du pouvoir naît dans le but de sauvegarder l'efficacité des droits naturels. Dans cette perspective, ce serait l'effet vertical qui pourrait être considéré comme un effet secondaire lié au fait que l'État devrait assurer l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers et devrait lui-même respecter ces droits⁶¹⁷.

La deuxième explication repose sur l'idée que les droits fondamentaux ne sont pas destinés à compenser simplement une disproportion entre le pouvoir individuel (plus faible) et le pouvoir public (plus fort). En effet, la pouvoir publique est nécessairement entre les mains d'autres individus, ce qui constitue un risque de distorsion de la machine étatique à des fins privées. C'est pourquoi, afin de protéger les individus contre d'autres individus qui occupent des positions au sein du pouvoir politique, c'est le pouvoir public qui doit respecter les droits fondamentaux⁶¹⁸. Dans cette perspective, l'effet vertical des droits fondamentaux n'est qu'un simple effet intermédiaire et non un obstacle à l'effet horizontal ; l'effet horizontal a pour but ultime la protection des droits fondamentaux. Ainsi consommé, l'effet vertical des droits fondamentaux n'est rien d'autre qu'une forme particulière de garantie de ces droits contre les

⁶¹⁵ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 23.

⁶¹⁶ QUEIROZ, Rholden Botelho. Da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. pp. 185-208, p. 192.

⁶¹⁷ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 24.

⁶¹⁸ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 24.

pouvoirs privés (plus précisément, ceux qui ont accédé à des positions de pouvoir étatique). L'effet horizontal est la forme normale et directe de la protection des droits fondamentaux ; en d'autres termes, dans cette perspective, l'effet horizontal n'est pas une sorte d'effet secondaire des droits fondamentaux, mais le révélateur d'une véritable raison d'être⁶¹⁹.

Le concept des droits fondamentaux diffère du concept libéral défensif, qui les considère comme des armes limitant l'ingérence du Pouvoir Public dans la sphère privée. La fonction des droits fondamentaux est de promouvoir une liberté égale pour tous face aux inégalités existant au sein d'une société. Ils obligent les pouvoirs privés à les respecter ; en d'autres termes, l'effet horizontal oblige ceux qui sont en position dominante à affirmer leur pouvoir et, ainsi, la naturalisation de l'effet horizontal des droits fondamentaux se présente comme un énorme avantage, celui d'imposer le coût économique du droit aux droits fondamentaux aux pouvoirs privés et non à l'État (une machine lente et coûteuse)⁶²⁰. Elle se rapproche beaucoup plus d'une conception républicaine de la liberté, c'est-à-dire d'une conception de la liberté sans domination, ce qui est un avantage.

La présence croissante des droits fondamentaux dans les relations privées a été considérée comme un facteur essentiel de l'évolution du Droit des Contrats. L'effet horizontal est présent dans le Droit français, notamment dans la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle invoque la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour justifier ses décisions. Il est possible d'observer de nombreuses hypothèses d'application des normes garantissant les droits fondamentaux dans les relations contractuelles privées, dont les exemples démontrent que l'effet horizontal sert de protection du libre choix d'exercer les droits fondamentaux contre l'ingérence arbitraire d'autrui⁶²¹. Néanmoins, on ne peut ignorer que dans certaines situations d'hostilité, le droit au libre choix devrait être mieux protégé.

L'invocation des droits fondamentaux permet d'analyser la légalité des clauses contractuelles, qui peuvent être annulées si elles portent une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de l'une des parties. Les contrats de logement et de travail, dans lesquels l'une des parties est dépendante de l'autre en raison d'une situation de domination, en sont des exemples. Dans le cas de contrats de travail, la Cour de cassation française a jugé qu'une clause imposant un lieu de domicile précis à un salarié constituait une atteinte excessive à sa liberté

⁶¹⁹ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 24.

⁶²⁰ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 25.

⁶²¹ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 31.

individuelle. Dans tous les cas, ce que l'on entrevoit, c'est qu'une fois que les juges acceptent l'argument de l'efficacité horizontale, l'invocation des droits fondamentaux déclenchera l'application du principe de proportionnalité. L'analyse consiste à déterminer si la violation d'un droit fondamental donné est proportionnelle et a un but légitime, de sorte que les intérêts des titulaires de droits en jeu doivent être mis en balance⁶²².

Techniquement, le rééquilibrage des relations contractuelles peut s'effectuer de deux manières ; d'une part, l'invocation des droits fondamentaux affecte la portée des droits et obligations contractuelles par le jeu de l'interprétation, c'est-à-dire par l'analyse des clauses du contrat ou des règles juridiques qui fixent le régime du contrat. En revanche, il est possible, au nom de la protection des droits fondamentaux, d'annuler certaines clauses. L'utilisation défensive des droits fondamentaux permet à l'une des parties de s'abstenir d'exécuter des obligations contractuelles qui sont contraires aux droits fondamentaux. L'invocation du droit fondamental permet ainsi de pallier les insuffisances des dispositions législatives qui ne contiennent pas de protection spécifique ou d'interpréter les clauses générales de la législation de manière à protéger les individus⁶²³.

Sans l'effet horizontal, rien n'empêche une des parties contractantes de forcer l'autre à une certaine soumission de ses intérêts, parce qu'elle est plus forte. La partie faible est contrainte de sacrifier l'exercice de ses droits à la volonté arbitraire de la partie dominante et, du point de vue de la liberté, il y a violation de ce bien juridique, car la partie faible ne dispose d'aucun moyen juridique pour s'opposer à une certaine ingérence arbitraire et, par conséquent, ne peut exercer ses droits. Pour autant, il est possible de dire que l'effet horizontal des garanties est opposable aux revendications de la partie dominante⁶²⁴.

La théorie de l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations privées est contestée par certains Français – notamment par les spécialistes en droit contractuel – qui considèrent qu'il s'agit d'une théorie incontrôlable et, par conséquent, d'une source d'insécurité, ainsi que d'une atteinte au droit des parties de contracter librement. L'effet horizontal s'exprime principalement lorsque le législateur ne protège pas un droit donné, la législation étant insuffisante ou, également, pour corriger un déséquilibre (même dans les cas où il y a eu une renonciation par le titulaire du droit lui-même, selon la situation) ; l'effet horizontal direct

⁶²² LAFaix, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 32.

⁶²³ LAFaix, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 33.

⁶²⁴ LAFaix, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 33.

permet aux titulaires de droits de compenser les silences ou les dispositions légales insuffisantes⁶²⁵.

La protection efficace des droits fondamentaux et du droit à la liberté de choix nécessite un mécanisme de sanction propre. L'existence de situations de domination et les mécanismes de sanction respectifs des clauses contractuelles qui affectent le libre exercice des droits fondamentaux sont au cœur de la conception républicaine de la liberté. Malgré cela, comme exposé, il y a ceux qui disent que la théorie de l'efficacité horizontale ne serait pas applicable ; cette position est rejetée pour au moins trois raisons, mentionnées ci-dessous. Le premier d'entre eux concerne l'utilisation de la sanction par la partie la plus faible ; en effet, il existe un danger bien connu lorsque le titulaire des droits se trouve dans une relation de dépendance dans le contrat. Dans ce cas, si la nullité d'une clause affecte l'ensemble du contrat, la sanction se retourne contre la partie la plus faible, qui perd les avantages de la relation contractuelle qu'elle a contractée (par exemple, pourquoi un locataire voudrait-il perdre la propriété où il vit à cause d'une clause contractuelle nulle ? La solution la plus pertinente semble être de recourir à la technique de la clause non écrite (compréhension donnée le 10 février 2016, dans l'affaire numéro 2016-131 qui a réformé le Code Civil - dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est considérée comme une clause non écrite), qui permet de protéger la partie lésée en préservant le contrat⁶²⁶. En conséquence, les parties et le juge doivent appliquer le contrat comme si la clause violée, et seulement la clause violée, n'existait pas ; quant aux autres points, le contrat doit rester identique à ce qui a été convenu précédemment entre les parties.

La deuxième raison concerne la possibilité de contester à perpétuité la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses, de sorte qu'il soit possible de contester, sans limite de temps, lorsqu'il s'agit de clauses non écrites. La troisième raison concerne le rôle du juge ; en effet, il s'agit de lutter contre les situations de domination afin que l'effet horizontal touche non seulement le contenu du contrat ou son régime juridique, mais aussi les aspects contentieux et l'office du juge ; ainsi, par exemple, le juge devra dénoncer d'office toute illégalité du contrat découlant de la violation des droits fondamentaux⁶²⁷.

⁶²⁵ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 37.

⁶²⁶ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 38.

⁶²⁷ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 39.

En ce qui concerne la possibilité de renoncer à des droits fondamentaux et du point de vue de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux, un premier point est la critique qu'une telle théorie reçoit pour mettre en danger le raisonnement contractuel classique, notamment en raison de la nature indéterminée des droits fondamentaux. En réaction à cette critique, un mouvement est apparu dans le but de réintégrer les droits fondamentaux dans la sphère contractuelle, en tant qu'objet de négociation et de stipulation contractuelle. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux pose de nombreuses difficultés, car on peut considérer que les droits fondamentaux intègrent un ordre public, relevant de l'intérêt général. L'assimilation des droits fondamentaux comme étant d'ordre public n'empêche cependant pas leur renonciation, mais ils neutralisent partiellement l'effet horizontal des droits fondamentaux⁶²⁸.

La question de la renonciation à l'exercice des droits fondamentaux peut se fonder sur une tradition civiliste qui admet que la protection ne soit pas invoquée en raison de la nature publique du bien juridique, bien que tous les droits ne soient pas couverts (par exemple, le droit à la vie et la protection de la dignité humaine ne peuvent faire l'objet d'une renonciation). La solution traditionnelle consiste à faire une différence, selon la finalité de la règle ; si la règle protège des intérêts qui vont au-delà des parties, la renonciation est possible ; si la règle vise à protéger l'une des parties, la renonciation est interdite a priori, mais licite a posteriori. Cette solution repose sur l'idée que l'ordre public doit offrir une protection au moment de la conclusion du contrat afin que la partie la plus faible ne soit pas incitée à accepter des clauses excessivement désavantageuses. À partir du moment où la partie la plus faible est protégée, personne ne s'opposera à ce qu'elle renonce à la protection qui lui convient. Même ainsi, la possibilité qu'une personne plus faible puisse se trouver dans une situation d'infériorité même après la conclusion du contrat – pour une période indéfinie – n'est pas ignorée, de sorte que dans ce cas toute renonciation sera en principe interdite, même si elle est effectuée a posteriori. L'analyse de la légalité d'une renonciation est une question largement débattue en France et suppose d'apprécier les conditions par lesquelles elle est intervenue (motif, objet de la renonciation, étendue du bien juridique auquel on a renoncé, etc.), au moyen d'un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle de proportionnalité suppose la prise en compte des intérêts de la partie la plus faible afin de la protéger de tout arbitraire⁶²⁹.

⁶²⁸ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 40.

⁶²⁹ LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42. p. 42.

En reconnaissant que les droits fondamentaux ne représentent pas seulement des droits de défense contre les actes du pouvoir public, mais aussi des normes juridiques objectives, ils deviennent des principes d'organisation qui commandent l'existence collective des individus et de la société dans son ensemble⁶³⁰. Les problèmes dogmatiques qui en découlent ne concernent pas, selon certains, la construction de l'effet horizontal (qu'il soit direct ou indirect), mais plutôt une remise en cause de la portée et du contenu des droits fondamentaux. Plus précisément, il est possible de formuler les questions suivantes : quelles sont les conditions qui permettent de lier une personne privée au respect des droits fondamentaux ? Quels sont les critères qui permettent de mesurer la responsabilité découlant d'une obligation liant des personnes privées ? Comme on peut le constater, la question principale n'est pas tant de savoir si les droits fondamentaux produisent un effet dans le domaine normatif régissant les personnes privées, mais de répondre de manière objective à tous les problèmes liés au processus d'objectivation des droits fondamentaux que leur application entraîne dans un cas concret⁶³¹. Le danger d'une expansion incontrôlée et indifférente des droits fondamentaux représente une difficulté particulière, qui conduit à un sous-constitutionnalisme, ce qui n'est pas souhaitable par la Cour constitutionnelle. Les questions dogmatiques de la détermination et de la notion des effets de l'application des droits fondamentaux entre personnes privées sont liées à la notion de séparation des pouvoirs, en particulier elle se réfère au rôle du juge de la cour constitutionnelle fédérale par rapport au législateur et aux tribunaux ordinaires⁶³².

Par conséquent, la question du retour à une conception libérale des droits fondamentaux sera développée afin de comprendre pourquoi cette dernière, comprise comme une simple distinction entre l'État et la liberté de la société et qui conçoit les droits fondamentaux comme des droits de la défense, n'est plus opérationnalisable. Le champ d'application de plus en plus important des droits fondamentaux découle, d'une certaine manière, de l'évolution du rôle de l'État et des difficultés résultant de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Les tentatives de modifier, d'un point de vue dogmatique, l'effet objectif, présentent différentes facettes et se rapportent à différents niveaux. Il s'agit, d'une part, de la définition d'un contenu concernant le caractère de défense et de protection des droits

⁶³⁰ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 157.

⁶³¹ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 158.

⁶³² REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 158.

fondamentaux et, d'autre part, du retour aux catégories de la dogmatique des droits fondamentaux et à leur rôle de droits de protection. La résolution et le conflit des droits fondamentaux entre personnes privées nécessitent une mise en balance de ces intérêts et la mise en œuvre du principe de concordance pratique. Ce sont les droits fondamentaux en jeu et l'intensité de la violation qui permettent de constater l'existence d'obligations et de responsabilités des personnes privées. Indépendamment des appréciations portées dans un cas spécifique, les problèmes qui déterminent la manière dont sont générés les conflits de droits fondamentaux entre personnes privées dépassent la portée limitée d'un cas isolé. Les conditions d'application des droits fondamentaux font partie d'un ensemble abstrait et sont comprises comme des facteurs qui, dans un cas concret, dépendent de l'application de ces droits. Par conséquent, une multitude de décisions sur l'effet horizontal peuvent survenir et elles mettent toujours sur la table la question de savoir comment démontrer l'existence et les conditions d'un certain droit fondamental⁶³³.

En résumé, la théorie de l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux est surtout appliquée en France et au Brésil, où il y a un fort sentiment de lutte constante contre les inégalités sociales et la recherche d'une promotion effective de la dignité de la personne humaine, des valeurs qui ont une importance unique dans les deux réalités.

Section II - La jurisprudence sur l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail du secteur privé

Pour comprendre les spécificités de l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail du secteur privé, puis examiner comment la jurisprudence du travail en France et au Brésil traite de ce thème, il est nécessaire d'aborder l'applicabilité effective de la théorie de l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux dans les relations privées françaises et brésiliennes, telle qu'elle a été conclue ci-dessus. Il convient, alors, de réfléchir au fait que cette liaison peut se produire à différents niveaux, à savoir : (i) les relations manifestement inégales établies entre des sujets de droit privé qui ne sont pas au même niveau (comme c'est le cas des relations de travail), et (ii) les relations établies entre des sujets de droit

⁶³³ REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175. p. 159.

privé qui sont au même niveau d'égalité, parce que situées en dehors des relations de pouvoir⁶³⁴. Ainsi, face à des situations d'asymétrie de pouvoir (i) il est reconnu, en règle générale, que les parties privées sont liées de manière plus imposante aux droits fondamentaux, avec une protection de l'autonomie privée considérablement moindre et, différemment, en dehors des relations privées asymétriques (ii) la liberté doit, en règle générale, prévaloir, en donnant du prestige à l'autolimitation, et il y a une plus grande protection de l'autonomie privée⁶³⁵, sauf si elle viole la dignité de l'être humain⁶³⁶ et le noyau minimal essentiel de ce droit. Cela permet d'éviter un ordre juridique absolument totalitaire qui ne laisse pas de place à la liberté individuelle et à l'autonomie privée⁶³⁷.

On constate donc que l'application des droits fondamentaux dans les relations privées ne se fait pas de manière uniforme⁶³⁸ et peut nécessiter des solutions différentes, ce qui présuppose l'utilisation de techniques de pondération et de tests de proportionnalité⁶³⁹ (un sujet qui sera analysé dans un autre chapitre). Ainsi, la question de l'égalité des biens matériels n'a pas le pouvoir de déterminer l'existence ou non d'une obligation contraignante des sujets privés à l'égard des droits fondamentaux, mais elle est plutôt importante au moment de procéder à une pesée des droits en jeu, en les conciliant avec l'autonomie privée des individus afin d'éviter le vidage complet d'un droit ou d'un autre.

Outre les organes de l'État, les droits fondamentaux des individus doivent être protégés par rapport aux agents privés, notamment les grandes entreprises, les organisations et les groupes d'entreprises, car ils sont dotés d'un pouvoir social et économique⁶⁴⁰ important et c'est là que les libertés sont particulièrement menacées⁶⁴¹. L'individu inséré dans la société actuelle est, à la fois, un acteur social et un membre de certaines organisations dans lesquelles il cherche la préservation de ses intérêts, comme les églises, les associations, les syndicats, les partis

⁶³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 399.

⁶³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: Revista Direito GV 1, v. 1, n. 1, pp. 173-180, maio de 2005. p. 176.

⁶³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 400.

⁶³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 400.

⁶³⁸ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 57.

⁶³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 401.

⁶⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 68.

⁶⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 396.

politiques, etc. de telle sorte que les pouvoirs sociaux peuvent être simultanément une menace et un facteur de protection pour l'individu et ses droits fondamentaux⁶⁴². Si l'exercice de ces pouvoirs sociaux dans une plus ou moins grande mesure est susceptible de générer des inégalités, il est nécessaire d'assurer un équilibre entre les valeurs en jeu avec l'autonomie privée et la liberté de négociation, dans la mesure où aucune n'est complètement détruite ou annulée⁶⁴³.

Ce n'est pas par hasard que les premières formulations doctrinales concernant l'efficacité immédiate des droits fondamentaux dans les relations privées ont été faites dans le domaine du travail, puisque les relations de travail sont caractérisées par une inégalité prononcée entre les parties qui les composent, surtout en raison de la présence de l'élément de subordination, de telle sorte qu'il n'y ait jamais de symétrie de pouvoir entre l'employeur et l'employé, même si ce dernier est hyper-suffisant⁶⁴⁴. C'est pourquoi le droit du travail est considéré comme un domaine dans lequel l'effet horizontal des droits fondamentaux bénéficie d'un traitement privilégié⁶⁴⁵. Cette conclusion découle de "l'inéluctable inégalité de fait et de droit entre les sujets de la relation de travail, car plus cette inégalité est révélée, plus grande est la marge de restriction de l'autonomie privée". Ou, pour le dire autrement, moins la liberté de la partie la plus faible est grande, plus le besoin de protection est grand"⁶⁴⁶.

La Constitution française de 1946, dans son préambule, faisait déjà expressément référence à la nécessité de protéger les droits fondamentaux des salariés, notamment le droit à la liberté de religion et de conscience du travailleur : "*Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.*"⁶⁴⁷ La nouvelle Constitution française, en revanche, ne comporte pas une telle disposition dans son préambule.

⁶⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 68.

⁶⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 398.

⁶⁴⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 88.

⁶⁴⁵ CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001. p. 246.

⁶⁴⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 60.

⁶⁴⁷ FRANCE. Constitution de 1946. Préambule : "*Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances*".

La supériorité économique de l'employeur est également mise en évidence, ce qui est un facteur qui accroît l'inégalité avec l'autre bout de la relation⁶⁴⁸. L'employeur, doté du pouvoir de direction et de discipline auquel est soumis un travailleur et dont il a le devoir d'obéir par rapport aux ordres émis, réaffirme évidemment cette asymétrie⁶⁴⁹. Il ne s'agit donc pas d'un contrat qui reflète l'autonomie de la pleine volonté, car il s'agit en réalité d'une voie à sens unique pavée par le pouvoir social⁶⁵⁰. De manière analogue, la distance entre les deux positions (salarié et employeur) est comparée à une course dans laquelle, alors que le travailleur est sur la ligne de départ, l'employeur est déjà à un pas de la ligne d'arrivée.

Ainsi, il est possible d'affirmer que la soumission du travailleur au pouvoir de commandement de l'employeur constitue une menace potentielle et constante pour les droits fondamentaux, puisqu'il s'agit d'une situation d'inégalité tant par la possibilité d'être évalué à tout moment que par la menace de licenciement⁶⁵¹, ce qui corrobore dans l'application générique et large de ces droits au milieu du travail. Cette application générique, résultant d'un degré variable d'asymétrie entre les parties, n'assimile pas l'employeur aux Pouvoirs Publics, de telle sorte que le premier (employeur) conserve un degré de liberté d'action et de décision plus large que le second (Pouvoir Public), en ce qui concerne l'obligation des droits fondamentaux⁶⁵², en raison de l'existence sans équivoque de différences structurelles entre les deux types de relations (publiques et privées) mais aussi parce que l'employeur continue d'être le titulaire des droits fondamentaux⁶⁵³. Il est alors indispensable de les rendre compatibles, ou de les harmoniser, à la lumière du cas d'espèce, afin d'éviter un traitement identique aux relations privés-pouvoir public⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 68.

⁶⁴⁹ REIS, Raquel Tavares. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 48.

⁶⁵⁰ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 58.

⁶⁵¹ REIS, Raquel Tavares. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 40.

⁶⁵² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 89.

⁶⁵³ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 61.

⁶⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 69.

Par exemple, un employeur privé peut, lors de la sélection de candidats pour un poste vacant, opter pour celui avec qui il a une plus grande affinité personnelle, ce qui ne serait pas possible dans le cas d'un employeur public. La prérogative accordée aux entités privées découle du droit à l'autodétermination, à l'autonomie et à la liberté contractuelle, prévu par la Constitution brésilienne. Bien qu'il soit possible que des situations se présentent dans lesquelles on se demande si l'acte de l'employeur caractérise ou non une violation indue des droits fondamentaux des employés ; quand est-il possible de déterminer si, dans un cas concret, un droit fondamental – tel que le droit à la religion ou à la vie privée – doit prévaloir sur le droit de l'employeur à la liberté de gestion ?⁶⁵⁵

Il est important d'analyser dans quelle mesure l'autonomie privée, sous l'aspect de la liberté de négociation, peut être limitée en raison de l'incidence des droits fondamentaux, afin d'éviter les abus potentiels de l'employeur et, en même temps, dans quelle mesure le pouvoir de direction de l'employeur peut être limité en raison de cette application⁶⁵⁶. D'innombrables variables peuvent intervenir dans l'analyse de l'incidence des droits fondamentaux non liés au travail sur les relations de cette nature. La difficulté réside dans le fait de décider s'il faut protéger les droits fondamentaux ou les restreindre et, afin d'éviter les extrêmes, il est nécessaire d'établir des critères afin de rendre l'autonomie privée de l'employeur compatible avec les droits fondamentaux de ses employés, en tenant compte à la fois de la situation d'inégalité existant entre les travailleurs et l'employeur, ainsi que de la volonté du travailleur de conclure ce contrat. En d'autres termes, il faut rechercher un point d'équilibre, sans oublier de considérer que l'étendue de la protection des droits fondamentaux ne peut pas changer à tout moment, selon le côté d'où vient l'intervention ou l'agression⁶⁵⁷.

On constate souvent dans les contrats de travail que la liberté contractuelle recule devant l'interdiction de l'arbitraire, mais en cas de doute, la présomption milite en faveur de la liberté⁶⁵⁸. D'une manière ou d'une autre, la Constitution doit donc agir à la fois comme garant et comme limiteur du droit privé⁶⁵⁹. À cette fin, il est possible d'établir certains paramètres qui doivent être respectés, respectivement : (i) analyse de *business necessity*, selon la doctrine nord-

⁶⁵⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In: Revista TST*, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 92.

⁶⁵⁶ REIS, Raquel Tavares. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 37.

⁶⁵⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 208.

⁶⁵⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. *In: HECK, Luís Afonso (Organizador). Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 68.

⁶⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 397.

américaine, ou nécessité de l'entreprise ; (ii) grande entreprise ; (iii) employeur membre de l'Administration Publique directe ou indirecte ou entité remplissant une fonction éminemment publique ; (iv) micro, petite entreprise, entrepreneur individuel ou entité à but non lucratif ; (v) entreprise de tendance ; (vi) employeur domestique ; (vii) lorsque le comportement de l'employeur se réfère à une qualité intrinsèque ou existentielle du travailleur⁶⁶⁰.

(i) Selon la nécessité commerciale – *business necessity* –, un employeur peut exiger un comportement différencié de la part de ses employés et une restriction proportionnelle de certains droits individuels des employés peut être acceptable, à condition que cette restriction soit compatible avec les objectifs commerciaux légitimes de l'employeur. Ainsi, par exemple, il est admissible qu'un hôpital exige de ses employés qu'ils gardent leurs ongles toujours coupés et qu'ils ne les peignent pas avec du vernis à ongles, afin d'assurer l'hygiène et de préserver la santé des patients.

(ii) Dans le cas d'une grande entreprise, avec un nombre élevé de salariés, il est supposé, *prima facie*, que le droit fondamental des salariés prévaudra sur tout comportement restrictif de l'employeur, car il est supposé que, dans le cadre de cette relation asymétrique existante, les libertés existentielles des salariés seront encore plus protégées face au pouvoir directif et potestatif de l'employeur. Le même raisonnement est applicable aux (iii) entités qui font partie de l'Administration publique directe ou indirecte ou aux entités qui exercent des fonctions de nature éminemment publique, de préférence pour le droit fondamental du salarié, équivalent à ceux imposés par l'État.

(iv) D'autre part, dans le cas des micro, petites entreprises, entrepreneurs individuels ou entités à but non lucratif, la préférence initiale pour les droits du salarié est atténuée car, contrairement à ce qui se passe dans les cas précédents, ces relations ne sont pas toujours marquées par une inégalité de fait qui a une présomption de véracité. Au contraire, dans les petites entreprises, il est courant qu'il y ait une plus grande proximité entre les employés et l'employeur avec une plus grande facilité de négociation des clauses contractuelles de la relation juridique établie.

(v) Dans le cas d'une entreprise de tendance, il doit y avoir une préférence *prima facie* en faveur des employés, mais il existe ici la possibilité de renverser cette présomption, "surtout lorsque la discussion porte sur l'option idéologique contenue dans l'objet de l'activité commerciale (par exemple, une école religieuse ou un parti politique). Ceci à condition que le

⁶⁶⁰ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In: Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 95.*

salarié en ait connaissance au moment de l'admission - quelque chose de similaire à l'institut nord-américain *bona fide occupational qualification* (BFOQ)"⁶⁶¹. Dans ces cas, une atténuation du principe d'égalité dans les relations privées est justifiée, afin de ne pas restreindre certains domaines de choix rationnels de l'employeur, en évitant une subversion totale de la liberté de gestion et, par conséquent, une rigidité indésirable des relations de travail⁶⁶².

(vi) Dans le cas des domestiques, il n'y aura pas de préférence *prima facie* des droits du salarié face à une restriction de l'employeur, puisque, dans cette hypothèse, le salarié est inséré dans un environnement familial où il doit veiller à la préservation d'une marge d'appréciation par l'employeur.

(vii) Enfin, chaque fois qu'un choix restrictif de l'employeur met en péril une qualité intrinsèque ou existentielle du travailleur, par exemple la race, la nationalité, le sexe, etc, il y aura une préférence *prima facie* en faveur du salarié, qui sera plus accentuée que dans les cas précédents. Dans des situations comme celle-ci, il sera essentiel que l'employeur justifie les raisons qui l'amènent à restreindre le droit fondamental du travailleur, car la subordination juridique – qui en soi est capable de limiter l'exercice des droits fondamentaux – et l'autonomie de l'entreprise privée – qui a pour but principal d'obtenir des bénéfices – sont deux facteurs qui augmentent encore plus son obligation de justifier la restriction imposée.

L'analyse de la jurisprudence des cours supérieures brésiliennes démontre clairement l'application directe des droits fondamentaux dans le domaine du droit du travail. À titre d'exemple, certaines décisions sont mentionnées, d'abord celle publiée en 2004 dans une plainte de travail dans laquelle se débattait la légalité de l'atteinte à la vie privée par l'employeur, par des perquisitions intimes et la possibilité de réclamer une indemnité compensatrice, occasion où la Cour supérieure a confirmé l'appel interjeté par le salarié pour condamner l'entreprise à verser une indemnité pour préjudice moral. La décision stipule que : "Pourtant, de nos jours, en raison d'une culture hédoniste, le corps humain est exposé et exploité quotidiennement au service des intérêts les plus vils et les plus abjects. Le non-respect de sa dignité intrinsèque ne peut atteindre les relations de travail sous peine de dégrader encore plus la situation déjà pénible du travailleur contemporain", et continue : "Je comprends, dans cette démarche, qu'il traduit une atteinte grave à la dignité du corps humain, l'obligation imposée à la salariée, en raison d'un lien de travail, de se déshabiller (car pour se changer il faut, évidemment, qu'elle le fasse) devant

⁶⁶¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In: Revista TST, Brasília*, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101. p. 94.

⁶⁶² REIS, Raquel Tavares. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 52.

le représentant de l'employeur. Il convient d'ailleurs de rappeler l'épisode biblique de la perte de David, qui n'avait besoin que d'un regard sur Bethsabée, la femme d'Urie, pour comploter la mort de ce dernier. Dans une pratique similaire, l'employée a fait l'objet d'une contrainte illégale, avec violation du droit constitutionnel à la vie privée, puisqu'elle a été soumise à une situation vexatoire et humiliante, d'une contrainte morale indéniable, puisqu'elle était accompagnée d'un inconnu lorsqu'elle se déshabillait dans un environnement fouillé. Il est clair qu'un tel comportement est une offense à la dignité humaine et mérite répulsion et condamnation. Il s'agit donc d'une atteinte au droit à l'intimité de la pratique de l'entreprise qui, dépassant les limites du pouvoir de direction et de contrôle, impose la présence d'un superviseur, même de même sexe, pour accompagner le changement de vêtements des employés dans le vestiaire." Et il conclut : "Ainsi, que ce soit pour décourager le vol ou pour empêcher les substances psychotropes de parvenir à la société, le contrôle, dans les conditions où il est exercé par l'entreprise, n'a pas de support juridique. Je ne crois pas que la dignité humaine puisse être bafouée au nom de la défense de la propriété, ni pour un prétendu intérêt public. En fait, la thèse présentée ici trouve un appui dans la théorie de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux ou *Drittwirkung der Grundrechte*, conçue par l'Allemand Hans Carl Nipperdey, juge et prestigieux spécialiste du droit civil et du droit du travail, dans les années 50 du siècle dernier"⁶⁶³.

Quelques années plus tard, en 2007, la même Cour a prononcé un arrêt défendant implicitement l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations privées dans une affaire où était discuté le droit de recevoir une prime de départ versée uniquement à certains employés sans aucune justification de cette différence de traitement. Elle a déclaré dans la décision que : "cette Cour comprend que le principe constitutionnel d'isonomie a un caractère matériel et non formel, raison pour laquelle, en principe, les avantages accordés seulement à certains travailleurs doivent être étendus au salarié qui se trouve dans la même situation de fait. Le versement de la prime de départ à certains salariés seulement, sans la stipulation d'un quelconque critère objectif, caractérise une violation du principe d'isonomie [...]"⁶⁶⁴.

En 2013, la Cour supérieure du travail s'est prononcée sur la légalité d'un licenciement pour motif valable qui n'a pas respecté les principes constitutionnels de procédure contradictoire, de défense ample et de procédure régulière. La décision stipule que : "c'est

⁶⁶³ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-RR 2195/1999-009-05-00.6, 1ère chambre, juge rapporteur João Oreste Dalazen, date de publication : 07/09/2004.

⁶⁶⁴ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-RR 119037/2003-900-02-00.0, 3ème collège, juge rapporteur Carlos Alberto Reis de Paula, Date de publication : 31/08/2007.

l'efficacité horizontale des droits fondamentaux, reconnue par la doctrine moderne, qui leur confère une applicabilité dans la sphère privée, de sorte que les droits fondamentaux assurés par la Constitution, doivent être respectés tant dans les relations entre l'État et les citoyens que dans les relations intersubjectives. Cet accord garantit l'applicabilité des droits fondamentaux prévus par la Constitution fédérale aux relations de travail, sans préjudice des droits du travail prévus par la Constitution"⁶⁶⁵.

En 2017, la Cour a tranché une affaire discutant de la légalité d'un licenciement sans respect de la procédure de cessation de la relation de travail établie par l'employeur lui-même. À cette occasion, les juges ont ratifié la thèse de l'applicabilité directe des droits fondamentaux aux relations de travail, dans les termes suivants : "Le principe du procès équitable est l'expression de la garantie constitutionnelle, selon laquelle les règles préétablies par le législateur ordinaire doivent être observées dans le déroulement du procès, en assurant aux justiciables, dans la défense des droits portés devant le juge étatique, toutes les opportunités procédurales conférées par la loi. 2. Le principe précité, tel qu'il est traditionnellement conçu, témoigne d'une efficacité verticale, puisqu'il impose des obligations à l'État, au bénéfice du citoyen. Cependant, afin de parvenir à une protection plus complète des droits fondamentaux, la Cour suprême a déjà décidé que la garantie d'un procès équitable doit et peut être invoquée dans les relations entre parties privées, matérialisant ce que la doctrine appelle l'efficacité horizontale. 3. Dans l'hypothèse où l'employeur établit lui-même une procédure à suivre pour le licenciement du salarié, le respect de cette procédure constitue un droit fondamental du travailleur. 4. Par conséquent, le licenciement sans motif, sans respect de la procédure établie par l'employeur, porte atteinte à la garantie du salarié à une procédure légale régulière dans son sens horizontal"⁶⁶⁶.

En 2021, la Cour s'est prononcée sur la légalité de la demande d'une employée de réduire son temps de travail sans réduction proportionnelle de sa rémunération, car elle a une fille qui a besoin de soins spéciaux en raison de son état de trisomie 21 et de sa vessie neurogène. Pour trancher l'affaire, le Juge Rapporteur a invoqué la théorie de l'efficacité horizontale des droits fondamentaux dans leur aspect direct ou immédiat, dans les termes suivants : "le processus historique d'horizontalisation des droits fondamentaux a acquis un siège constitutionnel exprès (art. 5, §1), de sorte que les valeurs les plus chères à la société ont la capacité d'atteindre tous les individus directement et avec une pleine efficacité. Ainsi, la matrice

⁶⁶⁵ BRÉSIL, Tribunal Supérieur du Travail, TST-RR xxxxx-64.2003.5.07.0003.

⁶⁶⁶ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-RR xxxxx-23.2015.5.09.0011, Ministre Rapporteur Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Date de publication : 27/09/2017.

axiologique de la Constitution doit servir de source immédiate pour la résolution des demandes portées à la tutelle du pouvoir judiciaire, notamment celles de grande complexité". Et il continue : "[...] l'absence d'une norme spécifique infra-constitutionnelle ne pourrait dispenser le magistrat de reconnaître, sur la base des principes généraux du droit, de l'analogie et des traités internationaux ratifiés par le Brésil, l'incidence directe des droits sociaux dans certains cas concrets"⁶⁶⁷.

En 2022, dans une affaire qui discutait de la légalité de la réduction des salaires et du possible préjudice moral résultant d'une telle pratique, la Cour a été catégorique en affirmant que : "en cas de violation des droits fondamentaux des travailleurs, l'efficacité immédiate des droits fondamentaux s'applique (article 5, §1, de la CR/88), y compris dans les relations entre parties privées, en raison des règles constitutionnelles que s'appliquent au cas concret et limitent la pratique du harcèlement moral, en l'absence de législation spécifique. Le respect des droits fondamentaux des employés, victimes de harcèlement moral, indépendamment de l'existence d'autres dispositions normatives, compte tenu de l'applicabilité immédiate des dispositions constitutionnelles protectrices de la dignité, de la non-discrimination, de l'honneur, de l'intimité et de la valeur sociale du travail. Ceci, sans négliger l'efficacité horizontale des droits fondamentaux"⁶⁶⁸.

La même année, la Cour a de nouveau renforcé sa position en faveur de la théorie de l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations de travail, dans une décision où il était question de savoir si un employé avait le droit de percevoir des différences de salaire dues au cumul de fonctions. Le juge a ainsi affirmé : "la protection juridique et judiciaire des individus représente l'un des piliers centraux de l'État de droit, par conséquent, un tel système institutionnel et juridique ne peut se limiter à la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine, étant plus et surtout responsable de les rendre effectifs, non seulement face au pouvoir étatique lui-même, face à son efficacité verticale, mais aussi des particuliers, conformément à la doctrine moderne de l'efficacité horizontale et diagonale des droits fondamentaux, directement et immédiatement applicables (article 5, §1, de la Constitution de 1988)"⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-RR xxxx-87.2018.5.15.0090, Ministre Rapporteur Alexandre Agra Belmonte, date de publication : 02/06/2021.

⁶⁶⁸ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-AI/RR xxxxx-79.2017.5.03.0129, Ministre Rapporteur Cláudio Brandão, Date du jugement : 17/10/2022.

⁶⁶⁹ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail, TST-RR xxxxx-22.2019.5.03.0026, Ministre Rapporteur José Roberto Freire Pimenta, date du jugement : 21/10/2022.

Comme on peut le constater, l'interprétation de la plus haute juridiction du travail brésilienne – le Tribunal Supérieur du Travail – est consolidée quant à l'applicabilité directe et immédiate des droits fondamentaux aux relations de travail, de sorte que même s'il n'y a pas de disposition expresse dans la législation du travail à ce sujet, il y a une sécurité juridique que ces droits prévus dans la Constitution de 1988 s'appliqueront aux relations de travail légales privées conformément au Tribunal référé.

Dans le droit fil de ces décisions, il est également possible de trouver la position de juristes brésiliens renommés défendant l'efficacité horizontale dans les relations de travail, parmi lesquels il convient de mentionner le Juge Associé du 17e Tribunal Régional du Travail, Carlos Henrique Bezerra Leite, qui défend la théorie parce qu'il comprend que c'est la solution la plus en harmonie avec l'efficacité maximale des droits fondamentaux, en accord avec l'État de Droit Démocratique Brésilien⁶⁷⁰. C'est dans le même sens que se défend la juge du travail Márcia Novaes Guedes, lorsqu'elle affirme que la doctrine trouve sa pleine applicabilité dans le domaine du travail, car elle comprend que la garantie fondamentale énoncée à l'article 5, X, de la Constitution de 1988 (qui stipule que l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables, assurant le droit à la réparation des dommages matériels ou moraux résultant de leur violation) guide les relations de travail, imposant des limites au pouvoir d'inspection et de contrôle conféré à l'employeur⁶⁷¹.

Par ailleurs, la juge associée du Tribunal Régional du Travail de la 3e région, Alice Monteiro de Barros (*in memoriam*), a affirmé que le fait que le salarié soit subordonné à l'employeur ne signifie pas que le pouvoir directif accordé à ce dernier justifierait l'inefficacité de la protection de la vie privée dans l'environnement de travail, sous peine de faire dégénérer la subordination juridique dans un état de sujétion du salarié⁶⁷². Le juge du Tribunal Régional du Travail de la 15e Région, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, dit qu'il est d'accord avec la tendance qui se positionne en faveur de l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations droit privé-travail, comprenant qu'il fournit une meilleure réponse "à la réalité et aux besoins du monde contemporain, dans lequel la croissance du pouvoir des entités privées est indéniable, ainsi qu'il est plus en phase avec l'étape actuelle du droit constitutionnel, sous plusieurs approches"⁶⁷³. Le juriste Paulo Gustavo Gonet Braco affirme que "l'incidence des

⁶⁷⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011. p. 43.

⁶⁷¹ GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

⁶⁷² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 101.

⁶⁷³ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego. In: Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, pp. 182-198. p. 193.

droits fondamentaux n'est pas contestée lorsqu'ils sont manifestement conçus pour être exercés contre des personnes privées. Plusieurs droits sociaux, notamment ceux liés au Droit du Travail, sont directement opposables aux employeurs privés"⁶⁷⁴.

La juriste Joselita Nepomuceno Borba défend que l'efficacité immédiate des droits fondamentaux dans le cadre des relations de travail est d'une extrême importance pour assurer les droits inhérents à la personnalité tels que l'intimité de la vie privée, la liberté d'expression, l'interdiction de la discrimination, imposant la nécessaire relecture de la Loi du Travail à la lumière de ces principes constitutionnels et faisant, par conséquent, adhérer au contrat de travail des droits fondamentaux et des garanties inhérentes à la liberté de l'individu"⁶⁷⁵. Les juristes Luiz Otávio Linhares Renault et Isabela Márcia de Alcântara Fabiano affirment que si la relation de travail continue à être le principal instrument d'inclusion sociale, de distribution des revenus, d'éradication de la pauvreté, de réduction des inégalités et de dignité de la personne humaine, "il n'y a aucune raison de priver les droits sociaux du travail de leur applicabilité et de leur efficacité immédiates"⁶⁷⁶.

Enfin, l'ancien ministre du Tribunal Suprême Fédéral, Joaquim Barbosa, déclare : "dans certains domaines, l'incidence des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers découle d'une imposition explicite de la Constitution fédérale elle-même. C'est ce qui se passe, par exemple, dans le domaine des droits sociaux, où la Constitution impose à ceux qui s'engagent dans des relations privées, comme les relations de travail, le respect d'un catalogue de droits destinés à protéger les travailleurs"⁶⁷⁷.

Elle est similaire au traitement accordé au thème dans le scénario français lors de l'analyse de l'efficacité des droits fondamentaux dans les relations de travail, à l'instar des arrêts reproduits ci-dessous. La décision qui consacre la caractéristique fondamentale des droits sociaux a été rendue en 1998, dans laquelle il a été affirmé que la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que les droits reconnus aux travailleurs de participer à des associations pour traiter des conditions de travail et de la gestion de l'entreprise, doivent tous être garantis. C'est dans ce cas que l'on entrevoit

⁶⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 2000, p. 171.

⁶⁷⁵ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais*. In: *Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho*. Coordenação: Renato Rua de Almeida, Adriana Calvo e Andréa Pressas Rocha, LTr, 2010, p. 64.

⁶⁷⁶ RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego – alguma verdade*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out/dez. 2011, p. 219.

⁶⁷⁷ BRÉSIL. Cour suprême fédérale. RE 201.819/RJ. Vote de Joaquim Barbosa, p. 50.

une consécration de ces libertés, proclamées par l'article 4 de la Déclaration de 1789, comme fondamentales, devant être assurées à tous les employés et ouvriers.

En 2001, la Chambre sociale s'est prononcée sur la légalité de l'accès aux courriers électroniques échangés par le salarié à partir d'un ordinateur affecté à des fins exclusivement professionnelles. Dans cette affaire, elle a considéré que le salarié avait droit, même pendant les heures de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, ce qui implique le respect du secret de sa correspondance. Dès lors, l'employeur ne pouvait, sans violer cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels envoyés et reçus par le salarié par le seul fait d'avoir mis à disposition cet ordinateur, même s'il en avait interdit l'utilisation à des fins autres que professionnelles. Pour sortir de l'impasse, l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, l'article 9 du Code Civil, l'article 9 du nouveau Code de Procédure Civile et l'article L. 120-2 du Code du Travail ont été invoqués⁶⁷⁸.

Depuis 2003, avec le jugement d'une affaire par la Cour sociale de la Cour de cassation, un nouveau contexte concernant la manière dont le pouvoir judiciaire se réfère aux libertés fondamentales a été observé. Tandis qu'elle a cessé de donner raison au demandeur de comprendre que la liberté vestimentaire sur le lieu de travail n'était pas un droit ayant la nature d'une liberté fondamentale, elle a consacré sa terminologie, inaugurant une nouvelle façon de voir le droit dans laquelle il dépendra, invariablement, d'une analyse au cas par cas⁶⁷⁹.

En 2004, la Cour a jugé que la disposition contractuelle d'un contrat de travail prévoyant une clause de non-concurrence doit nécessairement être accompagnée d'une contrepartie financière pour être valable. La décision précise que l'exigence d'une contrepartie financière à une clause de non-concurrence est obligatoire afin d'assurer le respect et l'efficacité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle, sous peine de violer les articles 1, 2 et 1134 du Code civil et l'article 6 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui sont immédiatement effectifs et applicables⁶⁸⁰.

En 2006, la Cour s'est prononcée sur l'éventuelle violation du droit du salarié au libre choix de son domicile et sur l'éventuelle illégalité de son licenciement pour refus de ce choix. Dans cette affaire, il a été entendu que l'ordre d'un employeur de changer la résidence d'un salarié ne constitue pas, en soi, une violation de la liberté fondamentale du salarié de choisir son domicile, s'il existe une clause dans le contrat de travail prévoyant un tel changement et que

⁶⁷⁸ FRANCE. Chambre Sociale, 2 octobre 2001, Cour de cassation, Pourvoi n.99-42.942.

⁶⁷⁹ DESPLATS-CHAMPEIL, Véronique. Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification. In: Avis juridique, pp. 232-260, p. 242.

⁶⁸⁰ FRANCE. Chambre Sociale, 19 décembre 2004, Cour de cassation, Pourvoi n.° 03-40.008.

l'ordre de changement a été donné de bonne foi. Il a été décidé que le licenciement, fondé sur un motif grave et sérieux pour le refus du salarié d'obtempérer à l'ordre émanant de son employeur, ne pouvait être considéré comme nul, la disposition contractuelle ayant été respectée et l'ordre ayant été donné de bonne foi⁶⁸¹.

En 2013, la Chambre a analysé la légalité du licenciement d'un employé pour avoir émis une lettre au profit d'un autre travailleur, destinée à la production de preuves dans un procès. À l'époque, la Chambre a considéré que le licenciement pour un tel fait viole la liberté fondamentale de témoigner en justice et, en conséquence, a déclaré le licenciement nul, rejetant les arguments de l'employeur, selon lesquels le salarié, en écrivant la déclaration, avait violé son obligation de loyauté, ce qui avait généré une perte de confiance irrémédiable, essentielle pour le maintien du lien. Il y avait une violation de la liberté fondamentale d'expression du travailleur et par conséquent du témoin, qui a vu sa caution être résiliée après avoir produit des preuves judiciaires en faveur d'un ancien collègue de travail. Enfin, la Cour a considéré que tout citoyen a le droit de pouvoir participer à des actes en faveur de la recherche de la vérité et qu'aucun employeur ne peut mettre en péril le bon fonctionnement de la justice et priver quelqu'un de témoigner en faveur d'un autre sous couvert du pouvoir disciplinaire⁶⁸².

En 2016, la Cour a de nouveau été appelée à analyser la légalité d'un licenciement et l'éventuelle violation du droit à la liberté d'expression et à témoigner en justice. En résumé, un salarié avait été licencié pour faute grave après avoir dénoncé les actes commis par un membre du conseil d'administration et président de l'association employeuse. À l'époque, le tribunal a jugé que le licenciement était nul et non avenue et a déterminé le paiement d'une indemnité et de montants destinés au règlement des demandes de licenciement. Selon cette décision, le fait pour un salarié de dénoncer des circonstances survenues sur le lieu de travail qui lui paraissent anormales, en raison de ses droits à la liberté d'expression et à témoigner en justice, n'est pas susceptible de constituer une faute grave ouvrant droit à la résiliation de son contrat⁶⁸³. La même année, dans une autre affaire, la Cour a décidé que la résiliation d'un contrat fondée sur l'introduction d'une action en justice par le salarié est nulle, sous peine de violation de sa liberté fondamentale de le faire⁶⁸⁴.

En 2021, la Chambre s'est prononcée sur le droit à la preuve et ses limites face à la vie privée du salarié, comprenant que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments qui

⁶⁸¹ FRANCE. Chambre Sociale, 28 mars 2006, Cour de cassation, Pourvoi n.° 04-41.016.

⁶⁸² FRANCE. Chambre Sociale, 20 octobre 2013, Cour de cassation, Pourvoi n.° 12-22.447.

⁶⁸³ FRANCE. Chambre Sociale, 30 juin 2016, Cour de cassation, Pourvoi n.15-10.557.

⁶⁸⁴ FRANCE. Chambre Sociale, 16 mars 2016, Cour de cassation, Pourvoi n.14-23.589.

touchent à la vie personnelle du salarié, à condition que cela soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve, en plus d'être proportionnel à l'objectif visé. La décision indique que la Cour, lorsqu'elle analyse la demande de production de preuves et ses effets possibles à la lumière du droit à la vie privée des travailleurs, doit d'abord vérifier si les documents exigés par le travailleur ne sont pas indispensables à l'exercice du droit à la preuve concernant la discrimination alléguée et proportionnels aux objectifs poursuivis, idem si les éléments, dont la documentation était demandée, étaient susceptibles d'affecter la vie personnelle d'autres travailleurs sans vérifier quelles mesures étaient indispensables à l'exercice du droit à la preuve⁶⁸⁵.

En 2022, la chambre sociale a jugé une affaire dans laquelle était discutée la légalité du licenciement d'un salarié qui refusait d'exécuter les services pour lesquels il avait été engagé, après avoir déménagé comme le prévoyait le contrat de travail (clause de mobilité), en plaidant l'incompatibilité des tâches avec ses convictions religieuses. Bien que la juridiction inférieure ait accepté la demande de nullité du licenciement au motif qu'il y avait eu discrimination et violation de l'exercice de la liberté religieuse du travailleur, la Cour suprême, d'une manière différente, a décidé que le licenciement ne constituait pas, en soi, une discrimination directe injustifiée en raison des convictions religieuses de l'employé, déclarant que le licenciement n'était pas nul, car il était nécessaire de vérifier tant la nature que les conditions d'exercice de l'activité du travailleur, outre la proportionnalité de la mesure appliquée par l'employeur, ce qui, dans l'affaire, semble avoir été observé par ce dernier. La décision indique, en résumé, que la décision qui a annulé la résiliation du contrat de la salariée pour l'avoir considérée comme discriminatoire en raison du motif religieux invoqué par la salariée doit être révisée, car la sanction appliquée par l'employeur est dûment justifiée par une exigence professionnelle et déterminante au sens de l'article 4, §1^o, de la directive 2000/78/CE, compte tenu notamment de la nature et des conditions d'exercice de l'activité de la salariée, qui a librement conclu un contrat comportant une clause de mobilité, dont la modification a été dûment démontrée comme nécessaire par l'employeur⁶⁸⁶.

En 2022, la Chambre sociale a de nouveau été amenée à se prononcer sur la conciliation du droit de détachement des membres de la délégation du comité social et économique, prévu à l'article L. 2315-15 du Code du Travail, avec la protection des informations à caractère personnel, notamment en ce qui concerne l'affichage de parties de

⁶⁸⁵ FRANCE. Chambre Sociale, 22 septembre 2021, Cour de cassation, Pourvoi n.19-26.144.

⁶⁸⁶ FRANCE. Chambre Sociale, 19 janvier 2022, pourvoi n.° 20-14.014, FS-B+L.

messages électroniques apparaissant, par leur contenu, comme un avertissement. Pour sortir de l'impasse, la Cour a suivi sa jurisprudence traditionnelle sur la protection de la vie privée des travailleurs, affirmant, au vu des dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, ainsi que des articles 9 et L. 2315. 15 du Code du travail, que le respect de la vie personnelle ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'application des articles précités, lorsque la divulgation d'informations concernant la vie personnelle du travailleur est indispensable à la poursuite d'une mission légalement engagée, notamment la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité du travailleur et à condition que l'ingérence dans la vie personnelle soit proportionnelle au but poursuivi. Toutefois, compte tenu des circonstances du message en cause, qui a été envoyé nominale et exclusivement par le droit de l'établissement au directeur chargé de gérer les questions de santé, de sécurité et d'environnement de travail, ainsi que de son contenu disciplinaire, la Cour a compris que l'avertissement avait perdu son caractère professionnel en révélant la vie personnelle lorsqu'il sort du cercle formé par l'employeur et le salarié. La décision indique également que la diffusion du message n'a pas démontré qu'elle était indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et que le critère de proportionnalité n'a pas été respecté⁶⁸⁷.

En 2022, la Cour s'est prononcée sur la légalité du licenciement d'un employé qui avait abusé de son droit à la liberté d'expression en s'élevant contre un projet de son employeur à l'époque. Le tribunal de première instance avait décidé que l'employé ne pouvait pas être licencié dans les termes qui s'étaient produits, puisqu'il n'y avait pas de cause sérieuse et réelle qui justifiait un tel comportement. Toutefois, la chambre sociale a réformé la décision en considérant, d'une part, que sauf abus, le travailleur jouit à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise de sa liberté d'expression, qui ne peut subir que des restrictions justifiées par la nature de la tâche accomplie et proportionnées au but recherché. Concrètement, dans ce cas, il a été entendu qu'il n'y avait pas de fait réel ou de cause sérieuse qui justifiait la résiliation, mais plutôt l'absence d'utilisation abusive par le travailleur de sa liberté d'expression, et la résiliation du contrat était nulle et non avenue. En résumé, il a été réaffirmé que le travailleur, à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, jouit de sa liberté d'expression, qui ne peut être restreinte que si elle est dûment justifiée par la nature de l'activité et, à condition qu'elle soit proportionnelle aux fins recherchées, ce qui n'a pas été démontré comme étant patent dans le cas référé, la résiliation étant nulle et non avenue⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ FRANCE. Chambre Sociale, 16 février 2022, pourvoi n.° 20-14.016, FS-B+L.

⁶⁸⁸ FRANCE. Chambre Sociale, 16 février 2022, pourvoi n.° 19-17.871, FS-B+L.

De même, la doctrine française défend, au moins dans sa majorité, l'efficacité directe des droits fondamentaux dans les relations de travail. C'est ce qui a été observé lors de la manifestation annuelle traditionnellement organisée par l'Association française du droit du travail et de la sécurité sociale, où il a été affirmé que les droits fondamentaux sont directement applicables aux relations de travail et qu'il appartiendra au juge d'analyser la situation et les droits en conflit pour résoudre le problème dans une optique de proportionnalité, les frontières étant parfois particulièrement complexes⁶⁸⁹.

William Brett déclare que tous les États membres de l'Organisation Internationale du Travail – OIT – ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser les principes relatifs aux droits fondamentaux des travailleurs, à savoir : la liberté d'association et la reconnaissance de l'efficacité du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi. Christina Deliyanni-Dimitrakou défend la nécessité d'une efficacité horizontale des droits fondamentaux dans les relations privées de travail afin d'atteindre les objectifs liés au rétablissement de l'égalité entre employeurs et travailleurs, à la garantie d'une protection efficace de la partie la plus faible dans ces relations, en plus de la promotion concrète de la justice sociale⁶⁹⁰.

On sait qu'au milieu des années 1970, la définition des droits de la liberté et de la personne a connu des changements importants en raison des avancées réalisées par la Cour constitutionnelle et par le droit communautaire européen. Il a été compris que la règle constitutionnelle ne sert pas seulement de référence aux fins du contrôle de constitutionnalité, car son champ d'influence va bien au-delà. Ce processus est également connu pour être responsable de la constitutionnalisation de toutes les branches du droit, et le droit du travail n'a pas échappé à cette influence. C'est précisément au début des années 1980 que le droit du travail s'ouvre effectivement aux droits fondamentaux, après avoir enregistré plusieurs avancées avec le changement politique intervenu en 1981, notamment en matière de droits syndicaux en raison d'une période d'intense contestation politique et sociale. Actuellement, l'invocation des droits fondamentaux vise moins la réalisation de droits sociaux au profit des travailleurs que la

⁶⁸⁹ Le dossier juridique. Libertés fondamentales et droit du travail. Disponible sur : https://www.unsaaerien.com/wp-content/uploads/2021/02/20210212_Libertes-individuelles-Libertes-fundamentales-et-droit-du-travail.pdf, consulté le 31 octobre de 2022.

⁶⁹⁰ DIMITRAKOU-DELIYANNI, Christina. L'effet horizontal des droits sociaux selon la jurisprudence de la CJUE et la pratiques des juridictions nationales. In : Revista jurídica de los derechos sociales, enero-junio 2017, vol. 7, 1/2017, p. 106.

garantie du respect de la personne au travail face à des pratiques de flexibilisation des conditions de travail⁶⁹¹.

Il est indéniable que l'incidence directe et immédiate des droits fondamentaux sur les relations privées du droit du travail français et brésilien impose l'observation de ces droits qui doivent être garantis dans la mesure la plus large possible, en observant des normes de raisonnable et de proportionnalité. En conséquence, il est possible que des conflits de droits surviennent dans le milieu de travail, d'une part l'employeur et, d'autre part, l'employé, étant tous deux titulaires de droits fondamentaux. Dans de tels scénarios, il incombera à l'applicateur du droit de décider, dans le cas concret, quel droit doit prévaloir, étant certain que pour cela il y a des théories qui aident à prendre une décision adéquate, en vue de la sécurité juridique, de la protection de la dignité de la personne humaine et du noyau essentiel du droit, des thèmes qui sont censés être analysés ci-dessous.

Chapitre II - L'identification de critères juridiques pour la restriction des droits fondamentaux

Maintenant que la manière dont les particuliers français et brésiliens sont liés en ce qui concerne les droits fondamentaux a été comprise, on passe à l'analyse des critères juridiques existants pouvant permettre et légitimer la restriction de ces droits dans les relations du droit du travail. Les droits et libertés peuvent être restreints, mais il ne faut pas perdre de vue que ces restrictions sont limitées par l'ordre juridique⁶⁹². Cette section vise à analyser spécifiquement les situations de limitation de la restriction des droits fondamentaux en prenant en compte les principaux critères adoptés par la doctrine et la jurisprudence à cette fin : la protection du contenu essentiel des droits fondamentaux (Section I) et le respect du principe de proportionnalité, en utilisant la technique de la pondération (Section II).

⁶⁹¹ MEYRAT, Isabelle. Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente. In : Droit Ouvrier, Juillet 2002, p. 345.

⁶⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

Section I – Le contenu essentiel des droits fondamentaux

Le débat sur la protection du contenu essentiel des droits fondamentaux se pose dans les cas difficiles de conflit où il n'est pas possible de trouver une solution directe et immédiate simplement en interprétant les normes, nécessitant toujours une évaluation et une pondération du poids des biens juridiques en conflit. Cela peut être l'une des questions les plus complexes impliquant la thématique des droits fondamentaux, celle de l'invocation de critères en tant que méthodologies constitutionnellement adéquates pour déterminer le sens et la mesure concrète de la compatibilisation entre des biens juridiques en conflit⁶⁹³.

La difficulté réside, entre autres facteurs, dans la structure ouverte des normes de droits fondamentaux, dans leur nature principiologique et dans leur dimension objective en tant que valeurs qui lient tout et qui répandent leurs effets dans l'ensemble de l'ordre juridique.⁶⁹⁴ Ces droits, conférés à tous en raison de l'interprétation de la dignité de la personne humaine de manière directe et immédiate, indépendamment de l'action du Pouvoir Législatif, contribuent de manière significative au surpassement du modèle d'État de Droit Formel⁶⁹⁵, en passant à un modèle effectif d'État fondé sur la promotion des droits et libertés matériels.

Les Constitutions, tant française que brésilienne (toutes deux dotées de valeurs morales et politiques), en ce qui concerne les droits fondamentaux n'ont présenté aucune réserve, n'ont indiqué aucune préférence accordée à chacun des biens juridiques en cas de conflit entre eux, n'ont pas non plus indiqué de cession réciproque admissible de l'un par rapport à l'autre. Il est possible de dire que la décision de prévalence de l'un par rapport à l'autre est destinée à un jugement de pondération pratiquement exclusif des pouvoirs constitués. En d'autres termes, comme le législateur constitutionnel n'a rien mentionné sur la possibilité et les circonstances de restriction de certains droits fondamentaux et considérant la nature principiologique qui leur est accordée, qui suppose la possibilité de cession en cas de conflit avec d'autres biens, la seule voie possible pour résoudre le conflit semble être celle de la pondération des biens, qui sera effectuée par le juge, par l'administration ou par le législateur selon la compétence⁶⁹⁶.

⁶⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 626.

⁶⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 626.

⁶⁹⁵ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. *A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 277.

⁶⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 627.

La question centrale concerne la cession ou non du droit fondamental face à un bien, à un intérêt, à un principe ou à une valeur qui le contredit dans le cas concret, étant entendu que les Constitutions imposent aux restrictions aux droits fondamentaux le respect de certaines exigences. Cela est particulièrement important, car la pondération invoquée de manière indiscriminée, sans considération des valeurs et des intérêts essentiels à la réalisation des droits fondamentaux, donne lieu à une incertitude et une imprévisibilité⁶⁹⁷ juridiques issues d'un subjectivisme et d'un intuitionnisme purs des applicants du droit. Cela signifie que les forces normatives et constitutionnelles des droits fondamentaux exigent une structuration des procédures de pondération de manière à rendre possible un modèle de contrôle rationnel⁶⁹⁸.

Pour comprendre et déterminer les paramètres de contrôle et les méthodologies qui sont appropriées dans les phases où il est vérifié si la restriction d'un droit fondamental respecte les exigences constitutionnelles requises à cet effet, la problématique des limites des droits fondamentaux est particulièrement importante. Diffusée par la dogmatique allemande sous l'égide de la Loi fondamentale de Bonn (responsable de déclarer expressément la liaison du législateur aux droits fondamentaux⁶⁹⁹) et qui vise à désigner les différents obstacles normatifs qui restreignent la possibilité de limitation des droits fondamentaux, en plus d'établir que les limitations, pour être légitimes, doivent répondre à un ensemble de conditions formelles et matérielles établies dans la Constitution, à l'exemple du noyau essentiel et le respect de la dignité de la personne humaine.

L'activité restrictive de l'État, sous la figure de son législateur, en ce qui concerne les droits individuels fondamentaux doit être limitée, dans la mesure strictement nécessaire et indispensable à la concrétisation et à la préservation d'autres biens juridiques également protégés. En résumé, la théorie des limites concerne la restriction de l'action du pouvoir législatif infra-constitutionnel qui pourrait conduire à l'évacuation du contenu du droit fondamental. Il y a un devoir implicite de préserver les garanties constitutionnelles, qui se produit par la limitation du pouvoir du législateur qui doit respecter les garanties constitutionnelles et les préserver autant que possible, de manière à ne pas rendre nul le droit

⁶⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁶⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 627.

⁶⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

garanti lui-même⁷⁰⁰. Ainsi, la théorie des limites des limites découle de la "nécessité de protéger un noyau essentiel du droit fondamental, ainsi que la proportionnalité de ces restrictions"⁷⁰¹.

Du point de vue procédural, la théorie propose : (a) tout d'abord, analyser s'il s'agit d'une restriction d'un droit fondamental, c'est-à-dire si un bien jusfondamental a été affecté de manière défavorable par un acte dont la nature et l'intensité suscitent ou peuvent susciter la respective judicialisation ; (b) en second lieu, si la norme jusfondamental admet la possibilité de cession du droit lorsqu'il entre en conflit avec un autre bien juridique de même valeur mais qui, dans ce cas, présente un poids plus important ; (iii) en troisième lieu, si la restriction, éventuellement admise, a respecté les limites aux limites des droits fondamentaux⁷⁰². Cela permet d'analyser le type de restriction en cause, l'intensité du préjudice et la nature de l'affectation défavorable du droit fondamental.

Une restriction à un droit fondamental se heurte également au problème de la délimitation de la prévision normative du droit fondamental, c'est-à-dire de la compréhension de ce que l'on entend réellement protéger par une restriction. Il s'agit d'un problème d'interprétation juridique des règles abstraites qui garantissent ce droit fondamental. D'une part, en raison de la nature ouverte de ce type de droit, l'interprète doit analyser la notion constitutionnelle et sa relation avec l'État et les citoyens. À ce stade, on privilégie une méthodologie de délimitation dite restrictive atténuée, qui filtre ce qui est définitivement et consensuellement exclu de la protection et tout ce qui est certainement inclus dans la protection. Il s'agit ensuite d'apprécier l'inclusion et l'exclusion des candidats dits neutres, où après une définition intentionnellement complète de ce qui est, en principe, protégé par le droit fondamental, on exclura progressivement, par des procédures interprétatives, des catégories ou des modalités qui ne bénéficient de la protection qu'en apparence, en étant certain que la charge de la justification incombe à ceux qui soutiennent l'exclusion. Cette tâche est particulièrement complexe, car il est nécessaire de fixer des limites et de moduler les résultats obtenus⁷⁰³. Il s'agit d'une activité de nature essentiellement interprétative du système juridique, puisque les conclusions qui en sont tirées découlent du sens de la règle constitutionnelle des droits

⁷⁰⁰ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 277.

⁷⁰¹ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 277.

⁷⁰² NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 628.

⁷⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 631.

fondamentaux, c'est-à-dire de ce qui est protégé, contre ce qui n'est pas protégé, ainsi que de la nature juridique de la protection, de sorte que les idéaux de généralité, d'abstraction et d'objectivité guident la recherche des résultats visés⁷⁰⁴.

Il faut noter, en tout cas, que la prise en compte des intérêts en jeu, plus précisément l'analyse des circonstances factuelles et des modulations particulières dans l'exercice de la liberté influence, dès le début, l'analyse de l'existence de la restriction ou de la présence d'un intérêt de liberté fondamentale protégé. Il s'agit de cas difficiles dans lesquels, en général, il n'est pas possible de déterminer de manière définitive et encore moins objectivement et rationnellement vérifiable, quand une atteinte à l'exercice de la liberté est jusfondamentalement protégée et quand elle cesse de l'être ou à partir de quel degré d'intensité une atteinte désavantageuse à la liberté devient une restriction des droits fondamentaux⁷⁰⁵.

Une fois reconnue l'existence de restrictions des droits fondamentaux implicitement autorisées par la Constitution, en vertu de la collision sans réserve des droits avec un autre bien également digne de protection, il convient d'abord d'en vérifier la justification, c'est-à-dire de savoir si le droit fondamental doit céder en vertu du poids relatif prétendument plus important que présente, dans le cas concret, un principe, un bien ou un intérêt qui entre en collision avec lui⁷⁰⁶. Il est tout aussi pertinent de vérifier si la norme est une règle ou un principe, car ce n'est que dans ce dernier cas que le recours à la pondération est indispensable pour déterminer l'éventuelle cession d'un droit au profit d'un autre. À cet égard, il convient de rappeler que nous sommes en présence d'un principe où la Constitution s'est limitée à consacrer une garantie générique, en transférant aux pouvoirs constitués la nécessité d'une appréciation ultérieure et décisive lorsque la garantie en question est confrontée à d'autres biens tout aussi dignes de protection⁷⁰⁷.

La deuxième étape de la justification consiste, à partir du caractère générique de la règle, à déterminer si, dans les circonstances concrètes, la garantie de la liberté doit ou non céder, c'est-à-dire si la restriction envisagée doit être admise ou non. C'est en ce moment que, en l'absence d'une indication constitutionnelle décisive, il faut trancher le conflit en se basant sur l'évaluation autonome des intérêts en confrontation, entrant nécessairement dans le domaine de

⁷⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 631.

⁷⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 631.

⁷⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 632.

⁷⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 633.

la pondération des biens. La pondération vise à déterminer le sens des règles constitutionnelles, mais elle est nécessaire pour trouver l'équilibre entre des biens juridiques contradictoires⁷⁰⁸.

En fin de compte, il s'agit d'évaluer si la méthode de pondération et la solution respective trouvée sont conformes ou non à la Loi, si elles répondent à son caractère différencié en tant qu'actif et si elles respectent les garanties constitutionnelles applicables. Enfin, il convient de noter que l'auteur de la restriction est tenu de justifier la nécessité de la restriction, ce qui peut être contrôlé par le Pouvoir Judiciaire qui, à son tour, exercera un contrôle plus intense. Une fois que l'affectation désavantageuse d'un intérêt de liberté est autorisée en raison d'une collision avec un autre bien également digne de protection, considéré dans le cas concret de plus grand poids, il est nécessaire de vérifier les soi-disant limites aux limites des droits fondamentaux, parmi lesquelles la garantie du noyau minimal essentiel est mentionnée⁷⁰⁹.

L'idée du contenu essentiel des droits fondamentaux présuppose que chaque droit fondamental possède un champ de protection qui, au moins en principe, est susceptible d'intervention⁷¹⁰. La notion d'étendue de la protection est orientée vers la notion de contenu essentiel des droits fondamentaux, qui ne se limite pas à un langage technique ou familier, mais à une garantie qui trouve un appui solide dans la doctrine des droits fondamentaux et qui vise à empêcher le vidage du contenu du droit en raison d'une restriction disproportionnée⁷¹¹. Cette idée a été introduite dans plusieurs constitutions comme un moyen de protéger les droits contre l'action du législateur et de l'exécuteur de la loi⁷¹². La conception du contenu essentiel des droits fondamentaux se développe en trois faisceaux : (a) assurer un champ d'application essentiel à chaque droit fondamental dans sa forme pure, indépendamment de toute interférence visant à justifier une restriction ; (b) établir qu'aucun droit ne peut être restreint plus intensément que nécessaire ; (c) assurer que toute restriction au droit fondamental doit être soumise à examen⁷¹³.

Le contenu essentiel est entendu comme "la pensée fondamentale de ce droit, son noyau essentiel, de sorte que la protection de ce contenu vise à empêcher le non-fonctionnement des droits fondamentaux"⁷¹⁴. Il s'agit de la composante de chaque droit fondamental qui, lorsqu'elle

⁷⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 634.

⁷⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 635.

⁷¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 405.

⁷¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁷¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 139.

⁷¹³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 231.

⁷¹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 231.

entre en collision avec d'autres droits, doit néanmoins être préservée ; il s'agit, dans un autre sens, d'une sorte de barrière ou de limite à la pratique des restrictions au droit fondamental, de telle sorte qu'il y ait un contenu minimal, lié à la dignité humaine, qui restera intouchable, qui devrait rester à l'abri des restrictions. L'utilisation de méthodes de pondération des biens, appliquées lorsqu'il est nécessaire de décider quel droit doit prévaloir dans le cas concret, ne peut conduire à un vidage du contenu essentiel du droit fondamental, c'est-à-dire à une infaisabilité de l'un des droits. Il s'agit d'une redoute imprenable, protégée de toute restriction ; la déclaration relative au contenu essentiel de chaque droit fondamental s'adresse au législateur ordinaire, car c'est lui qui, dans sa tâche d'effectivité et de réalisation de ces droits, doit prêter attention à ce noyau rigide⁷¹⁵.

En raison de l'imprécision sémantique inhérente à ce concept, il est noté que "il y a une indication que le contenu essentiel d'un droit fondamental est violé lorsque, après l'intervention, ce qui reste de ce droit n'est pratiquement rien"⁷¹⁶. Le contenu du noyau essentiel des droits fondamentaux est marqué par une dichotomie ; d'une part, parce qu'il existe l'approche objective et l'approche subjective ; d'autre part, parce qu'il existe la théorie absolue et la théorie relative du contenu essentiel. En partant d'une approche uniquement objective, "le contenu essentiel d'un droit fondamental doit être défini à partir de la signification de ce droit pour la vie sociale dans son ensemble. Il s'agit d'interdire les restrictions à l'effectivité du droit qui pourraient le vider de son sens pour les individus. Du point de vue d'une approche subjective, il faudrait vérifier dans chaque situation si le noyau essentiel est atteint ou non"⁷¹⁷.

Il existe des théories doctrinales qui visent à expliquer les limites du contenu essentiel des droits fondamentaux et qui cherchent à identifier si ce contenu est défini a priori comme une sphère de protection permanente ou au contraire, si ce contenu ne peut être établi à l'avance, mais est plutôt limité en fonction des circonstances et des particularités de chaque cas. Ces théories peuvent être condensées en : (a) théorie absolue, également appelée théorie du noyau dur ; (b) théorie relative⁷¹⁸, également appelée "théorie du noyau mou".

(a) Selon la théorie absolue, le contenu essentiel d'un droit fondamental est fixe et déterminé à l'avance, les conditions particulières des cas concrets étant sans importance ; pour la théorie absolue, chaque droit fondamental aura toujours un noyau, dont les limites extérieures

⁷¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 22.

⁷¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 235.

⁷¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 27.

⁷¹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 285.

sont de véritables barrières insurmontables, quelle que soit la situation⁷¹⁹. Selon les juristes qui y sont affiliés, chaque droit fondamental possède un noyau rigide intouchable, une unité substantielle autonome⁷²⁰ immunisée contre toute pratique intervenante, quelles que soient les circonstances factuelles. Il résulte de cette théorie qu'un droit fondamental doit avoir un contenu absolu, intouchable et que l'efficacité de la protection ne dépend pas des situations concrètes et des motifs qui peuvent être invoqués, c'est-à-dire que son contenu doit être délimité dans l'abstrait pour chaque droit⁷²¹. Pour garantir l'inviolabilité du contenu essentiel d'un droit fondamental, chacun de ces droits aurait deux sphères, une restreignable et l'autre non⁷²², étant donné que la principale contribution de cette théorie réside dans le fait qu'elle tente de rendre les droits fondamentaux solides et sûrs. En résumé, pour la théorie absolue, il y a une unité autonome insensible à l'intervention de l'État⁷²³.

Par ailleurs, il existe un espace libre de toute intervention de l'État, c'est-à-dire qu'il y aurait un espace sujet à une limitation de la part du législateur et un autre insensible à la limitation. Cet espace insensible à la limitation serait une "limite de la limite" pour l'action législative elle-même, consistant à identifier un espace immunisé contre toute réglementation⁷²⁴.

La théorie absolue fait l'objet de trois critiques majeures, dont la première est formulée dans le sens où, en prévoyant que seule une partie du droit fondamental serait absolue, la partie résiduelle, en n'étant pas essentielle, serait reléguée à la volonté du législateur, relativisant la garantie des droits fondamentaux et la laissant à la discrétion du législateur. La deuxième critique repose sur le postulat absolutiste selon lequel les droits fondamentaux doivent être considérés comme deux cercles concentriques, une idée qui, selon les critiques, est techniquement insoutenable et artificielle. Enfin, la troisième et dernière critique concerne l'imprécision des bases théoriques qui soutiennent la théorie absolue⁷²⁵, c'est-à-dire la difficulté

⁷¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 27.

⁷²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁷²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 143.

⁷²² DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 288.

⁷²³ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. *A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 285.

⁷²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁷²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 289.

d'établir abstraitement l'existence du minimum existentiel⁷²⁶, notamment parce que l'idée de noyau essentiel suggère l'existence d'éléments essentiels et non essentiels⁷²⁷.

(b) D'autre part, la théorie relative établit que le contenu essentiel doit être déterminé tant à la lumière du droit fondamental analysé isolément que dans chaque cas concret et que ce n'est qu'en procédant à une mise en balance des intérêts en jeu dans le cas concret qu'il sera possible de déterminer si le contenu essentiel a été violé⁷²⁸. En d'autres termes, la définition de ce qui est essentiel dépend des conditions factuelles et des collisions dans le cas concret, de sorte que le contenu essentiel d'un droit ne sera pas toujours le même⁷²⁹. Pour cette théorie, le noyau essentiel est défini dans chaque cas concret, sur la base de la proportionnalité⁷³⁰, c'est-à-dire que "le noyau essentiel serait évalué par l'utilisation d'un processus de pondération entre les moyens et les fins, sur la base de la proportionnalité"⁷³¹. En bref, le contenu essentiel n'est pas une mesure fixe et préétablie et il ne constitue pas un élément autonome ou une partie des droits fondamentaux⁷³².

Cette seconde théorie nie la possibilité de l'existence d'un noyau absolu et intangible de droits fondamentaux, car elle part du principe qu'il peut exister des situations dans lesquelles des motifs justifient une intervention même dans le noyau essentiel de ce droit. En d'autres termes, "le contenu essentiel doit être vérifié par rapport à chaque droit fondamental pris isolément, en tenant compte de sa signification particulière dans le système global de la Constitution, ainsi que de l'existence de biens collectifs"⁷³³.

Considérant que la théorie relative est liée à l'idée de procéder à une mise en balance des droits dans le cas concret, il est lié au précepte de proportionnalité de rechercher, sur la base de l'analyse des objectifs poursuivis par le législateur constituant, si l'intervention envisagée atteint ou non le contenu essentiel du droit fondamental. À partir de là, chaque fois que des intérêts individuels ou collectifs sont capables de légitimer une restriction d'un droit

⁷²⁶ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 285.

⁷²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

⁷²⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 290.

⁷²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 27.

⁷³⁰ NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021, p. 285.

⁷³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁷³² CARA, Gavara de. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, p. 331.

⁷³³ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 291.

fondamental, en correspondance avec le critère de proportionnalité, les relativistes concluront que le contenu essentiel du droit fondamental n'a pas été violé⁷³⁴. Une contribution que cette théorie apporte est le fait qu'elle défend qu'aucun droit fondamental ne peut être restreint de manière disproportionnée.

Comme la première, la théorie relative n'est pas à l'abri des critiques de la doctrine, qui convergent en ce sens que, en défendant que tous les droits fondamentaux peuvent être limités pour protéger d'autres biens constitutionnellement protégés, avec pour seule exigence un jugement préalable de proportionnalité, elle relativise la protection de ces droits en leur conférant une flexibilité exagérée⁷³⁵, mettant en péril leur efficacité et ignorant la position privilégiée que le législateur constituant leur a accordée au moment de leur prévision normative. En d'autres termes, assouplir les droits fondamentaux finit par les priver de leur nature et, par conséquent, de leur noyau essentiel.

Il n'y a pas de position uniforme dans la jurisprudence brésilienne en ce qui concerne l'application et la prépondérance d'une des théories sur l'autre, mais on observe qu'une combinaison entre les deux (absolue et relative), dont la conception est inspirée de la jurisprudence allemande, semble construire un pont solide et uniforme, du moins à long terme. Pour cette théorie qui unit les deux extrêmes, le contenu essentiel d'un droit fondamental devrait être analysé dans chaque cas particulier, en recherchant dans le système général la signification de ce droit et, par conséquent, son contenu essentiel. Ce modèle finit par unir le contenu essentiel d'un droit à ses limites immanentes, ou plutôt, à ce qui est inhérent, nécessaire ou naturel au droit⁷³⁶.

Quelle que soit la théorie, le contenu essentiel d'un droit fondamental commence lorsque les possibilités de restriction prennent fin et se réfère à son élément essentiel⁷³⁷. En raison d'un manque de théorie dans la doctrine concernant l'identification de ce contenu essentiel – comme on l'a vu plus précédemment – les juristes ont proposé qu'il serait possible de trouver ce noyau par l'utilisation de trois instruments : utilisation du principe de proportionnalité (ou interdiction de l'excès), utilisation du principe de la dignité de la personne humaine ou conférer au contenu essentiel une détermination conceptuelle autonome. Néanmoins, aucun de ces critères ne permet de lever les doutes sur les moyens utilisés pour

⁷³⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 291.

⁷³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

⁷³⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 296.

⁷³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

atteindre ce contenu essentiel, mais ils convergent dans le sens où le principe de proportionnalité découle de l'essence même des droits fondamentaux, qui ne peuvent être limités que lorsque la protection d'intérêts pertinents est indispensable⁷³⁸. En d'autres termes, il existe une relation d'effets réciproques entre les parties, ou une relation mutuelle entre le droit restreint et la mesure juridique qui le restreint, de sorte que les deux peuvent se contrôler mutuellement. En bref, le noyau essentiel doit fonctionner comme une limite ultime qui doit toujours être respectée⁷³⁹.

Dans le système juridique brésilien, il n'existe pas de disposition expresse sur le noyau essentiel des droits fondamentaux, mais l'article 60, §4, IV de la Constitution de 1988 interdit expressément toute proposition de modification visant à abolir les droits et garanties individuels, en particulier ceux qui ont le statut de clauses qui ne peuvent pas faire l'objet de révision (*cláusulas pétreas*)⁷⁴⁰, ce qui renforce l'idée d'une limite à la limite pour le législateur ordinaire⁷⁴¹. La Cour suprême s'est déjà manifestée en reconnaissant expressément son existence lorsqu'elle a statué sur une affaire dans laquelle la possibilité de progression dans l'exécution de la peine privative de liberté en cours d'exécution a été discutée dans les termes suivants : *"L'imposition d'un régime unique et inflexible pour l'exécution de la peine privative de liberté, note Maria Lúcia Karam, avec l'interdiction de la progressivité dans son exécution, atteint le cœur même du principe d'individualisation, retirant ainsi indûment son efficacité, diminuant ainsi indûment la raison d'être de la règle constitutionnelle qui, assise dans la sous-section XLVI de l'art. 5 de la Charte de 1988, le préconise et le garantit."*⁷⁴²

Dans d'autres cas, la même Cour s'est manifestée en affirmant que *"les limitations matérielles au pouvoir constituant de réforme que l'article 60, 4e alinéa, de la Loi Fondamentale énumère, ne signifient pas l'intangibilité littérale de la discipline respective de la Constitution originale, mais seulement la protection du noyau essentiel des principes et des instituts dont la préservation y est protégée"*⁷⁴³ ; *"l'immunité de l'avocat - outre qu'elle est conditionnée aux limites de la loi, ce qui, évidemment, ne dispense pas de respecter le noyau essentiel de la garantie de la libertas conviciandi - n'atteint pas les relations du professionnel"*

⁷³⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014. p. 2302.

⁷³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2005. p. 141.

⁷⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2005. p. 140.

⁷⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

⁷⁴² BRÉSIL. Cour suprême fédérale, Habeas Corpus n° 82.959, date de la décision : 01/09/2006.

⁷⁴³ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, action déclaratoire d'inconstitutionnalité n° 2.024/DF, date de la décision : 03/05/2007.

avec son propre client"⁷⁴⁴ ; "la réserve légale établie par l'article 5, XIII, ne confère pas au législateur le pouvoir de restreindre l'exercice de la liberté professionnelle au point d'atteindre son noyau très essentiel"⁷⁴⁵. Ainsi, bien qu'il n'y ait pas de disposition expresse sur le sujet, il est effectivement reconnu par la Cour Suprême.

Section II – Le principe de proportionnalité et la technique de pondération

L'incidence du principe de proportionnalité consiste également dans un critère qui limite la prérogative du législateur de restreindre les droits fondamentaux. Dans ce cas, il est nécessaire d'essayer d'harmoniser des préceptes qui aboutissent à des résultats différents, voire contradictoires⁷⁴⁶, considérant que les droits fondamentaux tendent à étouffer l'autonomie privée s'ils ne sont pas rendus compatibles⁷⁴⁷. En effet, le Tribunal fédéral s'est également exprimé sur ce principe dans les termes suivants : "[...] l'application du principe de proportionnalité intervient lorsqu'une restriction à un certain droit fondamental ou un conflit entre différents principes constitutionnels est vérifié, de sorte qu'il faille établir le poids relatif de chacun des droits par l'application des maximes qui composent le principe de proportionnalité précité"⁷⁴⁸.

Pour cette raison, outre le noyau essentiel, le principe de proportionnalité envisage également les limites du pouvoir de conformité du législateur et peut être invoqué pour déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi, par exemple. Selon la doctrine la plus moderne, lorsqu'il s'agit d'imposer des restrictions à certains droits, il est nécessaire d'examiner non seulement l'admissibilité constitutionnelle de la restriction établie, mais aussi la compatibilité de cette restriction avec le principe de proportionnalité⁷⁴⁹.

Il est vrai qu'il ne suffit pas d'identifier les valeurs en jeu et qu'il est nécessaire de construire une base argumentative capable de justifier la prévalence d'un droit fondamental sur

⁷⁴⁴ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, recours extraordinaire n° 387.945/AC, date de la décision : 14/02/2006.

⁷⁴⁵ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, recours extraordinaire n° 511.961/SP, date de la décision : 30/08/2019.

⁷⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 413.

⁷⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: Revista Direito GV 1, v. 1, n. 1, pp. 173-180, maio de 2005. p. 175.

⁷⁴⁸ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, action déclaratoire d'inconstitutionnalité n° 855/PR, date de la décision : 06/03/2008.

⁷⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

un autre ; toute limitation des droits fondamentaux ne peut être justifiée que si elle est "formellement et matériellement compatible avec la Constitution"⁷⁵⁰. Au sens formel, parce que les normes prévues par la Constitution représentent le sommet de la pyramide hiérarchique de tout le système ; au sens matériel, parce que la Constitution ne se limite pas à réglementer formellement les pouvoirs, mais aussi les valeurs et les principes de société qui lui sont inhérents, à commencer par la dignité de la personne humaine⁷⁵¹.

La réflexion peut se faire par le biais d'une mise en balance des intérêts contradictoires, plus précisément par l'application de la loi de collision, ou de la maxime de proportionnalité de Robert Alexy, qui analyse comment et dans quelle mesure ce lien doit se produire. De manière plus détaillée, l'analyse comprend le respect de trois exigences : (a) adéquation ; (b) nécessité ; (c) proportionnalité au sens strict⁷⁵². Chaque fois que certaines conditions de fait sont réunies pour attirer l'attention sur l'incidence de certains droits concurrents, la loi sur les collisions sera appliquée, ce qui nécessitera l'analyse de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict.

La discussion prend forme à la fois de manière préventive/abstraite et de manière réelle/concrète. Explication : l'image généralement associée à l'idée de pondération est celle du Juge confronté à un cas difficile pour lequel il n'y a pas de solution toute faite dans le système juridique ou encore, lorsque le système juridique signale une solution contradictoire. Ce scénario n'est qu'un des moments où les techniques de pondération se manifestent, car il existe également d'autres circonstances, comme une situation dans laquelle on essaie de délimiter le contenu spécifique de différents droits fondamentaux qui peut être enrichi par l'inclusion de l'analyse des décisions judiciaires en la matière. Cette conjoncture est aussi, sans aucun doute, une forme de pondération ; seulement s'il s'agit d'une pondération préventive ou abstraite⁷⁵³.

Lorsqu'une norme de droit fondamental, qui a un caractère de principe et doit donc être analysée sous la perspective d'un commandement d'optimisation, entre en collision avec un principe antagoniste, il sera nécessaire, pour décider lequel des deux doit prévaloir, de procéder à une mise en balance, selon la loi de collision⁷⁵⁴ mentionnée, en appliquant le principe de proportionnalité. Ce principe a pour fonction de structurer la procédure d'interprétation pour

⁷⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 414.

⁷⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 414.

⁷⁵² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

⁷⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2005. p. 149.

⁷⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

déterminer le contenu d'un droit fondamental, en agissant comme un critère méthodologique⁷⁵⁵. Plus précisément, le responsable de l'application de la loi doit se demander si cette restriction est adaptée à l'objectif visé ; si la restriction est nécessaire et si elle constitue le moyen le moins restrictif ; quels sont les points positifs et négatifs qui découleront de la prévalence d'un droit sur un autre.

En d'autres termes, le test de proportionnalité est guidé par l'analyse du caractère approprié, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict, comme suit :

(a) Pour analyser *l'adéquation*, il faut vérifier si la mesure restreignant un droit est le moyen le plus approprié pour la réalisation du droit qui prévaudra, c'est-à-dire qu'elle sera adéquate si elle favorise la réalisation du droit qui est la finalité. L'adéquation exige que les mesures d'intervention adoptées s'avèrent capables d'atteindre les objectifs visés⁷⁵⁶. Plus précisément, s'il est possible d'atteindre la fin souhaitée par cette voie⁷⁵⁷ ; à ce point, il est nécessaire de se demander : les moyens sont-ils adéquats ?

(b) Pour s'assurer de la *nécessité*, il convient de rechercher s'il existe une mesure alternative moins restrictive du droit faisant l'objet de la restriction et favorisant la même forme de réalisation de ce but. Elle implique l'examen de l'égalité d'adéquation des moyens et l'examen du moyen le moins restrictif⁷⁵⁸ et n'est nécessaire que si la réalisation de l'objectif poursuivi ne peut être favorisée, avec la même intensité, par un autre acte qui limite dans une moindre mesure le droit fondamental atteint⁷⁵⁹. Il s'agit d'un examen qui nécessite nécessairement une comparaison entre deux ou plusieurs biens juridiques et deux variables sont à prendre en considération, en premier lieu l'efficacité des mesures pour atteindre l'objectif proposé et le degré de restriction du droit fondamental atteint. En bref, le moyen ne sera pas nécessaire si l'objectif visé peut être atteint par l'ajout d'une mesure qui s'avère être, à la fois, adéquate et moins coûteuse⁷⁶⁰. En ce sens, la question est : existe-t-il une mesure alternative ?

(c) Enfin, pour analyser la *proportionnalité au sens strict*, il faut vérifier si le degré de restriction de l'un des droits est compensé par le degré de promotion de l'autre qui prévaudra.

⁷⁵⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81.

⁷⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

⁷⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 417.

⁷⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 417.

⁷⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 171.

⁷⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

Elle exige l'existence d'un équilibre entre les moyens utilisés et les fins⁷⁶¹. Un jugement définitif doit résulter de la pondération rigoureuse et de l'équilibre possible entre le sens de l'intervention et les objectifs poursuivis⁷⁶². La fonction de ce principe est de structurer la procédure d'interprétation pour déterminer le contenu des droits fondamentaux⁷⁶³, en indiquant le caractère équitable de la solution trouvée⁷⁶⁴ et en aidant ainsi à la compensation des biens juridiques en conflit. Cette dernière étape consiste dans une mise en balance des droits en cause, sa fonction principale étant d'éviter l'exagération, c'est-à-dire d'éviter les mesures étatiques qui, bien qu'adéquates et nécessaires, restreignent les droits fondamentaux au-delà de ce que la réalisation de l'objectif poursuivi peut justifier⁷⁶⁵. Il convient de se demander si le degré de restriction est compensé par le degré de promotion.

À partir de ce scénario ("a" + "b" + "c") est établie la loi de collision, qui détermine que chaque fois que certaines conditions factuelles sont présentes, des situations similaires impliquent la collision des mêmes principes. On appliquera la règle selon laquelle le principe "x" prévaut toujours en faveur du principe "y". Cela signifie que le principe qui prévaut ici devrait prévaloir dans d'autres cas, devenant même un précédent jurisprudentiel, à condition que les mêmes circonstances factuelles et juridiques soient présentes. En fin de compte, la restriction est considérée comme un objectif constitutionnellement légitime, c'est-à-dire une justification constitutionnelle pour limiter la jouissance d'un droit⁷⁶⁶. En reprenant l'analyse précédente, tant les droits fondamentaux que l'autonomie privée ont une structure de principe et, en tant que tels, ils peuvent être réalisés par le biais du principe dit de proportionnalité, puisqu'ils sont des commandements d'optimisation⁷⁶⁷.

Par conséquent, selon la théorie de Robert Alexy, les droits fondamentaux doivent être conçus comme des principes et, en tant que tels, ils doivent être compris comme des mandats d'optimisation, étant soumis à un jugement de pondération chaque fois qu'ils entrent en conflit.

⁷⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 417.

⁷⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

⁷⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81.

⁷⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

⁷⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 177.

⁷⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed. p. 417.

⁷⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: Revista Direito GV 1, v. 1, n. 1, pp. 173-180, maio de 2005. p. 177.

Ce jugement de pondération s'exprime par la formule suivante : plus le degré d'interférence d'un principe est élevé, plus l'importance de la satisfaction de l'autre devrait être grande. Par conséquent, selon la théorie, le jugement de pondération est lié à un jugement comparatif, de sorte que ce qui est comparé est le degré d'importance de la réalisation d'un principe et le degré d'interférence de l'autre, en évaluant les avantages pour la satisfaction de l'un et s'ils compensent l'interférence dans l'autre⁷⁶⁸.

Il y a des auteurs qui s'opposent à la théorie de Robert Alexy parce qu'ils comprennent que la pondération ne serait pas la procédure la plus appropriée pour se connecter au problème de la collision des droits fondamentaux, comme Marina Velasco, qui propose une analyse selon des dilemmes moraux. Selon elle, parfois, la collision normative se corrobore à un dilemme moral qui, à son tour, est appelé "collision externe", parce qu'il ne se manifeste pas dans les relations entre les normes dans l'abstrait, mais dans un cas concret, c'est-à-dire "deux normes valides conduisent à deux jugements singuliers du devoir incompatibles et superposés, à deux obligations simultanées impossibles à remplir"⁷⁶⁹. Pour illustrer son propos, il présente l'exemple suivant : un sujet s'engage avec un ami à se rendre à une fête ; un autre ami, cependant, réclame sa présence, car il est malade. Dans le système normatif du sujet, il existe simultanément deux obligations : celle de tenir les promesses (première obligation) et celle d'aider les amis en cas de besoin (deuxième obligation). De manière abstraite, il n'y a pas de contradiction entre les normes, qui sont parfaitement compatibles ; cependant, de manière concrète, elles sont en conflit. Pour résoudre ce problème et compte tenu du fait qu'il n'est pas possible de déclarer une règle invalide, il est nécessaire de décider laquelle aura la priorité dans les circonstances concrètes.

La grande difficulté de la résolution de ces cas – de collision de principes – réside dans le fait qu'ici il n'est pas possible de résoudre le conflit normatif en faisant appel à un critère logique, contrairement aux règles qui ont des critères hiérarchiques (la loi supérieure révoque la loi inférieure), chronologiques (la loi postérieure révoque la loi antérieure) et de spécialité (la loi spéciale révoque la loi générale)⁷⁷⁰. Nous sommes ici en présence d'un conflit entre deux règles valides qui continueront à l'être après la prise de décision. Il n'est donc pas possible de définir la contradiction dans l'abstrait, ni de prévoir exactement quelles situations généreront

⁷⁶⁸ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 116.

⁷⁶⁹ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 117.

⁷⁷⁰ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 118.

un conflit, car ce n'est que dans le cas concret qu'il sera possible de vérifier que les règles entrent en conflit et, par conséquent, ce n'est que dans le cas concret qu'il sera possible de justifier le choix d'une règle par rapport à l'autre⁷⁷¹. En outre, la règle privilégiée dans un cas peut ne pas l'être dans un autre, de sorte que la seule alternative est d'examiner ce qu'il serait bon de faire, dans les circonstances spécifiques.

Toutefois, l'idée de pondération – qui renvoie à la métaphore du poids et, concomitamment, à une balance qui établit le poids – doit être interprétée avec prudence, dans la mesure où elle cherche à justifier à travers elle la décision sur la base de raisons, alors même que les raisons sont des énoncés linguistiques et, en tant que tels, ne pèsent pas. Comment, alors, utiliser une balance dans de tels cas ? L'auteur ne voit aucun problème à appeler pondération la technique qui consiste à évaluer la pertinence des raisons dans la confrontation, mais elle alerte sur le fait de savoir comment le processus de pondération est effectué ; en d'autres termes, quel raisonnement pratique est utilisé⁷⁷².

En ce qui concerne le raisonnement pratique qui peut exister en cas de conflit entre les principes moraux en général, deux modèles peuvent être identifiés : *le téléologique* et *le déontologique*. Le modèle téléologique cherche à parvenir à une décision mettant en balance des biens/valeurs et la décision est conséquentialiste et obéit à la logique du "bien" ; elle vise à trouver la "meilleure solution". Le déontologue, quant à lui, entend produire un argument d'adéquation qui démontre que la décision " s'inscrit " dans le système normatif ; il recherche la solution " correcte " et la logique obéit à la logique du " devrait être ". Alors que pour le premier (téléologique), essayer de comprendre ce qui serait bon et ce qui serait correct serait la même chose, pour le second (déontologique) il faut traiter avec leurs situations différentes la question du bien et la question du correct⁷⁷³.

Dans une perspective déontologique, le conflit n'est pas analysé dans une perspective conséquentialiste, mais plutôt dans une perspective de "devoir être", de sorte que, en reprenant l'exemple de la fête et de l'ami malade, la chose correcte serait de soulager la douleur au prix de ne pas tenir la promesse, "non pas parce que je pense produire un plus grand bien, mais parce que je pense que, dans les circonstances, c'est le devoir qui est plus proprement un devoir"⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 118.

⁷⁷² VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 118.

⁷⁷³ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 119.

⁷⁷⁴ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@* - Florianópolis, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 119.

Autrement dit, pour un agent opérant dans le cadre d'un raisonnement téléologique, un conflit entre deux devoirs devrait être résolu au moyen d'un jugement qui pèse des raisons indépendantes et juge ce qui serait meilleur/correct et pire/incorrect à faire, de sorte que la justification rationnelle d'une décision peut être une question de degré, une compensation d'un moindre mal pour un plus grand bien.

Pour l'auteur⁷⁷⁵, la perspective déontologique semble plus appropriée pour traiter des conflits de principes moraux en général, car elle favorise une vision du monde moral comme un système normatif cohérent, d'un agent unifié qui maintient une cohérence narrative ; à l'inverse, la perspective téléologique présuppose un monde moral composé de plusieurs valeurs qui ne doivent pas nécessairement se conformer à un ensemble cohérent. Une distinction entre la perspective téléologique et déontologique dans les conflits normatifs suffit à défendre une conception plausible du droit, qui privilégie une vision cohérente du système normatif et une vision unifiée constituée par l'agent décideur. Hypothétiquement, imaginez trois situations : (1) le conflit est tragique et aucun choix ne peut être justifié comme correct ; (2) un choix peut être justifié comme correct, mais il y a une perte ; (3) un choix peut être justifié comme correct et il n'y a pas exactement de perte. En adoptant le raisonnement déontologique, les trois situations sont possibles ; quant au raisonnement téléologique, seules deux situations sont possibles, de sorte que la troisième situation n'est pas envisagée par ce dernier. Ayant choisi le raisonnement déontique, l'auteur utilise Dworkin pour proposer une théorie alternative à celle de Robert Alexy.

Pour Dworkin, les principes et les règles sont tous deux des normes, mais selon le point de vue structurel, alors que les règles établissent explicitement les conditions qui doivent être appliquées et exigent une conformité totale, les principes sont des déclarations ouvertes et indéterminées quant aux conditions de leur application. En outre, certains principes peuvent être classés comme des lignes directrices, tandis que d'autres, comme des principes au sens strict. Les premiers ont une structure téléologique et les seconds une structure déontologique. Le problème pour Dworkin n'est pas l'interférence avec les principes, mais le type de raison invoquée pour l'interférence, de sorte qu'une interférence justifiée ne constitue pas une violation de la loi.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 121.

⁷⁷⁶ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. In: *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011. p. 124

La technique de la pondération a été invoquée par la doctrine comme un moyen adéquat de résoudre le problème de la collision entre les droits fondamentaux. Là encore, il est nécessaire de passer par trois étapes : (a) détecter les normes pertinentes et identifier la collision ; (b) examiner les faits et l'interaction avec les éléments normatifs ; (c) analyser conjointement les éléments en collision afin de parvenir à une conclusion. Dans la première étape (a), l'interprète doit détecter dans le système les normes pertinentes pour la solution du cas, en identifiant les conflits qui peuvent exister entre elles ; en d'autres termes, à ce stade, il est nécessaire de regrouper les fondements normatifs, en créant un ensemble d'arguments qui faciliteront finalement la comparaison entre les éléments en jeu. Dans la deuxième étape (b), l'interprète doit examiner les faits, les circonstances concrètes de l'affaire et leur interaction avec les éléments normatifs. Enfin, la troisième étape (c) est le moment consacré à la prise de décision sur la collision, en effectuant la pondération des biens juridiques en vogue, par opposition à la subsumption⁷⁷⁷. Opportunité dans laquelle les normes identifiées dans la première étape et les faits sélectionnés dans la deuxième étape sont examinés ensemble, en déterminant le poids que chaque élément a et, par conséquent, en identifiant quel groupe de normes doit prévaloir dans le cas.

Pour que l'argumentation de l'interprète de la loi soit adéquate et, par conséquent, que la pondération soit correcte, il est nécessaire de vérifier la présence de trois aspects qui aident à contrôler la rationalité du discours juridique : l'argumentation doit pouvoir présenter des fondements normatifs qui la soutiennent ; il doit être possible d'universaliser les critères adoptés dans la décision, de telle sorte que la solution pour un cas spécifique puisse se transformer en une règle générale pour des situations similaires, en conquérant l'adhésion d'un univers de personnes éclairées ; l'utilisation de principes instrumentaux et matériels qui guideront l'activité de l'interprète⁷⁷⁸. Après l'analyse des trois étapes, qui présuppose l'identification des normes, la sélection des faits et l'attribution générale de poids, une conclusion est produite, selon la "technique de pondération".

Daniel Sarmiento précepte la nécessité d'établir des paramètres minimaux pour les cas de collision, afin de limiter l'utilisation du pouvoir discrétionnaire des juges, garantissant ainsi une plus grande sécurité juridique. Parmi les prémisses que l'auteur établit, il y a la nécessité de prendre en considération l'existence et le degré d'inégalité factuelle existant entre les sujets

⁷⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301.

⁷⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 309.

privés impliqués. Pour lui, plus l'inégalité factuelle est grande, moins la protection de l'autonomie privée est grande et, inversement, moins l'inégalité factuelle est grande, plus la protection de l'autonomie privée est grande. Cela se justifie, car "tant qu'il y aura des forts et des faibles, des inclus et des exclus, des puissants et des impuissants, les premiers auront tendance à subjuguer les seconds, dont l'autonomie deviendra fictive"⁷⁷⁹.

Ainsi, l'inégalité matérielle justifierait une plus grande protection des droits fondamentaux dans les relations privées, car elle part du principe que l'existence d'inégalités est un facteur qui entrave le libre exercice de l'autonomie, puisque le plus faible – celui qui est moins capable – a tendance à se plier aux exigences du plus fort. Bien que l'on dise que le premier jouit librement de son autonomie, en réalité, cette autonomie, dans des situations comme celle-ci, n'est souvent que fictive. En outre, il comprend que dans une réalité très inégale, comme c'est le cas du Brésil, un renforcement de la protection des droits fondamentaux dans les relations privées est encore plus urgent, surtout dans les relations qui sont notoirement inégales, comme c'est le cas des relations de travail⁷⁸⁰.

La relativisation de l'autonomie privée (art. 170, Constitution de 1988) dans de telles situations, qui se produit en partant du principe qu'il existe une asymétrie de pouvoir entre les sujets de droit privé, serait en consonance avec les préceptes constitutionnels d'isonomie (art. 5, Constitution de 1988) cumulés avec l'objectif de réduction des inégalités sociales (art. 3, III, Constitution de 1988). En conséquence, un poids plus important est attribué au droit fondamental qui, *prima facie*, aurait la priorité sur le droit à l'autonomie privée dans le processus de pondération qu'il propose.⁷⁸¹ Par exemple, dans le cadre d'une plainte déposée par un salarié qui prétend avoir été lésé dans ses droits fondamentaux, lui imposer la charge de démontrer que sa volonté, en signant l'acte, résultait d'un exercice simplement apparent du droit à l'autonomie privée revient à avantager la partie la plus forte dans cette relation : l'employeur. C'est pourquoi, pour l'auteur, il est nécessaire de partir du principe que dans les situations où une asymétrie de pouvoir est perçue, il faut reconnaître que, au moins à *prima facie*, le droit fondamental doit bénéficier d'une plus grande protection par rapport au droit à l'autonomie privée.

Dans les relations de plus grande égalité, comme on l'a dit, il faut privilégier l'autonomie privée au moment de la pesée des intérêts en jeu, car dans ces cas, selon l'auteur,

⁷⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 285.

⁷⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 286.

⁷⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 287.

on ne part pas du principe que l'acte a été pratiqué de manière viciée, sans le véritable consentement du titulaire du droit restreint. Il explique que l'autonomie privée aura un poids différent, selon la nature des biens juridiques en jeu ; plus précisément, lorsqu'il s'agit de questions de nature économique-patrimoniale, la protection de l'autonomie privée sera plus grande, si on la compare à un autre cas où les biens juridiques en jeu sont considérés comme essentiels à la vie humaine, comme dans le cas des droits de la personnalité ou dans le domaine de la vie privée⁷⁸². Attention à la nécessité d'être vigilant lors de l'examen pondéré et de décider en faveur des droits fondamentaux ou de l'autonomie privée, de manière à éviter une asphyxie totale de cette dernière, ce qui entraînerait une sorte de dictature des droits fondamentaux au détriment d'une société pluraliste et libératrice⁷⁸³. Pour cela, il estime que le vecteur axiologique de tout jugement doit être la dignité de la personne humaine en vue des valeurs humanitaires qu'elle possède.

L'auteur inclut dans sa théorie la nécessité de distinguer l'origine de la violation d'un droit fondamental par un particulier dans deux situations distinctes, en attribuant des traitements différents de l'autonomie privée et, par conséquent, au jeu de la pondération. Respectivement : (i) la violation résultant d'une décision prise par un autre agent privé et à laquelle la victime ne participe pas, comme le licenciement d'un employé pour être porteur d'une maladie qui provoque une stigmatisation sociale ; (ii) la violation résultant d'une transaction bilatérale, dont l'acte dépend de la manifestation de la volonté de la victime⁷⁸⁴.

Dans le premier cas, dans lequel la victime ne participe pas à l'acte qui a causé la blessure à son droit fondamental et qui, par conséquent, met en jeu uniquement l'autonomie privée de l'auteur, il est entendu que la protection de l'autonomie est moindre ; dans le second cas, où l'on a la participation active de la victime dans l'acte qui corroborait un non-respect à un droit fondamental, il devient nécessaire de considérer l'autonomie de la volonté des parties de manière plus intense, surtout s'il s'agit d'une relation à égalité. Cependant, même dans ce deuxième cas, il faut vérifier si la volonté du titulaire du droit qui est restreint était authentiquement libre et si la renonciation à l'exercice de ce droit n'entraîne pas de blessure au principe de dignité de la personne humaine ou au noyau essentiel de ce bien juridique, seule

⁷⁸² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 291.

⁷⁸³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 292.

⁷⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 292.

dans cette hypothèse il serait possible de valider l'autonomie privée en faveur du droit fondamental⁷⁸⁵.

Indépendamment de la technique choisie, on constate que, dans le conflit entre parties privées, toutes les personnes impliquées bénéficieront de la protection des droits fondamentaux, qui agissent simultanément contre et en faveur de tous et c'est au législateur infra-constitutionnel ou au Pouvoir Judiciaire qu'il incombe de rendre ces droits compatibles, par le biais d'une pesée, en trouvant un point d'équilibre entre eux⁷⁸⁶. Toute restriction aux droits fondamentaux des travailleurs doit être rendue compatible avec le principe de proportionnalité, une tâche qui sera accomplie par le pouvoir judiciaire ou par le responsable de l'application de la loi, au cas par cas, en analysant la proportionnalité au sens strict, l'adéquation et la nécessité. L'établissement de critères est essentiel pour éviter les décisions contradictoires qui conduisent à l'insécurité juridique et compromettent la démocratie. Cependant, toute cette analyse ne doit pas perdre de vue que, au moins dans la sphère des relations d'affaires, les particuliers agissent en principe en vertu d'une décision autonome, dans le cadre de leur autonomie privée et de leur droit à la liberté⁷⁸⁷.

Enfin, il convient de souligner l'importance du respect des précédents et de paramètres spécifiques prédéterminés pour garantir la prévisibilité et la sécurité juridique. S'il n'y a pas de précédents sur le cas, cela imposera à l'exécutant de la loi l'obligation de démontrer que les paramètres existants ne sont pas adéquats au cas, en apportant une charge argumentative suffisante pour justifier la décision finale⁷⁸⁸.

*

* *

L'objectif était de comprendre la forme d'incidence des droits fondamentaux dans les relations privées françaises et brésiliennes afin de pouvoir affirmer avec certitude si ces droits

⁷⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed. p. 293.

⁷⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 77.

⁷⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104. p. 74.

⁷⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 155.

doivent être respectés par les particuliers (relations horizontales) ou uniquement par rapport à l'État (relations verticales). À partir de l'analyse effectuée, il a été possible de vérifier l'applicabilité dans les deux réalités de la théorie de l'efficacité directe ou immédiate des droits fondamentaux aux relations privées qui, même avec certaines différences, sont unanimes pour affirmer que c'est la théorie applicable lors de l'analyse des relations de travail, qui est le point central de la recherche, car c'est le champ d'incidence du concept d'entreprises de tendance.

Il ne pourrait en être autrement, dans la mesure où les deux systèmes juridiques ne sont pas aveugles à l'inégalité indéniable existant dans les relations de cette nature, en vertu des disparités économiques et financières qui existent, en plus de la présence de l'élément de subordination qui finit par limiter la liberté du salarié. Les deux réalités, comparativement, ont un traitement similaire en ce qui concerne l'incidence des droits fondamentaux à de telles situations en vue, en dernier ressort, de la promotion de la dignité de l'être humain, de la justice sociale et de l'égalité matérielle et non seulement de l'égalité formelle, fruit d'un long processus qui a résulté de la transition d'un modèle d'État libéral à un modèle d'État social.

Concernant l'acceptation de la théorie de l'efficacité directe ou immédiate, nous nous proposons d'analyser la théorie des limites aux limites afin de démontrer et de comprendre que l'action du législateur infra-constitutionnel est limitée par le respect des préceptes constitutionnels et il est sûr que toute loi ordinaire qui vient restreindre les droits jusfondamentaux individuels ou collectifs ne sera pas considérée comme valide. À ce contrôle du pouvoir législatif s'ajoute un contrôle du pouvoir judiciaire, chargé d'analyser les cas où il y a collision des droits fondamentaux. Parmi les difficultés rencontrées dans les deux cas, le concept ouvert des droits de cette nature a été mis en évidence, en ce sens qu'il n'est pas possible d'évaluer, a priori, leur portée effective et complète, ce qui impose une tâche difficile à l'apporteur du droit.

En effet, dans les situations de collision effective des droits, les alternatives présentes n'échappent pas à l'application du test de proportionnalité idéalisée, en particulier par Robert Alexy, qui défend la réalisation d'une analyse sur la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité au sens strict d'un éventuel abandon d'un droit face à un autre dans le cas concret, en cherchant toujours à accommoder tous les biens juridiques de manière harmonieuse et sans aucun affront au noyau minimal essentiel.

PARTIE II

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE RELIGION DES TRAVAILLEURS DANS LES ENTREPRISES DE TENDANCE EN FRANCE ET AU BRÉSIL

La deuxième partie de la recherche vise à analyser l'influence de l'élément religieux dans les cultures juridiques française et brésilienne et, à partir de là, à vérifier la possible applicabilité du concept d'Entreprise de Tendance dans le système juridique brésilien. En premier lieu, il sera nécessaire de comprendre la relation entre l'État et la religion dans les cultures juridiques française et brésilienne, en étudiant les différentes trajectoires de la laïcité en France et au Brésil et la perspective différente sur le droit à la liberté religieuse dans les deux pays, ce qui permettra une comparaison entre les deux réalités juridiques (Titre I). Dans un deuxième temps, il faudra examiner les restrictions des libertés fondamentales des travailleurs imposées par l'employeur dans les Entreprises de Tendance, en analysant leurs limites tant dans la réalité française que brésilienne, pour finalement identifier les paramètres juridiques permettant de restreindre les droits à la vie privée, à la liberté d'expression et à la liberté de religion des travailleurs dans les organisations visées (Titre II).

TITRE I - LA RELATION DISTINCTE ENTRE L'ÉTAT ET LA RELIGION DANS LES CULTURES JURIDIQUES FRANÇAISE ET BRÉSILIENNE

Pour répondre à la problématique de la thèse sur la possible applicabilité du concept juridique français ("Entreprises de tendance") dans le système juridique brésilien, spécifiquement dans les organisations religieuses, il est important de comprendre l'élément religieux et son réseau d'influence dans les deux scénarios. La manière dont chaque société perçoit l'élément religieux influence la manière dont la croyance est réglemantée juridiquement, ce qui se justifie par la conception selon laquelle la religion est un phénomène culturel, historique, sociologique, philosophique et juridique. Pour cette raison, cette étude ne se limite pas à l'analyse des législations française et brésilienne concernant le droit à la religion et à son déroulement dans les relations juridiques, car elle comprend que le droit est un produit de l'environnement et non analogue au contexte d'insertion (biais comparatif culturaliste).

Dans ce but, il cherche à comprendre l'élément religieux dans les deux pays en analysant la protection et la prévision législatives, les éléments historiques, les aspects politiques et culturels, en plus de la notion concrète de laïcité. À cette fin, le document propose d'analyser les différentes trajectoires de la laïcité en France et au Brésil (Chapitre I) afin, dans un second temps, de comprendre les différentes interprétations sur le Droit à la liberté religieuse dans les deux pays (Chapitre II).

Chapitre I - Les différentes trajectoires de la laïcité en France et au Brésil

Pour comprendre comment l'élément religieux est régulé et traité par les cultures juridiques française et brésilienne, il est proposé d'examiner le scénario dans lequel le concept de laïcité a émergé dans les deux réalités, en soulignant les différences et les similitudes dans le processus de reconnaissance de cette figure juridique, ce qui est fait surtout en tenant compte du contexte historique (Section I). Dans un second temps, il s'agit d'étudier l'évolution du concept de laïcité d'un point de vue juridique jusqu'à nos jours, à partir de l'analyse des jugements des principaux tribunaux compétents pour régler les litiges nés de situations difficiles impliquant le thème (Section II).

Section I – Les distinctions dans l'émergence de la notion de laïcité

La complexité du cadre juridique interne relatif à la régulation de la diversité religieuse par l'État français trouve un écho dans les difficultés à définir la valeur juridique du principe fondamental de laïcité⁷⁸⁹, dont la notion touche à de nombreux égards aux libertés fondamentales et doit être rapprochée de la notion d'ordre public comme on le verra ci-après. Elle doit également être mise en balance avec les questions de la liberté de conscience, de la liberté de religion, de la prérogative du libre exercice des cultes, du respect de son prochain et

⁷⁸⁹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015. p. 73.

des éventuels problèmes d'ordre public que peuvent causer certaines manifestations religieuses⁷⁹⁰.

Pour ces raisons, il n'est pas exagéré de dire que la conceptualisation de la laïcité est une tâche difficile, car il n'y a pas de consensus dans la doctrine quant à sa signification, ce qui découle probablement du fait que la "laïcité" n'est pas un concept en soi, mais plutôt un fait, une situation correspondant à un état d'esprit⁷⁹¹ ; certains soutiennent qu'il s'agit d'un idéal qui trouve son expression dans un ensemble de lois, de règlements et, surtout, dans la jurisprudence⁷⁹². L'absence de définition claire à son égard a fait que la laïcité française a longtemps été comprise comme un principe qui imposait à l'État un devoir négatif, d'abstention ou de non-intervention⁷⁹³, or, comme on le verra, elle est bien plus que cela.

La notion de laïcité va bien au-delà d'un ornement sur le texte juridique, car elle rend définitifs les effets de la III^e Révolution, marquée par la séparation de l'État et de l'Église ; elle est donc un produit de l'homme⁷⁹⁴. Il est associé à la liberté de pensée et de croyance de l'individu, fruit de l'indépendance des individus. Cependant, cette définition ne suffit pas pour la comprendre. Il faut aller plus loin pour comprendre la laïcité française de manière plus approfondie. On a tendance à considérer la laïcité uniquement dans un contexte politique, comme un principe qui ne s'impose qu'aux pouvoirs publics, mais elle est beaucoup plus profonde que cela ; le contexte public-politique n'est que le plus apparent⁷⁹⁵.

Il est strictement lié à la religion et son existence implique nécessairement une coexistence entre deux sujets : l'État et la religion. L'État séculier se reproduit par la séparation de la religion et de l'État ; l'Église, pour exister dans cet État, doit défendre ses frontières contre l'État⁷⁹⁶. Un poids (laïcité), deux mesures (État et Église) ; cependant, la notion de laïcité pour ces deux sujets est différente. L'origine de l'État séculier remonte à l'origine de l'Église elle-même. Rétrospectivement, les premières constitutions françaises, notamment celles de 1791, 1793 et 1795, ont reconnu la séparation de l'Église et de l'État en prévoyant le libre exercice

⁷⁹⁰ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *In*: Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 519.

⁷⁹¹ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 11.

⁷⁹² DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *In*: Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 520.

⁷⁹³ TAWL, Emmanuel. Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits. Puf: Paris, 2016. p. 20.

⁷⁹⁴ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 22.

⁷⁹⁵ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *In*: Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 520.

⁷⁹⁶ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 28.

des cultes, en ne reconnaissant aucune religion comme officielle, en déclarant nulles les contributions à un culte, puisque la République ne subventionne aucun d'entre eux. Toutefois, les régimes suivants recréent un lien avec le fait religieux, comme la Constitution de 1814 qui fit de la religion catholique la religion officielle de l'État, celle de 1830 qui prévoyait que le culte catholique recevait une aide financière du Trésor public, puis les Constitutions de 1848, 1852 et 1875 qui, en termes généraux, reproduisaient ce qui avait déjà été prévu dans les précédentes, à l'exception de l'assurance que les autres ministres des cultes non catholiques recevaient le même traitement⁷⁹⁷. Celle de 1875 a été révisée pour exclure un article qui prévoyait que des prières publiques soient exigées lors de certaines cérémonies officielles, cette révision étant considérée par certains comme l'équivalent d'une déclaration publique de laïcité.

En France, la religion a commencé à être censurée lorsque la population a estimé qu'elle restreignait les libertés au lieu de les établir. La formation de l'État séculier a donné les premiers signes de déclin avec la séparation – provenant de l'Église elle-même – entre les clercs, responsables des questions de sainteté, et les laïcs, qui devaient obéissance au clergé, fruit de la séparation existante entre les sphères temporelle et ecclésiastique instituée par l'Église elle-même. En principe, cette séparation n'était que formelle, car les laïcs revendiquaient un espace et une fonction dans la vie sociale des églises ; cependant, la volonté de s'affranchir de la tutelle spirituelle de l'Église s'est rapidement développée, en la remplaçant par une théorie et une conception du monde différentes. Un équilibre entre les deux sphères (clercs et séculiers) est trouvé, mais progressivement la notion de conscience séculière se superpose, permettant une meilleure compréhension de la position de l'État moderne non seulement par rapport à l'Église, mais aussi par rapport aux questions religieuses. L'opposition entre clercs et laïcs existant au sein même de l'Église conduira plus tard à la formation d'une véritable mentalité laïque, consommant une rupture définitive entre ceux qui font partie de l'Église et ceux qui n'en font pas partie⁷⁹⁸.

L'esprit laïque, qui s'est progressivement opposé à tous les domaines de la vie occidentale, a été intégré à l'idée qu'il était possible de revendiquer des droits à la fois auprès de l'Église et de l'État. À cela s'ajoute le fait que, malgré la séparation croissante entre l'Église et l'État, les privilèges des clercs sont renforcés au motif qu'il existe un caractère divin à leur mandat, ce qui accroît leurs biens matériels, motif d'envie pour les laïcs. Les laïcs ont alors

⁷⁹⁷ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). In: Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 522.

⁷⁹⁸ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 33.

commencé à s'insurger de manière encore plus véhémente contre les clercs, une réaction naturelle de toute classe cherchant à accéder au pouvoir. Ils ont commencé à critiquer l'organisation de l'Église et sa richesse, prêchant la nécessité de revenir à l'Évangile, à la simplicité de la vie chrétienne telle qu'elle était à l'origine. Enfin, une volonté générale s'est dégagée pour la réalisation d'une philosophie du droit ayant pour essence l'homme et non plus une révélation divine⁷⁹⁹.

En raison de la distance entre l'État et l'Église, le premier a commencé à chercher une justification de son origine autre que divine. Du fait de la découverte de sa souveraineté, l'État en vient aussi à avoir une supériorité qui s'affirme avec la notion de société politique. Cette société repose sur deux principes : le corps et l'âme, et défend la subordination de la sphère temporelle sur la spirituelle. La subordination du temporel au spirituel a suscité une réaction immédiate au sein du pouvoir politique et législatif français. Pour les politiciens avides de pouvoir mais croyants, l'indépendance de l'État ne pouvait être légitimée que par son origine divine et c'est ce qui conférait au souverain une responsabilité sans limites, qui devait englober les sphères spirituelles et autres, dans lesquelles l'Église avait jusqu'alors le pouvoir. Ainsi, les dirigeants en sont venus à comprendre les domaines du corps et de l'âme, mais il continuait à y avoir une coordination de ces deux pouvoirs qui étaient définis par la supériorité du pouvoir spirituel. De nombreuses théories ont vu le jour pour justifier le pouvoir de l'État et toutes convergent dans le sens de distinguer les domaines de la cité des hommes et de la cité de Dieu, en essayant d'inclure directement, ou indirectement, le temporel dans le spirituel, car dans la recherche de l'origine du pouvoir ou de l'autorité spirituelle, il ne pouvait en être autrement⁸⁰⁰.

À ce mouvement s'ajoute également le rôle important de l'école dans la formation de la laïcité, car elle est à la fois un milieu où se développe la personnalité des individus et aussi un lieu indispensable pour une bonne politique. L'histoire montre ce lien entre les deux sphères (personnalité + politique) : à Sparte, l'État avait le monopole de l'éducation pour garantir la formation d'un bon citoyen ; pour Aristote, l'éducation va de pair avec le système politique que l'État doit garantir ; pour Platon, dans sa République idéale, le gouvernement est garanti par les philosophes⁸⁰¹. C'est également dans les écoles que les conflits et les tensions sont les plus

⁷⁹⁹ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 40.

⁸⁰⁰ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 43.

⁸⁰¹ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 163.

aigus, servant d'indicateur important de la laïcité et de l'état des relations que le pouvoir public entretient avec les différentes religions⁸⁰².

Spécifiquement dans la réalité française, la préoccupation de l'école est particulièrement pertinente, puisqu'elle se concentre sur la formation de l'enfant et pas tant sur le parti pris politique, reconnaissant l'importance de l'éducation et le rôle qu'elle représente dans leur formation. En conséquence, l'idéologie des enseignants, responsables de la formation des enfants et des jeunes, s'est révélée être une question complexe à laquelle il fallait faire face dans le pays⁸⁰³, ce qui s'est effectivement produit par le biais d'un processus appelé "laïcisation de l'éducation". Cela s'explique : au moins depuis les ordonnances royales de 1698, l'enseignement était confié à l'Église, mais depuis la Révolution, l'enseignement est compris comme faisant partie d'une des fonctions de l'État et non plus de l'Église (notamment avec la loi Goblet du 30 octobre 1886, qui laïcise les maîtres des écoles publiques⁸⁰⁴) ; cela signifie que le souci de l'instruction et de l'éducation des individus devient une question de nature civile et non plus religieuse⁸⁰⁵. Ainsi, la morale a commencé à être enseignée telle qu'elle est et non plus telle qu'elle avait été comprise jusqu'alors (à partir de la religion). En conséquence, les questions religieuses ont été progressivement supprimées de l'école.

Cela ne veut pas dire que la distanciation (école - religion) s'est faite sans heurts ; bien au contraire, la première expérience de l'État dans l'ouverture d'écoles dispensées d'enseignement religieux a été un échec, ce qui a conduit à une réintroduction de la religion dans l'enseignement, renforcée à l'époque Napoléonienne par la volonté que chaque établissement scolaire ait au moins un aumônier. C'est à cette même époque qu'est créée l'Université impériale, qui obtient le monopole universitaire, dans le but d'avoir le moins d'établissements d'enseignement privés possible et sans perdre de vue les intérêts de l'État, qui est de préparer les jeunes à servir au nom de l'État lui-même. Cette université a été fondée sur des principes religieux catholiques, prêchant la nécessité de la loyauté envers l'empereur et la monarchie impériale. Des années plus tard, la liberté d'enseignement a été proclamée en France, sans abolir l'Université, mais en veillant à ce qu'elle n'ait plus un penchant purement religieux⁸⁰⁶.

⁸⁰² BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 255.

⁸⁰³ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 164.

⁸⁰⁴ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). In: Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 529.

⁸⁰⁵ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 164.

⁸⁰⁶ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 166.

Le processus de laïcisation des écoles publiques est marqué par la promulgation de lois assurant la liberté d'enseignement dans l'enseignement primaire en 1833, dans l'enseignement secondaire en 1850, et dans l'enseignement supérieur en 1875. Au fil du temps, ces lois ont généré une émancipation des enseignants de l'esprit du dogmatisme religieux⁸⁰⁷. C'est pourquoi certains disent que la notion de laïcité est entrée dans le droit français par une petite porte qui s'est ouverte avec la loi promulguée le 28 mars 1882 déterminant que l'enseignement dans les écoles primaires publiques doit être laïque⁸⁰⁸ (article 2⁸⁰⁹). L'enseignement primaire était obligatoire, gratuit et laïc. Gratuit et laïc parce qu'il était obligatoire et que, étant une obligation, il ne pouvait ni peser sur les finances ni heurter la conscience.

C'est pourquoi il est possible d'affirmer que les deux premières lois concernant la laïcité sont relatives au système scolaire et ont eu une importance significative dans le processus de laïcisation. La première mentionnée ci-dessus, du 28 mars 1882, disposait dans son article 2 que les écoles primaires publiques laisseraient un jour libre dans la semaine, autre que le dimanche, afin que les parents qui le désirent puissent enseigner la religion à leurs enfants ; avec elle, l'enseignement religieux dans les écoles primaires devenait facultatif. Puis, le 30 octobre 1886, une seconde loi laïcise les instituteurs des écoles primaires publiques ; plus précisément, l'article 17 de cette loi établit que dans les écoles publiques, l'enseignement est exclusivement confié à un laïc⁸¹⁰. Peu après, de nombreuses autres lois ont été promulguées et, progressivement, la laïcité a atteint tous les domaines de la vie administrative, sociale et de masse⁸¹¹.

Il est donc crédible d'affirmer que l'école a servi de brèche dans l'élaboration de diverses conceptions de la laïcité : autrefois source d'une forme de laïcité "de combat", elle devient de plus en plus le vecteur d'une forme renouvelée de laïcité, parfois appelée laïcité "ouverte" ou "positive"⁸¹².

Cependant, c'est dans la modernité que se produit la rupture effective avec les idéaux antérieurs (de l'homme dépendant de Dieu) et que le sujet devient son propre centre : une

⁸⁰⁷ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 167.

⁸⁰⁸ GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. In: Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui: Paris, 2012. p. 351.

⁸⁰⁹ FRANCE. Loi sur l'enseignement primaire obligatoire du 28 mars 1882.

⁸¹⁰ KOUSSSENS, David. L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015. p. 65.

⁸¹¹ KOUSSSENS, David. L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015. p. 65.

⁸¹² BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 255.

nouvelle idée du pouvoir émerge, non plus justifiée par la puissance divine, mais soucieuse de garantir le pluralisme de la vie civile et la coexistence harmonieuse de tous les droits de l'homme. Avec cela, une question était restée en suspens : qu'en est-il de la figure divine et de l'Église dans cet univers avec l'insertion de la raison ? La réponse des gouvernements modernes à cette question a été la création effective de la laïcité⁸¹³.

La laïcité est donc fondée sur un régime de respect de la liberté de conscience et présuppose que l'État se veut neutre par rapport à toute conception du bien métaphysique. En France, après la Révolution, deux formes de sécularisation juridique se sont succédées : d'abord, au XIXe siècle, c'est le système de la concordance qui a institué un régime officiel pour les cultes catholique, réformé, luthérien et juif ; puis, avec la IIIe République, une loi est promulguée en 1905 qui sépare définitivement l'Église et l'État. D'une part, la loi a privatisé la religion, car les groupes religieux sont devenus des associations de droit privé, dotées d'une pleine autonomie ; d'autre part, elle a universalisé la politique, car elle a rejeté toute expression religieuse particulière, afin de parvenir à la raison commune⁸¹⁴. Avec elle, les cultes cessent d'être un service public, les reléguant dans la catégorie des activités de nature privée⁸¹⁵.

Ainsi, la notion de laïcité apparaît dans le système normatif français avec la loi du 9 décembre 1905⁸¹⁶, qui matérialise la séparation de l'État et de l'Église, même sans définition législative expresse, en assurant le libre exercice des cultes (article 1er), mais non sans susciter quelques inquiétudes. D'abord, parce que bien qu'elle soit considérée comme le berceau de la notion de laïcité française, le mot "laïcité" n'apparaît pas dans la loi ; ensuite parce qu'elle ne précise pas comment le droit de culte doit être réglementé⁸¹⁷. L'article 2, paragraphe I, prévoyait que la République ne reconnaît aucun culte : "*La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte*"⁸¹⁸. En posant le principe de la non-reconnaissance, le législateur n'a pas voulu ignorer le facteur religieux – qui continuait d'exister – mais a voulu rejeter le régime antérieur fondé sur la distinction publique entre les cultes reconnus et les cultes non reconnus (à cette époque, les cultes reconnus étaient ceux de l'Église catholique, de l'Église israélite et de

⁸¹³ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine: anatomie d'une controverse. In: La Sécularisation en question: religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier: Paris, 2019. p. 89.

⁸¹⁴ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine: anatomie d'une controverse. In: La Sécularisation en question: religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier: Paris, 2019. p. 90.

⁸¹⁵ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 335.

⁸¹⁶ FRANCE. Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

⁸¹⁷ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf: Paris, 2016. p. 39.

⁸¹⁸ FRANCE. Loi du 9 décembre 1905. Article 2 : "La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. [...]".

l'Église protestante⁸¹⁹). Il y a un refus de reconnaissance qui est exactement l'opposé du modèle multiculturaliste⁸²⁰. Ainsi, avec l'institution du principe de non-reconnaissance, qui s'est produite avec la loi de 1905, il cessa d'y avoir dans la République des religions qui étaient reconnues par elle et d'autres qui ne l'étaient pas. C'est pourquoi, à partir de ce moment, le régime des cultes reconnus a cessé d'exister et, avec lui, on pense qu'il y eut l'institution de la laïcité⁸²¹. Il convient également de mentionner l'article 28, qui interdit l'apposition de tout signe religieux sur les monuments publics ou tout lieu public, à l'exception des édifices servant au culte, des lieux de sépulture, des monuments funéraires, des musées et des expositions, marquant ainsi l'importance de l'absence d'expression religieuse⁸²².

En d'autres termes, cette loi a défini les contours de la laïcité de deux manières au moins : (i) en garantissant la liberté de conscience et la liberté d'exercice du culte, en interdisant toute restriction, sauf pour des raisons d'ordre public ; (ii) en mettant fin au système des "cultes reconnus" qui prévalait jusqu'alors, en établissant que la République ne patronnait plus aucun culte. Avec elle, on entrevoit une séparation effective entre l'Église et l'État, plaçant ce dernier dans une position de neutralité confessionnelle de plus en plus marquée⁸²³. La notion originale de laïcité repose donc sur des principes qui induisent la réfutation ou du moins la distanciation du facteur religieux, ce qui a donné lieu à une série de textes et de jurisprudences qui ont donné lieu, à leur tour et plus tard, à d'autres principes comme celui de la tolérance, du pluralisme et du respect du fait religieux⁸²⁴.

Ainsi, afin d'accueillir toutes les croyances, toutes les religions, toutes les manifestations, la République adopte une position de plus grande neutralité, c'est-à-dire qu'elle ne rejette ni ne favorise aucune croyance religieuse, ce qui peut être extrait de la lecture de l'article 2 reproduit ci-dessus. À partir de là, il est possible d'identifier une triple obligation imposée à la République : l'État ignore, devrait ignorer et veut ignorer le facteur religieux, ce qui se produit notamment en raison de la non-reconnaissance qui permet un traitement égal de tous les cultes. La République s'abstient, quant à elle, de tout jugement de valeur sur son contenu ou sur ses pratiques et rites, y compris les croyances minoritaires, afin d'éviter tout traitement

⁸¹⁹ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 40.

⁸²⁰ POURHIET, Anne-Marie Le. *La Conception française de l'égalité religieuse*. In: *État et religions*. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; WATTIER, Stéphanie. Limal: Anthemis, 2018, p. 214.

⁸²¹ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 40.

⁸²² DRAGO, Guillaume. *Laïcité (Principe de)*. In: *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 529.

⁸²³ KOUSSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant: Paris, 2015. p. 65.

⁸²⁴ KOUSSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant: Paris, 2015. p. 65.

discriminatoire, puisque tous les cultes sont désormais soumis au même droit commun⁸²⁵. La non-reconnaissance a pour effet direct de placer toutes les croyances sur le même plan, ce qui implique une neutralité de la confession par l'État, laissant les questions de religion à la sphère privée. Depuis lors, les services publics se doivent d'être impartiaux, ce qui s'avère être un choix politique essentiellement français⁸²⁶ constituant une garantie essentielle pour leurs usagers⁸²⁷.

En conséquence de la non-reconnaissance du régime des cultes, il est devenu nécessaire d'établir la structure organisationnelle des religions dans la branche du droit privé (et non plus public) ; la solution trouvée par le législateur a été de créer des Associations Culturelles, qui sont des personnes morales de droit privé⁸²⁸. Néanmoins, l'Église catholique refuse de constituer de telles associations et une nouvelle loi est votée le 2 janvier 1907, qui permet aux organisations religieuses d'être régies par le régime d'association institué par la loi de 1901 (même ainsi, le mode ordinaire d'institutionnalisation d'une religion en France reste l'association culturelle), de manière à créer un modèle d'organisation éloigné des congrégations religieuses qui nécessitent une autorisation⁸²⁹. Durant cette période, la Justice est intervenue dans de nombreux cas de conflits découlant du régime juridique adopté par la loi de 1905 pour les religions (en tant qu'associations culturelles). Après la Première Guerre Mondiale, le Conseil d'État est également intervenu pour aider à trouver un institut juridique pour les catholiques.

La loi de 1905 prévoit également la dévolution des biens composant les établissements du culte – jusqu'alors considérés comme des milieux publics – aux associations qui leur succèdent, à condition qu'elles respectent leur nature juridique d'association. Plus précisément, l'article 4 de la loi de 1905 établit que ces associations seront désormais chargées d'établir les règles générales de son organisation et d'atteindre les objectifs finaux pour lesquels elles ont été créées⁸³⁰. L'intention du législateur avec cette disposition était de consacrer deux objectifs : (i) l'État ne serait plus impliqué dans un éventuel conflit interne survenant au sein d'une confession religieuse, car cela créerait un problème avec la hiérarchie des croyances ; (ii) la restitution des

⁸²⁵ BENELBAZ, Clément. *Le principe de laïcité en droit public français*. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 256.

⁸²⁶ GHÉRARDI, Éric. *La liberté religieuse au sein de l'État français laïque*. In: *État et religions*. ROMAINVILLE, Céline; VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; WATTIER, Stéphanie. Limal: Anthemis, 2018, pp. 59-74. p. 73.

⁸²⁷ BENELBAZ, Clément. *Le principe de laïcité en droit public français*. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 256.

⁸²⁸ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 41.

⁸²⁹ DRAGO, Guillaume. *Laïcité (Principe de)*. In: *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz: Paris, 2006. p. 528.

⁸³⁰ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 41.

biens des anciens établissements publics des cultes reconnus se ferait au profit des associations religieuses soumises à la hiérarchie religieuse de ces cultes⁸³¹.

Il existe des rapports qui relatent comment s'est déroulé le débat à la Chambre des Députés au moment de l'insertion du dispositif susmentionné, où il est mentionné que les Églises possédaient leurs propres Constitutions qui ne pouvaient être ignorées par l'État, car il s'agissait d'un état de fait déjà imposé, mais que le premier devoir imposé aux législateurs – étant donné qu'ils sont appelés à décider du sort des Églises sur la base d'un esprit de neutralité conçu avec la réforme – face à cette situation était de ne rien faire, sous peine de porter atteinte à la prérogative de libre constitution des Églises⁸³².

Comme l'Église catholique maintient son refus de devenir une association culturelle, elle signe en 1923 un accord avec le gouvernement français afin de disposer d'un statut d'association diocésaine visant à établir l'autorité de l'Église catholique pour exercer ses services en communion avec le Saint-Siège et selon sa propre constitution. Le statut interdit également aux associations culturelles d'imiter le modèle d'organisation des services divins de l'église catholique, notamment en ce qui concerne la nomination des membres du clergé, ainsi que la direction, l'enseignement et l'administration des séminaires spirituels. Cet instrument a été jugé conforme à la législation en vigueur sur les cultes, qui a permis la régularisation de l'Église catholique en France⁸³³.

Il convient également de noter que la loi de 1905 contient une série de dispositions autorisant l'intervention de l'État dans le domaine religieux, de sorte qu'il soit possible de dire que l'État français n'en est pas venu à traiter le cadre des activités religieuses avec une indifférence ou une abstention absolue. C'est pourquoi il n'est pas crédible d'adhérer, à partir de ce moment, à une thèse de neutralité négative de l'État français, c'est-à-dire d'ignorance totale du fait religieux et d'absence d'intervention. Ce que l'on peut observer, c'est que la notion de neutralité de l'État repose désormais essentiellement sur deux piliers, respectivement : la neutralité des services publics et l'égalité entre les citoyens. En fait, la notion de neutralité comprise comme une certaine autonomie religieuse des églises remonte à l'idée de leur séparation d'avec l'État, principe (séparation de l'État et de l'Église) qui a acquis une valeur législative avec la loi de 1905.

D'un point de vue politique, la notion de neutralité présupposait que l'État devait se comporter de manière étrangère à toute référence religieuse (c'est-à-dire de neutralité du service

⁸³¹ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 41.

⁸³² TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 41.

⁸³³ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf: Paris, 2016. p. 47.

public), car elle était un point central dans la construction de la notion de laïcité. Toutefois, comme on l'a dit, une certaine ingérence dans le domaine spirituel n'est pas exclue : la neutralité politique des Églises reste essentielle, tout comme la neutralité confessionnelle du pouvoir politique ; mais ce dernier (le pouvoir politique) doit protéger les Églises et intervenir, au nom de l'ordre public ou de l'intérêt général, lorsque la liberté de religion est en jeu⁸³⁴.

Par conséquent, il y avait deux aspects de la laïcité : d'abord, le négatif, qui s'imposait essentiellement à l'État et à ses agences (services publics) et se caractérisait par la non-ingérence dans les religions, résultant de l'abstention du non-financement des cultes et de l'absence de mention, dans la sphère publique, du facteur religieux. D'autre part, le positif, au profit notamment des personnes privées, s'incarne dans une protection des convictions des individus afin de leur permettre le libre exercice de leur croyance. En résumé, la laïcité a été consolidée par la stricte neutralité des services publics, bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans la loi de 1905, elle découle du principe d'égalité qui est alors établi⁸³⁵.

En effet, le principe d'égalité inscrit dans la tradition constitutionnelle française présuppose une égalité juridique, fondée sur le discernement entre la chose publique et la chose privée et sur l'idée que tous sont égaux devant la loi, étant titulaires de droits assurés indistinctement, sans discrimination d'aucune sorte. Le modèle républicain français s'écarte de la notion multiculturaliste anglo-saxonne de discrimination positive ou indirecte, puisqu'il refuse de reconnaître les différents groupes, les traitant tous indistinctement. Il s'agit d'une égalité de droit et non d'une égalité de fait, s'appliquant aux individus et non aux groupes ou communautés, extraite de la Constitution de 1791, qui affirmait, de manière générale, qu'en droit français il n'y avait plus de privilège et que la loi commune de tous était applicable à tous⁸³⁶. Plus précisément, il a indiqué que la loi ne reconnaîtrait plus les vœux religieux ou tout autre lien contraire aux droits naturels ou à la Constitution, garantissant également comme droits naturels et civils la liberté d'exercer un culte religieux⁸³⁷. Cette conception découle notamment de la Révolution française, qui voulait que rien ne s'oppose au citoyen libre et au refus de toute reconnaissance à des sous-groupes susceptibles de fausser l'expression de la volonté générale. Cela signifie que l'autodétermination d'un individu doué de conscience et de raison rejette ainsi les appartenances et les identités infranationales pour faire de lui un citoyen

⁸³⁴ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 260.

⁸³⁵ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris: L'Harmattan, 2011. p. 260.

⁸³⁶ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In: État et religions. ROMAINVILLE, Céline; VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; WATTIER, Stéphanie. Limal: Anthemis, 2018, p. 213.

⁸³⁷ FRANCE. Constitution française de 1791. Préambulo.

libre dans un peuple libre. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a censuré les quotas de genre dans les responsabilités politiques, professionnelles, sociales et même la notion de "Peuple Corse" et qu'il a également opposé son veto à la ratification de la Charte européenne des langues régionales minoritaires. C'est pourquoi on dit que la laïcité de l'État, lors de sa création, était liée au principe d'égalité juridique qui l'oblige à maintenir une distance égale avec les différentes religions et à ne pas accorder de privilèges à un groupe⁸³⁸.

Enfin, il convient de mentionner que la notion centrale et indissociable du libéralisme politique est la neutralité même de l'État, qui intègre un univers référentiel anglo-saxon, ayant été débattue lors de la formulation des principes classiques du libéralisme politique depuis la publication de la Théorie de la justice de John Rawls en 1971. De même, la neutralité s'inscrit dans un univers référentiel français, de pensée républicaine – mais libérale – qui a alimenté les débats autour de cette notion. C'est principalement grâce au siècle des Lumières que la relation entre l'Église et l'État a fait l'objet des premiers débats théoriques. Même si la tolérance ne correspond pas à ce que signifie le terme "neutralité", la production théorique qu'elle a engendrée a certainement contribué à la construction du concept de neutralité. Ainsi, même si le terme de neutralité de l'État n'apparaît pas dans les premiers travaux réalisés par les Lumières, il constitue l'arrière-plan de la production intellectuelle concernant les relations tremblantes entre l'Église et l'État. Le concept de tolérance s'est concrétisé par l'affirmation de l'égalité et la protection de la liberté de conscience et de religion⁸³⁹.

La première disposition juridique expresse concernant la laïcité n'est apparue que des décennies plus tard, avec la Constitution de 1946, dans son article 1er, qui stipulait : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale"⁸⁴⁰, dans son article 13, qui prévoyait que l'enseignement public est gratuit et laïque pour tous et dans son préambule, qui prévoyait qu'aucun travailleur ne pouvait être lésé dans son travail pour des raisons de race, d'opinion ou de croyance⁸⁴¹, interdisant ainsi toute discrimination sur le lieu de travail. C'était la première fois que la laïcité était normalisée en tant que principe constitutionnel ayant une valeur supérieure dans une hiérarchie de normes⁸⁴², même si la Constitution ne définissait pas

⁸³⁸ FRANCE. Constitution française de 1791. Préambule.

⁸³⁹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015. p. 40.

⁸⁴⁰ FRANCE. Constitution du 27 octobre 1946. Article premier : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

⁸⁴¹ FRANCE. Constitution du 27 octobre 1946. Article premier : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

⁸⁴² KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015. p. 68.

son contenu⁸⁴³. La genèse de la norme amène des réflexions importantes. Le libellé original de l'article était le suivant : "La France est une République indivisible, démocratique et sociale"⁸⁴⁴. Cependant, quelques mois avant la promulgation de la Constitution, la commission chargée d'analyser la légalité de la norme s'est trouvée confrontée à une impasse concernant le droit à la liberté d'enseignement ; plus précisément, des inquiétudes sont apparues quant à la nécessité de garantir aux enseignants les libertés d'opinion, de conscience et de croyance, toutes garanties par l'existence du régime de séparation entre l'enseignement public et la religion⁸⁴⁵ qu'on vient de mentionner.

C'est en raison de cette lutte, avant la promulgation du texte constitutionnel, que la laïcité a été incluse dans la formulation, fruit de l'importance d'assurer la liberté de conscience et de culte garantie par la séparation concrète entre les Églises et l'État et par la laïcité des pouvoirs publics et de l'enseignement. L'exposé des motifs de l'amendement proposé à l'article par la Commission indiquait même : "Il est nécessaire que la laïcité de l'État, qui se traduit par la séparation de l'Église et de l'État et le principe, selon lequel l'État ne reconnaît ni ne protège aucune croyance ou religion, soient inscrits dans la Constitution"⁸⁴⁶.

L'amendement proposé a été approuvé parce qu'on a considéré que la laïcité, comprise dans le sens de la neutralité de l'État, était conforme à la tradition républicaine. La laïcité était vue comme la prérogative de chaque citoyen de vivre, selon sa conscience, ses dogmes, le fruit d'une impartialité de l'État par rapport aux croyances de chaque individu. Selon les mots de M.A. Philip : "ce qui définit la nation française, c'est la culture et quand on affirme la laïcité, on ne fait que considérer la patrie, les différences d'opinion, un lieu commun qui nous unit"⁸⁴⁷.

La Constitution du 4 octobre 1958 a consacré pour la deuxième fois le principe de laïcité française, mais elle l'a fait aussi sans en définir le contenu, comme on peut le constater à la lecture de l'article 1er : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race

⁸⁴³ FRANCE. Constitution du 27 octobre 1946. Article premier : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

⁸⁴⁴ FRANCE. Constitution du 27 octobre 1946. Article premier : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

⁸⁴⁵ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 12.

⁸⁴⁶ TAWL, Emmanuel. Justice et religions: la laïcité à l'épreuve des faits. Puf: Paris, 2016. p. 19.

⁸⁴⁷ TROTABAS, J. B. La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961. p. 15 : « *Il y a tout de même quelque chose qui définit la nation française et sa culture, lorsque nous affirmons la laïcité, nous affirmons simplement la patrie, c'est-à-dire par-delà nos divergences d'opinion, ce lien commun qui nous unit dans une commune foi* ».

ou de religion. Elle respecte toutes les croyances (...) »⁸⁴⁸. De ces dispositions, il est possible d'extraire au moins trois principes juridiques : celui de la neutralité de l'État par rapport au fait religieux qui est une fois de plus réaffirmé ; celui de l'égalité de tous devant la loi qui exclut toute différence de traitement sur des bases culturelles, ethniques et religieuses ; une obligation claire de l'État dans les domaines de l'éducation, plus précisément d'organiser une éducation gratuite et laïque à tous les niveaux⁸⁴⁹. Ce principe a souvent été interprété par la jurisprudence nationale (constitutionnelle, administrative et judiciaire) autant que l'internationale (surtout la Cour européenne des Droits de l'Homme).⁸⁵⁰

Comme on peut le constater, le concept de laïcité n'a pas été défini par le législateur français, en ayant les écoles comme point d'entrée, puisque c'est là où sont apparus les débats et les préoccupations concernant la nécessité de séparer la religion de l'État. Il est également possible d'observer le rôle important de l'Église catholique dans ce processus progressif de séparation qui, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, ne s'y opposait pas, car les confusions et les effets négatifs conséquents que le mélange des sphères ecclésiastique et temporelle apportait à l'Église – notamment parce que le catholicisme était synonyme de royauté (État) – rendaient la séparation inévitable.

Le Brésil a marché sur des terrains différents jusqu'à ce que la laïcité de l'État soit reconnue, mais on ne peut manquer de reconnaître que le contexte français a influencé ce processus. Il est difficile de comprendre cette trajectoire, car il existe peu d'études scientifiques juridiques qui ont abordé le sujet sur le territoire brésilien. Pourtant, on essaie de comprendre les contextes et les faits historiques qui ont conduit à la reconnaissance de la laïcité.

Dans un premier temps, il convient de noter que les rapports indiquant la présence du clergé catholique explorant le territoire de ce qui était alors le Brésil colonial ne manquent pas, que ce soit par la création d'instituts religieux, tels que des chapelles et des couvents, ou par la fondation d'écoles dans le pays. Par conséquent, l'incorporation d'usages et de coutumes sociales, largement répandus depuis le début de la nation brésilienne, a abouti à conférer une fonction sociale de premier plan à l'Église catholique, renforcée par le régime du Patronage, car "la pensée politique de l'époque concevait l'État sur la base d'une croyance religieuse

⁸⁴⁸ FRANCE. Constitution du 4 octobre 1958, article 1 : "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée*".

⁸⁴⁹ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 523.

⁸⁵⁰ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. *Dans* : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 60.

déterminée considérée comme officielle, ce qui rendait difficile la séparation entre l'État et l'Église"⁸⁵¹.

Dans le régime de patronage qui s'est établi pendant la phase coloniale brésilienne, le souverain était aussi le souverain de l'Église, ayant été établie entre l'État et l'Église une structure juridique bilatérale et onéreuse à travers laquelle les dîmes et les rentes ecclésiastiques étaient reçues et collectées auprès de la population. En échange, l'obligation était faite d'entretenir et d'agrandir les biens de l'église, de soutenir le clergé, de financer l'effort éducatif, entre autres⁸⁵². L'État est également intervenu dans l'admission des novices dans les ordres religieux, tant en ce qui concerne le nombre de personnes admises que les personnes effectivement choisies, ce qui démontre une ingérence effective et quasi absolue de l'État dans les affaires cléricales. De même, il disposait d'autres mécanismes pour contrôler l'Église, de sorte que le patronage a été, tout au long de la période coloniale (1500-1822) et de la période impériale (1822-1889) le pilier de la relation État-Église dans le pays⁸⁵³.

Pendant la période coloniale et impériale, le catholicisme était la seule religion légalement acceptée et, pendant 400 ans, "l'État a réglementé le domaine religieux d'une main de fer : il a établi le catholicisme comme religion officielle, lui a accordé un monopole religieux, l'a subventionné, a réprimé les croyances et pratiques religieuses des Indiens et des esclaves noirs et a entravé l'entrée des religions concurrentes, notamment protestantes et leur libre exercice dans le pays"⁸⁵⁴. Dans ce régime juridique, l'État se constituait en gardien et en tuteur de l'Église, assurant les moyens économiques et la subsistance, contrôlant les nominations aux postes ecclésiastiques et ayant même un droit de veto sur les dispositions canoniques⁸⁵⁵.

L'un des premiers signes de changement dans l'ensemble du panorama juridico-religieux s'est produit pendant la période impériale avec le déménagement de la famille royale portugaise au Brésil en 1808, lorsque trois traités d'alliance et de commerce ont été signés entre les couronnes portugaise et britannique, dans lesquels le prince régent du Portugal a déclaré que les vassaux européens ne seraient pas dérangés, persécutés ou molestés en raison de leur

⁸⁵¹ BRÉSIL. Cour suprême, recours direct d'inconstitutionnalité n° 4.439, ministre Roberto Barroso, date du jugement : 27 septembre 2017.

⁸⁵² ALVES, Otton Moreno de Medeiros. *Liberdade religiosa institucional: direitos humanos, direito privado e espaço jurídico multicultural*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 44.

⁸⁵³ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso*. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 115.

⁸⁵⁴ MARIANO, Ricardo; ORO, Ari Pedro. *The reciprocal instrumentalization of religion and politics in Brazil*. In: *Annual Review of the Sociology of religion*, 2011, p. 127.

⁸⁵⁵ SÁNCHEZ, Jesus Hortal. *Liberdade religiosa e ordenamento jurídico: do padroado ao recente Acordo Santa-Sé/Brasil*. In: *Direito, Estado e Sociedade*, pp. 232-240, p. 232.

religion et qu'ils pourraient construire des temples religieux⁸⁵⁶, ce qui a marqué l'entrée de nombreux protestants sur le territoire national. De plus, l'interprétation régaliennne du Patronage a fini par être la cause de conflits permanents entre l'Église et l'État, ce qui a conduit l'empire – pour apaiser la situation – à déclarer que le droit de patronage était un droit propre du prince civil et non une concession papale⁸⁵⁷.

Les pressions internes, nées de l'insatisfaction quant à l'évolution des relations entre l'Église et l'État, ont également conduit à la création, par la loi du 5 février 1824, de l'institut régalien appelé Appel à la Couronne, "qui consistait en un recours contre les abus ou les inconvenances des tribunaux ecclésiastiques", un droit pour tout citoyen, y compris les clercs, de demander à la justice civile de corriger les sentences de la justice ecclésiastique, qui pouvait être exercé par la partie offensée (ecclésiastique ou laïque) ainsi que d'office par le procureur de la Couronne"⁸⁵⁸.

Parmi les autres mesures prises par l'État pour tenter de contenir le mécontentement croissant de la population face à l'ingérence de l'Église catholique dans le pouvoir public : la promulgation de la lettre impériale qui a indirectement éteint l'ordre augustinien à Bahia, suivie de l'extinction de l'ordre franciscain des capucins italiens, de l'ordre carmélite de Sergipe et, enfin, de l'ordre carmélite de Bahia. De toute évidence, l'Église catholique a tenté de contenir ces actes, sans succès, puisque le gouvernement a fini par condamner toutes les tentatives comme abusives.⁸⁵⁹

En ce qui concerne les biens de l'Église catholique, l'État a commencé à interdire l'acquisition sans autorisation préalable du gouvernement civil, sous l'argument que, l'Église ayant acquis de nombreux biens, il était nécessaire que l'État fixe des limites à ce qui était reconnu comme une "richesse exorbitante", car cela était nuisible et dangereux pour l'ordre public, sans compter qu'il s'agissait déjà de biens exempts d'impôts et de charges fiscales,

⁸⁵⁶ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 116.

⁸⁵⁷ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. Petrópolis : Vozes, 1978, p. 26.

⁸⁵⁸ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 121.

⁸⁵⁹ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 121.

inaliénables, ainsi que, pour la plupart, oisifs, vu qu'ils n'étaient pas utilisés par la société civile⁸⁶⁰.

En outre, le scénario international, en particulier le cadre français, est passé d'un discours théologique-confessionnel à un discours juridico-constitutionnel avec l'affirmation de la liberté religieuse qui a influencé les Brésiliens inspirés par la vision conservatrice défendue là-bas qui cherchait à échapper aux Jacobins et aux réactionnaires du restaurationnisme clérical⁸⁶¹. Antonio Carlos Villaça résume de la manière suivante l'influence complexe de la France sur le traitement de la religion au Brésil : d'abord, avec l'indéfinition de la spiritualité, fruit d'un romantisme ; ensuite, avec la dissolution de la spiritualité ; enfin, avec la restauration de la spiritualité, qui correspond, selon l'auteur, à un nouveau phénomène culturel de réaction catholique⁸⁶².

Fruit d'une période troublée qui débute par la mise en place d'une Assemblée législative constituante et se termine par la dissolution précipitée de l'Empereur au petit matin de 1823, la Constitution de 1824 est promulguée, reconnaissant la fusion entre l'Église et l'État, prévu à l'article 5 de ce dispositif établissant que la Religion Catholique Apostolique Romaine était la religion officielle de l'empire, bien que certaines avancées aient été constatées par rapport aux religions de tradition non catholique, puisque le même article prévoyait que les autres religions seraient autorisées à célébrer leurs offices en privé⁸⁶³. Il est possible d'identifier, à partir de là, quatre piliers de la politique religieuse impériale : la confessionnalité de l'État, le caractère public et officiel de l'Église Catholique, la tolérance religieuse individuelle et collective et le caractère privé des religions non catholiques. L'empereur, avant d'être acclamé, devait jurer de maintenir la religion catholique apostolique romaine (article 103) ; le Pouvoir Exécutif pouvait nommer des évêques et accorder des avantages ecclésiastiques (article 102).⁸⁶⁴

Pour maintenir les guerres pour la défense des États pontificaux, l'Église avait besoin de tout le soutien matériel qu'elle pouvait obtenir des États, ce qui poussait ceux qui occupaient

⁸⁶⁰ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 122.

⁸⁶¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, fevereiro de 2006, p. 75.

⁸⁶² VILLAÇA, Antonio Carlos. O pensamento católico no Brasil. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2006, p. 10.

⁸⁶³ GABATZ, Celso. O estado laico e a liberdade religiosa no Brasil: o acordo Brasil – Santa Sé e a “Lei Geral das Religiões. In: Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.13, n.29, p. 47-66, 2018, p. 49.

⁸⁶⁴ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 118.

des postes temporaires dans l'Église à accepter toute forme d'ingérence dans les affaires spirituelles, en guise de compensation, ce qui faisait que le patronage devenait un instrument de tutelle permanente du droit majestueux exercé⁸⁶⁵. En outre, d'autres faits conduisent le Brésil à reconnaître la nécessité de séparer définitivement l'État de l'Église.

L'une d'entre elles concerne le droit de se marier, une question qui relevait jusqu'alors des domaines de l'État et de l'Église et qui reconnaissait le mariage canonique comme le seul et unique régime de l'Empire. L'affaire concerne une allemande, Catarina, mariée à un portugais dans l'Église évangélique, qui l'a abandonné un an après le début de leur relation pour vivre avec une autre femme. Catarina s'est adressée aux autorités pour tenter d'annuler son mariage et de se remarier, comme le permet la religion évangélique. Le prêtre protestant répond que les questions matrimoniales relèvent des autorités civiles et qu'il n'appartient qu'à l'église de prononcer la dissolution du mariage après jugement de l'autorité compétente ; le prêtre de l'église catholique considère le mariage comme clandestin, le déclarant nul et non avenu. Les conséquences de cette impasse ont été nombreuses, mettant en évidence le mécontentement de la population qui partageait une autre foi que la foi catholique, qui avait désormais besoin d'un certificat du curé catholique pour reconnaître le mariage célébré dans une autre religion, ce qui témoignait d'une intolérance envers les autres croyances et d'un traitement privilégié de l'Église catholique. La pression engendrée par cet épisode a conduit, des années plus tard, à la proposition d'un projet de loi prévoyant le mariage entre personnes de religions différentes (1855). Quelque temps plus tard, le mariage civil a été reconnu (1861).⁸⁶⁶

Une autre discussion responsable du rapprochement du Brésil de la notion de laïcité concernait la présence de symboles religieux dans les cimetières. Plus précisément, on discute dans tout l'empire de la nécessité d'accorder un caractère laïc aux nécropoles, notamment en raison de la présence notoire de cultes africains et protestants dans le pays. À ce sujet, José Scampini enregistre que "depuis l'époque de la colonie, il y avait des discussions sur le caractère séculier de l'administration de la nécropole. La conquête de l'inclusion de ces cimetières dans l'une des tâches de l'administration municipale était une certaine conquête du droit humain. C'est pourquoi la Constitution de l'Empire prévoit la sécularisation des cimetières".⁸⁶⁷

En ce qui concerne l'éducation, bien que la Constitution susmentionnée ne mentionne rien, des discussions ont commencé dans les universités, en particulier celles de théologie, pour

⁸⁶⁵ SCAMPINI, José. *A liberdade religiosa nas constituições brasileiras*. Petrópolis : Vozes, 1978, p. 26.

⁸⁶⁶ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso*. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 124.

⁸⁶⁷ SCAMPINI, José. *A liberdade religiosa nas constituições brasileiras*. Petrópolis : Vozes, 1978, p. 38.

savoir si la responsabilité d'établir les thèmes des programmes d'études, de gérer l'embauche et le licenciement des enseignants, entre autres compétences, incomberait à la sphère temporelle ou ecclésiastique, la question ayant été résolue par Joaquim Nabuco, qui a soumis à un groupe de personnes des statuts élaborés pour être discutés, et qui sont devenus par la suite un projet présenté au Gouvernement. Le projet de séparation fut rejeté, la conclusion étant que l'intervention du pouvoir ecclésiastique dans la sphère temporelle était fondamentale, du moins à cette époque, ce qui fut modifié des années plus tard⁸⁶⁸. Néanmoins, le mouvement démontre que la transition vers un modèle d'État laïc serait quelque chose d'inévitable.

L'union entre l'État et l'Église dérange de plus en plus, et cela a été encore plus enflammé avec la franc-maçonnerie, qui joue un rôle important sur la voie de la laïcité à cette époque. Un épisode appelé *Questão Religiosa* (Question Religieuse), en 1873, est devenu célèbre pour la forte revendication du clergé d'un espace dans le scénario brésilien qui a eu une très grande répercussion sociale, prenant même des proportions de guerre civile. À cette époque, il y avait un conflit de pouvoir entre l'État et la hiérarchie de l'Église, dans lequel le régéralisme a fini par prévaloir, laissant entrevoir un État de plus en plus libéral et anticlérical, et une Église qui abandonnait de plus en plus la confrontation avec l'État tout en prenant des mesures d'autosuffisance interne⁸⁶⁹. La crise est si importante qu'elle ébranle les relations entre les pouvoirs civil et ecclésiastique et aboutit, des années plus tard, à la séparation des deux.

La situation change radicalement en 1890, avec le décret 119-A élaboré par les membres du gouvernement provisoire de la République, qui établit⁸⁷⁰ la séparation entre l'État et l'Église, s'écartant du modèle impérial consacré par la monarchie et interdisant à l'État d'intervenir dans les affaires religieuses, consacrant la pleine liberté de culte pour toutes les confessions. C'est à partir de ce moment que le Brésil est devenu laïc, sans avoir une Église Officielle et où l'organisation religieuse est devenue libre⁸⁷¹. Avec l'avènement de la République au Brésil (qui a eu lieu en 1889), la séparation est devenue officielle dans la Constitution Républicaine Brésilienne, promulguée en 1891, qui a établi la séparation de l'Église (catholique) et de l'État dans son article 72, 7e, reproduit ci-dessous : "Aucun culte ou église ne bénéficiera de subvention officielle, ni n'aura de relations de dépendance ou d'alliance avec le

⁸⁶⁸ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 125.

⁸⁶⁹ MENDONÇA, Antônio Gouvêa. República e pluralidade religiosa no Brasil. Revista da USP, São Paulo, n. 59, p. 144-163, set./nov. 2003, p. 127.

⁸⁷⁰ GOMES, Christiane Teixeira; LINS FILHO, Flávio Barbosa. Estado laico – da origem do laicismo à atualidade brasileira. In: V Colóquio de História, 2011, pp. 1219-1228, p. 1221.

⁸⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 253.

Gouvernement de l'Union ou des États"⁸⁷². En conséquence, le monopole du catholicisme comme religion officielle a pris fin et la liberté religieuse a été établie pour tous les cultes dans le pays. Depuis lors, tous les textes constitutionnels reprennent le contenu de cet article. Certaines caractéristiques centrales du processus de laïcisation étaient le maintien de la reconnaissance d'une dimension publique de la religion par l'État et la société ou encore l'influence de l'Église catholique en tant qu'expression de la religion.⁸⁷³

Cette période de rupture ne s'est pas produite sans usure. La Constitution de 1889 est la plus laïque qui n'ait jamais existé, car les autres qui lui ont succédé ont subi des ajustements et des accommodements pour se conformer à l'histoire sociale du pays, qui avait pour toile de fond l'Église catholique. Parmi ces aménagements, il est possible d'observer la disposition relative à l'enseignement religieux et la reconnaissance civile du mariage religieux, afin que les textes juridiques reflètent davantage la réalité d'une société qui n'était pas aussi laïque que le texte⁸⁷⁴.

L'officialisation de la séparation n'a cependant pas signifié le retrait des privilèges de l'Église Catholique. Bien au contraire, car les congrégations religieuses ont continué à agir activement avec l'État⁸⁷⁵. En outre, la Constitution de 1824 a consacré l'appelé "beneplácito régio" (article 102, XIV), un institut régalien qui "suppose la nécessité de l'accord de l'État, par le biais de l'approbation préalable de l'Assemblée, afin que les actes de l'autorité ecclésiastique puissent être en vigueur, au moins dans le forum externe. En ce qui concerne les dispositions particulières non contractuelles de la Constitution, ces documents étaient soumis uniquement à l'approbation du pouvoir exécutif".⁸⁷⁶

Il convient également de mentionner que la hiérarchie catholique a ouvertement condamné la pratique religieuse des Noirs, ce qui a déclenché, dans les années 1950, une lutte apologétique contre les religions non chrétiennes⁸⁷⁷. Cette persécution de la part de l'Église catholique a duré environ quatre siècles, surtout dans la première moitié du XXe siècle, lorsque

⁸⁷² BRÉSIL. Constitution de 1891.

⁸⁷³ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 177.

⁸⁷⁴ ZYLBERSZTAJN, Joana. O estado laico na Constituição Brasileira. In: Estado Laico, Intolerância e Diversidade Religiosa no Brasil. Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Cidadania, 2011, p. 150.

⁸⁷⁵ FONSECA, Alexandre Brasil. Secularização, pluralismo religioso e democracia no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

⁸⁷⁶ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014, p. 119.

⁸⁷⁷ ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no Ocidente. In: Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, 2011, p. 225.

l'État républicain a eu recours aux organes de répression policière et aux services de contrôle social et d'hygiène mentale et, enfin, de la part des élites, dans un mélange de mépris et de fascination pour l'exotisme qui a toujours été associé aux manifestations culturelles des Africains et de leurs descendants au Brésil⁸⁷⁸.

Comparativement, les chemins empruntés par les Français et les Brésiliens jusqu'à la reconnaissance de la laïcité de l'État ont été différents. Par exemple, le mot "laïcité" n'apparaît pas dans les instruments normatifs au Brésil, alors qu'en France il est expressément mentionné. Il existe cependant des points de convergence dans ce processus, comme le fait que la reconnaissance de la laïcité a été quelque chose d'inévitable et le fruit de pressions articulées par différents groupes qui, insatisfaits des confusions que générait la relation État-Église, revendiquaient une séparation nécessaire entre les sphères temporelle et ecclésiastique.

Section II - Les différents développements de la séparation de l'État et de la religion

Comme on l'a vu, la notion de laïcité n'a pas été bien définie par le législateur français, qui a imposé aux juridictions judiciaires et administratives la difficile tâche de définir progressivement son champ d'incidence, sa notion et la manière dont elle doit être comprise et rendue compatible avec d'autres biens juridiques également protégés. En ce qui concerne spécifiquement le Conseil d'État⁸⁷⁹, organe suprême de l'ordre administratif et qui résout, en dernière instance, les litiges liés aux activités de l'État, sa jurisprudence se traduit à la fois par la diffusion de certaines valeurs et par une intervention plus directe dans la vie politique, en exerçant un rôle central dans l'élaboration des dogmes concernant l'État. C'est pourquoi, en jugeant la légalité des actes par lesquels l'État et ses organes réglementent la diversité religieuse, le Conseil a assumé un rôle important dans l'interprétation des principes constitutifs de la laïcité

⁸⁷⁸ SILVA, Vagner Gonçalves da. Prefácio ou Notícias de uma guerra nada particular: Os ataques neopentecostais às religiões afro-brasileiras e aos símbolos da herança africana no Brasil. In: SILVA, V. G. da (Org.). Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007. p. 9-27, p. 23.

⁸⁷⁹ Cette institution a une double fonction : conseiller le gouvernement et se prononcer sur la conformité au droit constitutionnel des projets de loi présentés et sur la légalité des actes administratifs, et aussi l'organe suprême de la juridiction administrative française.

que le législateur n'a jamais définis⁸⁸⁰, et rien qu'entre 1802 et 1905, plus de 400 litiges ont été soumis à son appréciation.⁸⁸¹

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État permet de constater qu'initialement, il a mis en œuvre un esprit libéral dans ses décisions, tant en ce qui concerne le libre exercice du culte que les règles d'organisation et le respect de la liberté de conscience, par exemple les décisions rendues les 25/10/1906 et 30/10/1906⁸⁸². Avec le temps, le Conseil a commencé à limiter l'idée de laïcité à la neutralité de l'État, comme dans les décisions suivantes : (i) rendu le 21/09/1972, dans lequel la possibilité pour les enseignants de continuer à exercer leur fonction après être devenus ministres des cultes a été discutée, notamment en raison de l'imposition de la neutralité des établissements publics d'enseignement à l'égard de toute religion ; (ii) rendu le 27/11/1989, qui a considéré que le principe de laïcité impose aux enseignants le devoir d'assurer la neutralité du milieu scolaire comme moyen de garantir la liberté de conscience des élèves ; (iii) rendu le 02/11/1992, qui a confirmé le contenu des décisions susmentionnées⁸⁸³. À partir des années 1980, des problèmes de conciliation entre le respect de la laïcité – qui s'exprime à travers la notion de neutralité du service public – et le respect de la liberté de conscience, notamment dans les établissements scolaires, sont apparus⁸⁸⁴. La notion de neutralité du service public visait également à protéger les agents de toute influence ou atteinte à leur liberté de conscience, idem pour les entreprises⁸⁸⁵ privées.⁸⁸⁶

En 1997, le Conseil d'État a jugé une affaire portant sur le droit d'acquérir la nationalité française (Ben Halima). En bref, le gouvernement français avait rejeté la demande de nationalité française d'une épouse parce qu'elle portait un voile islamique, ce qui serait considéré comme un acte d'"absence d'assimilation de l'esprit français" autorisant l'opposition à sa demande en vertu de l'article 21-4 du Code civil. Contestataire, elle a fait appel au Conseil d'État, qui a estimé que le port du voile islamique ne pouvait pas être considéré comme une absence d'assimilation par l'épouse et ne pouvait pas être vu comme un obstacle à l'acquisition de la

⁸⁸⁰ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 78.

⁸⁸¹ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 531.

⁸⁸² DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 532.

⁸⁸³ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 23.

⁸⁸⁴ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 532.

⁸⁸⁵ À cet égard, il est cité l'affaire 12-11.690

⁸⁸⁶ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. *Dans* : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 68.

nationalité française⁸⁸⁷. Dans la même veine, en 1999, il a été statué sur une autre affaire portant sur le refus du gouvernement français d'accorder la citoyenneté à une femme qui n'avait pas fourni de photographie montrant son front. En l'espèce, elle a jugé que le refus n'était pas légitime, dans la mesure où la loi n'établit pas la photo d'un front nu comme condition de la citoyenneté. Cette décision a eu pour effet que la même année, quelques mois plus tard, le gouvernement français, par le biais du décret n° 25, a commencé à exiger pour les photos de passeport et de carte d'identité une photo avec le front nu, conformément à la décision rendue précédemment par le Conseil d'État, justifiant cette exigence et la restriction de liberté qui en découle pour des raisons d'ordre public⁸⁸⁸.

Au cours de la même période, trois jeunes filles musulmanes ont été temporairement interdites d'accès à l'école parce qu'elles portaient un voile islamique, ce qui a incité le Conseil d'État à exprimer à nouveau son avis. En bref, l'épisode a provoqué un rapide émoi dans les médias et les syndicats concernés, ce qui fait que le Ministre de l'Éducation, afin de résoudre le problème, a fait appel au Conseil d'État pour que celui-ci donne son avis sur la possibilité d'utiliser le voile islamique et sur sa compatibilité avec le principe de laïcité français. Deux mois plus tard, le Conseil s'est prononcé en considérant que le port, par un élève, d'un signe visible exprimant un choix religieux ne viole pas le principe de laïcité ; bien au contraire, le droit français assure à chacun, y compris aux élèves, le droit d'exprimer et de manifester ses convictions religieuses au sein de l'établissement scolaire⁸⁸⁹.

Le Conseil a également considéré que l'exercice du droit à la liberté religieuse des élèves de porter le foulard islamique ne pouvait être limité que s'il constituait un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande portant atteinte à la dignité ou à la liberté des autres élèves ou des membres de la communauté, ou mettant en danger la santé et la sécurité, perturbant le déroulement des activités d'enseignement et la finalité de l'éducation. Enfin, elle ne serait justifiée que si elle créait un problème dans l'établissement ou dans le fonctionnement régulier du service public. Cette décision a été réaffirmée par d'autres affaires qui l'ont suivie, selon laquelle seules les exigences de l'ordre public et du respect des libertés pouvaient justifier l'interdiction du port du voile islamique ; autrement dit, seuls les effets produits par l'utilisation d'un signe religieux dans la sphère publique pouvaient justifier une mesure restrictive⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 180.

⁸⁸⁸ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 180.

⁸⁸⁹ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 171.

⁸⁹⁰ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 172.

Les nombreuses affaires concernant le port du foulard islamique qui ont suivi ont incité le gouvernement français à demander au Conseil d'État un avis sur la conciliation entre les principes de laïcité et de liberté de conscience et, plus précisément, sur la compatibilité ou non du port de symboles d'une communauté religieuse avec le principe de laïcité. Dans cet avis, le Conseil d'État rappelle l'ensemble des textes nationaux et internationaux concernant tant la laïcité que la liberté de conscience et de religion, et annonce des principes généraux qui, en quelque sorte, résument sa jurisprudence et ses avis antérieurs. *Les textes constitutionnels et législatifs et les accords internationaux de la France indiquent que le principe de laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose aux enseignants de respecter la neutralité des programmes et la liberté de conscience des élèves. Est interdite, selon les principes contenus dans les mêmes textes et les accords internationaux de la France, toute discrimination dans l'accès à l'enseignant fondée sur les convictions ou les croyances religieuses des élèves. Il a également déclaré : la liberté ainsi reconnue aux élèves comprend le droit d'exprimer et de manifester leurs convictions religieuses au sein des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans que cela constitue une atteinte aux activités d'enseignement, au contenu du programme et à l'obligation d'assiduité.*

Enfin : *l'exercice peut être limité dans la mesure où il porte atteinte à l'accomplissement des missions attribuées par le législateur au service public de l'éducation ; il en résulte que, dans les établissements scolaires, l'utilisation par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, en soi, incompatible avec le principe de laïcité dans la mesure où elle constitue l'exercice de leur liberté d'expression et de manifestation des convictions religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient utilisés individuellement ou collectivement... ou par son caractère ostentatoire ou contestataire, constitue un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, qui porterait atteinte à la dignité ou à la liberté d'un autre élève ou des autres membres de la communauté éducative, compromettant la santé et/ou la sécurité, entravant le développement des activités pédagogiques et le rôle de la formation des enseignants, troublant l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public*⁸⁹¹. Cet avis a constitué un point d'ancrage dans la notion de laïcité qui part de la neutralité des activités des enseignants et a été chargé d'orienter

⁸⁹¹ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 533.

la jurisprudence administrative, comprise beaucoup plus comme une jurisprudence de conciliation que comme une jurisprudence de défense d'une laïcité combative.

De l'analyse des arrêts et des avis, il est possible de conclure que, pour le Conseil d'État, de l'idée de neutralité sont extraits deux éléments, respectivement : la non-confessionnalité, qui se manifeste par l'interdiction pour les agents publics d'exprimer leurs convictions religieuses aux termes de la décision rendue le 03/05/2000 et, la non-discrimination, au sens de l'interdiction de toute forme de discrimination dans l'accès à l'enseignement fondée sur les convictions religieuses ou les croyances des élèves, selon la décision rendue le 27/11/1989. Même le principe de non-discrimination est renforcé par le principe de pluralisme, et le Conseil d'État a déclaré que le principe de laïcité implique nécessairement le respect de toutes les croyances, et que la liberté de conscience de tous est garantie, y compris en matière de religion, tant qu'elle ne viole pas l'espace public et les lois établies. Comme on peut le constater, le Conseil d'État associe au principe de laïcité la notion de liberté de conscience en matière de religion, en exaltant la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses comme faisant partie ou découlant du principe même de laïcité⁸⁹².

Par la suite, le 6 avril 2001, le Conseil d'État, sans définir le concept de laïcité, l'a élevé au rang de Principe Fondamental Reconnu par la Loi de la République (PFRLR⁸⁹³). Dans la décision précitée, la question s'est posée de savoir à quel moment le principe de laïcité serait devenu un principe de nature constitutionnelle. En l'élevant au rang de PFRLR, on pourrait penser qu'*a priori*, le Conseil d'État aurait conféré rétroactivement à la laïcité une valeur constitutionnelle dès son adoption par la loi de 1905, mais l'hypothèse d'une constitutionnalisation du principe de laïcité avant 1946 est très difficile à défendre. En pratique, la laïcité a été traitée comme si elle existait avant même qu'elle ne soit affirmée comme principe dans les Constitutions de 1946 et 1958, ce qui résulte, au moins en grande partie, de la volonté du juge d'en rendre compte avec le régime juridique local⁸⁹⁴.

En 2003, il s'est de nouveau attaqué à la question en promulguant le décret n° 2003-607, qui a créé une commission chargée d'étudier l'application et les effets du principe de laïcité dans la République. La même année, la décision a été prise par son président dans un discours

⁸⁹² TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 25.

⁸⁹³ Un PFRLR est un principe constitutionnel qui peut être révélé pour autant qu'il remplisse les conditions suivantes : il doit être soumis à une application continue et il doit avoir une caractéristique fondamentale tout comme les droits et libertés fondamentaux.

⁸⁹⁴ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 73.

public dans lequel il a déclaré que la volonté était d'interdire dans les écoles l'utilisation de symboles religieux ostentatoires ; "ostentatoires" étant entendu comme ceux qui peuvent être vus et reconnus immédiatement en raison de leur apparence, par exemple le voile islamique, la kippa, une croix surdimensionnée⁸⁹⁵. Le décret a également conclu qu'une disposition législative était nécessaire pour réaffirmer l'application du principe de laïcité dans les écoles. Il convient de noter un autre rapport remis au Président la même année, qui examinait les problèmes de laïcité en liaison avec la notion de service public, proposant également l'adoption d'une loi réglementant la laïcité de manière plus complète, contenant des dispositions interdisant l'utilisation de symboles religieux dans les établissements scolaires⁸⁹⁶.

Peu après cette allocution publique, le gouvernement fédéral a présenté un projet de loi, conformément aux souhaits et aux propositions du président, qui stipule que le port de signes exprimant ostensiblement une croyance religieuse par les élèves dans les écoles serait interdit. Le projet de loi marquait une rupture avec la conception alors en vigueur, selon laquelle seule une restriction de ce droit pouvait être justifiée en raison des conséquences résultant du port d'un signe religieux. L'année suivante, le Conseil d'État a examiné la proposition de loi et a exigé des modifications, afin de changer "les signes et les vêtements manifestant ostensiblement une appartenance religieuse" en "le port de signes ou de vêtements par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse", de sorte que ce qui serait interdit ne serait plus les signes religieux eux-mêmes, mais plutôt les conditions dans lesquelles ils seraient portés par les élèves.⁸⁹⁷

La modification proposée par le Conseil d'État a été acceptée par le gouvernement, et la disposition a été incluse par le biais d'un amendement, dans le code de l'éducation, selon lequel, dans les écoles, le port de signes ou de vêtements par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une religion est interdit (art. L. 141-5-1, traduction libre : "dans les établissements scolaires, le port de signes ou de tenues par tout élève manifestant ostensiblement une appartenance religieuse est interdit") ; toutefois, la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire dans ce cas doit être précédée d'un dialogue entre l'établissement et l'élève (traduction libre : "le règlement intérieur doit prévoir que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire doit être précédée d'un dialogue avec l'élève"). La loi a fait l'objet de discussions et d'actions en justice qui ont été à nouveau portées devant le Conseil d'État, lequel

⁸⁹⁵ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016. p. 173.

⁸⁹⁶ DRAGO, Guillaume. *Laïcité (Principe de)*. *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 535.

⁸⁹⁷ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016. p. 174.

a rendu une décision dans laquelle il a estimé que la nouvelle loi n'était pas contraire à l'ordre juridique français et ne constituait pas une atteinte excessive à la liberté, étant justifiée par un objectif d'intérêt général de respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics⁸⁹⁸. C'est également dans ce contexte que les mères qui souhaitent accompagner leurs enfants lors des sorties scolaires ou assister à toute activité menée dans le cadre scolaire se sont vu interdire le port du voile islamique.

Ce cas est particulièrement pertinent pour comprendre le phénomène dans le scénario français, car jusqu'alors, le port du voile islamique était considéré comme un droit qui devait être garanti en conséquence de la liberté de religion. En outre, cette disposition était valable pour les établissements publics d'enseignement primaire et secondaire, mais il n'y avait aucune restriction pour un établissement privé d'avoir, dans son règlement intérieur, une norme interdisant l'utilisation de signes religieux ostentatoires⁸⁹⁹.

Pour Emmanuel Tawl, la position adoptée par le Conseil d'Etat concernant l'invocation de la laïcité pour justifier une restriction générale à l'expression de la liberté religieuse dans l'espace public mérite d'être critiquée dans les termes suivants : la laïcité s'applique aux relations entre les pouvoirs publics et les religions, ou entre les individus entre eux ; la laïcité s'impose directement aux institutions publiques, et impose une obligation de neutralité aux représentants des organismes publics dans l'exercice de leurs fonctions. Par conséquent, une interdiction générale et complète du port du voile islamique pourrait être interprétée comme une ingérence des pouvoirs publics dans les pratiques religieuses ; le principe de laïcité ne peut en soi servir de fondement à une interdiction générale du port du voile islamique.⁹⁰⁰

Le 19 novembre 2004, le Conseil d'État a statué sur une autre affaire, comprenant que le principe de laïcité s'oppose à toute forme de privilège, d'avantage ou de traitement particulier accordé à une religion, de sorte que tous seraient soumis à la loi commune indépendamment de leur croyance religieuse⁹⁰¹. Il considère qu'il s'agit là du devoir de neutralité de l'État, qui doit exister en raison du principe d'égalité, même si un traitement différent est admis dans des situations exceptionnelles, lorsque l'État a le devoir de reconnaître le fait religieux et de le protéger, sans violer le devoir de neutralité. Il a poursuivi en disant que la neutralité et l'égalité ne doivent pas être confondues, mais sont liées au principe de laïcité ; la neutralité renforce l'égalité et permet de justifier que, dans certaines situations, il est possible d'avoir un traitement

⁸⁹⁸ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016. p. 175.

⁸⁹⁹ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016. p. 176.

⁹⁰⁰ TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016. p. 181.

⁹⁰¹ GAUDEMET, Yves. *Liberté religieuse et laïcité en droit français*. Dans : *Liberté d'expression, liberté de religion*. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 355.

différent. Sur ce dernier point, le Conseil a publié en 2004 une étude visant à analyser le principe constitutionnel de laïcité, indiquant que ce concept repose sur trois principes : la neutralité de l'État, la liberté religieuse et le respect du pluralisme⁹⁰².

Le 16 mars 2005, le Conseil d'État a rendu une autre décision invoquant la neutralité de l'État en tant que valeur constitutionnelle, et apportant des éléments qui clarifient davantage son interprétation du concept de laïcité. À cette occasion, il a déclaré que le principe constitutionnel de laïcité implique la neutralité de l'État et des espaces collectifs de la République, ainsi que l'égalité de traitement des différentes cultures. Il a également précisé que ce principe n'interdit pas la concession ou la flexibilisation, mais lorsque celle-ci intervient, elle doit être fondée sur un intérêt général et des conditions définies en droit, ce qui se produit généralement dans certaines activités des cultes⁹⁰³.

Le port du voile islamique est souvent associé à l'État islamique et peut donc être considéré comme une pratique religieuse symboliquement chargée de violence. Plus que tout autre symbole religieux, le voile représente pour beaucoup une condition d'infériorité des femmes, dont la coutume, alors liée à des réalités lointaines en Orient, devient aujourd'hui une réalité en Occident. Fondés sur le besoin d'une plus grande représentativité, les discours de plusieurs partis politiques européens contribuent, depuis une quinzaine d'années, à construire le port du voile islamique comme un véritable enjeu de société, car il s'agit encore aujourd'hui d'une pratique marginalisée dans les sociétés occidentales. Même si les premiers débats sur le sujet (Pays-Bas en 2005 ; Italie en 2007) n'ont pas dépassé les frontières nationales, une décision rendue le 27 juin 2008 par le Conseil d'État français refusant la nationalité française à une citoyenne marocaine portant le *niqab* (long voile porté par certains musulmans avec seulement une fine ligne horizontale au niveau des yeux) a suscité une grande controverse nationale⁹⁰⁴.

En juillet 2008, une affaire a relancé le débat en France sur deux questions connexes : la laïcité et l'intégration des musulmans dans le pays. Il s'agissait d'une décision rendue le 28 juin 2008 par le Conseil d'État, qui a refusé la nationalité française à une femme marocaine, mariée à un Français et mère de trois enfants, au motif que la pratique radicale de sa religion était incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, notamment au regard du principe d'égalité des sexes. Bien que le Conseil d'État n'ait pas mentionné la tenue

⁹⁰² GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 356.

⁹⁰³ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 75.

⁹⁰⁴ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 180.

religieuse que portait la femme comme étant pertinente pour sa décision, la presse a rapidement couvert la décision d'une manière qui a créé un tollé national, et l'affaire est rapidement devenue connue comme "l'affaire de la burqa".⁹⁰⁵

En résumé, le Conseil d'État a jugé que la pratique du port d'un vêtement (*niqab*) pouvait constituer un "défaut d'assimilation" au sens de l'article 21-4 du Code civil, qui autorise le gouvernement à refuser l'acquisition de la nationalité française d'un conjoint français. Elle a considéré que le port du *niqab* revendiqué par l'épouse d'un citoyen français constituait une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et notamment le principe d'égalité des sexes (décision rendue le 27 juin 2008, par CE, Mme M.). Si le simple fait qu'une femme porte le foulard islamique ne peut constituer en soi un signe clair d'un manque d'assimilation, on peut entrevoir dans ce cas la manifestation d'une forme de radicalisme incompatible avec l'assimilation aux modes de vie de la société française. L'ordre public constitue donc la principale limite à la libre expression des convictions religieuses dans l'espace public, conformément au concept ouvert de laïcité, selon l'esprit de la loi de 1905. La laïcité, interprétée de manière très restrictive, peut, au contraire, constituer, au sein des services publics et, par imitation, au sein des entreprises privées, un cadre plus restrictif pour l'expression des convictions religieuses.⁹⁰⁶

La loi du 15 mars 2004, responsable du durcissement de la société française en matière de laïcité, a renforcé certaines représentations qui ont légitimé le durcissement de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de réglementation du fait religieux ; c'est même le fruit de ce durcissement de la jurisprudence que s'insère le cas de la citoyenneté française. Dans cette affaire, la plaignante – Madame Machbour – a formé un recours devant le Conseil d'État, demandant l'annulation du refus de lui accorder la nationalité française pour "absence d'assimilation à la culture locale".⁹⁰⁷

Telle qu'interprétée traditionnellement par la jurisprudence administrative française, l'absence d'assimilation renvoie à deux types de situation : l'étranger peut présenter un comportement personnel ou une opinion politique incompatible avec les us et coutumes ou les valeurs essentielles de la communauté française. Pour établir un éventuel défaut de conformité, le Conseil d'État exige que les faits soient dûment caractérisés et qu'ils démontrent hors de tout

⁹⁰⁵ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 181.

⁹⁰⁶ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïc. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 67.

⁹⁰⁷ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 182.

doute l'existence d'une atteinte aux valeurs essentielles de la France ; cela signifie que le Conseil d'État procède à une analyse du cas concret qui doit impérativement converger pour révéler un tel défaut d'assimilation de l'étranger à la culture locale⁹⁰⁸.

Dans le cas de la décision rendue le 27 juin 2008, après avoir constaté que la requérante portait un vêtement de femmes des pays arabes (le *niqab*), et non une burqa comme l'ont rapporté les médias, le commissaire du gouvernement a déclaré que : si Mme Machbour maîtrise la langue française et ses deux enfants sont scolarisés à l'école municipale, si lors de ses deux grossesses elle a été accompagnée par un gynécologue masculin, il semble tout de même qu'elle mène une vie isolée de la société française, car elle ne reçoit personne chez elle, le matin elle s'occupe de sa maison, se promène avec son bébé ou ses enfants, l'après-midi elle rend visite à son père ou à son beau-père ; pour les courses, elle peut les faire seule, mais se rend presque toujours au supermarché avec son mari⁹⁰⁹.

Pour le commissaire du gouvernement, en analysant tous les éléments, il a été possible de conclure que Mme Machbour n'a pas assimilé les valeurs de la République, notamment celle relative à l'égalité des sexes. En effet, selon lui, elle mène une vie totalement soumise aux hommes de sa famille, ce qui se manifeste tant par sa façon de s'habiller que par la manière dont elle organise sa vie quotidienne ; elle pense que sa vie est normale et que cette soumission ne doit pas être remise en cause. Pour ces raisons, sa demande de citoyenneté a été rejetée par le Conseil d'État qui a estimé que Mme Machbour adoptait une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, notamment au regard du principe d'égalité des sexes⁹¹⁰.

Les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à rejeter la demande du requérant méritent au moins trois observations sur le fond. Tout d'abord, de même que la loi du 15 mars 2004 ne mentionne expressément aucun signe religieux particulier, la décision du Conseil d'État évite soigneusement de mentionner la religion de la requérante et, à la lecture de la décision, nul ne peut soupçonner que le port d'un *niqab* aurait pu être au centre des préoccupations des juges. Ce n'est que dans les conclusions du commissaire du gouvernement qu'il est fait mention de la tenue vestimentaire de la requérante et, encore, uniquement à titre d'observation. En outre, l'interprétation de la signification des vêtements religieux qui a été faite est analogue à celle

⁹⁰⁸ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 182.

⁹⁰⁹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 183.

⁹¹⁰ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 183.

développée dans le rapport de la Commission Stasi. Sans pouvoir tirer de conclusions, il est possible de noter la présence d'un ancien rapporteur général de la Commission Stasi, M. Rémy Schwarts, dans le développement de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire de Mme Machbour⁹¹¹.

En second lieu, la décision du Conseil d'État a largement contribué à étendre encore le champ d'application de l'exigence de neutralité. A cet égard, la loi du 15 mars 2004 avait déjà procédé à une première avancée, mais avec cette décision le Conseil d'Etat est allé encore plus loin. En se prononçant sur l'incompatibilité d'une pratique radicale d'une religion avec l'assimilation de la communauté française, elle entre dans un espace plus intime et impose l'exigence de neutralité à ceux qui ne sont pas encore des nationaux. Si un candidat veut promettre qu'il agira en bon citoyen, il doit d'abord prouver une émancipation minimale par rapport à ses convictions religieuses et ne peut pratiquer sa religion en dehors des normes que la majorité peut tolérer, c'est-à-dire d'une manière visible ici associée au radicalisme. Pour ce processus, il est indéniable que le Conseil d'État porte indirectement un jugement sur la "normalité" ou non des pratiques religieuses, en en extrayant les effets juridiques directs et en les conditionnant à l'appartenance à un organisme national⁹¹².

Troisièmement, si le Conseil d'État juge de la "normalité", ou non, de certaines pratiques religieuses, il évite de se prononcer expressément sur leur degré de radicalité qui pourrait justifier une absence d'assimilation des candidats à la citoyenneté, mais le fait tout de même implicitement. Il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement que Mme Machbour, qui a déclaré porter le *niqab* beaucoup plus par habitude que par conviction, avait un mode de vie comparable à celui de nombreuses femmes ordinaires. La plupart de ses enfants étaient scolarisés dans une école républicaine, elle avait été accompagnée par un gynécologue masculin, elle parlait français, se promenait avec ses enfants et rendait visite à son père et à son beau-père, et faisait ses courses seule, mais le plus souvent avec son mari⁹¹³.

Il semble difficile d'affirmer que les faits convergent effectivement vers une évidente "absence d'assimilation" par la requérante à l'acquisition de la nationalité française, de sorte qu'en l'espèce, d'après l'esprit du Conseil d'État en la jugeant, il semblerait que ce soit même le

⁹¹¹ KOUSSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 184.

⁹¹² KOUSSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 184.

⁹¹³ KOUSSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 184.

port du *niqab qui*, en soi, impliquerait un degré de radicalité qui constituerait une présomption irréfragable de non-assimilation de la culture française par la femme qui le porte⁹¹⁴.

La position du Conseil d'État en matière de signes ou de vêtements religieux marque une véritable rupture avec la position adoptée par la jurisprudence depuis 1989, lorsqu'elle affirmait que l'utilisation par les élèves de signes par lesquels ils perçoivent une manifestation d'appartenance à une religion n'est pas en soi incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où elle constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation des convictions religieuses. A partir de l'arrêt *niqab*, le Conseil d'Etat commence à s'intéresser à la nature du signe ou du vêtement religieux afin de se prononcer sur sa compatibilité ou non avec les valeurs de la communauté française⁹¹⁵. En outre, étant donné que le vêtement traditionnel analysé – le *niqab* – n'est porté que par les femmes, le Conseil d'État procède à une catégorisation sexuelle et éthique opérée à partir d'une distinction religieuse, qui devient une source d'inégalité de traitement inépuisable dans l'espace public, en plus de le considérer comme une déviation des normes républicaines. Cette décision représente une ligne de démarcation de la discrimination à l'égard des femmes qui, étant musulmanes, subissent une double discrimination : celle d'être des femmes et celle d'être musulmanes⁹¹⁶.

En déterminant une certaine orthodoxie républicaine, le Conseil d'État a adopté une position laïciste française qui découle directement de l'esprit de la loi du 15 mars 2004. La laïcité est comprise dans ses dimensions séparatistes et/ou anticléricales, révélées par la décision du 27 juin 2008 : alors que dans une autre décision, en 1998, les juges avaient contrôlé l'assimilation d'un requérant à la "société française", voilà qu'en 2008, ils évoquent l'assimilation du requérant à une "communauté française". Pour certains, cette différence a été considérée comme plutôt positive, dans la mesure où le Conseil aurait apporté une clarification sémantique importante. Plus précisément, la "communauté" suppose une assimilation – ou une disparition des différences – alors que la "société" permet l'intégration, donc la reconnaissance et l'acceptation de l'autre et de ses différences. Dans cette perspective, il était absolument nécessaire de réaffirmer que l'assimilation ne pouvait se faire qu'au sein d'une communauté qui l'accueille.⁹¹⁷

⁹¹⁴ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 185.

⁹¹⁵ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 185.

⁹¹⁶ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 185.

⁹¹⁷ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 186.

En définitive, on constate que ce jugement confirme une conception politique de la laïcité. Face au pluralisme de la foi et au danger que ce pluralisme peut représenter pour un récit laïc, la réaction est de passer d'une sphère de normes implicites qui n'ont pas besoin d'être établies pour être respectées, à une sphère de droit positif. Ce passage contribue en outre au maintien d'une forme de laïcité conforme à la modernité française, nourrie par des normes symboliques qui marquent la conscience collective, comme la loi du 15 mars 2004. En ce sens, il est possible de se demander si le cas de la burqa peut être considéré comme un point déterminant qui a conduit à l'évolution d'une nouvelle laïcité française.⁹¹⁸

Plus récemment, le 09 novembre 2016, le Conseil d'État a rendu deux décisions très attendues concernant la légalité de l'installation de crèches de Noël par des personnes publiques, avec en toile de fond la laïcité⁹¹⁹. Sans aborder la distinction opérée par la Haute Juridiction entre les bâtiments publics et les autres établissements publics, les décisions rendues permettent une réflexion politique sur les lieux de culte acceptables dans l'espace public et montrent à quel point la question de la laïcité reste encore sensible en France, plus d'un siècle après la séparation de l'Église avec l'État, et que la mise en œuvre de ce principe constitutionnel d'organisation de l'État reste au cœur de vifs débats⁹²⁰.

La Cour constitutionnelle, en revanche, a rarement été appelée à trancher des affaires lui imposant de conceptualiser la laïcité, ce qui n'a changé qu'en 2010 avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité⁹²¹. Avant 2010, la Cour, dans quelques décisions, a pu trancher des litiges impliquant des établissements d'enseignement privés (car cette fonction appartient à la sphère administrative). À cette occasion, elle a affirmé que l'idée de laïcité n'excluait pas la possibilité de financer des établissements d'enseignement privés⁹²² qui sont, pour la plupart, catholiques. Plus précisément, l'organisation d'un enseignement public gratuit et laïc pour tous les élèves est un devoir de l'État, sans exclure les établissements privés, qui peuvent recevoir une aide de l'État sous réserve de respecter les conditions fixées par la loi. C'est dans cette même décision, rendue le 23/11/1977, que la Cour a assuré une valeur constitutionnelle au droit à la liberté de conscience et à la liberté d'enseignement ; c'est

⁹¹⁸ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 186.

⁹¹⁹ À ce sujet, il est fait mention de : CE, 9 de novembre de 2016, Fédération départementale des libres-penseurs de Seine-et-Marne, req. N. 395122 e, CE, 9 novembre 2016, Fédération de la libre-pensée de Vendée, req. 395223.

⁹²⁰ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 59.

⁹²¹ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 29.

⁹²² DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). Dans : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 523.

également dans cette décision qu'elle a affirmé que la liberté de conscience devait être traitée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁹²³. Dans cette même affaire, la Cour constitutionnelle a affirmé que les obligations imposées aux enseignants des écoles publiques, prévues dans leurs contrats, comprennent le devoir de respecter l'établissement, et que s'ils doivent émettre une réserve en raison d'une caractéristique de l'école publique (par exemple une école confessionnelle), cette réserve ne doit pas être interprétée comme une violation du droit à la liberté de conscience de l'enseignant⁹²⁴. Le Conseil constitutionnel a affirmé la laïcité comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'association, de liberté de communication des opinions et de respect de la vie privée, qui fixent certaines limites à l'interventionnisme public.⁹²⁵

En 2004, le Conseil constitutionnel a été chargé d'examiner la compatibilité du traité établissant une Constitution pour l'ensemble de l'Europe avec la Constitution française, ce qui a donné lieu à une importante discussion sur l'espace occupé par le principe de laïcité dans l'ordre constitutionnel français. Il est expliqué : L'article II-70 du traité précité dispose dans son 1er article que : *"Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites"*. Le grand problème par rapport au concept français concernait l'expression "en public ou en privé" contenue dans l'article précité⁹²⁶. On peut remarquer que la formulation des libertés dans le traité est considérablement plus libérale par rapport à la définition française. Le Conseil constitutionnel a été dans ce sens avec les éléments disposés dans l'article 1 de la Constitution qui définissait la France comme une République laïque⁹²⁷.

La Cour a jugé le 19 novembre 2004 (n° 2004-505) que si le §1 de l'article II-70 du traité reconnaît le droit de toute personne, individuellement ou collectivement, de manifester sa conviction religieuse en public, une telle prérogative a le même sens que celle garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

⁹²³ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 74.

⁹²⁴ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 30.

⁹²⁵ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 524.

⁹²⁶ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. *Dans* : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 214.

⁹²⁷ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 524.

qu'elle est soumise aux mêmes restrictions, compte tenu de la sécurité publique, de la protection de l'ordre, de la santé et de la moralité publique, ainsi que de la protection des droits et libertés d'autrui. L'article 9 de la Convention a été appliqué de manière constante par la Cour européenne des droits de l'homme, la dernière fois dans une décision rendue en 2004 (Cour EDH, 29 juin 2004, Leyla Sahin contre Turquie - interdiction du port du voile islamique dans les universités turques), en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque État membre. Elle atteste que la Cour a pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par les différentes traditions constitutionnelles nationales et qu'elle a laissé aux États une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, pour concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité. Enfin, parmi les conditions sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution, notamment que "la France est une république laïque", qui interdisent à quiconque de faire prévaloir ses convictions religieuses pour surmonter les règles communes régissant les relations entre les pouvoirs publics et les particuliers⁹²⁸.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe, s'il entre un jour en vigueur, intégrera la deuxième partie de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice en 2000. Les objections de la France sont fondées, comme on l'a dit, sur le principe de laïcité, ce qui a conduit à une réécriture nécessaire du préambule de la Charte dans les termes suivants : "*Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit.*" Au titre VI, il consacre la "vie démocratique de l'Union", à l'article I-52 il parle du "statut des églises et des organisations non confessionnelles" et insiste sur trois points : "l'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres ; l'Union respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles ; elle reconnaît leur identité et leur contribution spécifique, et l'Union entretient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les églises et organisations". L'attitude de l'Union européenne est donc neutre et bienveillante, dans la mesure où elle entretient des liens avec les différentes églises, confessions et organisations philosophiques présentes sur le territoire européen, en leur assurant une reconnaissance, mais en laissant aux États membres le soin de déterminer leurs relations avec les églises et organisations. Il ressort clairement de la décision

⁹²⁸ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 525.

qu'elle a reconnu la laïcité comme un principe, ce qui laisse aux États membres une large marge d'appréciation pour définir les mesures qu'ils jugent les plus appropriées, en tenant compte des traditions nationales afin de concilier les libertés avec le principe de laïcité⁹²⁹. Avec ces réserves, la ratification était possible.

Plus tard, le 21 février 2013, le Conseil constitutionnel a donné une définition plus complète du principe de laïcité lorsqu'il a dû se prononcer sur les dispositions régissant le traitement des pasteurs protestants et leur conformité avec la Constitution française. Pour résoudre cette question, il a dû relever le défi de définir le principe de laïcité qui, selon lui, se compose de six éléments : la neutralité de l'État, la non-reconnaissance des cultes, le respect de toutes les croyances religieuses, l'égalité de tous les citoyens devant la loi quelle que soit leur religion, le libre exercice des cultes et le principe selon lequel l'État ne subventionne (financièrement) aucun culte⁹³⁰. En d'autres termes, il a estimé que le principe de laïcité est au nom des droits et libertés garantis par la Constitution ; qu'il résulte de la neutralité de l'État ; qu'il signifie que la République ne reconnaît aucun culte ; qu'il impose le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous devant la loi sans distinction de religion ; que la République garantit le libre exercice des cultes et que cela implique qu'elle ne subventionne aucun d'entre eux⁹³¹.

On peut noter que, contrairement au Conseil d'État, pour la Cour constitutionnelle, la non-reconnaissance des cultes est un élément de la laïcité. Par "cultes reconnus", on entend les cultes catholiques, protestants et israélites, qui étaient organisés comme un service public, l'État participant à la nomination des ministres, intervenant dans la sphère ecclésiastique et finançant ces cultes, ce qui a pris fin avec la séparation de l'Église et de l'État⁹³². Ainsi, si pour le Conseil d'État le régime des cultes reconnus était une modalité de la laïcité, pour le Conseil constitutionnel la reconnaissance d'un culte est contradictoire avec la notion de laïcité.⁹³³

Que ce soit du point de vue du Conseil d'État comme de la Cour constitutionnelle – ce qui est pertinent, c'est qu'avant eux, la notion de laïcité était imprécise, vague et susceptible d'interprétations infinies, mais avec ces organes, on a découvert des interprétations plus libérales, sans sens "antyclérical", faisant de la laïcité la forme française de la liberté

⁹²⁹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 214.

⁹³⁰ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 32.

⁹³¹ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 214.

⁹³² TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 33.

⁹³³ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 33.

religieuse⁹³⁴. On note également que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont jugé que la suprématie offerte aux instruments internationaux ne l'emporte pas sur les dispositions de valeur constitutionnelle et que la transposition d'une directive européenne, par exemple, ne va pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf si elle y a consenti⁹³⁵.

D'autres tribunaux se sont également prononcés sur la laïcité. Dans un cas célèbre, un requérant de confession musulmane avait initialement demandé le remplacement de son nom d'origine (Mourad) par un nom à connotation chrétienne (Marcel-Paul) à des fins d'intégration ; il a ensuite souhaité retrouver son nom d'origine pour des raisons religieuses. La Cour d'appel a fait droit à la demande au motif que l'utilisation du nom musulman consistait en l'exercice par le requérant de sa liberté régulière d'expression et de sa foi religieuse, reconnue par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Constitution de 1958 et la Convention européenne des droits de l'homme. Il a également considéré que le principe de laïcité, qui implique nécessairement le respect de toutes les croyances, n'interdit pas à un citoyen français de choisir un nom musulman (CA, Paris, 26 septembre 1996). Cette même solution a été confirmée par la suite dans d'autres cas. Par exemple, une requérante a cherché à changer son nom après sa conversion au judaïsme, de "Marie-Christine" à "Sarah". Dans son cas, elle a fait valoir que la coexistence d'un nom hébreu avec un nom à connotation chrétienne a causé un préjudice psychologique et une atteinte à son identité religieuse. La demande a été accordée au motif que les convictions religieuses peuvent effectivement être considérées comme un intérêt légitime justifiant la demande de l'auteur.⁹³⁶

La laïcité et ses effets sur l'institution du mariage, notamment dans le domaine de la polygamie, ont également été analysés. Il est expliqué : les personnes de nationalité étrangère sont soumises à la législation de leur pays d'origine, à condition de respecter les limites de l'ordre public français. Par exemple, l'article 433-21 du Code pénal punit tout ministre du culte qui célèbre habituellement des cérémonies de mariage religieux sans présenter au préalable un certificat de mariage au registre civil officiel, ce qui montre clairement la supériorité du mariage civil sur le mariage religieux. En outre, les actes de la vie civile, dont le mariage, ne peuvent mentionner l'appartenance à une religion particulière, même si la loi française reconnaît comme valide un mariage religieux célébré à l'étranger. Enfin, elle interdit la célébration d'un nouveau

⁹³⁴ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 34.

⁹³⁵ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 215.

⁹³⁶ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 338.

mariage avant la dissolution du précédent car la polygamie est interdite au nom de l'ordre public français, selon l'article 433-20 du Code pénal⁹³⁷.

Compte tenu de tous ces éléments, un ex-mari juif a refusé d'accorder à son ex-femme le *Guet*, permis de remariage pour une femme divorcée, imposant au tribunal civil l'analyse de la possibilité d'examiner la légalité d'un acte qui est sans équivoque strictement religieux, et si la notion de laïcité ne s'opposerait pas à une telle ingérence judiciaire dans la vie religieuse. En outre, elle a dû relever le défi de décider s'il était possible de condamner l'ex-mari à payer à la fois des dommages moraux s'il comprenait l'illégalité du refus, ainsi que d'imposer une obligation de le faire, en obligeant le mari à remettre la lettre. La controverse a été tranchée en 1955 par le tribunal civil de Metz dans les termes suivants : (i) l'appréciation de la responsabilité éventuelle du mari est mise à mal par la notion de neutralité de l'État en matière religieuse ; (ii) mais que l'atteinte à un sentiment religieux peut en fait, sans violer les règles de l'ordre public, être sanctionnée par l'octroi d'un préjudice moral. Quelque temps plus tard, la Cour de Grenoble a jugé que, sans que la Cour ait à intervenir en la matière, il lui appartient d'apprécier si le refus du mari constituerait un abus de droit, quelles que soient l'origine et la nature de ce droit⁹³⁸.

Le défi juridique qui s'est alors présenté devant la Cour de cassation ne pouvait être ignoré car, si la protection des croyances religieuses est l'une des obligations de l'État laïc, le droit de revendiquer une éventuelle violation a été invoqué en l'espèce par les deux parties (ex-mari et ex-femme), respectivement : l'ex-femme, en exigeant, au nom de sa croyance, que son mari lui remette le *Ghet* ; l'ex-mari, à son tour, en invoquant ses croyances pour justifier le refus. Il était donc nécessaire de réexaminer l'affaire dans les termes suivants : seule une condamnation au paiement de dommages moraux est juridiquement acceptable dans ce cas, et il n'est pas crédible d'imposer des obligations de faire ou de ne pas faire. En d'autres termes, la Cour de cassation a considéré que la livraison du *Ghet* était une faculté découlant de la liberté de conscience, et que, par conséquent, l'abus ne peut donner lieu à autre chose qu'à une indemnisation du préjudice moral.⁹³⁹

Comme on peut le constater, le statut des individus, même lorsqu'il s'agit de l'intimité de leurs croyances, est soumis au principe de laïcité, qui impose à l'État un devoir d'abstention à l'égard des contenus, pratiques et dogmes religieux. Toutefois, elle peut intervenir pour assurer la protection de certains intérêts, comme le commandement de payer des dommages moraux. Cela permet de tirer la conclusion suivante : le fait religieux n'est pas à l'abri des

⁹³⁷ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 339.

⁹³⁸ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 340.

⁹³⁹ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 341.

Pouvoirs Publics et les individus sont soumis à une obligation de laïcité, ce qui est également valable dans leurs relations contractuelles.⁹⁴⁰

De ce qui précède, il est possible d'affirmer que, si de 1905 à 1960 la laïcité (sauf en ce qui concerne la question scolaire) n'a pas fait partie des grands débats, peut-être parce que la loi de 1905 était érigée sur une base de séparation stricte entre le public et le privé, où la sphère privée était également comprise comme l'espace de la société civile dans lequel l'expression de la religion est libre et, d'une autre manière, la sphère publique devait être neutre, à l'abri de tout particularisme, fruit de la notion d'égalité juridique française, à partir de 1960 ce scénario a commencé à changer. Des mouvements de réaffirmation de l'élément religieux ont vu le jour, sous l'impulsion de différents facteurs tels que certaines catégories d'individus qui ont commencé à afficher leur identité religieuse dans la sphère étatique et l'apparition d'un discours islamique mieux structuré. Ce renouveau du religieux a suscité de nombreux doutes de la part de l'État, notamment parce que, comme on l'a dit, depuis la promulgation de la loi (1905), il était clair qu'il y avait une séparation étroite entre l'institution politique et la communauté religieuse⁹⁴¹. Les religieux réclamant au gouvernement français des espaces où ils pourraient construire leurs mosquées et leurs écoles musulmanes, en plus de la possibilité de participer aux discussions officielles impliquant une réflexion politique, ainsi que le droit d'afficher leur apparence confessionnelle dans les espaces sociaux, il pesait sur l'État français la nécessité de répondre à ces aspirations.

On assiste à une publicisation du domaine privé et à une privatisation du domaine public à partir des années 1960, portées également par l'attachement du général Charles de Gaulle, ancien président de la France, à la flamme chrétienne et la montée du différentialisme éthique. Au cours de cette période, la République a connu une croissance massive des écoles publiques, ainsi que des financements accordés aux associations culturelles pour construire leurs édifices religieux. La flexibilisation a été consacrée par le Conseil d'État à travers une série d'arrêts, le gouvernement affirmant sa neutralité tout en essayant de s'adapter aux différentes cultures. Par exemple, les travailleurs pouvaient bénéficier d'un congé pour assister aux grandes célébrations religieuses, les cimetières étaient autorisés à disposer d'espaces de confession et les patients dans les hôpitaux pouvaient recevoir un soutien religieux⁹⁴².

⁹⁴⁰ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 345.

⁹⁴¹ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 91.

⁹⁴² PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 102.

L'ouverture des programmes d'éducation religieuse témoigne d'une évolution analogue, dans la mesure où l'État la justifie, mais aussi en raison de l'urgence dans une société marquée par un pluralisme accéléré qui cherche à mieux connaître les différentes cultures et religions.

Cependant, étant une République construite sur le fondement d'une culture de généralisation et d'égalité juridique, l'expression publique de signes religieux d'une religion particulière lui pose problème. Aux revendications identitaires qui ont surgi, on note une réponse de la société française depuis le début des années 1990 dans deux directions, fondées sur l'esprit républicain, respectivement : (i) la création de l'école multiculturaliste (ou pluraliste), liée à une notion de laïcité inclusive et dominante au début du siècle et, (ii) l'école universaliste (ou moniste), dominante au début du siècle⁹⁴³.

Le courant multiculturaliste (i) refuse de lier la nécessaire neutralité politique à la notion d'abstraction de l'élément religieux, arguant qu'un État est neutre dans la mesure où il accepte et accueille la pluralité des croyances existantes. Le but de ce courant n'est pas de promouvoir des droits collectifs, de peur d'aliéner la liberté de l'individu, mais d'obtenir la reconnaissance du droit individuel à la différence, conduisant à une "laïcité de reconnaissance". Les raisons qui ont conduit à la "laïcité de reconnaissance" sont au nombre de deux : la première, d'un point de vue philosophique, trouve son fondement dans l'ordre démocratique constitutionnel qui établit que toute personne peut exprimer librement son authenticité tant qu'elle ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou à l'ordre public ; la seconde, du point de vue sociologique, permet aux individus de manifester leurs croyances comme bon leur semble, de sorte que les nouveaux arrivants dans la République ne sont pas frustrés, favorisant l'intégration du point de vue d'une société globale. La ligne séparant le public du privé est le fruit d'une extension des principes institués par la loi libérale de 1905⁹⁴⁴⁻⁹⁴⁵.

En revanche, l'école universaliste (ii), tout en défendant également la séparation traditionnelle du public et du privé, a une notion beaucoup plus étendue de l'espace public. L'impératif de neutralité y présuppose l'exil de la religion de la sphère étatique et même de l'espace civil, en utilisant des arguments opposés à l'école précédente. Pour elle, l'expression des différences peut mettre en danger la liberté individuelle, imposant une abdication de l'"être"

⁹⁴³ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnie : Paris, 2019. p. 96.

⁹⁴⁴ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 97.

⁹⁴⁵ Pour Philippe Portier, la laïcité française est proche du courant pluraliste, justifiant sa position par le jugement rendu en 2010 dans lequel il a été décidé que, dans les espaces publics, la liberté individuelle devait s'exprimer dans les limites culturelles de la communauté nationale.

au profit du collectif. Sur la base de ces prémisses, elle soutient que l'école multiculturaliste implique un affront à la cohésion de la nation, et devrait être rejetée. Ce que l'on observe est donc la recherche d'un État capable d'unifier les conduites et les pensées dans un sens commun, car la République ne peut être la projection des différentes croyances qui composent la société⁹⁴⁶.

Au-delà de la proposition doctrinale qui a marqué respectivement le début et la fin du siècle, on a entrevu ces dernières années une position de l'Etat dans le sens suivant : s'il soutient les communautés confessionnelles, il attend aussi d'elles qu'elles le soutiennent. Voici quelques exemples de cette dichotomie : on en est venu à exiger qu'ils assument des fonctions d'expertise (siéger au comité national d'éthique), des fonctions de médiation (comme dans les opérations de dialogue interreligieux), des fonctions de représentation (comme le Conseil français du culte musulman). Ce qui est entrevu dans la sphère nationale est également observé au niveau local avec l'établissement d'un dialogue. L'évolution générale correspond à la dynamique d'une démocratie libérale qui vise à promouvoir l'égalité de traitement pour tous, en reconnaissant les droits civils et sociaux ; cette logique s'ouvre également aux droits culturels dans la mesure où l'ordre juridique international va clairement dans ce sens. C'est aussi un effet de la crise politique : l'Etat, confronté à son impuissance matérielle et symbolique, a désormais besoin, de la part d'une société de plus en plus mobile et incertaine, du soutien des Églises. On peut le constater à travers le livre de Nicolas Sarkozy publié en 2004 (*La République, Les Religions, L'Espérance*), dans lequel l'ancien président déclare qu'il est préférable que les jeunes mettent leurs espoirs dans la religion, plutôt que dans la drogue, la violence ou l'argent⁹⁴⁷.

Il en résulte une préoccupation pour l'existence d'une cohésion non seulement sociale mais aussi morale entre les différentes sphères, et les attaques terroristes qui ont eu lieu pendant cette période augmentent le désir d'un tel lien. Cela finit par se traduire par une politique de survie qui s'établit dans deux domaines. La première d'entre elles est l'éducation (i) dans le sens où, au-delà de la politique du discours, d'où naît la religion civile de la nation, on entrevoit une réactivation de l'éducation morale et civique dans les programmes scolaires⁹⁴⁸, de sorte que l'on peut dire que, comme par le passé, on invoque la nécessité d'intégrer dans l'ordre social les

⁹⁴⁶ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 99.

⁹⁴⁷ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 103.

⁹⁴⁸ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 77.

pluralités qui s'y manifestent. En ce sens, on insiste sur la valeur de la liberté, de sorte qu'il est impératif d'accepter comme légitime la diversité des choix existants, y compris le fait qu'il n'y a plus de monopole scolaire. La morale laïque permet à chaque élève de s'émanciper, car le point de départ de la laïcité devient le respect absolu de la liberté de conscience. Pour avoir la liberté de choix, il est nécessaire de séparer l'élève de tous les déterminismes, qu'ils soient familiaux, ethniques, sociaux, intellectuels, pour qu'il puisse ensuite faire un choix. L'ère de l'individualisme a rendu difficile la réalisation de ce type de programme unificateur ; néanmoins, l'objectif de standardiser les comportements et de ne pas articuler les singularités a été affirmé⁹⁴⁹.

Le deuxième domaine est celui de la coercition (ii) ; il faut ici mentionner la loi de 2004 concernant le port de symboles religieux ostentatoires dans les écoles publiques, et la loi de 2010 concernant la dissimulation du visage dans les espaces publics. Toutes deux sont responsables de l'introduction de changements importants dans le droit à la laïcité, et il est possible de dire que on a assisté à une redéfinition des espaces d'application des règles de neutralité. Dans le modèle de 1905, seuls les espaces destinés à l'État doivent rester neutres (sans aucune manifestation religieuse), sans mentionner les fonctionnaires. Les deux lois qui ont suivi (2004 et 2010) ont modifié ce qui était prévu jusqu'alors ; la loi de 2004 s'étend aux usagers du service public d'éducation (élèves de première et deuxième années) et introduit une interdiction que l'État n'avait pas imposée jusqu'alors, l'établissement d'un régime restrictif qui autorise l'application de la sanction de l'expulsion aux élèves portant des symboles religieux ostentatoires dans les écoles⁹⁵⁰. La loi du 11/10/2010 va encore plus loin en interdisant certaines tenues religieuses par des personnes ordinaires et dans des espaces ordinaires (c'est-à-dire dans la vie publique, dans les magasins et dans les salles de spectacle), que la loi qualifie, de manière inédite, d'"espace public"⁹⁵¹.

Il y a ceux qui militent et dénoncent le caractère discriminatoire de la laïcité française à cause des deux lois mentionnées ci-dessus, qui interdisent l'utilisation de symboles religieux ostensibles dans les écoles, ainsi que l'interdiction de se couvrir le visage dans les lieux publics, au motif qu'elles ne sont destinées qu'à certaines religions, notamment celles de matrice

⁹⁴⁹ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 105.

⁹⁵⁰ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 72.

⁹⁵¹ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 106.

musulmane. Pour d'autres auteurs, il n'y a pas de discrimination, car toute revendication d'un traitement différent selon la religion violerait le principe d'égalité juridique français. Même pour Anne-Marie Le Pourhiet, les fameux accommodements que revendiquent les multiculturalistes ne sont que des exceptions au principe d'égalité et donc des discriminations ; ils représentent, selon elle, un traitement privilégié pour certaines catégories de personnes au détriment du principe d'égalité⁹⁵².

Cette période a également vu un mouvement de réévaluation des raisons de la restriction de l'autonomie, dans la mesure où la définition de l'"ordre public", que les textes juridiques ont commencé à invoquer, visait à limiter la liberté et, notamment, la liberté religieuse. Les autorités politiques (législateur et juge) l'ont fait sous l'argument, entre autres, de la préservation de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité de ces espaces, et en 2010 le Conseil constitutionnel s'est exprimé à ce sujet, en disant qu'il s'agissait de conditions minimales pour une vie en société, dont la compréhension a été confirmée en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire SAS c. France lorsqu'elle a déclaré qu'il s'agissait de conditions nécessaires pour vivre en communauté, ce qui dénote la position favorable de la Cour européenne dans le sens de laisser une grande marge d'appréciation aux États par rapport au sujet⁹⁵³. On ne peut nier que, dans la pratique, ces restrictions concernent l'Islam et non les autres confessions religieuses. En ce qui concerne les religions chrétiennes, les autorités politiques n'hésitent pas à s'y référer parfois et elles apparaissent actuellement dans l'ordre démocratique libéral, l'argument des autorités pour justifier cela étant les origines chrétiennes de la France.⁹⁵⁴

Il convient également de mentionner la loi du 30 décembre 2004, qui a créé un bureau de lutte contre la discrimination et pour l'égalité (appelé *HALDE*⁹⁵⁵), doté d'un pouvoir de conseil et d'enquête lorsque des pratiques discriminatoires sont portées à son attention. Cette autorité administrative indépendante peut engager un procès si une discrimination est constatée, ainsi qu'imposer des amendes à une personne ayant commis un acte discriminatoire, et saisir la justice si l'auteur refuse de coopérer. Les délibérations n'avaient pas force de loi, mais dans de

⁹⁵² POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 218.

⁹⁵³ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 72.

⁹⁵⁴ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 106.

⁹⁵⁵ Les missions de la HALDE sont aujourd'hui confiées à une nouvelle autorité, le Défenseur des droits, mentionnée dans la Constitution depuis le 23 juillet 2008 et créée par la loi organique du 29 mars 2011.

nombreux cas, cette autorité a servi de garde-fou contre les interprétations extensives qui avaient été faites de la laïcité.⁹⁵⁶

Un exemple de leur action peut être observé dans un mouvement législatif qui a débuté en 2008, quelques jours après la décision du Conseil d'État concernant l'affaire de la burqa. Il s'explique : immédiatement après cette décision, 65 députés ont présenté à l'Assemblée nationale un projet de loi visant à interdire à toute personne exerçant une fonction publique de porter des signes ou des vêtements manifestant ostensiblement une religion, une politique ou une philosophie particulière. Dans l'exposé des motifs, il est indiqué que l'actualité semble ne pas avoir pris conscience des récentes atteintes au pacte laïque français ; il est également précisé que les députés regrettent que certaines institutions devant promouvoir et protéger la laïcité de l'État semblent avoir cédé à la pression de la collectivité, et regrettent qu'une délibération de la HALDE, rendue au mois de mai 2007, ait donné raison à des mères d'élèves qui se sont vues empêchées de participer à certaines activités pédagogiques – comme accompagner leurs enfants à la sortie de l'école – parce qu'elles portaient un voile islamique. Pour les députés, la délibération de la HALDE est erronée et constitue une atteinte au principe de laïcité de l'enseignement, qui suppose que, pour garantir une parfaite liberté de conscience, de pensée et d'expression, l'État doit non seulement assurer une stricte neutralité, mais aussi veiller à ce que, dans le domaine des activités de service public, cette neutralité soit respectée⁹⁵⁷.

En réaction à la délibération de la HALDE, qui tendait à privilégier le principe de non-discrimination religieuse dans la participation des parents à la vie scolaire de leurs enfants, les députés ont proposé une interdiction de l'utilisation de signes exprimant ostensiblement une religion particulière, dont l'interdiction toucherait les agents publics, les élus politiques, ainsi que toute personne participant à un service public. En d'autres termes, les députés préconisaient l'interdiction de ces signes dans les locaux des établissements où s'exerce une activité de service public, dans le but d'élargir le champ de la laïcité. En outre, selon les députés, la laïcité de l'État doit viser à protéger la liberté de conscience et de religion de tous les citoyens, et c'est pourquoi l'exigence de neutralité de l'État s'impose à tous. Comme on peut le constater, si la loi du 15 mars 2004 avait déjà introduit une idée plus intense de la neutralité, ce qui a été proposé par les députés par la suite a été d'aller encore plus loin en interdisant à tous les citoyens français

⁹⁵⁶ KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 79.

⁹⁵⁷ KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 187.

d'utiliser des signes religieux, découlant d'une obligation de neutralité visible pour tous les établissements où s'exerce une activité de service public⁹⁵⁸.

Un deuxième projet de loi a ensuite été présenté, le 23 septembre 2008, qui visait à mettre fin aux atteintes à la dignité des femmes résultant de certaines pratiques religieuses. Dans l'exposé des motifs, les députés ont indiqué que le port du foulard islamique constituait la forme la plus extrême d'abus communautaire, responsable d'une violation directe de la coexistence des femmes au sein d'une société diverse et démocratique fondée sur l'égalité des sexes. Les députés ont proposé que, sous peine de deux mois d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, aucune prescription culturelle ou religieuse n'autorise quiconque à dissimuler son visage dans l'espace public ; toute personne souhaitant se promener sur le territoire de la République devrait avoir le visage découvert afin de permettre sa reconnaissance et son identification. D'aucuns soutiennent que ce projet de loi, qui tend à réglementer l'exercice de la liberté de conscience et de religion dans la sphère privée, se révèle toutefois véritablement contraire au principe de laïcité qui devrait protéger à juste titre toutes les formes d'expression sociale de la foi tant qu'elles n'entraînent pas de problèmes pour l'ordre public⁹⁵⁹. Les deux projets de loi reflètent la signification de la laïcité comme séparatiste et anticléricale au sein du modèle politique français, dont la HALDE a tenté de résister au modèle de représentation dans sa délibération du 15 septembre 2008.

La HALDE a également reçu une demande de consultation de l'Agence nationale pour l'accueil des étrangers et des migrants (ANAEM) concernant la compatibilité de l'interdiction du port de la burqa avec le principe de non-discrimination dans l'accès à la formation linguistique obligatoire pour les étrangers ayant signé un contrat d'accueil avec la France. Se référant expressément à la délibération du Conseil d'État du 27 juin 2008, la HALDE rappelle que le contrat d'accueil et d'intégration a précisément pour objet de permettre à l'étranger de préparer sa pleine intégration républicaine dans la société française. Dans cette optique, elle a estimé que le port de la burqa pouvait effectivement poser problème et créer une difficulté supplémentaire par rapport à cette intégration qui est nécessaire. Or, à partir du raisonnement du Conseil d'État selon lequel un tel fait ne repose pas sur un fondement strictement religieux (pratique radicale d'une religion incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française), mais sur le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, décider ensuite que

⁹⁵⁸ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 188.

⁹⁵⁹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 189.

les personnes en formation à l'ANAEM ont l'obligation de retirer la burqa. En effet, la HALDE considère que la burqa a une signification de soumission des femmes qui dépasse la sphère religieuse et peut être considérée comme une violation des valeurs républicaines qui président au parcours d'intégration, obligatoire pour les étrangers admis à séjourner en France. De manière analogue, il a été compris que, tout comme le symbole de la croix gammée envoie un message de haine qui dépasse la portée religieuse de la croix gammée, la burqa incarne une domination des femmes qui dépasse toute symbolique religieuse qu'une lecture particulière de l'islam pourrait lui conférer ou lui accorder⁹⁶⁰.

Comparativement, alors que la décision du Conseil d'État du 27 juin 2008 a tenté de traiter la question de la pratique religieuse avec naturel, l'arrêt de la HALDE semble avoir été plus prudent. Tout en recommandant l'interdiction du port de la burqa, elle l'a fait au motif qu'elle était contraire au principe républicain d'égalité entre les hommes et les femmes, et ne s'est pas placée sur le terrain religieux, ne mentionnant pas la sphère ecclésiastique et évitant ainsi les arguments des éventuelles minorités concernant une éventuelle discrimination⁹⁶¹.

Puis, en 2009, plus précisément dans une résolution du 9 juin, 58 députés de l'Assemblée nationale ont demandé la création d'une commission chargée de discuter de la légalité du port de la burqa et du *niqab* sur le territoire national. La création de cette nouvelle commission s'inscrit dans la continuité d'un travail entamé en 2003 avec la Commission Stasi qui, par ses actions, a révélé des menaces sur les libertés individuelles, ainsi qu'un sérieux recul de la situation des jeunes femmes. S'appuyant sur la décision du Conseil d'État de 2008 et sur la délibération de la HALDE, les députés ont estimé que la jurisprudence alors établie sur la laïcité légale était utile, mais qu'elle ne serait pas suffisante pour traiter d'autres cas de pratiques contraires au principe de laïcité, aux valeurs de liberté, d'égalité et de dignité de la personne humaine. Selon eux, une telle jurisprudence ne serait pas en mesure de garantir un principe de laïcité qui, constitutif d'une organisation collective sociale et historique se fonde, au-delà des communautés traditionnelles de chacun, sur une communauté de destin fondée sur des valeurs communes, avec une volonté et un désir de vivre en société (équivalent d'une laïcité narrative). La proposition des députés pour la création de la commission a conduit à la création d'une

⁹⁶⁰ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 190.

⁹⁶¹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 190.

mission parlementaire composée de 32 députés et présidée par André Gérin dans le but d'étudier la question du voile intégral (celui qui couvre tout le corps, y compris le visage) en France⁹⁶².

Lors de l'une des audiences qui se sont tenues au sein de cette Commission, il y a eu une discussion sur la rationalité des arguments qui ont été mis sur la table concernant la controverse, concluant qu'ils n'étaient pas rationnels et qu'il était donc nécessaire d'adopter une loi interdisant le port du voile intégral. On constate que la discussion n'a pas porté sur la religiosité en tant que phénomène social, mais plutôt sur la manière dont le fait lui-même (le voile intégral) était, au moins *a priori*, contraire aux valeurs de la République ; plus précisément, il est indiqué dans le rapport que l'utilisation de la burqa, du *niqab* ou de toute autre forme de voile intégral est un sujet brûlant, de sorte que beaucoup peuvent craindre d'aborder publiquement des questions qui suscitent des passions, des malentendus ou des conflits en raison de la complexité du sujet. Pourtant, ne pas aborder cette pratique contraire aux valeurs de la République par crainte d'un conflit intellectuel ou par pure peur, c'est, selon eux, ignorer une réalité ; c'est précisément pour cela, pour préserver l'avenir, mais aussi pour permettre à chacun, quelles que soient ses origines, ses convictions, sa confession religieuse, de vivre paisiblement dans la République, qu'il faut aborder la question, la comprendre et proposer des solutions qui servent au mieux les intérêts de la République⁹⁶³.

Dans la collision des valeurs en jeu, les députés n'ont pas hésité à inclure dans la notion de laïcité des valeurs qui vont au-delà des principes de justice, l'éloignant d'une réalité purement juridique, ce qui est observé dans l'un des rapports de la Commission dans lequel il est indiqué que "le port du voile intégral dans l'espace public ne constitue pas en soi une violation du principe de laïcité juridique". Le respect du principe de laïcité s'impose à la collectivité publique et non aux individus, qui sont libres de manifester leurs convictions religieuses ou spirituelles dès lors qu'ils respectent les autres et l'ordre public. Ils estiment que le port du voile intégral constitue une violation de la laïcité dans son sens philosophique, bien plus que dans son sens purement juridique. Sur cette base, le rapport de la Commission propose un raisonnement pour l'interdiction du port du voile intégral, appelé la "triade républicaine".⁹⁶⁴

Les députés font valoir que les dispositions contenues dans la loi de 1905 ne sont pas directement violées par le port du voile intégral, mais que l'esprit de laïcité est manifestement

⁹⁶² KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 191.

⁹⁶³ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 192.

⁹⁶⁴ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 192.

malmené par une telle pratique. Pour eux, la pratique du port du voile intégral est contraire aux trois principes fondamentaux français : égalité, liberté et fraternité ; de plus, une telle pratique porte en elle les germes de la remise en cause des autres principes de la République⁹⁶⁵.

Comme on peut le constater dans le rapport précité, la Commission s'écarte d'une position de neutralité en défendant une conception nationaliste de la laïcité porteuse de valeurs fondamentales ignorées par les principes démocratiques du droit, comme la fraternité. Le rapport indique que, outre les principes juridiques d'égalité et de liberté qui ne sont pas respectés par le port du voile, c'est tout l'espace social qui est menacé par le phénomène, car le port du voile met en péril les sentiments de fraternité et de solidarité entre les citoyens. Le concept de laïcité est alors placé comme un principe politique auquel les citoyens n'ont d'autre choix que d'adhérer. Pour la première fois, un rapport officiel propose aussi expressément l'obligation de neutralité, même pour ceux qui devraient en être exemptés – les citoyens – qui ne sont plus seulement créanciers de l'obligation de neutralité de l'État laïque, mais aussi débiteurs de cette obligation en vertu des principes de la République⁹⁶⁶.

Dans la même veine, le Premier ministre François Fillon a ratifié la position de la Commission en déclarant que le port du voile violait la conception républicaine de la vie en société. Il a également demandé aux juges du Palais Royal d'étudier des solutions juridiques pour interdire le port du voile intégral qui soient plus complètes et plus efficaces que celles possibles.⁹⁶⁷

Le Conseil d'État, quant à lui, dans l'affaire du 25 mars 2020, a réitéré les objectifs de l'État laïc, refusant d'adopter la logique argumentaire développée par la Commission, rappelant l'étendue de l'obligation de neutralité découlant de l'état de droit actuel, dans les termes suivants : la laïcité ne peut fonder une restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public et ne peut justifier une interdiction absolue du port du voile intégral dans l'espace public ; la laïcité s'applique principalement aux relations entre collectivités publiques et religieuses ou entre les personnes qui s'en réclament ; elle s'impose directement aux institutions publiques, justifiant une obligation de neutralité des représentants des collectivités publiques dans l'exercice de leurs fonctions. En revanche, elle ne peut être imposée directement à la société ou aux individus, sauf en ce qui concerne certains services publics, comme les

⁹⁶⁵ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 192.

⁹⁶⁶ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 193.

⁹⁶⁷ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 193.

établissements d'enseignement. Malgré cette position du Conseil d'État, défavorable à la position de la Commission à l'époque, une loi interdisant le port du voile intégral en France a été adoptée le 11 octobre 2010 et est désormais en vigueur. Elle a été validée de manière préliminaire par une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 7 octobre 2010⁹⁶⁸.

Le Conseil constitutionnel s'est exprimé afin d'affirmer, en résumé : (i) que les articles 1 et 2 de la loi promulguée visent à répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'à présent exceptionnelles, consistant à se couvrir/cacher le visage dans l'espace public ; (ii) que le législateur a considéré que ces pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaître les exigences minimales d'une vie en société ; (iii) que l'on estime que les femmes qui se couvrent le visage, volontairement ou non, se placent dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; (iv) qu'en adoptant la loi, le législateur a complété et généralisé les règles jusqu'à la réserve de situations occasionnelles qui visent à protéger l'ordre public. Le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation à l'égard de la disposition qui interdit la dissimulation du visage dans les espaces publics sur le fondement de l'article 10, de la DDHC, en disant que la dissimulation du visage à une pratique religieuse, qui devient interdite dans les lieux publics, ne peut être interdite dans les lieux de culte ouverts au public. Ce n'est rien d'autre qu'une réserve d'interprétation qui accepte la primauté du principe de l'interdiction générale et absolue de la dissimulation du visage en faveur de l'ordre public et de la liberté d'expression des convictions religieuses. Le Conseil constitutionnel a également fondé sa décision sur l'article 5, de la DDHC, justifiant l'intervention du législateur qui a réprimé par ce texte la dissimulation du visage associée à une pratique religieuse pour des actes considérés comme nuisibles à la société. L'efficacité de ces dispositions, bien que parfois remises en cause dans leur mise en œuvre, a sans doute été facilitée par la décision du Conseil constitutionnel qui a évité la contestation de leur validité.⁹⁶⁹

Comme la juridiction interne, le droit international a un rôle dans le processus de construction et de maturation de la notion de laïcité, comme on le démontrera plus loin. Au préalable, il convient de rappeler que la principale distinction entre le droit international et le droit interne en matière de réglementation de la diversité religieuse par l'État est la suivante : le droit constitutionnel se caractérise essentiellement par l'affirmation constitutionnelle du

⁹⁶⁸ KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 194.

⁹⁶⁹ GHÉRARDI, Éric. *La liberté religieuse au sein de l'État français laïc*. Dans : *État et religions*. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 66.

principe de laïcité ; le droit international, en revanche, ne se prononce pas sur la notion de laïcité, car il s'agit de quelque chose de spécifique et de national, mais attribue une place importante à l'une des composantes de la laïcité, plus précisément le droit à la liberté religieuse⁹⁷⁰.

À cet égard, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 interdit toute discrimination fondée sur la religion (article 2) ; elle prévoit également que toute personne bénéficie de la liberté religieuse, ce qui implique la liberté de changer de religion et la liberté de manifester sa religion, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites religieux (article 18). Néanmoins, la DUDH n'est pas un instrument juridique contraignant, elle n'a aucune valeur en droit interne et son effet n'est que symbolique. Néanmoins, plusieurs textes font référence à cet instrument et proposent l'adoption d'un concept large de la liberté religieuse tel que proposé par la DUDH, le plus important étant probablement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 et ratifié par la France le 4 novembre 1980. Sur la base de ce Pacte, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a publié en novembre 2012 une déclaration condamnant la loi française du 15 mars 2004, mentionnée précédemment, qui interdit le port de signes ou de tenues manifestant ostensiblement une apparence religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, car il estime qu'elle viole la liberté de religion⁹⁷¹.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950 a une valeur contraignante en droit français depuis sa ratification le 3 mai 1974. Si la CEDH consacre la liberté de religion dans son article 9, cette liberté a longtemps été considérée comme un élément prévu uniquement pour embellir le texte, n'acquérant pas de réelle efficacité, ce qui n'a changé qu'avec une décision rendue par la Cour européenne le 19 avril 1993. Depuis lors, la France a été condamnée dans quatre décisions différentes pour non-respect de la CEDH. La Cour a estimé que les taxes sur les dons reçus par les associations religieuses, ainsi que les redressements fiscaux auxquels elles étaient soumises, portaient atteinte à la liberté de religion. Dans cette même affaire, la France a également été condamnée pour avoir violé d'autres dispositions de la CEDH, notamment l'article 10, qui traite

⁹⁷⁰ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 80.

⁹⁷¹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 81.

de la liberté d'expression, l'article 14, la discrimination, l'article 3, la torture et les traitements inhumains.⁹⁷²

Dans le cadre de la diversification des sources juridiques, certains juristes soutiennent que l'incidence concrète du droit international dans le droit positif français modifierait les perceptions concernant les relations entre l'État et les Églises. Selon cet avis, si les textes nationaux sont guidés par la notion de laïcité-séparation, les textes internationaux sont avant tout guidés par l'idée de liberté religieuse. Même, pour certains, avec l'intégration européenne, la France ne pouvait s'empêcher de prendre en compte l'organisation des relations entre l'État et l'Église dans les autres pays. Cependant, s'il est vrai que les juridictions internes et même le Conseil d'État se réfèrent aujourd'hui quasi systématiquement à la CEDH, cette dernière ne reste pas toujours hermétique à une conception républicaine de la laïcité. Elle peut également se réfugier dans la marge d'appréciation laissée par les États membres dans la convention pour valider une disposition législative nationale qui contrevient à l'article 9 de la CEDH. C'est le cas, par exemple, de l'affaire SAS c. France du 1er juillet 2014 - déjà mentionnée - dans laquelle un citoyen a saisi la Cour pour contester la légalité de la loi du 11 octobre 2010, faisant appel à sa liberté d'exprimer ses convictions religieuses au motif qu'il pouvait porter un voile couvrant l'intégralité de son visage⁹⁷³.

La CEDH a affirmé que la position restrictive française n'empiète pas sur la liberté de religion en raison de la marge d'appréciation reconnue à chaque État en la matière. Elle a consacré le principe de laïcité-neutralité comme découlant du droit français qui implique une impartialité à l'égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité. Elle admet la protection des droits et libertés face à la manifestation d'une appartenance religieuse par des agents des services publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il a conclu en comprenant qu'il s'agit de la capacité exclusive de chaque État de donner la priorité à la protection des droits et libertés d'autrui sur la liberté de conscience et de religion, et qu'une telle primauté, de protection des droits et libertés d'autrui, ne représente aucun problème par rapport à la Convention⁹⁷⁴.

En outre, la Cour a analysé la compatibilité de la loi française avec les articles 8 (droit à la vie privée), 9 (liberté de religion) et 14 (interdiction de discrimination) de la Convention

⁹⁷² KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 82.

⁹⁷³ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 83.

⁹⁷⁴ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 70.

Européenne des Droits de l'Homme, estimant qu'une politique qui a des effets nocifs disproportionnés sur un groupe de personnes peut être considérée comme discriminatoire même si elle ne vise pas un groupe spécifique ou même si elle n'a pas l'intention de discriminer ; une mesure donnée doit avoir une justification objective ou raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit avoir un but légitime et être proportionnée. Dans cette affaire, la Cour Européenne a décidé que la possibilité de limiter l'exercice de certains droits fondamentaux sous prétexte d'intérêt public, d'ordre public ou de moralité politique nationale devait être laissée à l'appréciation de chaque État membre, validant ainsi la légalité de la loi de 2010. En d'autres termes, la Cour Européenne a admis l'existence d'une ingérence de l'État dans l'exercice des droits du requérant pour des raisons de sécurité ou de santé publique et, d'autre part, pour la protection des droits et libertés d'autrui. Si elle peut être considérée comme une restriction aux libertés individuelles, l'interdiction de dissimuler son visage dans les espaces publics est donc considérée comme proportionnelle à l'objectif poursuivi et est donc légitime⁹⁷⁵.

La décision de la Cour Européenne a déclaré que la restriction du droit à la vie privée et à la liberté de religion pouvait être considérée comme nécessaire dans une société libre et démocratique telle que la France, justifiant ainsi sa décision sur la légalité du texte normatif attaqué par le citoyen français⁹⁷⁶. Par cette décision, la Cour européenne a validé l'ingérence de l'État dans l'exercice de la liberté religieuse sur la base d'une évaluation subjective des conditions de vie en société, reléguant apparemment la liberté religieuse au second plan et déclarant la validité de la loi de 2010.

En d'autres termes, la Cour a estimé que l'ingérence dans la liberté fondamentale des citoyens était légitime car : (i) qu'elle était prévue par la loi ; (ii) qu'il existait un intérêt réel à la restriction, incarné par la sécurité publique et le respect des valeurs d'une société démocratique et ouverte ; (iii) que le respect des exigences minimales de la vie en société atteignait la protection des droits et libertés d'autrui, susceptible de justifier une ingérence dans les droits et garanties individuels ; (iv) que l'ingérence était légitime et nécessaire parce qu'il s'agit d'une société démocratique⁹⁷⁷. En d'autres termes, il admet la possibilité de limitations à

⁹⁷⁵ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 66.

⁹⁷⁶ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 196.

⁹⁷⁷ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 185.

l'exercice de la liberté pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de laïcité, ces dernières n'étant pas incompatibles avec la liberté religieuse.⁹⁷⁸

Il convient de noter que dans la décision précitée, rendue le 1er juillet 2014, la Cour européenne aurait pu juger que la loi française interdisant le port du voile intégral est discriminatoire sous l'aspect de la liberté religieuse, mais ne l'a pas fait. En revanche, elle a exclu que l'interdiction soit discriminatoire car elle a considéré que la loi n'était pas explicitement fondée sur une religion particulière, mais seulement sur le fait que les citoyens avaient l'intention de se couvrir le visage. On constate que la Cour européenne évite de qualifier le caractère religieux du voile intégral pour, à la fin de la décision, ne se prononcer que de manière tangentielle sur l'éventuelle violation de la liberté religieuse par le texte normatif français⁹⁷⁹.

Cependant, on ne peut nier que le voile intégral est implicitement lié à un aspect culturel ou politique, même si plusieurs études récentes, parfois soumises à la Cour, montrent que ce vêtement devient de plus en plus, lorsqu'il est porté en Occident, un symbole religieux d'une destination (l'Orient). L'ensemble des débats qui ont eu lieu sur la question a permis de constater que la voix des femmes qui portent le voile intégral reste inaudible. Dans l'affaire *S.A.S. c. France*, la Cour européenne semble avoir préféré ignorer ces personnes, jugeant que la question relevait de la marge d'appréciation nationale. En d'autres termes, tout en mettant en garde contre le risque d'islamophobie, elle entérine indirectement les arguments culturels (le radicalisme religieux comme produit d'importation) ou stéréotypés concernant le sens à attribuer à ces vêtements (le voile intégral comme symbole de la domination féminine ou comme refus d'intégration), qui ont alimenté les débats autour de l'adoption de la loi française en 2010. Ainsi, la Cour européenne contribue à renforcer l'idée que celles qui portent le voile intégral représentent une image d'altérité par rapport à un système de valeurs occidental dont la singularité tient aujourd'hui principalement à son caractère défensif à l'égard de ceux qui sont perçus comme des étrangers/étrangères pour elles⁹⁸⁰.

C'est en raison de tous ces éléments qu'il est possible d'affirmer que, au moins en partie, l'ordre juridique français s'est complexifié à l'époque contemporaine, et que cette complexité a entraîné des conséquences notamment sur le contenu des principes constitutifs de la laïcité. Les

⁹⁷⁸ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans* : Dictionnaire des droits fondamentaux. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 528.

⁹⁷⁹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 197.

⁹⁸⁰ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 198.

minorités de tous ordres, et notamment les minorités religieuses, disposent désormais de ressources constitutionnelles et internationales pour la protection des principes et des droits. Cette dernière, consistant en la possibilité d'invoquer une norme internationale⁹⁸¹ contre une norme de la juridiction interne française, illustre les transformations et les difficultés du contexte juridique français⁹⁸².

Il est également possible d'affirmer que le sens et la forme que revêt la laïcité évoluent en fonction de l'interprétation que les gouvernants et les politiques font des principes constitutifs et des modalités de juridiction qu'ils intègrent. En effet, on constate l'importance du travail des juridictions dans l'émergence et la connaissance des principes de laïcité, du droit à l'égalité et de la liberté de conscience. Leur portée dépendra également de l'interprétation faite par les juridictions du principe de laïcité, qui n'est pas défini dans le texte juridique.⁹⁸³

Actuellement, il est possible de dire que la définition de la laïcité est orientée dans deux directions possibles. Une première définition met en évidence la neutralité de l'Etat par rapport à la religion, comme une sorte d'ignorance intentionnelle du fait religieux dans la société et dans les relations entre la société et les pouvoirs publics. Il décline sur plusieurs points : la liberté de conscience, l'égalité des droits par rapport aux options spirituelles et religieuses, la neutralité du pouvoir politique. La seconde définition est plus active, puisqu'elle impose à l'État un devoir de vigilance et d'abstention à l'égard de tout comportement prenant en considération un fait religieux et des institutions religieuses, sanctionnant toute intrusion de la religion, quelle que soit sa nature, dans la vie publique. Elle fonctionne parfois comme une "laïcité de combat", qui s'oppose frontalement aux religions pour les cantonner à la seule sphère privée.⁹⁸⁴

Les deux définitions reposent sur le postulat que la religion concerne la vie privée des individus, leurs choix et, en somme, l'exercice de leurs libertés. D'une certaine manière, ces conceptions reconnaissent le fait religieux comme étant une action individuelle, personnelle, relative à la vie privée, niant un aspect communautaire et public de la religion qui s'exprime dans les pratiques des institutions religieuses, dans les lieux de culte, dans les organisations sociales et dans les activités collectives. Il existe également une volonté française d'interdire

⁹⁸¹ En vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, il reconnaît l'autorité supérieure des traités internationaux sur le droit interne français, sous réserve de leur ratification, dont le caractère obligatoire ressort de leur publication.

⁹⁸² KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 79.

⁹⁸³ KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 84.

⁹⁸⁴ DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans : Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006. p. 520.

l'expression des convictions religieuses dans les espaces publics⁹⁸⁵. Malgré cela, il est certain que le fait religieux ne peut être occulté par la société française et que sa manifestation, même si elle est classiquement limitée par l'ordre public, ne cesse de questionner la place de la liberté individuelle tant dans l'espace public que dans les services publics. En effet, l'État est laïque, mais la société ne l'est pas, et le fait religieux fait partie intégrante de la vie en société, la laïcité ayant des effets tant sur le droit public que sur le droit privé.⁹⁸⁶

La disparition de toute manifestation extérieure de croyance religieuse est impensable, notamment parce qu'elle serait contraire à tous les engagements internationaux souscrits par la France. Au contraire, on observe que certaines formes d'expression religieuse, comme le port du voile islamique intégral, sont perçues comme des manifestations radicales qui blessent, au-delà de la notion française de laïcité, les questions liées à la dignité des femmes et à l'égalité entre les hommes et les femmes, et c'est précisément à ce stade que le débat laïcité-liberté religieuse, selon certains juristes, dépasse largement la question de la laïcité en s'attaquant aux fondements des démocraties occidentales⁹⁸⁷.

Au cours des dernières années, le modèle français de régulation publique de la religion a connu une évolution notable, qui correspond à une tendance occidentale globale, car la notion classique de séparation a cédé la place à une nouvelle, la reconnaissance élargie. C'est à dire que si, au début du XXe siècle, la laïcité signifiait que chaque personne devait être traitée équitablement, comme une personne libre et égale à toutes les autres, pouvant cultiver ses croyances de la manière qui lui convenait le mieux sans que l'État n'interfère directement dans l'organisation et l'activité des institutions religieuses (c'est-à-dire une notion étroitement liée à la liberté négative), 100 ans plus tard, la laïcité acquiert un nouveau concept, parce que les gouvernements reconfigurent l'esprit public : tout en conférant une plus grande liberté religieuse, soutenue par un système de reconnaissance positive, ils tendent simultanément à s'organiser de telle sorte que le citoyen, dans l'exercice de ses libertés, soit considéré comme faisant partie intégrante d'un bien commun de l'État⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 73.

⁹⁸⁶ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 255.

⁹⁸⁷ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 74.

⁹⁸⁸ PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine : anatomie d'une controverse. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 107.

On entrevoit ainsi un mouvement à la recherche d'un équilibre, laissant derrière lui une laïcité de combat pour faire place à une notion de laïcité plus ouverte et pluraliste, sans renoncer à la notion originelle, mais plutôt en la complétant⁹⁸⁹. Cependant, il existe encore de nombreuses divergences quant à sa définition, avec ceux qui soutiennent que la laïcité est une ignorance nécessaire du facteur religieux et d'autres qui affirment que la laïcité doit être comprise comme un respect nécessaire du facteur religieux.

Il est évident que le principe de laïcité trouve son application la plus visible lorsque l'individu le revendique contre l'État, c'est-à-dire dans le domaine du droit public, plus précisément dans l'exercice régulier des libertés de culte, de conscience, d'opinion, d'expression ou même d'autres droits. Cependant, les implications du principe de laïcité sont non seulement verticales (celles qui concernent l'individu dans ses relations avec l'État), mais aussi horizontales, car elles vont régir les relations entre les individus. Cela se produit parce que la laïcité est transversale et imprègne le droit dans son ensemble, de sorte qu'aucune branche n'y échappe⁹⁹⁰. Cette prémisse est d'autant plus pertinente que, tout au long de l'ouvrage, sont analysées les relations de travail qui sont également affectées par cette notion de laïcité.

Tel qu'exposé, le principe de laïcité ne peut être réduit à la seule volonté d'ignorer le fait religieux, car il est inséparable de la notion de liberté de conscience et de liberté de culte. Dans le cadre d'un litige, il ne sera donc pas rare que des individus invoquent des normes ou des règles religieuses, et il appartiendra au juge de les évaluer, de sorte que toute la question consistera à identifier le degré de pertinence de ces questions. Contrairement à une idée reçue, la laïcité n'est pas synonyme d'ignorance ou de mépris du fait religieux, mais plutôt de relégation dans la sphère privée d'éléments intimes de l'individu.⁹⁹¹

Si le fait religieux ne peut être totalement ignoré, il ne peut pas non plus être valorisé et peut tout au plus être considéré comme un fait social comme un autre. La règle religieuse ne peut remplacer la règle républicaine, ni l'écartier. Deux cas de figure doivent être envisagés : d'une part, la laïcité permettra d'encadrer ensemble les relations entre les individus et l'État, non pas tant comme usagers des services publics, mais comme sujets de droits ou citoyens. La seconde situation concerne celle où une règle de droit ne s'applique qu'à une relation juridique entre plusieurs personnes privées et où la laïcité est là pour préciser ce qui est interdit ou non dans les relations interindividuelles⁹⁹². L'ensemble des relations privées est soumis au respect

⁹⁸⁹ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 256.

⁹⁹⁰ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris L'Harmattan, 2011. p. 335.

⁹⁹¹ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 335.

⁹⁹² BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 335.

du principe de laïcité, tant dans la vie personnelle des individus (i) que dans leur vie professionnelle (ii).

Dans la vie personnelle (i), dès lors que les individus sont confrontés à l'État, ils doivent nécessairement se soumettre à ses règles et la laïcité fait partie de ces règles ; elle se présente sous différentes formes et est adaptée pour réguler la réalité de toutes les étapes de la vie. L'état civil des individus est entièrement laïcisé par étapes successives. Si les croyances intimes des individus doivent être strictement préservées, dans la mesure où elles peuvent influencer leur mode de vie et les relations qu'ils auront les uns avec les autres, le principe de laïcité doit assurer une coexistence pacifique de tous. De même, les relations contractuelles entre particuliers doivent suivre la même règle, en étant soumises au respect du principe de laïcité afin de protéger toutes les parties et de concilier ainsi les différents droits et libertés en jeu. On entrevoit que le statut des individus doit être totalement et strictement laïc et on constate une tendance à une sécularisation contractuelle toujours plus grande.⁹⁹³

Pris comme un fait social, aucun fait religieux ne doit être ignoré, ni traité différemment par un juge. Outre leur neutralité, les juges sont tenus d'être laïcs, en ce sens qu'il leur est interdit d'interférer dans le choix d'une religion ou d'une conviction. De même, ils ne doivent pas avoir de considération ou de jugement de valeur sur la croyance qu'un individu invoque. Si l'état des personnes s'est sécularisé depuis la Révolution, il est clair que la conscience ou la foi continue de déterminer une bonne partie des comportements individuels, dont le juge civil doit rester attentif. La laïcité encadre l'individu à tous les stades de sa vie et impose parfois certaines règles, même dans les affaires du domaine intime. Les activités religieuses sont nécessairement soumises à l'ordre public de l'État, qui devient laïc.⁹⁹⁴

Comme on peut le constater, il y a toujours eu beaucoup d'incertitudes quant à l'application et au concept du principe de laïcité, et cela a toujours fait l'objet de grands débats. En effet, l'intervention des juges est indispensable pour que ce principe soit respecté, mais aussi pour qu'il puisse évoluer. Il est sujet à de multiples interprétations et chacune d'entre elles aura des conséquences importantes sur le champ d'action, il est donc important de comprendre ces interprétations. Certains considèrent la laïcité comme l'exclusion de la religion ou du spirituel de la sphère publique, ce qui peut conduire à une sorte de négation du religieux. D'autres considèrent au contraire qu'une plus grande place doit être accordée à la laïcité et qu'elle ne peut être synonyme d'ignorance et doit être un signe d'acceptation des religions.⁹⁹⁵

⁹⁹³ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 335.

⁹⁹⁴ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 337.

⁹⁹⁵ BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris : L'Harmattan, 2011. p. 256.

Au Brésil, la laïcité est traitée différemment, mais il faut noter que, comme en France, elle n'a pas été définie par le législateur constituant, imposant aux autres pouvoirs la difficile tâche de tenter de la conceptualiser. Rétrospectivement, la Constitution de 1934 a introduit la disposition selon laquelle l'enseignement religieux serait facultatif et dispensé conformément aux principes de la confession religieuse de l'élève manifestée par ses parents, ce qui démontre le caractère confessionnel des cours ; elle a également prévu que les associations religieuses acquerraient la personnalité juridique. La Constitution de 1937, qui fait suite au coup d'État de Getúlio Vargas, maintient la liberté religieuse et la liberté d'association et prévoit que l'enseignement religieux peut être envisagé dans le cadre du cours ordinaire des écoles et ne peut constituer un objet d'obligation pour les enseignants ou les professeurs, ni une obligation de fréquentation. La Constitution de 1946 a élargi la question de la liberté d'association et de religion. Les Constitutions de 1967 et 1969 ont réitéré l'idée que l'éducation religieuse serait une question d'inscription facultative et ont étendu la liberté de religion au secteur de l'aide sociale et aux hôpitaux.

La Constitution brésilienne de 1988 (actuelle), promulguée au cours d'un processus de démocratisation du pays marqué par la fin de la période de dictature militaire, invoque Dieu dès le préambule et ne fait aucune mention de "laïcité" ou d'un "État laïque". Pourtant, l'article 19, II, stipule qu'il est interdit à l'État d'établir des cultes religieux ou des églises, d'entretenir des relations d'alliance avec ces institutions, sauf dans l'intérêt public. Ainsi, il fait implicitement référence à une certaine perspective séculaire.⁹⁹⁶

Au-delà du préambule, plusieurs dispositions de la Constitution semblent renforcer la croyance des gens en Dieu, ce que l'on peut constater à la lecture des articles que : (i) l'octroi d'une immunité fiscale aux temples religieux de tout culte, ce qui a été compris comme une permission pour les gens de professer librement leur foi sans que l'État n'influence, ne nuise ou ne rende impossible leurs manifestations de croyance par des existences fiscales indues sur le culte ; (ii) elle a reconnu le mariage religieux comme ayant la légalité du mariage civil, reconnaissant l'acte religieux, comprenant que les différentes croyances donnent de l'importance au mariage comme source d'unité familiale, ce qui a même influencé de nombreuses politiques gouvernementales au cours de l'histoire ; (iii) elle a permis l'allocation de ressources publiques aux écoles religieuses, ce qui démontre le prestige des écoles créées

⁹⁹⁶ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : *La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales*. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 177.

par les églises ; (iv) elle a déterminé l'offre obligatoire, dans les écoles publiques d'éducation fondamentale, d'un enseignement religieux, dont l'inscription sera facultative⁹⁹⁷.

Peu après sa promulgation, un mouvement a émergé, rassemblant des féministes, des intellectuels, des éducateurs, des juristes, entre autres, et visant à élargir l'agenda autour des droits de l'homme et de la citoyenneté, en assurant aux minorités de telles prérogatives sans interférence religieuse. En opposition à ce mouvement, un second a émergé, composé principalement d'évangéliques pentecôtistes qui ont résisté au nouvel agenda. Ces mouvements antagonistes ont donné naissance à un agenda de sujets à approuver ou à rejeter qui a suscité un grand débat entre le parlement, le gouvernement et la société. Parmi les projets de loi proposés figurent notamment la dépénalisation de l'avortement, les unions homosexuelles stables, la criminalisation de l'homophobie, les politiques éducatives pour la distribution dans les écoles publiques de matériel informatif sur la sexualité, la prévention contre l'homophobie, l'éducation laïque sans interférence religieuse⁹⁹⁸.

Le caucus chrétien s'est opposé à certains projets, comme la dépénalisation de l'avortement, obtenant un recul considérable des projets des groupes laïcs, comme cela s'est produit avec l'avortement lui-même et avec le retrait de la campagne du ministère de l'Éducation dans les écoles publiques sur la reconnaissance de la diversité sexuelle avec le "Kit-gay"⁹⁹⁹. Cela s'est produit, dans une large mesure, en raison de la représentation considérable des conceptions religieuses-conservatrices dans la population, le congrès et la culture brésilienne, ce qui les conduit à adopter une position combative et audacieuse. Même les hautes sphères de ces mouvements, lorsqu'elles se manifestent publiquement, mettent un point d'honneur à affirmer que "L'État est laïc, mais il n'est pas athée"¹⁰⁰⁰.

Il n'est pas crédible de nier l'existence d'une présence historique, considérée comme naturelle et habituelle, de la religion dans le pays. La présence de crucifix dans les écoles, les universités, les tribunaux et les parlements en est un bon exemple. Ils représentent le témoignage de centaines d'années de présence catholique dans l'appareil d'État. En 2007, le Conseil national de la justice a été invité à se prononcer sur une demande de retrait des crucifix des tribunaux de justice en raison d'une possible violation de l'article 19, I, de la Constitution

⁹⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ensino religioso, previsto na Constituição Federal, frente ao Tratado Brasil – Santa-Sé e a lei de diretrizes de bases da educação nacional. In: Revista de Direito Educacional, vol. 3/2011, pp. 297-317, p. 230.

⁹⁹⁸ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 863.

⁹⁹⁹ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 864.

¹⁰⁰⁰ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 864.

de 1988, qui interdit aux pouvoirs publics de créer des cultes religieux ou des églises, de les subventionner, d'entraver leur fonctionnement ou d'entretenir des relations de dépendance ou d'alliance avec eux ou leurs représentants, sauf en cas de collaboration dans l'intérêt public. La demande a été refusée au motif que : "La conservation d'un crucifix dans une salle d'audience publique de la Cour de justice ne rend pas l'État – ou le pouvoir judiciaire – clérical, ni ne viole le précepte constitutionnel invoqué, car l'affichage d'un tel symbole ne heurte pas l'intérêt public primaire (la société), au contraire, il le préserve, garantissant les intérêts individuels culturellement solidifiés et soutenus dans l'ordre constitutionnel, comme c'est le cas de cette coutume, qui représente les traditions de notre société." Il a poursuivi en affirmant que "d'autre part, il n'y a malheureusement aucune interdiction dans le système juridique brésilien de l'utilisation de tout symbole religieux dans tout environnement du pouvoir judiciaire, et l'éventuelle ostentation fait partie de la tradition brésilienne, sans aucune répudiation par la société, qui considère une coutume ou un comportement comme acceptable"¹⁰⁰¹.

La décision a été commentée par des juristes de renom, comme Daniel Sarmento, qui présente quelques arguments favorables, plus précisément que : (i) le crucifix exprime des valeurs morales indépendantes de toute foi ; (ii) ils ne sont pas pertinents d'un point de vue constitutionnel, car il s'agit de simples ornements décoratifs ; (iii) leur suppression impliquerait un acte d'intolérance envers les chrétiens qui y travaillent ; (iv) la pratique constitue une tradition brésilienne enracinée dans la culture nationale ; (v) conclure qu'elle n'est pas constitutionnelle conduirait à la même conclusion que le jour férié de Noël ne le serait pas non plus¹⁰⁰².

À ce sujet, Ives Gandra da Silva Martins défend la décision en faisant valoir qu'"il convient de rappeler que la crucifixion du Christ, pour les spécialistes des grands procès, a été le résultat de l'une des procédures judiciaires les plus injustes, sans droit à la défense". Il poursuit en affirmant que "la présence du crucifix est utile pour que chaque juge prenne conscience qu'il doit agir avec justice et ne pas commettre la même erreur que ceux qui ont jugé le fondateur du christianisme"¹⁰⁰³. Un argument supplémentaire est proposé par Antonio Baptista Gonçalves, qui soutient que la présence d'un symbole religieux dans certains espaces de l'entité étatique ne signifie pas que la laïcité est mise à mal, mais qu'il s'agit d'une simple

¹⁰⁰¹ BRÉSIL. Conseil national de la justice, Rapport du conseiller Oscar Argollo, 14e session extraordinaire, date du jugement : 06 juin 2007.

¹⁰⁰² Sarmento, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: Lorea, Roberto Arriada (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 189.

¹⁰⁰³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ensino religioso, previsto na Constituição Federal, frente ao Tratado Brasil – Santa-Sé e a lei de diretrizes de bases da educação nacional. In: Revista de Direito Educacional, vol. 3/2011, pp. 297-317, p. 300.

démonstration de foi de la part des individus qui cohabitent dans l'environnement commun, indépendamment de la volonté de l'État. Il affirme qu'"il n'y a pas de raisons concrètes pour que l'État intervienne et réprime un signe religieux dans un organe de l'État, à moins que la manifestation religieuse n'interfère avec le bon fonctionnement de l'œuvre ou ne perturbe la liberté religieuse d'autrui"¹⁰⁰⁴. Comme on peut le constater, l'utilisation de ces symboles religieux se traduit par un trait culturel de la société brésilienne, qui autorise leur utilisation dans les lieux publics.

Par ailleurs, en 2009, un accord bilatéral entre la République fédérative du Brésil et le Saint-Siège a été célébré, approuvé par le Congrès national sous le titre "Loi générale des religions", par lequel le Brésil reconnaît le droit de l'Église catholique à exercer sa mission apostolique, en garantissant l'exercice public de ses activités, dans le respect du système juridique brésilien. Elle a établi les bases des relations entre l'Église et l'État, réaffirmé la personnalité juridique de l'Église et de ses entités et reconnu l'importance de l'enseignement religieux, tant catholique que d'autres confessions. Son approbation démontre le prestige dont jouit encore la religion catholique dans la société brésilienne et a fait l'objet de nombreuses critiques pour avoir soi-disant violé le principe de laïcité de l'État. Même, selon Ari Pedro Oro, la signature expose davantage la violation de la disposition légale qui interdit les relations de dépendance ou d'alliance de l'État avec les Églises¹⁰⁰⁵.

Au-delà du scénario législatif, il est important de comprendre la compréhension du système judiciaire brésilien. À ce sujet, la Cour fédérale suprême, dont la fonction principale est de veiller sur la Constitution, a la responsabilité d'interpréter les dispositions de cette Constitution, dont la compréhension est contraignante¹⁰⁰⁶. Cette interprétation juridique consiste à révéler ou à attribuer un sens aux textes ou à d'autres éléments normatifs afin de résoudre des problèmes, étant une activité intellectuelle imprégnée de méthodes, de techniques et de paramètres qui cherchent à fournir une rationalité et une prévisibilité¹⁰⁰⁷. C'est pourquoi l'analyse de sa jurisprudence est essentielle pour comprendre la manière dont la laïcité est traitée.

¹⁰⁰⁴ GONÇALVES, Antonio Baptista. O uso de símbolos religiosos em locais públicos e o estado democrático de direito brasileiro laico. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 3, 2013, pp. 49-67, p. 50.

¹⁰⁰⁵ ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no Ocidente. In: Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, 2011, p. 225.

¹⁰⁰⁶ BARBOSA, Rodrigo Pedrosa; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A laicidade e o STF: um estudo das decisões do Supremo Tribunal vinculado a questões religiosas e de laicidade. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 7, 2020, pp. 132-145, p. 135.

¹⁰⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 292.

En 2008, lors de son jugement sur la légalité de l'utilisation des cellules souches embryonnaires à des fins thérapeutiques et de recherche, dans lequel les limites de la vie (c'est-à-dire qu'il s'agisse de la fécondation, de la naissance avec la vie ou du simple embryon) ont été discutées, il a invoqué la notion de laïcité pour affirmer que : "en matière confessionnelle, l'État doit donc se tenir dans une position de stricte neutralité axiologique afin de préserver, en faveur des citoyens, l'intégrité de leur droit fondamental à la liberté religieuse"¹⁰⁰⁸. Ainsi, il a rejeté les arguments du banc religieux qui, essayant d'obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité de la procédure scientifique, condamnait l'utilisation d'embryons pour la recherche principalement parce qu'elle violait les préceptes chrétiens de protection de la vie et d'interdiction de l'avortement.

En 2010, le Tribunal fédéral, dans une affaire portant sur d'éventuelles violations de la liberté de religion, a affirmé que toute activité de l'autorité publique favorisant une foi religieuse particulière au détriment des autres était interdite. Il a également souligné que la neutralité de l'État ne doit pas être confondue avec l'idée d'indifférence de l'État, car dans certains cas, il sera nécessaire que l'État prenne des mesures actives pour prévenir les situations qui entravent le libre exercice de la liberté de croyance. Il a conclu en déclarant que "dans notre pays, la neutralité de l'État ne doit pas être confondue avec l'indifférence, même si le silence sur la religion entraîne une position contre la religion"¹⁰⁰⁹.

En 2012, lorsqu'elle s'est prononcée sur la possibilité d'interrompre la grossesse d'un fœtus anencéphale, la Cour a utilisé l'argument de la laïcité pour justifier sa décision de reconnaître l'inconstitutionnalité de l'interprétation de la loi qui prévoyait la typification du comportement dans de telles circonstances. Elle affirme que l'État brésilien n'est ni religieux ni athée ; "l'État est simplement neutre". Il a ajouté que la Constitution, en consacrant la laïcité, empêchait l'État de s'immiscer dans les questions religieuses en tant qu'arbitre ou avocat, en plus d'affirmer que les conceptions morales religieuses ne pouvaient pas guider les décisions de l'État. Elle a conclu que "les croyances religieuses et spirituelles – ou l'absence de celles-ci, l'athéisme – servent à dicter la conduite et la vie privée de l'individu qui les possède ou non. Les passions religieuses de toutes sortes doivent être écartées dans la conduite de l'État"¹⁰¹⁰. Enfin, il a déclaré que "la question posée dans ce processus – inconstitutionnalité de l'interprétation selon laquelle l'interruption de grossesse d'un fœtus anencéphale est un crime –

¹⁰⁰⁸ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, action directe d'inconstitutionnalité n° 3.510/DF, rapportant le juge Ayres Britto, date du jugement : 29 mai 2008.

¹⁰⁰⁹ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, STA-AgR 389. Cour plénière, date de publication : 14 mai 2010.

¹⁰¹⁰ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, action déclaratoire du précepte fondamental n° 54/DF, Ministre Rapporteur Marco Aurélio, date de publication : 30 avril 2013.

ne peut être examinée sous l'influx de directives morales religieuses. Cette prémisse est essentielle à l'analyse de la controverse. Cela ne signifie pas pour autant que l'audition des entités religieuses a été vaine.

En 2016, il a été demandé à l'instance de se prononcer sur une affaire qui avait pour toile de fond la sélection des jurés pour composer la Cour du jury, dans laquelle un procureur a déclaré que "Dieu est bon" après la sélection de tous, ce qui a été compris par le plaignant comme un acte qui aurait désigné l'ensemble du processus puisqu'il manifestait des intérêts confessionnels dans la conduite d'activités séculières. La décision stipule que : "la laïcité de l'État, en tant que principe fondamental de l'ordre constitutionnel brésilien, qui impose la séparation entre l'Église et l'État, non seulement reconnaît la liberté de religion pour tous, mais assure également l'égalité absolue des citoyens en matière de croyance, garantissant également la pleine liberté de conscience et de culte"¹⁰¹¹. Et il conclut en affirmant que la loi n'est pas soumise à la religion et que les autorités chargées de l'appliquer doivent se départir de leurs conceptions antérieures en matière de religion afin de ne pas refléter leurs propres convictions religieuses sur le processus du pouvoir.

En 2017, elle a statué sur la constitutionnalité de l'article qui imposait l'obligation de proposer un enseignement religieux dans les écoles élémentaires publiques. À l'époque, elle l'avait compris : "l'interdépendance et la complémentarité des notions d'État laïque et de liberté de croyance et de culte sont des prémisses de base pour l'interprétation de l'enseignement religieux à inscription facultative prévu par la Constitution fédérale, car la matière atteint la liberté même d'expression et de pensée sous l'éclairage de la tolérance et de la diversité des opinions." Il a poursuivi en déclarant que : "le binôme Laïcité de l'État/Consécration de la liberté religieuse est présent dans la mesure où le texte constitutionnel (i) garantit expressément l'inscription volontaire à l'enseignement religieux, consacrant même le devoir de respect absolu de l'État envers les agnostiques et les athées ; (ii) empêche implicitement le gouvernement de créer artificiellement son propre enseignement religieux avec un contenu étatique particulier pour la matière ; ainsi que l'interdiction de favoriser ou de hiérarchiser les interprétations bibliques et religieuses d'un ou de plusieurs groupes au détriment des autres"¹⁰¹². Enfin, il a également estimé que le contenu de la laïcité peut être divisé en trois parties, respectivement : la séparation formelle entre l'Église et l'État (ce qui signifie qu'un État laïc ne peut s'identifier

¹⁰¹¹ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, appel ordinaire en matière d'habeas corpus n° 126.884, Ministre Rapporteur Dias Toffoli, date de publication : 27 septembre 2016.

¹⁰¹² BRÉSIL. Cour suprême, Action Directe d'Inconstitutionnalité n° 4.439, Ministre Rapporteur Roberto Barroso, date de publication : 27 septembre 2017.

formellement à aucune religion ou doctrine religieuse), la neutralité de l'État en matière religieuse (ce qui signifie que l'État n'a pas le droit de favoriser, d'entraver ou de se subordonner à une quelconque croyance) et, enfin, le respect de la liberté religieuse (ce qui signifie que la laïcité doit garantir la pleine liberté de conscience et de croyance des individus, ainsi que la diffusion de toutes les religions et de tous les cultes).

Comme on peut le constater, l'une des caractéristiques historiques de la construction d'un régime de régulation de la religion au Brésil est l'absence d'explication des règles générales mises en œuvre, notamment l'absence de définition du concept de laïcité (comme c'est le cas en France), ce qui permet les interprétations les plus diverses. On entrevoit une présence ostensive et publique du champ religieux brésilien au sein de l'État, de la politique et des institutions (différente de ce qui se passe en France), ainsi que dans d'autres lieux, résultat d'une prééminence historique du catholicisme qui survit à ce jour, ajoutée à une montée des évangéliques et, en particulier, des pentecôtistes¹⁰¹³.

Actuellement, on assiste à une réinsertion de la religion dans l'espace public, principalement à l'initiative des segments évangéliques-pentecôtistes, comme la construction de monuments dédiés à certaines croyances, la présence de bibles dans les écoles publiques, les hôpitaux et les parlements. Le mouvement de réinsertion a commencé par un amendement proposé par le député évangélique Antônio de Jesus à la Constitution de 1988, qui a été approuvé, et qui concernait la possibilité d'afficher la Bible sur la table de l'Assemblée constituante, dont la pratique a été intégrée peu après dans le règlement intérieur de ladite Chambre. Depuis lors, cette pratique s'est répandue au sein d'innombrables assemblées législatives et chambres municipales du pays. La pratique a également fini par inclure, outre la présence de la Bible, la lecture de passages au début de chaque session parlementaire¹⁰¹⁴.

Une autre initiative du même député fédéral, Antônio de Jesus, a conduit le gouvernement de Brasilia à faire don d'un espace pour la construction d'un monument à la Bible. Cette construction a été suivie de plusieurs autres dans tout le pays, notamment dans les États de Bahia, Santa Catarina, Rio Grande do Norte et Mato Grosso do Sul. La justification invoquée pour légitimer l'appropriation de l'espace public est similaire à celle déjà utilisée par les catholiques à propos des crucifix : les crucifix, autrefois bibles, sont aujourd'hui considérés

¹⁰¹³ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 178.

¹⁰¹⁴ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 178.

comme un symbole universel représentant des valeurs profondes, sources d'inspiration pour l'humanité, indépendamment des croyances religieuses individuelles. Un argument en ce sens, selon ses défenseurs, ne vise pas à soumettre la laïcité à une dimension confessionnelle, mais à proposer une conciliation entre laïcité et religion¹⁰¹⁵.

La convergence entre catholiques et évangéliques en ce qui concerne la présentation des symboles religieux dans les espaces de la République se nourrit de l'idée que les valeurs spirituelles doivent constituer une réserve morale de la nation. Cet argument semble avoir un parti pris culturaliste, dans la mesure où il cherche à reconnecter la nation brésilienne au christianisme. Cette vision brésilienne de la laïcité suggère l'idée d'une religion civique ; c'est comme s'il y avait une méta-religion existant dans toutes les religions présentes au Brésil et qu'avec leur accord, les symboles chrétiens génériques représentent la nation entière. Cependant, lorsqu'on effectue une analyse dans ce sens, on se heurte à un problème théorique : ces symboles, malgré leur justification universelle et l'aspect représentatif du christianisme au Brésil, sont en fait utilisés dans un contexte de concurrence du marché religieux ; en d'autres termes, qui aura la priorité, les catholiques ou les évangéliques ? Cet aspect conflictuel suscite des inquiétudes quant à la représentation spirituelle effective de l'ensemble de la nation¹⁰¹⁶.

L'ensemble des actions entreprises par les évangéliques pour exposer la Bible dans les rues et les lieux publics révèle une stratégie de pénétration du territoire traditionnellement conquis par l'Église catholique dans l'appareil d'État brésilien. La compétition entre catholiques et protestants a fini par migrer du champ purement religieux vers les sphères politiques. À cela s'ajoute une comparaison intéressante entre les symboles religieux en question : la présence du crucifix – catholique – ne nécessite pas de réglementation administrative, et n'est plus considérée comme un objet de culte et de dévotion, ce qui dénote son "invisibilité" sociale caractéristique ; en revanche, l'inclusion de la Bible – évangélique – dans l'espace public et surtout dans les parlements a entraîné la nécessité d'une réglementation. S'il est revendiqué comme une source de valeurs morales plutôt qu'un instrument de prosélytisme religieux, il prend souvent des espaces pour les célébrations religieuses, comme les baptêmes et les fêtes

¹⁰¹⁵ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 179.

¹⁰¹⁶ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 180.

religieuses. Elle finit par devenir une démonstration publique de la puissance des évangéliques.¹⁰¹⁷

Le fait qu'un symbole serve d'objet de culte et d'invocation (la Bible) et que l'autre (le crucifix) reste pratiquement invisible prouve le rôle actif des évangéliques dans la sphère publique, ajouté à la chute de l'influence concrète du catholicisme. Le résultat est que l'on peut entrevoir une nouvelle stratégie de l'Église catholique pour renforcer son espace dans la sphère publique. On a assisté à la mise en œuvre de nouveaux symboles dans les espaces publics, notamment en ce qui concerne l'expansion des lieux de culte traditionnels qui étaient déjà consacrés par l'Église catholique. Dans le Nord-Est, par exemple, on a observé une réaction de la hiérarchie de l'Église catholique coordonnée par le Nouveau Christianisme, visant à contenir l'expansion évangélique.

D'autres exemples de placement de symboles religieux dans des lieux publics sont l'expansion des lieux de culte dans le nord-est du Brésil, bastion du catholicisme, dans le but de provoquer un renouveau de la religion par un mouvement de "désécularisation" des lieux publics. Dans d'autres endroits, comme l'État de Rio de Janeiro, on observe également une reprise notable de la présence religieuse dans la sphère publique, en particulier dans l'enseignement religieux, qui a adopté une forme confessionnelle, dans la continuité de la situation historique où l'enseignement religieux a toujours été influencé par l'Église catholique¹⁰¹⁸. En pratique, ce que l'on observe, c'est un mouvement de "désécularisation" des lieux publics. A cet égard, on peut citer la mise en place de 11 monuments religieux sur des places, dont cinq de la Vierge Marie. Une autre stratégie consiste à renforcer la dévotion à la figure papale.¹⁰¹⁹

La conquête progressive de l'espace public à des fins religieuses a soulevé des protestations de la part d'autres segments de la population, notamment de la presse brésilienne qui, en termes généraux, fait valoir qu'elle se sent lésée dans son droit à occuper l'espace public avec la même liberté de droits ; d'autres, que l'esthétique des monuments religieux est d'un goût douteux. Toutefois, cette dernière critique est récente. Historiquement, lorsque la statue du Christ Rédempteur à Rio de Janeiro a été inaugurée en 1930, elle témoignait des prétentions

¹⁰¹⁷ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 180.

¹⁰¹⁸ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 869.

¹⁰¹⁹ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 181.

claires de la religion catholique à l'hégémonie. Cependant, son caractère artistique et avant-gardiste a fait qu'il a été progressivement assimilé à un symbole de la ville. Comme stratégie pour retrouver son essence religieuse, l'Église catholique a renforcé le caractère religieux de l'image du Christ¹⁰²⁰.

Avec la presse, d'autres segments religieux et athées ont lancé de nombreux débats qui ont abouti à des assemblées législatives et des conseils municipaux invoquant la caractéristique laïque de l'État brésilien pour protester contre l'occupation abusive des lieux publics par les catholiques. Dans ces débats, il est possible d'observer que les évangéliques invoquent l'alliance avec les secteurs séculiers, ainsi que le principe de laïcité contre les "privilèges" accordés à l'Église catholique. Cependant, ils conçoivent la laïcité comme une expression pluraliste des religions dans un espace public¹⁰²¹. On entrevoit un concept de laïcité réduit à l'idée de pluralisme religieux. Un exemple en est l'initiative d'un député de Fortaleza, le catholique Walter Cavalcante, visant à inclure les célébrations religieuses dans la programmation de la station de radio et de télévision officielle de la Chambre des députés. Grâce à cette initiative, des messes ont commencé à être diffusées sur ces canaux de communication et, par la suite, des services d'autres religions ont été inclus, notamment des évangéliques. Un autre exemple de la présence de nouveaux symboles religieux dans l'espace public brésilien est observé dans la mise en place d'espaces interreligieux (également appelés œcuméniques) dans les hôpitaux, les aéroports et les centres commerciaux. Ce sont des espaces communs qui abritent des niches de différentes religions : catholiques, musulmans, juifs, protestants, luthériens, afro-brésiliens, anglicans, bouddhistes, etc. Ces espaces représentent une inclusion de la religion dans le domaine public, mais avec une "décatolisation", afin d'embrasser l'expression de plusieurs religions¹⁰²². Enfin, il convient de mentionner les manifestations publiques organisées dans tout le pays pour la défense des religions, par exemple : les marches pour la défense de la liberté religieuse, la marche contre la discrimination religieuse et le racisme, la marche des Terreiros de Pernambuco¹⁰²³, les marches pour Jésus, entre autres.

¹⁰²⁰ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : *La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales*. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 182.

¹⁰²¹ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : *La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales*. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 182.

¹⁰²² CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : *La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales*. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 183.

¹⁰²³ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: *Horizonte*, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 870.

Cette appropriation de l'espace public par l'élément religieux est justifiée par le banc religieux comme un "symbole de caractère universel, inspirant des valeurs profondes de l'humanité, indépendamment des croyances religieuses"¹⁰²⁴. La défense d'une image religieuse comme un argument de valeur qui va au-delà des religions semble être majoritaire dans le contexte brésilien, fruit d'une convergence catholique-évangélique. Cette convergence semble se nourrir "de l'idée que les valeurs spirituelles doivent constituer la réserve morale de la nation"¹⁰²⁵. C'est comme s'il existait une méta-religion qui serait au-dessus de toutes les autres, mais que tous s'accordent à reconnaître, et qui se représente à travers des symboles chrétiens qui, selon elle, seraient représentatifs de toute la nation brésilienne.

Actuellement, les termes "laïcité" et "laïcisme" sont explicitement utilisés dans les contextes politiques et sociaux du pays, mais leur concept est polysémique. La laïcité est invoquée par les agents publics, les organismes de défense des droits de l'homme, les chefs religieux, les représentants des religions intégrées à l'État ou liées à celui-ci. Personne ne s'approprie cette notion, ils produisent diverses conceptions – certaines plus strictes, d'autres plus larges – concernant le rôle de la religion dans l'espace public¹⁰²⁶. La notion de laïcité, en tant que distanciation complète de l'État par rapport à la religion, semble être incompatible avec les valeurs de l'État de droit démocratique.

En résumé, il existe actuellement au Brésil, à l'initiative des segments évangéliques et pentecôtistes, un mouvement visant à renforcer la présence d'éléments religieux dans les espaces publics (écoles, hôpitaux et parlements), qui a commencé par l'amendement d'un député évangélique visant à afficher la Bible sur le Bureau de l'Assemblée, incorporé ensuite au Règlement intérieur de la Chambre fédérale ; cette incorporation a été suivie de nombreuses autres dans les sphères municipales et régionales¹⁰²⁷.

L'État laïque, donc, "ne peut jamais être confondu avec celui dans lequel la personne qui a une religion ne peut pas se manifester. Ne peut pas avoir d'opinion. Ne peut souhaiter avoir des représentants qui font des lois selon les principes auxquels ils croient, agissant conformément à la volonté de la majorité, dans le respect des minorités. Et plus encore : un État laïc "n'est pas un État qui se contente de tolérer les opinions de ceux qui croient en Dieu, mais

¹⁰²⁴ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 866.

¹⁰²⁵ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 866

¹⁰²⁶ CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 178.

¹⁰²⁷ CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. In: Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017. p. 866.

ne leur accorde pas le droit de manifester leurs croyances et leurs principes en matière de politique ou d'influencer la gestion du pays". Enfin, "une telle restriction mentale sur ceux qui croient en Dieu représenterait – si les agnostiques et les athées étaient une minorité – une dictature sur la majorité d'un pays"¹⁰²⁸. En résumé, l'État laïc brésilien est la garantie du libre exercice des droits de l'homme, et la confusion entre État et religion rend invivable tout projet de société ouverte, plurielle et démocratique. Toutes les religions méritent un respect égal, ce qui impose à l'État le devoir de garantir l'égalité de traitement à cet égard.¹⁰²⁹

Si l'on compare les deux réalités, alors qu'en France, il existe des restrictions à certaines manifestations religieuses des citoyens dans les espaces publics, fondées sur la laïcité de l'État, au Brésil, ces interdictions ne sont pas soutenues par le système juridique, car la notion de laïcité présuppose l'acceptation des manifestations les plus diverses, tant dans les espaces privés que publics.

Chapitre II – La compréhension différente du droit à la liberté religieuse en France et au Brésil

Après avoir compris la manière dont la laïcité étatique en France et au Brésil a été conçue et comment elle est comprise actuellement, on passe à l'étude du droit à la liberté religieuse des citoyens dans les deux scénarios, de manière large, puisque spécifiquement dans les relations de travail cette étude a déjà été réalisée. Dans ce but, une analyse de la manière dont le droit à la liberté religieuse est réglementé, conceptualisé et comment il peut être limité est réalisée, d'abord par rapport à la réalité française (Section I) et, dans un deuxième temps, par rapport à la réalité brésilienne (Section II), afin d'identifier les similitudes et les différences dans les deux scénarios. Au final, il est possible de comparer les deux réalités afin d'en extraire les points de proximité et de distance.

¹⁰²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ensino religioso, previsto na Constituição Federal, frente ao Tratado Brasil – Santa-Sé e a lei de diretrizes de bases da educação nacional. In: Revista de Direito Educacional, vol. 3/2011, pp. 297-317, p. 299.

¹⁰²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da ordem Internacional Contemporânea in: Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007, vol. 1, p. 16.

Section I – Le droit à la liberté religieuse en France et la protection de l'ordre public

Le principe de laïcité impose à l'État français le devoir de garantir à ses citoyens la liberté d'expression de toutes les convictions religieuses, dont le droit peut être restreint pour la préservation de l'ordre public¹⁰³⁰. C'est pour cette raison qu'il devient important de comprendre, au-delà de la notion de laïcité française, l'étendue de la liberté d'expression des convictions religieuses des citoyens français, c'est-à-dire le droit à la liberté religieuse. En France, la liberté de religion s'articule communément par la présence d'une culture d'hostilité à l'égard de la religion, ce qui ne veut pas dire que la foi a disparu afin de dissiper la croyance d'alors selon laquelle la religion serait en déclin dans l'histoire de l'Occident¹⁰³¹.

La construction juridique des garanties inhérentes au droit à la liberté religieuse se produit avec l'affirmation des libertés et des droits fondamentaux qui commence à la Révolution française, à travers la consécration de la Déclaration des droits de l'homme le 26/10/1789, même si la proclamation de la liberté d'opinion et d'expression à cette époque était beaucoup plus une illustration de quelque chose de symbolique pour les citoyens qui vivaient le temps de la terreur¹⁰³². Ainsi, il est possible de dire que la première fois que le droit à la liberté religieuse a été prévu dans le système normatif français, c'est en 1789, avec la Déclaration des droits de l'homme, qui a reconnu ce droit comme découlant du droit à la liberté d'opinion (ou de conscience¹⁰³³), à condition qu'il ne trouble pas l'ordre public, selon l'article 10 : "*Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, y compris les opinions religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*". Elle est étroitement associée à d'autres libertés fondamentales telles que la liberté d'opinion et d'expression. On peut entrevoir une certaine prudence quant au traitement de la liberté religieuse à cette époque, reconnue comme un simple épanouissement de la liberté d'opinion ; on peut également observer qu'un tel droit n'était pas exercé de manière illimitée, et devait respecter les droits des autres et l'ordre public¹⁰³⁴. La reconnaissance explicite de la liberté de religion dans la Déclaration a été largement débattue, notamment parce que sa disposition semblait nécessaire en raison du

¹⁰³⁰ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 62.

¹⁰³¹ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris, 2014. p. 627.

¹⁰³² YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 119.

¹⁰³³ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 213.

¹⁰³⁴ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 267.

principe d'égalité. En principe, l'instauration d'un tel droit en France comme conséquence de la Déclaration n'a pas posé de grandes difficultés à la France, car comme il a été dit, il a été reconnu au nom de la liberté d'opinion et confirmé depuis par les grandes conventions internationales protectrices des droits et libertés¹⁰³⁵.

Contre toute attente, l'Église catholique l'a accueillie à bras ouverts car elle considérait qu'elle garantissait la liberté de conscience (et de religion) des catholiques comme des non-catholiques¹⁰³⁶. Plus tard, en 1905, on entrevoit une rupture complète entre la liberté religieuse et la Déclaration de 1789, puisque la nouvelle loi de 1905, mentionnée précédemment, consacre définitivement le droit à la liberté religieuse que l'on entrevoit aujourd'hui à la lecture de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰³⁷. Ainsi, avec la promulgation de la loi de 1905, qui interdit toute entrave à l'exercice d'un culte ou d'une pratique religieuse, il est définitivement acquis que les fidèles français ne peuvent être inquiétés dans leurs convictions personnelles.¹⁰³⁸

Par la suite, le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, dans son article 18, II, a établi que toute personne a le droit d'adopter la religion de son choix, bien que rien ne soit dit sur la possibilité d'un éventuel changement de croyance, ni sur la possibilité d'être athée ou agnostique. Ce silence pourrait conduire à une lecture biaisée avec une interprétation restrictive erronée du droit à la liberté religieuse qui permettrait, par exemple, aux États signataires d'interdire toutes les manifestations publiques athées. C'est pourquoi il a semblé nécessaire aux pays de mieux définir le concept de ce droit¹⁰³⁹.

Au fil du temps, le concept de liberté religieuse en France a commencé à se développer avec plus de force avec une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme en 1993 dans l'affaire *Kokkonakis c. Grèce*, qui a estimé que la liberté religieuse était un bien inhérent à une société démocratique et précieux pour tous, y compris les athées, les agnostiques, les sceptiques¹⁰⁴⁰. La Cour a estimé que la liberté de pensée, de croyance et de religion constitue

¹⁰³⁵ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : *État et religions*. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 60.

¹⁰³⁶ GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : *Liberté d'expression, liberté de religion*. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 348.

¹⁰³⁷ GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : *Liberté d'expression, liberté de religion*. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 348.

¹⁰³⁸ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 120.

¹⁰³⁹ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : *La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales*. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 262.

¹⁰⁴⁰ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 97.

le fondement d'une société démocratique et que la religion est un élément du pluralisme caractéristique de ce type de société.¹⁰⁴¹

Sur cette base, il a été possible de distinguer la liberté de religion comme étant composée de deux éléments : d'une part, la liberté de pensée, de conscience et de religion qui protège le for privé et qui n'est pas soumise à des limitations ; d'autre part, un droit spécifique de manifester sa religion par l'exercice du culte et des échanges qui ne peut faire l'objet de restrictions, sauf celles fondées sur l'ordre public¹⁰⁴². Cela signifie que la liberté religieuse est comprise comme la liberté de croyance et la liberté de manifester cette croyance, et c'est surtout par rapport à cette dernière que la question de la relation entre l'État et la religion, de la laïcité française, est centrée et, par conséquent, où se trouvent les principaux défis, comme la distinction importante entre ce qui se révèle être une atteinte à la liberté et ce qui se révèle être une atteinte à l'égalité¹⁰⁴³.

Il s'agit indéniablement de l'une des libertés les plus politiques qui soient et elle comporte, comme on l'a dit, un aspect négatif et un aspect positif¹⁰⁴⁴. La libre expression des convictions religieuses constitue, en soi, une obligation positive pour l'État qui doit veiller à assurer les conditions propices à la liberté d'expression religieuse, qui va bien au-delà du libre exercice du culte. C'est pourquoi l'État est tenu d'entretenir des lieux de culte dans les établissements publics pour permettre aux citoyens d'exprimer leur foi, de construire et d'entretenir des lieux de culte dans différents établissements (hôpitaux, prisons, etc.) pour répondre aux besoins spirituels de tous. Cette obligation positive fonde un régime plus favorable à l'application des règles concernant les autres formes de manifestation¹⁰⁴⁵. L'aspect négatif correspond au devoir de non-ingérence de l'État, absolu par rapport à la liberté de conscience religieuse.

Comme on peut le constater, la protection englobe différents types de liberté, à savoir la liberté de conscience, de croyance, de non-croyance, de changement de religion ; la liberté d'association religieuse ; la liberté d'exprimer publiquement ses convictions, d'accomplir des rites et de les diffuser oralement ou par écrit, en privé ou en public ; elle s'inscrit dans le cadre

¹⁰⁴¹ GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui Paris, 2012. p. 349.

¹⁰⁴² GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 349.

¹⁰⁴³ POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 216.

¹⁰⁴⁴ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris, 2014. p. 620.

¹⁰⁴⁵ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 63.

des garanties accordées à la liberté d'expression par l'appareil juridique des droits de l'homme¹⁰⁴⁶. L'objectif d'une telle définition est de garantir la coexistence de diverses religions au sein d'une même population.

S'agissant spécifiquement des agents du service public, cette liberté de conscience qui interdit toute discrimination pour des raisons de croyance doit également être protégée, mais elle ne s'exprime qu'en dehors du lieu de service, c'est-à-dire dans la vie privée, en raison du principe de laïcité de l'État. A cet égard, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé dans une décision rendue le 20/07/1976, en soulignant l'impératif d'égalité d'accès aux emplois publics, comprenant qu'il n'y avait aucun obstacle à ce qu'un jury consulte les dossiers des candidats dès lors que ces documents ne contenaient aucune mention d'opinion politique, philosophique ou religieuse. La France restreint la liberté d'expression des convictions religieuses des agents publics et des prestataires de services au nom du principe de laïcité.¹⁰⁴⁷

En résumé, il est possible de dire que la liberté religieuse implique, dès le départ, la liberté de croire et de ne pas croire, mais aussi la liberté d'exprimer librement ses croyances religieuses, ce qui s'est également développé avec l'arrêt de la Cour européenne précité qui a établi que la liberté religieuse ne s'exercerait pas seulement de manière collective, en public, là où la foi est partagée, mais aussi de manière individuelle et privée, de sorte que la prérogative de tenter de convaincre, par l'enseignement, qu'une religion donnée serait la meilleure, serait couverte par ce droit. Le culte et les pratiques religieuses sont également protégés, comme c'est le cas pour le port du voile islamique, de sorte que l'interdiction de son utilisation peut être considérée, selon la situation, comme un acte d'ingérence dans la liberté religieuse et donc illégitime¹⁰⁴⁸. En d'autres termes, la liberté d'exercer le droit à la religion ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui ont été préalablement établies par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publiques, ou à la protection des droits et des libertés ; malgré cela, la question de la libre expression des convictions religieuses dans l'État laïque français suscite encore des doutes.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁶ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 260.

¹⁰⁴⁷ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 61.

¹⁰⁴⁸ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 98.

¹⁰⁴⁹ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 60.

D'autres décisions¹⁰⁵⁰ ont réaffirmé le caractère fondamental de la liberté de religion comme étant un élément essentiel qui contribue à l'identité des croyances et de leurs conceptions respectueuses de la vie et qui profite à tous, y compris aux athées, agnostiques, sceptiques ou indifférents. À cette fin, il faut veiller à ce que l'État abandonne sa posture de simple abstention, au profit d'une posture de neutralité qui exclut toute autorité publique lorsqu'il s'agit de la légitimité des croyances religieuses. Cela signifie que l'État a, à cet égard, une fonction d'organisation neutre et impartiale de l'exercice des diverses religions, cultes ou croyances, qui se situent en dehors du champ de l'ingérence légitime¹⁰⁵¹. C'est dans ce scénario, sans restrictions, que chaque individu dispose d'une triple liberté : avoir une religion, ne pas avoir de religion et changer de religion.¹⁰⁵²

L'expression des convictions religieuses reste classiquement encadrée dans les limites de l'ordre public tant par les textes garantissant la liberté religieuse que par les dispositions contenues dans la loi de 1905, ce qui peut conduire à des conflits d'interprétation quant à leur sens, comme cela s'est produit récemment avec la discussion concernant le port d'un costume de plage appelé *Burkini*. Sur ce point, le Conseil d'État a été amené à se pencher sur une question de controverse nationale qui concernait la possibilité de suspendre des arrêtés municipaux interdisant le port de costumes considérés comme une manifestation d'une appartenance religieuse particulière sur les plages et dans les clubs de natation. À cette occasion, les juges ont considéré que les maires des communes où les arrêtés avaient été promulgués ne pouvaient, sans excéder leurs pouvoirs de police, prendre des dispositions interdisant l'accès à la plage, sauf en cas de risque pour l'ordre public ou pour des raisons d'hygiène ou de décence. En l'absence de circonstances locales particulières, l'accès à la plage par une personne portant un *Burkini*, *par exemple*, ne pourrait être interdit, sous peine d'être considéré comme une infraction grave et une manifestation illégitime contre les libertés fondamentales, plus précisément la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle.¹⁰⁵³

Les restrictions concernant la liberté d'expression religieuse ne peuvent avoir lieu qu'en raison d'une atteinte à l'ordre public. À cet égard, l'emblématique jurisprudence Kherouaa du Conseil d'État a annulé la décision qui avait exclu une jeune fille de son école parce qu'elle n'avait pas respecté le règlement intérieur interdisant le port de tout accessoire sur la tête (une

¹⁰⁵⁰ référence - affaire CEDH 20 septembre 1994 - Otto-Preminger Institut c/ Autriche.

¹⁰⁵¹ référence - affaire CEDH 26 septembre 1996 0 Manoussazkis.

¹⁰⁵² GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 350.

¹⁰⁵³ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 64.

mesure destinée à empêcher le port du voile islamique à connotation religieuse), cette règle ayant été comprise par la Cour comme étant trop générique et trop absolue. Par cette décision, le Conseil d'État a requalifié les règlements intérieurs des établissements scolaires qui ne sont pas considérés comme des mesures d'ordre intérieur pouvant faire l'objet d'un contrôle de légalité¹⁰⁵⁴. C'est pourquoi il n'est pas exagéré de dire que la conciliation de la liberté d'expression des convictions religieuses avec les impératifs de la laïcité est une chose qui a évolué en raison des interprétations successives du principe de laïcité en France.

C'est pour cette raison que l'on dit que la neutralité de l'État français lui impose de respecter l'expression des convictions religieuses, qui ne peut être restreinte que pour des raisons d'ordre public. Le juge – notamment le juge administratif – reste le garant de la conciliation des libertés avec l'intérêt général de la préservation de l'ordre public. Cette conciliation entre libertés et ordre public, les premières étant la règle et le second l'exception, constitue le fondement du régime libéral établi par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette confrontation entre liberté et ordre public a longtemps été caractérisée par le port de signes extérieurs et les pratiques religieuses ostentatoires¹⁰⁵⁵. Plus généralement, la conciliation entre libertés et ordre public fonde le régime général applicable à la police administrative en France et a conduit le juge administratif à développer une jurisprudence prohibant les interdictions très générales, qui a débuté dans l'affaire Benjamin du 19 mai 1933.

Cependant, le 4 octobre 1940, une loi discriminatoire à l'égard des personnes de confession juive est votée, leur interdisant d'occuper tout poste public ou d'enseignement, ce qui entraîne la démission massive de nombreux titulaires de ces postes jusqu'alors. Durant cette période, le Conseil d'État s'est opposé aux pratiques discriminatoires des autorités gouvernementales, censurant et/ou annulant des décisions (comme l'obligation pour les hôtels de préciser l'apparence religieuse des clients sur les formulaires d'inscription). À la fin de la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement a ratifié les décisions prises par le Conseil d'État, période au cours de laquelle ont été consacrées différentes lois exprimant le principe d'égalité et, à travers elles, la théorie générale du devoir de loyauté ; cette théorie se fonde également sur le principe de non-discrimination afin de garantir le plein exercice des droits par les fidèles. Le

¹⁰⁵⁴ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 62.

¹⁰⁵⁵ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 63.

principe de non-discrimination a également une signification particulière car, d'une part, il s'agit d'un devoir qui s'impose à tous (*erga omnes*), qu'il s'agisse de sujets publics ou privés ; d'autre part, le domaine du principe de non-discrimination semble s'étendre de plus en plus, étant présent dans tous les domaines du droit, et sa protection juridique se réalise à travers un double degré : les fidèles se voient reconnaître le droit de ne pas révéler leurs convictions, de les garder secrètes ; lorsqu'elles sont révélées, il incombe à l'État d'adopter des mesures efficaces pour que ces convictions ne fassent pas l'objet de mesures discriminatoires¹⁰⁵⁶.

En analysant l'histoire, il est possible d'affirmer que la liberté de religion a subi un changement radical depuis son avènement avec la Déclaration des droits de l'homme en 1789 jusqu'à aujourd'hui, car si auparavant elle était considérée comme une forme de tolérance, en raison du principe de légalité, elle est devenue avec le temps une liberté qui ne peut être limitée, au moins en ce qui concerne le domaine intime (choisir une religion, ne pas en avoir et en changer), exigeant de l'État une position de neutralité absolue. Après plus d'un siècle depuis la loi de 1905, il est possible de dire que le droit français a considéré la liberté de religion sous deux aspects : la liberté de conscience (inconditionnée et non soumise à des limites) et la liberté de culte et de pratique religieuse (qui peut être limitée face à un intérêt d'ordre public)¹⁰⁵⁷.

Des cas récents illustrent que le cadre du droit à l'expression des convictions religieuses dépasse la simple laïcité et l'ordre public, ses frontières traditionnelles, pour se confronter à d'autres principes tels que l'égalité entre hommes et femmes ou la dignité de la personne humaine. La laïcité de l'État impose de garantir la liberté d'expression de toutes les convictions religieuses en relation avec l'ordre public.¹⁰⁵⁸

Dans un monde de plus en plus polarisé et globalisé, il est possible de s'interroger sur la relation qui existe aujourd'hui entre la défense de la liberté d'expression et la lutte contre la diffamation des religions. Alors que l'appartenance à une religion semble être un facteur central d'identité pour les individus et les groupes, les protestations de certains groupes ou de l'État lui-même contre l'altérité religieuse ou culturelle ont conduit au développement d'une pluralisation religieuse et culturelle dans les sociétés. La question est de savoir si les revendications actuelles au nom de la liberté religieuse et/ou de la protection des religions peuvent être comparées aux

¹⁰⁵⁶ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 121.

¹⁰⁵⁷ GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. Dans : Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui : Paris, 2012. p. 352.

¹⁰⁵⁸ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 61.

luttons historiques pour les droits de l'homme ou, au contraire, si elles constituent un dépassement de cette lutte¹⁰⁵⁹.

Les violations de la liberté de religion sont nombreuses et diverses dans le monde. Elles ne se produisent pas seulement dans les pays communistes à majorité musulmane, mais dans le monde entier, y compris en Europe. Elles font donc l'objet d'une préoccupation croissante tant dans la sphère des organisations multilatérales que dans celle des Etats et des ONG, qu'elles soient confessionnelles ou non. On peut observer que, ces dernières années, la multiplication des observatoires et autres instituts créés dans le but de défendre la liberté religieuse, est comprise comme une catégorie cruciale de la défense des droits de l'homme. Les associations de défense de la liberté religieuse sont nombreuses et se sont développées rapidement dans le monde. En outre, des structures politiques étatiques ou multiétatiques ont constitué des organisations spécifiquement spécialisées dans la défense de la liberté de religion dans le monde, par exemple l'IFRA (International Religious Freedom Act) en 1998 ; l'Union européenne qui a inclus dans son projet diplomatique la liberté de religion et de conviction le 24 juin 2013, lorsque les premières directives du bloc sur la promotion et la protection de la liberté de religion et de conviction ont été adoptées¹⁰⁶⁰.

Actuellement, plusieurs auteurs soutiennent qu'il y a eu l'instauration d'une nouvelle laïcité et, par conséquent, d'une nouvelle interprétation sur l'étendue du droit à la liberté religieuse, qui s'est produite avec l'interdiction du port du voile intégral résultant d'un vaste effort de redéfinition des principes fondamentaux de la république, visant un sens éminemment restrictif du point de vue de la liberté individuelle¹⁰⁶¹. On peut citer l'affaire *Baby Loup*, qui illustre un double mouvement : tout en augmentant le champ d'exigence de la neutralité, elle neutralise l'exercice des droits individuels, notamment le droit à la liberté religieuse.¹⁰⁶²

L'affaire *Baby Loup* est l'un des cas les plus célèbres et les plus récents en la matière, qui mettait en cause un établissement scolaire (crèche) et une enseignante (Mme Afif). L'affaire portait sur les questions du port du voile islamique, de la laïcité, de la protection des mineurs et des libertés individuelles, en particulier la liberté de religion. Il n'est pas exagéré de dire que

¹⁰⁵⁹ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 259.

¹⁰⁶⁰ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 263.

¹⁰⁶¹ KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 198.

¹⁰⁶² KOUSSENS, David. L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015. p. 199.

l'affaire a réuni différents "ingrédients" qui, mélangés, ont généré un résultat sinon explosif, du moins volatile¹⁰⁶³. La crèche, appelée *Baby Loup*, située en banlieue parisienne dans une zone considérée comme socialement défavorisée et à la culture très diversifiée, accueille des enfants issus de familles en situation de vulnérabilité, principalement celles dirigées uniquement par des mères. Afin de faciliter l'accueil de ces enfants, la crèche les reçoit à toute heure du jour et de la nuit, dans le but d'une réinsertion professionnelle rapide et efficace des mères sur le marché du travail, ainsi qu'en proposant divers cours pour les aider, comme des cours de français et d'alphabétisation¹⁰⁶⁴. La crèche se dit non confessionnelle et neutre, ce qui découle de son statut juridique adopté en 1989.¹⁰⁶⁵

Mme Afif, en plus d'être enseignante à la garderie, a bénéficié de divers cours offerts par l'institution tout au long du lien, obtenant une meilleure qualification professionnelle et même un diplôme de pédagogue pour enfants, ce qui lui a permis d'être promue directrice adjointe de la garderie, renforçant ainsi son insertion complète dans le projet et son accord avec la structure de l'organisation. Pendant toute la durée du cautionnement, Mme Afif est restée éloignée de l'institution en raison d'un congé de maternité de 2003 à 2008, résultant de cinq grossesses, période pendant laquelle elle s'est convertie à la religion islamique. Lorsqu'elle a repris son travail, elle a commencé à porter un voile islamique en raison de sa nouvelle croyance religieuse.

Le directeur de l'établissement (son supérieur hiérarchique) a demandé à plusieurs reprises à Mme Afif de ne pas porter le voile à l'intérieur de l'établissement car l'utilisation de symboles religieux était interdite à l'intérieur de l'institution, conformément au règlement intérieur et également selon les avis affichés dans les locaux. En raison de ses manquements répétés, Mme Afif a été licenciée pour faute grave, plus précisément pour refus de se conformer au règlement intérieur et insubordination¹⁰⁶⁶.

L'employée a intenté une action en justice, affirmant que son licenciement avait été discriminatoire, fondé sur des motifs religieux. En première instance, le 14/12/2010, il a été entendu que les exigences formulées par le directeur étaient conformes à la législation du

¹⁰⁶³ GOMES, Barbara ; ORGERIT, Xavier ; UFARTE, Thomas. Liberté de religion (Code du travail, Constitution et CEDH) : La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité. In : La revue des Droits de l'Homme : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 1er mai 2013.

¹⁰⁶⁴ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 9.

¹⁰⁶⁵ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 177.

¹⁰⁶⁶ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 9.

travail¹⁰⁶⁷, faisant prévaloir le principe de laïcité et de neutralité, au détriment du droit à la liberté religieuse de l'enseignante de porter le voile islamique¹⁰⁶⁸. La décision indique : " les principes de liberté de conscience et de religion ne sauraient faire obstacle aux principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent aux activités exercées par la crèche *Baby Loup*, tant sur le lieu de travail, dans ses annexes que lors de l'accompagnement des enfants vers des activités extérieures "¹⁰⁶⁹. Il a également été considéré que " *l'association Baby Loup est un établissement privé, mais exerce une activité de service public, celle d'une crèche, et est financée à plus de 80 % par des ressources publiques* "¹⁰⁷⁰. En d'autres termes, le premier niveau a rejeté l'application du principe de laïcité aux agents des entreprises privées qui exercent des activités de service public en raison de l'insuffisance du règlement intérieur qui prévoyait l'interdiction de l'utilisation de symboles religieux.¹⁰⁷¹

En seconde instance, le 27 octobre 2011, la Cour d'appel de Versailles a confirmé la décision, mais pour des motifs différents, en considérant qu'il était possible et légitime de prévoir dans le règlement intérieur de la crèche la nécessité de respecter les principes de laïcité et de neutralité, considérant que le licenciement de Mme Afif était valide. La décision indique également qu'il est important de prendre en considération l'objectif principal de la crèche *Baby Loup*, qui est de développer des activités pour les enfants en situation de vulnérabilité et d'aider les mères dans leur réinsertion sociale et professionnelle. Enfin, il a été jugé que les restrictions du droit à la liberté de religion de l'employée étaient justifiées par la nature de la tâche qu'elle accomplissait au sein de cette organisation et étaient proportionnées aux objectifs poursuivis par *Baby Loup*.¹⁰⁷²

Cependant, le 19/03/2013, la Cour de cassation a accueilli le pourvoi de Mme Afif, en cassant la décision de la Cour d'appel au motif que le principe de laïcité prévu par la

¹⁰⁶⁷ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 10.

¹⁰⁶⁸ FRANCE. Cour de Cassation. Pourvoir n. E13-28.369, assemblée plénière 16 juin 2014. Madame Fatima x Association Baby-Loup. p. 23.

¹⁰⁶⁹ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 10. "le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle aux principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup tant dans les locaux de la crèche, ses annexes ou en accompagnement des enfants confiés à l'extérieur de la crèche".

¹⁰⁷⁰ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Lextenso Edition : Paris, 2014. p. 10. " l'association Baby Loup était un établissement privé mais avait une activité de service public par l'activité d'une crèche et était financée à plus de 80% par des fonds publics ".

¹⁰⁷¹ GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. Dans : État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, p. 59-74. p. 71.

¹⁰⁷² FRANCE. Cour de Cassation. Pourvoir n. E13-28.369, assemblée plénière 16 juin 2014. Madame Fatima x Association Baby-Loup. p. 24.

Constitution, en son article 1er, n'était pas applicable aux salariés liés à des sujets de droit privé, mais seulement au service public, et que, par conséquent, il ne pouvait être invoqué pour restreindre les droits du salarié. La Cour a déclaré que la restriction était générique et imprécise, ce qui n'autorisait pas le licenciement de l'employé sur cette base. Ainsi, la Cour a refusé l'application du principe de laïcité dans le contrat de travail de l'enseignant, comprenant que le licenciement était fondé sur une restriction des droits de l'employé qui était en dissonance avec le Code du travail et que, par conséquent, le licenciement était discriminatoire.

De l'analyse de la décision rendue par la Cour de cassation le 19/03/2013 dans l'affaire Baby Loup, il est possible de tirer au moins trois enseignements sur des sujets différents, respectivement : (i) un de droit constitutionnel ; (ii) un de service public ; (iii) et un de droit du travail. La première – de droit constitutionnel – consiste dans le fait que lorsque la Constitution affirme que la France est une République laïque, il faut comprendre que la laïcité, au sens constitutionnel du terme, est un principe d'organisation de l'État et une philosophie de l'action publique. Ce principe lie les lois de la République, ses agents, les services publics et les lieux où il se matérialise, rien de plus. Par conséquent, le refus d'un hôtelier de recevoir des clients qui portent un voile sous prétexte qu'il s'agit d'un établissement laïc est quelque peu compliqué. Dans le cas mentionné, à titre d'exemple, l'acte du propriétaire a été considéré comme discriminatoire, car la laïcité qu'il revendique ne s'applique pas à un hôtel. Cette position de la Cour a été vue d'un bon œil par les juristes, car elle a mis en évidence que le principe de laïcité ne peut être utilisé pour des pratiques d'exclusion, de sorte qu'un gérant de supérette doit savoir qu'il n'a pas le droit de prétendre que son magasin est laïc et que, par conséquent, les employés sont soumis à l'obligation de neutralité religieuse¹⁰⁷³.

Le deuxième enseignement (ii), celui du service public, est davantage lié à son concept ou à sa définition. Tout le monde peut détecter la différence entre l'école publique locale et le supermarché local, mais il existe une zone grise entre les deux, de sorte que certains espaces peuvent susciter des doutes quant à leur caractère de service public ou non. Il s'agit par exemple de centres d'accueil pour jeunes, d'une association qui accueille des enfants à la demande de la municipalité, d'un centre social, entre autres. Ainsi, le doute réside dans l'identification de la portée du service public. Dans l'affaire Baby Loup, la Cour a décidé, de manière concise, que l'activité d'accueil d'enfants exercée par un employeur privé n'est pas une activité de service public, sans toutefois motiver sa décision. De manière contradictoire, dans un autre arrêt rendu

¹⁰⁷³ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

le même jour que l'affaire Baby Loup, la Cour a pris soin de justifier sa décision selon laquelle un employé d'une caisse de base d'assurance maladie, régie par le droit privé, participe à une mission de service public en raison de la nature de l'activité exercée par l'employeur (fourniture de prestations aux assurés sociaux). Comment, dès lors, le service fourni par une crèche pourrait-il être d'une autre nature que celle d'un service public ? Cela reste toutefois un mystère.¹⁰⁷⁴

Le 1er mars 2010, la HALDE a rendu une délibération sur la légalité du règlement intérieur de la crèche. Selon elle, lorsqu'une association n'a pas pour mission d'assurer un service public, l'activité ne peut être que de nature privée et les règles régissant les services publics (neutralité, continuité, etc.) ne lui sont donc pas applicables. La HALDE a considéré que dans le cas précis de la crèche, l'association n'avait pas démontré qu'elle assurait un service public, la nature de l'activité qu'elle assurait étant strictement privée. Elle ne peut donc pas établir d'interdictions générales et absolues de la liberté de religion et de conscience et, pour cette raison, la HALDE a considéré que le règlement intérieur de la crèche était illégal, de même que le licenciement de l'enseignant¹⁰⁷⁵.

Le troisième enseignement (iii), relatif au droit du travail, concerne l'étendue des prérogatives des employeurs. On sait que, dans la limite du pouvoir de la direction, celle-ci ne peut limiter arbitrairement les droits et libertés de ses travailleurs, de sorte que toute restriction doit être justifiée par la nature de l'activité exercée et ne peut être excessive par rapport à l'objectif final. C'est l'exigence posée par le droit commun des travailleurs, plus précisément par les articles L 1121-1 et L 1321-3, tous deux du Code du travail. Toutefois, dans l'affaire Baby Loup, la Cour a fait une application plus restrictive de cette disposition, car elle a également exigé que, lorsqu'il s'agit de restreindre la liberté de religion, l'employeur doit également satisfaire à l'exigence d'être essentiel et déterminant, en empruntant la formule prévue dans la directive de l'Union européenne de non-discrimination et également les dispositions de l'article L 1133-1, du Code du travail¹⁰⁷⁶. Dans cette affaire, la Cour a adopté une position dans le sens où elle a loué l'importance de la protection des droits du travailleur, adhérant au domaine de la lutte contre la discrimination, se montrant consciente de l'ampleur

¹⁰⁷⁴ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

¹⁰⁷⁵ KOUSSENS, David. *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*. Bruylant : Paris, 2015. p. 199.

¹⁰⁷⁶ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

de la discrimination fondée sur la religion et affirmant clairement le caractère illicite de ces pratiques.

Les hypothèses dans lesquelles l'employeur peut exiger de ses employés qu'ils cessent de porter un voile islamique, par exemple, étaient déjà peu nombreuses ; aujourd'hui, elles sont encore plus réduites et placées sous une surveillance extrême, ce qui est vu par des juristes aux yeux bienveillants pour inhiber ces employeurs qui se disent laïques et qui obligent leurs employés à cesser de porter un signe extérieur qui exprime leurs convictions religieuses, comme le voile islamique¹⁰⁷⁷.

Enfin, il semble qu'une question reste en suspens, celle de la possibilité pour une association militante d'invoquer sa laïcité face à des situations de cette nature. La Constitution lie les autorités publiques au *sens large* et le Code du travail s'applique aux entreprises privées en général. Or, dans l'affaire Baby Loup, l'employeur est une association qui entendait invoquer une exception à la règle générale prévue par le droit commun, plus particulièrement celles prévues pour les entreprises de tendance. Ces organisations, qui peuvent être des syndicats, des partis politiques, des associations, la presse, ou des sociétés commerciales dans de plus rares cas, ont une organisation différente. En réalité, l'employeur d'une entreprise de tendance est différent d'un employeur confessionnel, car il a un objectif spirituel ou idéologique spécifique. Ces employeurs, qui constituent une exception à la règle ordinaire sous réserve de certaines conditions, peuvent embaucher, licencier et établir des règles de fonctionnement qui seraient considérées comme discriminatoires ou préjudiciables à la liberté des travailleurs s'il s'agissait d'une entreprise classique¹⁰⁷⁸. Au sein des entreprises de tendance, cela est admis.

Pour Gwénaele Calvès, une école maternelle confessionnelle est sans aucun doute une entreprise de pointe. Si Baby Loup était une crèche subventionnée par la Mairie de Paris, une disposition de son règlement imposant le respect de la loi juive ne poserait aucune difficulté, pas plus qu'un licenciement pour faute grave ne serait empêché si un employé mangeait un sandwich au jambon dans l'exercice de ses fonctions. Pourquoi alors une crèche gérée par une association qui avait dans son règlement intérieur pour but, notamment, de défendre et de faire respecter la laïcité n'a-t-elle pas été considérée comme une organisation partielle ? Cette laïcité n'est pas comprise comme un principe juridique, mais la laïcité comme une philosophie du

¹⁰⁷⁷ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

¹⁰⁷⁸ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

silence d'une religion ou le maintien de la religion hors de la sphère de la vie commune¹⁰⁷⁹. Qu'est-ce qui empêche une association de se constituer autour d'un idéal laïc, de militer pour la promotion de cet idéal et d'adopter, en conséquence, des règles de fonctionnement qui empêchent l'expression de convictions religieuses ? Les statuts de Baby Loup peuvent même avoir été mal rédigés, mais l'idée d'une association avec une tendance laïque n'a rien de choquant, sauf à réduire la laïcité à sa dimension politico-juridique. Cependant, la laïcité (libérale, ouverte, stricte, plurielle, de reconnaissance, etc.) peut aussi être comprise comme un projet de société, digne de se constituer en objet propre, d'une entreprise de tendance.¹⁰⁸⁰

L'hypothèse que Baby Loup soit considéré comme une organisation à tendance laïque n'a pas été examinée par la Cour de cassation, ce qui reflète peut-être la crainte de l'instance de jugement d'ouvrir la boîte de pandore ou de subir une sorte de rétorsion de la part de la Cour de Strasbourg. Quelles que soient les raisons qui ont conduit au silence de la Cour sur cette question, pour Gwénaele Calvès, cette inertie est regrettable car, selon elle, les militants laïques – dans toute leur diversité – sont aujourd'hui moins protégés par la loi, et donc moins libres, que les militants de la cause de Dieu.¹⁰⁸¹

Cependant, le 27/11/2013, la Cour d'appel, appelée à réexaminer la décision précédemment rendue, a cessé de suivre l'entendement de la Cour de cassation, en concluant que le règlement de l'école maternelle était suffisamment clair et précis, et que l'institution avait pour mission l'exercice d'une activité d'intérêt général, puisqu'il s'agissait d'une "*Entreprise de conviction*", ayant pour conviction la neutralité en matière religieuse, ce qui permet de transcender le multiculturalisme et que, par conséquent, elle pouvait imposer aux personnes insérées dans cet environnement un respect du principe de laïcité. Elle a estimé que la mission de l'association était d'intérêt général, au point d'être assimilée à un service public, à tel point qu'elle bénéficiait de contributions publiques de l'ordre de 80 % de l'ensemble des recettes perçues. Enfin, elle a compris que la restriction de la liberté religieuse de l'enseignant était une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour respecter et protéger l'éveil de la conscience des enfants¹⁰⁸². Ainsi, elle a considéré, une fois de plus, que le licenciement de Mme

¹⁰⁷⁹ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

¹⁰⁸⁰ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

¹⁰⁸¹ CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : *Respublica*, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

¹⁰⁸² FRANCE. Cour de Cassation. Pourvoir n. E13-28.369, assemblée plénière 16 juin 2014. Madame Fatima x Association Baby-Loup. p. 24.

Afif était valable, allant à l'encontre de la position de la Cour de cassation qui avait estimé que le licenciement était fondé sur des motifs discriminatoires.

Le 25/06/2014, l'affaire a été renvoyée pour un nouvel examen devant la Cour de cassation, qui a compris qu'effectivement, le licenciement avait été licite, mais pour un motif différent de celui retenu par la Cour d'appel. Selon la Cour de cassation, *Baby Loup* n'était pas une "*Entreprise de Conviction*" car elle n'avait pas pour objet de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais de développer une activité sociale et, par conséquent, la disposition contenue dans son règlement intérieur concernant la nécessité de respecter les principes de laïcité et de neutralité était valable. Il a donc été décidé que le licenciement de Mme Afif était légal, sur le fondement des articles 1121-1 et 1321-3 du Code du travail, qui autorisent la restriction de la liberté des salariés de manifester leurs convictions religieuses lorsque cela est justifié, en raison de la nature de l'activité exercée par l'enseignant, et proportionnée. Avec cette décision, la Cour a établi la thèse selon laquelle un établissement privé peut limiter ou restreindre la liberté de religion de ses employés dans les cas où la tâche qu'ils accomplissent justifie une telle restriction, même s'ils ne sont pas des entreprises de tendance¹⁰⁸³.

En résumé, la notion française lie la défense de la liberté de religion et de conviction aux limites juridiques définies par l'interdiction de l'incitation à la haine et le respect de l'ordre public¹⁰⁸⁴.

Section II – Le droit à la liberté de religion au Brésil et l'effort de prise en compte des différentes croyances

Le droit à la liberté religieuse présuppose une obligation de tolérance et un devoir de respect de la dignité, de la personnalité et du choix de la croyance¹⁰⁸⁵, inhérents à une société pluraliste, égalitaire et réciproque. L'idée de tolérance reconnaît que "le droit de tout homme de croire selon sa conscience est strictement lié à l'affirmation des droits de la liberté, d'abord du

¹⁰⁸³ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité. Lextenso Édition : Paris, 2014. p. 43.

¹⁰⁸⁴ ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019. p. 261

¹⁰⁸⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 255.

droit à la liberté religieuse et ensuite de la liberté d'opinion, droits dits naturels ou inviolables"¹⁰⁸⁶. Ce droit englobe la protection de trois perspectives distinctes : (i) la liberté de croyance, (ii) la liberté de culte et (iii) la liberté d'organisation religieuse, toutes prévues par la Constitution de 1988¹⁰⁸⁷, ainsi que par la Convention américaine relative aux droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, tous deux ratifiés par le Brésil.

En bref, la Constitution de 1988 étend la protection de la liberté religieuse en établissant le droit à l'assistance religieuse dans les entités civiles et militaires (article 5, VII) ; que personne ne sera privé de ses droits pour des raisons de croyance (article 5, VIII) ; l'interdiction aux autorités publiques d'établir des cultes, sauf en cas de collaboration avec l'intérêt public (article 19, I) ; l'interdiction d'impôts sur la propriété, le revenu, les services et autres (article 150, VI, a) ; l'enseignement religieux comme matière des écoles primaires publiques (article 210) et la possibilité d'affecter des ressources publiques aux écoles (article 213) ; enfin, la garantie de l'effet civil du mariage religieux (article 226).

Sur le plan doctrinal, (i) la liberté de croyance présuppose le droit des individus de choisir la religion qui leur convient le mieux, de changer de religion ou de choisir de ne partager aucune croyance religieuse¹⁰⁸⁸. Elle comprend la "liberté de croire et la liberté de ne pas croire"¹⁰⁸⁹. Elle vise à protéger le for privé des individus, en créant une sphère de protection chez l'individu afin qu'il soit à l'abri de toute pression directe ou indirecte, implicite ou explicite, tant des autorités publiques que des entités privées.¹⁰⁹⁰

Elle est chargée d'assurer aux individus la liberté de choisir une religion, de changer de religion, d'adhérer à une secte, ainsi que le droit de ne pas choisir de religion, de ne pas croire, bref, de ne communier avec aucune religion¹⁰⁹¹. Elle reconnaît que la foi est d'abord un choix et que cela n'est jamais imposé à l'individu¹⁰⁹² et que les désaccords sur la religion offrent nécessairement la liberté de choix, "de sorte qu'il reste loisible à chaque homme d'adhérer à l'église de son choix"¹⁰⁹³. En bref, elle permet "de considérer que l'individu peut croire en tout

¹⁰⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004. p. 191.

¹⁰⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011. p. 248.

¹⁰⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011. p. 249.

¹⁰⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 199.

¹⁰⁹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 220.

¹⁰⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011. p. 249.

¹⁰⁹² VOLTAIRE. *Traité sur la tolérance*. São Paulo : Escala Publishers, p. 101.

¹⁰⁹³ LOCKE, John. *Carta acerca da Tolerância*. São Paulo: Victor Civita, 1983. p. 7.

ce qu'il veut et exprimer publiquement sa croyance ; mais il ne lui est pas interdit, pour autant, la liberté de ne croire en rien du tout, ainsi que d'utiliser des moyens de diffusion de son agnosticisme"¹⁰⁹⁴. Du point de vue normatif, il convient de mentionner que la Constitution de 1988, dans son article 5, VI, stipule que la liberté de croyance est inviolable et, au point VIII, détermine que personne ne sera privé de ses droits en raison de sa croyance religieuse¹⁰⁹⁵.

(ii) La deuxième partie du droit à la liberté religieuse se réfère à la liberté de culte, qui se caractérise par l'extériorisation de "l'exercice des rites, dans le culte, avec ses manifestations cérémonielles, ses réunions, la fidélité aux habitudes, aux traditions, sous la forme indiquée par la religion choisie"¹⁰⁹⁶. Elle est définie comme la "liberté de pratiquer les cérémonies et les rites de la religion, tant en public qu'en privé, liberté qui est incluse dans le contenu de la liberté de religion"¹⁰⁹⁷. En d'autres termes, c'est la liberté "de prier et de pratiquer les actes propres aux manifestations extérieures à domicile ou en public, ainsi que la liberté de recevoir des contributions à cet effet"¹⁰⁹⁸. Elle est prévue par la Constitution de 1988, avec l'article 5, VI, qui établit le libre exercice des cultes et assure la protection des lieux de culte et de leurs liturgies¹⁰⁹⁹. Il s'agit donc d'un droit fondamental et, par conséquent, il possède son propre régime juridique, avec une applicabilité immédiate et une protection contre les amendements constitutionnels abolitifs¹¹⁰⁰. L'exercice des cultes étant l'un des éléments fondamentaux de la pratique religieuse, son interdiction ou son empêchement par tout individu est prohibé, et un devoir de protection de l'État découle de cette interdiction.¹¹⁰¹

(iii) Enfin, la troisième facette du droit à la liberté de religion est la liberté d'organisation religieuse qui "concerne la possibilité de créer et d'organiser des églises et leurs relations avec l'État"¹¹⁰². On sait que les organisations jouissent d'une personnalité juridique propre en droit privé dès lors qu'elles ont un but religieux, qu'elles organisent le culte, qu'elles

¹⁰⁹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126.

¹⁰⁹⁵ BRÉSIL. Constitution de 1988.

¹⁰⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011. p. 249.

¹⁰⁹⁷ REIS, Raquel Tavares dos. *Direitos, Liberdades e Garantias da Pessoa do Trabalhador Despedido em Razão de sua Conduta Extra-Laboral*. In: *Gestão e Desenvolvimento*, 10 (2001), 95-127. p. 89.

¹⁰⁹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 102.

¹⁰⁹⁹ BRÉSIL. Constitution de 1988.

¹¹⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 66.

¹¹⁰¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 229.

¹¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011. p. 250.

propagent les croyances et qu'elles enseignent les préceptes d'une religion¹¹⁰³, dont la disposition est extraite du décret 119-A/1890, reconnu ultérieurement par la Constitution de 1934, en son article 113, et par la Constitution de 1988¹¹⁰⁴, ainsi que de l'article 44, §1°, du code civil, qui dispose que : "la création, l'organisation, la structuration interne et le fonctionnement des organisations religieuses sont libres, étant interdit au pouvoir public de leur refuser la reconnaissance ou l'enregistrement des actes constitutifs et nécessaires à leur fonctionnement".¹¹⁰⁵

Il s'agit donc de la liberté de constituer une entité juridique, qui s'incarne à partir de l'expression d'une volonté, et qui doit respecter des exigences légales pour acquérir la personnalité juridique. Cette organisation dépend de l'approbation de l'État, qui encourage l'activité religieuse avec, entre autres pratiques, la concession d'immunités fiscales. Cette liberté est bien entendu placée sous l'égide du droit pénal, de sorte que les activités illégales ne seront pas admises, même lorsqu'elles sont pratiquées sous des prétextes religieux. Cela signifie qu'aucune activité illégale ne sera autorisée au nom de la religion, puisqu'un comportement éthique et constructif est attendu, de sorte que les cultes qui portent atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne bénéficieront pas de la protection de l'État.¹¹⁰⁶

Le droit à la liberté d'organisation religieuse est bien plus un droit des groupes religieux qu'un droit des individus. Néanmoins, sa violation constitue une atteinte à la fois à la liberté du groupe et à celle de chacun de ses membres. Ceci est expliqué : lorsque, par exemple, une décision judiciaire interfère indûment dans une organisation religieuse pour supprimer une sanction appliquée par celle-ci, conformément à son règlement, afin de privilégier l'intérêt d'un seul membre qui s'écarte de la norme comportementale vénérée par cette communauté, tant le droit à la liberté d'organisation religieuse que le droit de chacun des membres à disposer des règles particulières de l'organisation, auxquelles ils ont tous volontairement adhéré, sont offensés¹¹⁰⁷.

La liberté religieuse a une double dimension, subjective et objective, comme pour les autres droits fondamentaux. Subjectif, car elle assure à la fois la liberté de confesser (ou non)

¹¹⁰³ TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, 2010. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 170.

¹¹⁰⁴ BRÉSIL. Constitution de 1988.

¹¹⁰⁵ BRÉSIL. Code civil. Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002.

¹¹⁰⁶ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 15.

¹¹⁰⁷ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa como expressão de cidadania numa ordem constitucional inclusiva*. Dissertação para obtenção do título de Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2006, p. 150.

une croyance ou une idéologie et génère le droit à la protection contre les troubles ou toute forme de coercition de la part de l'État ou des particuliers. Objective, d'autre part, parce qu'elle assure un comportement neutre de l'État, fruit de la notion de laïcité¹¹⁰⁸. Elle ajoute également une dimension positive, dans le sens où elle oblige l'État à réaliser et à fournir toutes les conditions nécessaires au plein exercice du droit, ainsi qu'une dimension négative, dans le sens de l'abstention, c'est-à-dire de la non-intervention. En d'autres termes, "l'État démocratique ne limite pas son action à la garantie et à la réglementation de la liberté religieuse, mais doit également créer les conditions permettant aux citoyens de pratiquer leur foi."¹¹⁰⁹

La position de l'État brésilien est guidée par deux principes fondamentaux, celui de la liberté religieuse qui reconnaît le droit et la faculté du citoyen d'exercer ce droit sans subir aucune sorte de coercition ou d'interférence de la part de l'État et de tout groupe social, ainsi que le principe d'égalité, qui signifie que le comportement religieux ne peut justifier une différence de traitement juridique¹¹¹⁰.

Elle englobe également les droits individuels et collectifs. Les premiers, incarnés par les droits individuels d'avoir, de ne pas avoir, de cesser d'avoir, de choisir une religion, etc. Les droits collectifs, détenus par les organisations religieuses, concernent l'auto-organisation, l'autodétermination, le droit de dispenser une éducation et une assistance religieuses, entre autres¹¹¹¹. Cette dimension collective signifie¹¹¹² que la manière dont les organisations religieuses s'organisent, les règles de la foi qu'elles établissent, les normes et la forme de traitement des fidèles sont à l'abri du pouvoir de l'État ; dans le cas contraire, l'État ne peut intervenir dans la manière dont elles s'organisent, se structurent et fonctionnent. Les temples religieux et ce qui est considéré comme sacré pour chacune des confessions sont inviolables. Cette dimension collective permet de conclure que les églises, les mosquées, les centres spirites, bref, toutes les organisations religieuses sont des détenteurs actifs du droit à la liberté religieuse.¹¹¹²

La protection de cette sphère collective est également prévue par le Code civil, notamment l'article 44, §1 (mentionné ci-dessus) qui prévoit que la création, l'organisation, la structuration interne et le fonctionnement des organisations religieuses sont libres, et qu'il est

¹¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, pp. 829–845, p. 831.

¹¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. In: Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol. 1/2014, pp. 31 - 107, p. 35.

¹¹¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. In: Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol. 1/2014, pp. 31 - 107, p. 8.

¹¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, pp. 829–845, p. 831.

¹¹¹² SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 177.

interdit aux autorités publiques de leur refuser la reconnaissance ou l'enregistrement des actes de constitution et nécessaires à leur fonctionnement. Cela signifie que les règles de la foi créées par les organisations religieuses sont à l'abri du pouvoir de l'État. En ce sens, l'imposition par l'Église catholique, par exemple, du baptême et de la confirmation pour le mariage, l'interdiction par l'Église mormone de l'ingestion de café, l'accomplissement de la bar-mitzvah par les juifs, entre autres, sont autant de situations qui échappent au pouvoir public, fruit du droit à la liberté religieuse dans sa sphère collective et du respect nécessaire du principe de laïcité de l'État.

Comme tout droit fondamental, le droit à la liberté religieuse est soumis aux limites des autres droits fondamentaux, et peut également être restreint, à condition de respecter les critères déjà analysés dans les lignes précédentes, avec une attention particulière à la protection du noyau essentiel de ce droit. Une situation qui a déjà retenu l'attention du pouvoir judiciaire brésilien concerne les "Témoins de Jéhovah", dont le credo interdit les transfusions sanguines et qui corrobore une collision de biens juridiques (vie *contre* liberté religieuse). À ce sujet, il a été décidé que, dans le cas des mineurs, il est légitime que l'État intervienne pour déterminer la réalisation d'actes médicaux considérés comme indispensables, même s'il existe une indication contraire des parents ou des tuteurs, dont la compréhension est consolidée. En revanche, il y a divergence lorsqu'on analyse une situation similaire impliquant des adultes et des personnes capables ; ici, l'imposition par l'État de quelque chose qui est profondément contraire à leurs convictions, même si c'est le résultat d'un processus de formation qui commence dès le plus jeune âge, est discutable¹¹¹³.

Le raisonnement qui semble prévaloir lors de l'analyse de telles situations impliquant des adultes capables est que, dans de tels cas, il n'y a pas effectivement de collision de biens juridiques (vie *contre* liberté religieuse), car la collision des droits fondamentaux ne se produit que lorsque la réalisation d'un droit, qui dans ce cas est la liberté religieuse, cause un dommage ou une répercussion négative sur le droit fondamental d'autrui. Dans le cas du témoin de Jéhovah pratiquant, en refusant de se soumettre à des traitements sanguins impliquant une transfusion sanguine, il exerce le droit public subjectif de la liberté religieuse, puisqu'il refuse une pratique qui viole ses idéaux de foi. Ce comportement ne porte pas atteinte au droit fondamental d'autrui, ni ne met en danger le droit fondamental de tiers, de sorte qu'une ingérence de l'État est indue, car il y a même une collision des droits, et la volonté du praticien doit prévaloir. De même, le ministère de la santé a publié l'ordonnance n° 1820/2009 qui établit

¹¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, pp. 829–845, p. 835.

que le refus d'un traitement médical pour guérir une maladie sera toujours justifié, à condition qu'il ne mette pas en danger la santé publique (dans le cas d'une pandémie, par exemple)¹¹¹⁴.

La Cour a également eu à se prononcer sur la reconnaissance des unions homosexuelles en tant qu'institution légale et sur la possibilité de célébrer la cérémonie du mariage dans des organisations religieuses. À cette occasion, elle a considéré que, s'agissant spécifiquement de la religion, la foi et les orientations morales qui en découlent ne peuvent être imposées, car les garanties de la liberté religieuse et de la laïcité de l'État empêchent les conceptions morales religieuses de guider le traitement par l'État des droits fondamentaux, tels que le droit à la dignité humaine, à l'autodétermination, à la vie privée et à la liberté d'orientation sexuelle¹¹¹⁵. Par conséquent, bien qu'elle ait reconnu juridiquement l'existence de ces relations, elle a compris qu'elles ne pouvaient être célébrées dans les organisations religieuses où les dogmes de la foi sont fondés sur le principe que la famille est composée d'un homme et d'une femme. Il en découle la protection de la liberté religieuse dans sa sphère collective, la laïcité de l'État et le droit à l'autodétermination.

Une autre situation déjà examinée par la Cour suprême fédérale concernait la protection des animaux et le droit à la liberté religieuse ; plus précisément, la légalité des rituels afro-brésiliens de candomblé et d'Umbanda dans lesquels des animaux sont sacrifiés¹¹¹⁶, ce qui a obligé l'instance à mettre en balance la liberté religieuse avec le devoir constitutionnel de protéger la faune et l'interdiction de la cruauté envers les animaux. Il a été décidé que la pratique et les rituels liés aux sacrifices d'animaux constituent un patrimoine culturel immatériel ainsi que les manières de créer, de faire et de vivre de différentes communautés religieuses, en particulier celles qui font l'expérience de la liberté religieuse par des pratiques non institutionnelles. La décision indique également que la dimension collective, ou communautaire, du droit à la liberté de religion est digne de protection et ne viole pas le principe de laïcité, qui vise à empêcher l'invocation de motifs religieux dans l'espace public pour justifier l'imposition d'obligations.

On a considéré que le sacrifice rituel n'admet aucune sorte de cruauté envers l'animal ; au contraire, puisque des procédures et des techniques sont adoptées pour que la mort soit rapide et sans douleur, car ce n'est que lorsque la vie animale s'éteint sans souffrance que la

¹¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. In: Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior, vol. 1/2014, pp. 31 - 107, p. 9.

¹¹¹⁵ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, appel extraordinaire n.º 494.601, Relator Ministro Marco Aurélio, data da publicação: 28 de março de 2019.

¹¹¹⁶ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, Action Directe d'Inconstitutionnalité n.º 4.277, juge rapporteur Ayres Britto, date de publication : 5 mai 2011.

communication s'établit entre le monde sacré et le monde temporel, conformément aux dogmes des croyances susmentionnées. Par conséquent, étant donné que la cruauté est interdite et qu'il n'existe aucun obstacle constitutionnel à l'autorisation de sacrifier des animaux, les rituels religieux d'origine africaine méritent une protection égale, et une décision différente violerait, entre autres, le principe d'égalité prévu par la Constitution.

Pour défendre cette conception, Jayme Weingartner Neto estime que "interdire le sacrifice rituel, *tout court*, signifie éroder le contenu essentiel de la religion professée par une partie importante des Brésiliens, ce qui semble, à l'œil nu, inconstitutionnel"¹¹¹⁷. En effet, "l'utilisation d'animaux étant une partie intrinsèque de l'essence même des cultes religieux de la matrice africaine, à travers le processus de sacralisation, son interdiction impliquerait la dénaturation et la déqualification de la religion elle-même"¹¹¹⁸. On constate, en tenant compte de ces arguments, que l'interdiction du sacrifice animal dans les rituels religieux consistera en l'interdiction de l'exercice du droit de culte et de croyance, avec pour conséquence de vider le noyau essentiel de ce droit, en plus de la violation du principe d'égalité par la non-protection des pratiques religieuses des croyances d'origine africaine. La volonté de la Cour semble aller dans le sens de l'adoption de pratiques de plus en plus inclusives, permettant une coexistence de plus en plus harmonieuse dans le scénario brésilien, puisque "savoir quelles sont ces pratiques et si elles peuvent résister à la tradition catholique, peser les saints, les caboclos et les orixás, permettant une coexistence basée sur le respect et l'égalité de tous dans une réalité multiculturelle est une réponse qui est laissée à l'apprentissage social"¹¹¹⁹.

En 2020, la Cour a été appelée à se prononcer sur la légalité de l'offre d'une obligation alternative pour l'accomplissement de fonctions, dont le refus était fondé sur la liberté religieuse et l'objection de conscience. La Cour s'est prononcée pour la légalité de l'imposition d'une obligation alternative car, même en l'absence de législation à cet égard, elle imposait à l'administrateur de l'offrir lorsque cela était nécessaire à l'exercice de la liberté religieuse, sous peine de constituer une restriction d'un droit fondamental. Il a été estimé que la restriction d'un tel droit ne serait autorisée que s'il y avait un refus de se conformer à l'obligation alternative, ce qui, en l'espèce, n'était pas prouvé. Enfin, la décision précise que "le principe de laïcité de l'État

¹¹¹⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, p. 576.

¹¹¹⁸ VIEIRA, Isabelle Almeida. Recurso Extraordinário 494.601/RS: a constitucionalidade do sacrifício ritual de animais em cultos religiosos de matriz africana. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 131/2022, pp. 269-295, p. 276.

¹¹¹⁹ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Direito, Estado e Religião: a constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, 2008, p. 122.

doit être interprété de manière à être en harmonie avec la disposition constitutionnelle qui garantit la liberté de religion, contenue dans l'article 5, VI de la Constitution fédérale"¹¹²⁰.

La même année, une décision a été rendue concernant le droit d'un citoyen de passer l'examen physique d'un examen public à une autre date, en alléguant qu'il est membre de l'Église adventiste, dont l'un des principes est l'observation du sabbat pour le repos, le culte et le ministère. Dans ce cas, il a proposé la thèse de répercussion générale selon laquelle il n'existe pas de droit subjectif à la reprogrammation de la date et de l'heure différentes de celles préalablement déterminées par la commission organisatrice de l'examen public ou vestibulaire en raison de la croyance religieuse, sans préjudice pour l'administration publique d'évaluer la possibilité d'accomplir en jour et heure qui concilient la liberté de croyance avec l'intérêt public. En outre, la validité des tests effectués a été maintenue, conformément aux décisions des tribunaux, même si c'est à titre provisoire, dans un souci de sécurité juridique.

La décision indique que "les autorités publiques ne peuvent pas, a priori, anéantir la liberté de religion en empêchant tous les adeptes d'une religion donnée d'avoir accès aux concours parce que l'épreuve a lieu le jour où ils ne peuvent et ne veulent pas exercer de fonctions publiques". Il poursuit en disant que si cela était accepté, "nous empêcherions 1 561 71 adventistes de pouvoir passer les concours prévus ou même d'occuper des postes publics comme celui d'enseignant"¹¹²¹.

En 2022, le Tribunal fédéral a étendu le bénéfice de l'immunité fiscale aux organisations religieuses d'assistance sociale, c'est-à-dire qu'en plus de l'immunité dont elles bénéficiaient déjà sur leurs biens, leurs revenus et leurs services, il a également décidé qu'elles pouvaient bénéficier de l'immunité fiscale accordée aux institutions d'assistance sociale, de sorte que les taxes sur l'importation de biens destinés à être utilisés dans la réalisation de leurs objectifs statutaires ne seraient pas exécutoires. Dans cette affaire, la Cour a estimé que la philanthropie exercée sur la base de préceptes religieux ne dénature pas le caractère d'assistance des entités aux fins d'obtenir l'application de l'immunité prévue par la Constitution¹¹²².

Une question pertinente en attente d'une décision de la Cour suprême fédérale concerne l'interdiction de l'utilisation d'un habit religieux qui couvre la tête ou une partie du visage sur la photographie d'un permis de conduire et d'un document d'identification civile¹¹²³. Dans ce

¹¹²⁰ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, appel extraordinaire n.º 1.099.099, data da publicação: 26 de novembro de 2020.

¹¹²¹ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, appel extraordinaire n.º 611/874, date de publication : 26 novembre 2020.

¹¹²² BRÉSIL. Cour suprême fédérale, appel extraordinaire n.º 630.790, juge Roberto Barroso, date de publication : 21 mars 2022.

¹¹²³ BRÉSIL. Cour suprême, appel extraordinaire n.º 859376, ministre Roberto Barroso, date à laquelle la répercussion générale a été reconnue : 1er août 2017.

contexte, une congrégation de religieuses a intenté une action civile publique parce qu'elle a été empêchée d'utiliser l'habit religieux (voile) sur une photographie requise pour le renouvellement du permis de conduire national (CNH). Les juridictions inférieures ont reconnu le droit d'utiliser un habit religieux sur la photographie du permis de conduire, en restreignant la portée de la règle administrative qui interdit l'utilisation d'un vêtement/accessoire qui couvre une partie du visage ou de la tête sur la photo. L'affaire n'a pas encore été tranchée par la Cour, mais le juge rapporteur Luís Roberto Barroso s'est déjà manifesté en reconnaissant la présence d'une répercussion générale sur l'affaire.

Dans sa déclaration, il a estimé que la normalisation des procédures de délivrance des documents d'identité minimise les possibilités de fraude et constitue un mécanisme indispensable pour promouvoir la sécurité publique. Cependant, l'identification civile (comme tout acte étatique) trouve ses limites dans les droits et libertés individuels, de sorte que la protection de ces prérogatives exige qu'elle soit harmonisée avec la promotion des valeurs collectives, afin de rendre compatible l'autonomie de la volonté et la valeur communautaire. Il mentionne que l'imposition coercitive de valeurs sociales requiert une base rationnelle cohérente qui doit prendre en considération l'existence ou non d'un droit fondamental en question, l'existence d'un fort consensus social sur le sujet et l'existence d'un risque effectif pour les droits d'autrui.

Dans le cas d'espèce, il estime qu'il est nécessaire d'évaluer s'il existe un intérêt communautaire à ce que les religions respectent les restrictions concernant la photo sur le permis de conduire national et si le non-respect respectif de ces restrictions implique un risque pour les droits des tiers. Il mentionne à ce propos la décision rendue par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *S.A.S. v. France*, dans laquelle elle s'est prononcée sur la légalité de la loi française de 2010 interdisant l'utilisation dans les lieux publics de vêtements dissimulant le visage ; toutefois, elle ne le fait pas pour justifier sa position, mais pour rappeler que l'examen de la légitimité et de la proportionnalité de la construction extérieure à la liberté religieuse était fondé sur la réalité culturelle de la société française, et que les limites raisonnablement imposées aux libertés individuelles au nom de la préservation de l'intérêt/valeur de la collectivité dépendent du contexte de chaque collectivité et de l'examen des répercussions sociales, juridiques, économiques et politiques de cette collectivité. Compte tenu de tous ces éléments, le juge rapporteur a reconnu, en 2017, l'existence d'une répercussion générale sur la question constitutionnelle, pour répondre à la question de savoir s'il est possible, au nom de la liberté religieuse, de déroger à l'obligation imposée à tous en matière

d'identification civile. L'affaire est toujours en attente de décision, sans date estimée pour le procès.

En résumé, le pluralisme de la société démocratique brésilienne exige que les citoyens et les pouvoirs législatif et judiciaire (en particulier la Cour suprême) apprennent et tirent des conclusions des différences, ce qui implique de reconnaître que la notion de laïcité de l'État, et le droit à la liberté religieuse qui en découle, font l'objet d'un dialogue constant pour tenter d'accommoder les différences afin de vivre en harmonie, dans un environnement où chacun peut, en privé et en public, exprimer sa foi.

*

* *

Comme on le verra, la notion de laïcité est le fruit d'une histoire particulière et découle d'une interprétation régionale que font les citoyens et les gouvernants, même si différents courants de pensée politique influencent la mise en œuvre de modèles de développement de la diversité religieuse dans le monde. Les différents travaux théoriques qui permettent de distinguer les principes fondamentaux de la laïcité permettent également de mieux comprendre et d'analyser la polysémie qui entoure le terme de laïcité, et qui prennent également en compte le contexte historique et naturel du fait social que le gouvernement politique doit aborder lors de l'analyse de la laïcité.

La France est considérée comme l'un des pays les plus laïcs d'Europe, car elle fait face à l'élément religieux dans la perspective de sa disparition ou du moins de sa rétraction. La définition de la laïcité française a connu de profonds changements et remaniements à la fin du 20e siècle et au début du 21e siècle. Au Brésil, on peut entrevoir une laïcité diamétralement opposée à la laïcité française, avec des racines historiques et culturelles diverses et une compréhension actuelle tout aussi distincte. Comparativement, alors que la laïcité française présuppose une distanciation de l'élément religieux de la sphère publique, la laïcité brésilienne présuppose l'accueil ou l'accommodation de différents groupes religieux dans l'espace commun.

Dans les deux pays, il n'y a pas de consensus sur la signification du terme "laïcité" ; il existe cependant plusieurs courants doctrinaux (exposés tout au long de ce titre) qui tentent d'apporter une définition concernant la laïcité brésilienne et française. Malgré ces divergences conceptuelles, il n'est pas difficile de constater la différence de traitement dans les deux pays,

qui peut être résumée comme suit : alors qu'en France, l'État laïc est fondé sur la suppression de l'élément religieux de tout espace public, au Brésil, la séparation entre l'État et l'Église n'a jamais entraîné la suppression définitive de la religion de la vie publique, dont le terme est presque toujours adapté aux intérêts de chacun des segments sociaux, qu'ils soient civils ou religieux.

Il a été constaté que la laïcité a également un effet sur la manière dont le droit à la liberté de religion est compris, appliqué et éventuellement assoupli et/ou restreint. En France, il peut être compris, en termes généraux, comme le droit à la liberté de conscience et d'expression religieuse, cette dernière pouvant être restreinte notamment pour la protection de l'ordre public. C'est pour cette raison que les manifestations religieuses dans les lieux publics, comme le port du voile islamique par exemple, sont interdites dans ce pays. Au Brésil, le droit à la liberté de religion repose, en termes généraux, sur trois piliers : la liberté de croyance, la liberté de culte et la liberté d'organisation religieuse. Contrairement à ce qui se passe dans le contexte dans lequel la comparaison est faite, ici l'ordre public n'est pas invoqué comme un motif légitime pour justifier une quelconque restriction de ce droit. En réalité, l'extériorisation de la religion dans les environnements publics est encouragée et fortement acceptée par la société et la culture juridique, et c'est peut-être la principale différence entre les deux pays en ce qui concerne la question qui nous occupe.

TITRE II – LES RESTRICTIONS DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DES TRAVAILLEURS DANS LES ENTREPRISES DE TENDANCE

Dans la recherche d'une réponse au problème de la thèse sur la possible applicabilité du concept juridique étranger français ("Entreprises de tendance") dans le système juridique brésilien, spécifiquement dans les organisations religieuses, il est important d'analyser comment le pouvoir d'emploi est reconnu, exercé et finalement limité dans les deux scénarios, ce qui est fait à la lumière de l'étude des doctrines et des jugements (Chapitre I). Dans un deuxième temps, une fois identifiées les limites exprimées au pouvoir d'emploi, il s'agit d'analyser le concept et le traitement des entreprises de tendance confessionnelle en France et dans l'Union européenne pour vérifier finalement s'il serait applicable à la réalité brésilienne, en proposant les éventuelles adaptations nécessaires afin de s'ajuster au contexte local (Chapitre II).

Chapitre I – L'imposition de restrictions des libertés fondamentales des travailleurs par l'employeur et ses limites

Afin de comprendre comment et dans quelles circonstances les libertés fondamentales des travailleurs peuvent être limitées par l'employeur, il convient d'analyser le concept de pouvoir de l'emploi en France et au Brésil afin de comprendre son concept, son champ d'incidence et ses répercussions dans les deux cas de figure, ce qui est fait à travers l'étude des juristes, de la loi et des jugements (Section I). Dans un deuxième temps, les limites imposées au pouvoir d'emploi sont analysées afin d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux des travailleurs, ce qui se fait principalement par l'analyse de cas pratiques (Section II).

Section I – Le pouvoir de l'employeur dans le contrat de travail et ses caractéristiques en France et au Brésil

En France, pendant longtemps, le pouvoir directif de l'employeur n'a pas fait l'objet d'études approfondies, car les droits des travailleurs étaient si rares qu'il était insensé de le réglementer et l'employeur était considéré comme le seul juge des choix effectués dans

l'environnement de travail. Cette situation a toutefois évolué avec le développement de la démocratie, avec la reconnaissance du droit de se syndiquer, avec l'apparition de la négociation collective, entre autres, de sorte que l'employeur a commencé à devoir respecter les droits qui étaient progressivement reconnus aux travailleurs¹¹²⁴. Ainsi, même si au fil des ans, les employeurs ont gardé le pouvoir entre leurs mains, celui-ci a été largement limité par les progrès de la société.

Le pouvoir du chef d'entreprise s'exprime par la possibilité qui lui est reconnue de dicter les règles, d'appliquer des sanctions et de diriger et organiser l'entreprise¹¹²⁵. C'est pourquoi il est dit que, traditionnellement, ce pouvoir de l'employeur peut être compris dans trois sphères : (i) pouvoir de direction ; (ii) pouvoir de régulation ou normatif ; (iii) pouvoir de discipline¹¹²⁶. Ces dimensions semblent s'inspirer de la trilogie des fonctions de Montesquieu (exécutif, législatif et judiciaire), à la différence qu'en droit du travail les trois modalités de commandement sont réunies dans une même main, celle de l'employeur, sans séparation des pouvoirs¹¹²⁷. La source de cette relation de pouvoir a fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales et deux théories se sont d'abord opposées : selon la théorie institutionnelle, l'appartenance à l'entreprise suffirait à créer une relation juridique, une relation de travail. Cette théorie institutionnelle accompagne une tentative de justifier le pouvoir du chef d'entreprise par la nécessité d'assurer les biens communs d'un groupe. Pour la théorie institutionnelle, le contrat et le pouvoir reposent sur deux types de justification opposés car, alors que le pouvoir se caractérise par le pouvoir d'imposer sa volonté à autrui, le contrat est inscrit dans le bien commun et doit être exercé pour l'intérêt général. Ainsi, la théorie institutionnelle lie l'exercice du pouvoir à la mission et aux responsabilités assumées par le chef d'une communauté¹¹²⁸. La théorie contractuelle voit, différemment, le contrat comme l'unique source de la relation de travail et, par conséquent, du pouvoir. Elle permet donc de préserver la liberté du salarié¹¹²⁹. Pour cette théorie, c'est le contrat qui autorise l'employeur à prendre des décisions affectant la vie des employés¹¹³⁰. Cependant, si les deux points de vue fournissent des concepts importants, aucun d'entre eux ne semble apte à comprendre pleinement le pouvoir de l'employeur et ses fondements.

¹¹²⁴ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 27.

¹¹²⁵ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 287.

¹¹²⁶ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 28.

¹¹²⁷ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 173.

¹¹²⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 285.

¹¹²⁹ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 173.

¹¹³⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 285.

Il existe aujourd'hui un consensus sur le fait que les relations de travail – et le pouvoir de l'employeur – ne découlent pas seulement de l'appartenance à l'entreprise, ni du contrat. C'est le droit du travail qui reconnaît, généralement de manière implicite, l'existence d'un pouvoir légal de l'employeur sur le salarié. Le pouvoir consacré par la loi n'empêche pas que la relation de travail soit, pour l'essentiel, provoquée par la conclusion d'un contrat de travail. De ce point de vue, le contrat de travail est également un élément qui configure la relation de travail. Cela explique, par exemple, que le contrat puisse constituer une limite à l'exercice du pouvoir de l'employeur. À cette première limite s'en ajoutent d'autres, augmentées dans le cas des droits fondamentaux¹¹³¹.

(i) Le pouvoir de direction concerne la gestion de l'entreprise¹¹³², entendue comme le choix d'une activité économique, le choix d'un site pour en faire le siège social, la décision de procéder à des changements internes, la gestion des personnes, la cessation d'activités, etc. C'est le pouvoir de commander reconnu à l'employeur, ou, la qualification pour créer des actes unilatéraux, prendre des décisions, imposer des ordres¹¹³³. Il s'agit de la manière dont l'employeur conduit l'entreprise, dont le pouvoir a été renforcé par la jurisprudence au fil des ans, notamment dans l'affaire *Brinon*¹¹³⁴, où il a été décidé que seul l'employeur détient la responsabilité de l'entreprise (c'est le principe de l'employeur comme étant le seul juge, car la forme de gestion est un fait qui ne concerne que le chef d'entreprise, qui a été réaffirmé par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel au fil des ans).¹¹³⁵

Le pouvoir de direction repose sur deux principes : la liberté d'entreprendre et la liberté de l'employeur de choisir ses employés¹¹³⁶. La liberté d'entreprendre ne peut être limitée ou excessivement restreinte par le législateur. Cette prérogative accorde aux chefs d'entreprise une grande marge d'autonomie pour assurer la rentabilité de leur activité industrielle ou commerciale, mais impose, en même temps, un nécessaire respect des préceptes légaux.¹¹³⁷

Le Conseil constitutionnel a analysé la liberté d'entreprendre dans le cadre de la réforme du droit de licenciement pour motif économique. Le projet de loi de modernisation sociale a adopté une définition du permis de conduire pour motif économique limitée à trois cas

¹¹³¹ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 174.

¹¹³² FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2014, 4. éd. p. 253.

¹¹³³ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 173.

¹¹³⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Section Sociale, du 31 mai 1956, 56-04.323.

¹¹³⁵ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 298.

¹¹³⁶ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2014, 4. éd. p. 253.

¹¹³⁷ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 33.

possibles, excluant les autres hypothèses. Ladite Cour a considéré que la loi conduit le juge non seulement à contrôler, mais aussi à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles. Même si les juges ne peuvent pas substituer leur propre jugement au détriment de l'employeur en ce qui concerne la conduite de l'entreprise, l'exercice du pouvoir de direction est néanmoins soumis à une série de limites, comme indiqué ci-dessous¹¹³⁸.

Le pouvoir de direction a également une deuxième identité (en plus de la liberté d'entreprendre) qui concerne les travailleurs ; cela signifie que l'employeur a la prérogative d'établir des ordres à ses employés, de définir quelles tâches doivent être exécutées, de coordonner la façon dont la main-d'œuvre doit être distribuée, de surveiller l'exécution du travail et, enfin, d'organiser le travail au sein de l'entreprise¹¹³⁹. C'est pourquoi on dit que le salarié se trouve dans un état de subordination par rapport à son employeur en concluant un contrat de travail. En parallèle, c'est comme si l'employeur était le chef d'orchestre : il donne le signal de départ, marque le moment de l'exécution, coordonne les différents instruments, introduit les nuances nécessaires, le moment où il faut fournir un plus grand effort, etc. Le chef d'entreprise, comme le chef d'orchestre, dirige un groupe de personnes pour produire un bien ou fournir un service. La qualité du résultat dépend indéniablement de la qualité de la direction exercée par le patron. En conséquence, les travailleurs sont les premiers à se plaindre lorsque l'objectif final n'est pas atteint en raison d'une défaillance de la direction. C'est pourquoi on dit que le pouvoir de direction est ambigu : en même temps qu'il confère une autorité à l'employeur, il lui confère aussi une responsabilité découlant de cette autorité, de sorte qu'un mauvais choix peut entraîner des conséquences contre l'employeur lui-même, et peut conduire – dans les cas extrêmes – à une situation catastrophique au sein de l'entreprise. Il en va de même en ce qui concerne la responsabilité du maintien de la sécurité de ses employés : si, pour une raison quelconque, l'employeur manque à ses obligations envers son employé, il peut être tenu responsable au niveau pénal.¹¹⁴⁰

L'exercice du pouvoir de direction se manifeste par la légitimité reconnue à l'employeur de donner des ordres et de stipuler des directives au salarié, de vérifier son travail, d'évaluer ses capacités, de promouvoir tel ou tel salarié, de prendre en compte l'exécution du travail et de le considérer comme bon ou mauvais. Le contrat de travail, faut-il le rappeler, se

¹¹³⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 300.

¹¹³⁹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 33.

¹¹⁴⁰ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 34.

caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres, de contrôler le travail et de sanctionner les fautes de ses subordonnés. À la relation purement contractuelle basée sur l'exécution des clauses d'un contrat de travail, s'ajoute une relation de pouvoir qui permet à l'une des parties, l'employeur, de donner des ordres au travailleur, de contrôler l'exécution de son travail et de fixer des objectifs.¹¹⁴¹

En résumé, ce pouvoir de direction comprend : la prérogative de choisir les candidats dans le processus d'embauche (qui ne peut être basé sur aucun comportement discriminatoire), l'organisation des activités et du travail des employés (en respectant les règles de sécurité et de santé dans le milieu de travail), le devoir de surveillance (vérifier si les employés respectent les règles et les normes de sécurité, ainsi que la qualité du travail)¹¹⁴². C'est pourquoi il est dit que le pouvoir de direction est à la fois une prérogative et une obligation de l'employeur¹¹⁴³. Lorsque le pouvoir de diriger est exercé pour se renforcer, généralement pour sanctionner quelqu'un qui lui a désobéi, on parle de pouvoir disciplinaire¹¹⁴⁴. Comme on le verra, ce pouvoir doit reposer sur trois impératifs : le respect des libertés et droits fondamentaux des travailleurs, le principe de non-discrimination et la protection de la santé des travailleurs.

(ii) Le pouvoir de réglementer – également appelé normatif – consiste en la prérogative d'établir des règles de bonne conduite, de comportement, en plus de donner des ordres dans l'environnement de l'entreprise, par exemple : code vestimentaire, établissement de conduites interdites, prévision de sanctions applicables, etc. C'est le droit de créer et d'imposer des règles aux employés, qui ne peuvent être remises en cause que s'il y a une atteinte à une liberté individuelle injustifiée¹¹⁴⁵. Lorsque le pouvoir de direction est exercé pour émettre des ordres dotés d'une certaine généralité, d'une vocation à régir les relations de travail, il sera confronté à un pouvoir réglementaire¹¹⁴⁶. Il s'agit de la traduction normative du pouvoir de la directive.¹¹⁴⁷

La création d'un règlement intérieur est la pierre angulaire du pouvoir normatif de l'employeur, qui n'est pas un acte négociable, mais un acte réglementaire de droit privé. Prévu à l'origine par la loi du 4 octobre 1982 qui a réglementé le pouvoir normatif, il est actuellement prévu par les articles L. 1311-1 et suivants du Code du travail, ainsi que par l'article R. 1321-1

¹¹⁴¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 300.

¹¹⁴² WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 39.

¹¹⁴³ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 40.

¹¹⁴⁴ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 173.

¹¹⁴⁵ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 42.

¹¹⁴⁶ PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. Droit du travail. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed. p. 173.

¹¹⁴⁷ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 283.

et suivants de la même disposition légale. Il s'agit d'un document rédigé par l'employeur qui, entre autres règles : (i) énonce les mesures réglementaires concernant la santé et la sécurité au travail, les conditions dans lesquelles les travailleurs peuvent être convoqués pour participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des travailleurs, voire la création de règles générales concernant la discipline des travailleurs, notamment la nature et l'échelle des sanctions que l'employeur peut adopter ; (ii) il peut traiter des dispositions relatives aux droits de défense des travailleurs et de celles relatives au harcèlement moral et sexuel, voire aux comportements sexistes ; (iii) il peut contenir des dispositions insérant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des travailleurs si ces limitations sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et pour autant qu'elles soient proportionnées à l'objectif final recherché¹¹⁴⁸.

En d'autres termes, il s'agit d'un document rédigé par l'employeur dans lequel il établit des règles d'hygiène et de sécurité, des règles de discipline, ainsi que des pratiques visant à prévenir le harcèlement moral et sexuel. Ce document limite le pouvoir disciplinaire, puisque seules les sanctions qui y sont prévues peuvent être appliquées par l'employeur, et à condition que l'utilisation du pouvoir d'emploi ne conduise pas à une double sanction, et qu'il y ait proportionnalité du comportement pratiqué et dans la mesure de sanction appliquée. Il convient également de mentionner que les pouvoirs de l'employeur sont limités par la nécessité de concilier les intérêts de l'entreprise avec l'exercice des libertés par les travailleurs. La logique des droits fondamentaux entre dans l'entreprise, de sorte que son fonctionnement doit être compatible avec ces droits. Cette pénétration a conduit à une redéfinition des pouvoirs de l'employeur.¹¹⁴⁹

Le 25 septembre 1991, l'existence d'un pouvoir normatif de l'employeur a été consacrée, dont la prérogative est soumise au contrôle du pouvoir judiciaire. Ainsi, ce pouvoir de l'employeur est devenu doublement contrôlé : d'une part, la mise en œuvre du pouvoir réglementaire suppose le respect d'un certain formalisme quant au contenu du règlement intérieur, qui doit être conforme au principe posé par l'article L. 1321-1 du Code du travail. D'autre part, la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire suppose le respect des règles applicables à la procédure disciplinaire et est conditionnée par la qualification de la faute par le salarié¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 288

¹¹⁴⁹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 252.

¹¹⁵⁰ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 252.

Le règlement intérieur est doublement contrôlé : l'inspecteur du travail peut à tout moment ordonner la suppression, l'ajout ou la modification d'une disposition contenue dans le document ; le juge peut également, en cas de contrôle judiciaire, contrôler le contenu du règlement intérieur. Il existe donc un contrôle à la fois administratif et judiciaire de la conformité du document avec l'ordre juridique.

Il a déjà été dit qu'un règlement interne ne peut restreindre un droit fondamental que s'il est justifié ; c'est pourquoi, par exemple, un employeur ne peut pas ouvrir les vestiaires et les casiers individuels des travailleurs, à moins qu'un tel comportement ne soit justifié par des impératifs d'hygiène et de sécurité. Le contrôle des objets prêtés aux travailleurs ne peut être prévu par la réglementation, sauf en cas de risque particulier. En outre, ces restrictions doivent être proportionnées aux buts recherchés : en ce qui concerne la possibilité de soumettre le travailleur à un alcootest pour des raisons de sécurité, le Conseil d'État estime que seuls les travailleurs effectuant des travaux dangereux peuvent être soumis à ce type de contrôle. De même, un règlement intérieur ne peut pas interdire de manière générique et absolue la consommation d'alcool dans l'entreprise. Une interdiction de cette nature ne sera acceptée que si elle repose sur des éléments démontrant l'existence d'une situation particulière de danger ou de risque¹¹⁵¹.

De même, l'interdiction faite à un salarié d'avoir une conversation, pendant les heures de travail, qui n'est pas liée au travail, a été considérée comme une manifestation illégale du pouvoir réglementaire par l'employeur. En revanche, dans le cas d'un établissement spécialisé dans l'accueil de mineurs en situation de vulnérabilité, l'interdiction faite par le règlement intérieur aux professionnels de l'éducation de recevoir à leur domicile les mineurs accueillis par l'employeur est licite, et peut être prévue par le règlement intérieur¹¹⁵². En résumé, un règlement interne doit être conforme aux règles relatives aux libertés des travailleurs et au principe de non-discrimination, qui peuvent également faire l'objet d'un contrôle¹¹⁵³. Pour assurer l'efficacité des mesures contenues dans le règlement intérieur, l'employeur dispose du pouvoir disciplinaire.¹¹⁵⁴

(iii) Enfin, il y a le pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui est le pouvoir d'appliquer des sanctions en raison de comportements pratiqués en désaccord, dont l'exercice assure

¹¹⁵¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 290.

¹¹⁵² FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 13 janvier 2009, 06-46.364

¹¹⁵³ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 291.

¹¹⁵⁴ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 256.

l'efficacité de tous les autres pouvoirs accordés à l'employeur¹¹⁵⁵. Pour être bien comprise, elle doit être divisée en deux moments, respectivement une période antérieure à la loi du 4 octobre 1982 et, une période postérieure à la promulgation. Avant 1982, le pouvoir disciplinaire existait lorsqu'il était prévu dans les règlements internes des entreprises, mais sans réglementation légale à son égard ; après 1982, le pouvoir disciplinaire a acquis un régime juridique propre qui a commencé à assurer la protection des garanties réelles des travailleurs.¹¹⁵⁶

La première période du pouvoir disciplinaire a été marquée par la décision promulguée le 16 juin 1945, qui l'a établi comme une prérogative inhérente au statut d'employeur. À partir du moment où l'on admet qu'un salarié est lié à son employeur par un lien de subordination, cela signifie que son employeur peut déterminer les ordres à exécuter. C'est ainsi que la jurisprudence a commencé à reconnaître à l'employeur un pouvoir disciplinaire général qui doit être exercé avec proportionnalité, sous peine de subir l'ingérence du pouvoir judiciaire¹¹⁵⁷. Cette période a également vu la promulgation d'une loi le 17 juillet 1978 qui interdit l'application de sanctions pécuniaires aux travailleurs.¹¹⁵⁸

À partir de la loi du 4 octobre 1982, un second moment du pouvoir disciplinaire a été entrevu, car c'est cette loi qui a effectivement réglementé cette prérogative avec les lignes directrices suivantes : établissement du champ d'incidence du pouvoir disciplinaire, fixation de la nature des sanctions, mise en place d'une procédure disciplinaire et possibilité de contrôle judiciaire¹¹⁵⁹, donnant lieu à une véritable réglementation du pouvoir disciplinaire¹¹⁶⁰. Concernant le champ d'application du droit disciplinaire, on sait que c'est dans les entreprises privées que les salariés sont soumis au Code du travail et, par conséquent, au pouvoir disciplinaire défini à l'article L1331-1 et suivants¹¹⁶¹.

C'est également à partir de cette loi que le travailleur sanctionné a pu poursuivre le Conseil des Prud'hommes pour plaider l'annulation d'une sanction pour les dommages qui en découlent. Le contrôle du juge dans ces affaires portera, dans un premier temps, sur la régularité de la procédure qui a été suivie par l'employeur ; ensuite, il analysera les faits et verra s'ils justifient l'application d'une sanction. Le contrôle opéré est donc un contrôle de proportionnalité

¹¹⁵⁵ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 283.

¹¹⁵⁶ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 49.

¹¹⁵⁷ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 51.

¹¹⁵⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 291.

¹¹⁵⁹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 52.

¹¹⁶⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 291.

¹¹⁶¹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 53.

et, une fois la disproportion vérifiée, le juge annulera la sanction. Par conséquent, le juge n'a pas le pouvoir de modifier la sanction, ni de la réduire. Le pouvoir du juge est ici important, car il analyse les faits incriminés, n'étant pas lié aux règles internes de l'entreprise et encore moins au contrat de travail¹¹⁶².

L'utilisation du pouvoir disciplinaire par l'employeur a pour conséquence la qualification d'un comportement comme étant une "faute", ainsi que l'application d'un pouvoir disciplinaire conduisant au prononcé d'une "sanction". " La faute ", selon l'article L. 1331-1 du Code du travail, correspond à tout comportement/action du salarié que l'employeur considère comme fautif. Elle révèle une évaluation subjective de la part de l'employeur. La faute disciplinaire suppose la violation délibérée d'une obligation professionnelle par le salarié, et cette obligation doit être licite. En outre, l'inconduite doit être liée à l'exécution du travail. Le niveau de gravité d'une faute autorise la mise en œuvre de décisions par l'employeur. À titre d'exemple, la commission d'un manquement grave par le salarié entraîne son départ immédiat de l'entreprise, et le salarié n'aura même pas à effectuer son préavis¹¹⁶³.

Pour qu'un employeur puisse prononcer l'application d'une sanction, il doit respecter la procédure disciplinaire établie par la loi du 4 octobre 1982 ; plus précisément, les articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail imposent deux procédures distinctes selon la nature de la sanction. Dans le cas d'une sanction légère (avertissement ou toute autre sanction qui n'interfère pas avec la présence du travailleur dans l'entreprise), une procédure simple doit être suivie, qui oblige l'employeur à n'informer le travailleur par écrit que des griefs qui lui sont reprochés au moment où il est informé. En revanche, si la sanction entrave, de quelque manière que ce soit, la présence du travailleur sur le lieu de travail, une autre procédure doit être suivie (L. 1332-2) : l'employeur doit convoquer le travailleur à un entretien ; la lettre de convocation doit être écrite et préciser l'objet, la date, l'heure et le lieu, ainsi que la possibilité pour le salarié de se faire assister ; elle doit être remise en main propre ou avec Accusé de Réception. Au cours de l'entretien, l'employeur peut indiquer les raisons de la sanction à appliquer. Enfin, l'employeur prononce la sanction, qui doit être appliquée au moins un jour ouvrable après l'entretien. La décision doit être écrite et dûment motivée. Si la sanction que l'employeur décide d'appliquer implique une modification du contrat de travail, le salarié peut refuser de s'y soumettre. Dans ce cas, l'employeur a la possibilité d'appliquer une autre sanction¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 298.

¹¹⁶³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 256.

¹¹⁶⁴ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 258.

Les fautes commises par le travailleur et pouvant être qualifiées de "graves" doivent être prévues dans le contrat de travail, selon un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 juillet 2000¹¹⁶⁵. Auparavant, l'employeur pouvait sanctionner ses employés pour des comportements pratiqués en dehors de l'entreprise, ce qui a été modifié au fil des années, étant entendu que seraient pertinents, aux fins du contrat de travail, uniquement ceux pratiqués dans l'entreprise et non dans la vie privée de l'employé, sauf s'ils causaient objectivement un préjudice à l'employeur¹¹⁶⁶.

La sanction est légalement définie par l'article L. 1331-1 du Code du travail, qui précise que constitue une sanction toute mesure autre qu'une simple observation verbale, qui porte immédiatement atteinte à la présence du salarié dans l'entreprise, à sa fonction, à sa carrière ou à sa rémunération. C'est cette qualification qui détermine la mise en œuvre du droit disciplinaire : procédure, prescription, interdiction, etc. Les sanctions sont donc des mesures qui ont un impact sur la présence du travailleur dans l'entreprise, sur sa carrière, sur sa rémunération, par exemple, des avertissements, la suppression d'avantages, une nouvelle affectation, un déclassement, etc.¹¹⁶⁷

L'article L. 1333-1 du Code du travail adopte une formule proche de celle appliquée en matière de rupture du contrat en ce qui concerne le régime probatoire ; il appartient aux parties de fournir au juge les éléments à partir desquels celui-ci formera sa conviction après instruction du dossier. S'il y a des doutes après l'instruction, l'employé en profitera au profit de l'employeur. En ce qui concerne les conséquences de la décision du juge, elles diffèrent de celles existant en cas de résiliation du contrat sans motif valable ; sauf en cas de résiliation, la sanction irrégulière peut être annulée pour violation du règlement intérieur, d'un statut, d'une convention ou de la loi. L'annulation de la sanction ne peut être prononcée par le juge lorsqu'il détermine le sursis de la sanction pour être manifestement illicite. L'annulation ne peut, en revanche, porter sur la résiliation qui n'est pas annulable. En somme, le pouvoir disciplinaire de l'employeur présente des particularités qui permettent à un entrepreneur privé de sanctionner son contractant lorsqu'il comprend qu'il y a eu commission d'un acte qu'il considère comme fautif. La justification de ce pouvoir de sanction, qui est soumis au contrôle ultérieur du juge, ne doit être prise que par l'intérêt de la société¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 4 juillet 2000, 97-44.846 98-44.959.

¹¹⁶⁶ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 54.

¹¹⁶⁷ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 293.

¹¹⁶⁸ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 298.

L'employeur dispose d'une certaine liberté quant au choix de la sanction et de sa sévérité, sous réserve des dispositions du règlement intérieur, mais cette liberté de choix est limitée car certaines sanctions sont interdites. L'un des principaux apports de la loi du 4 octobre 1982 est la stipulation que, pour toute sanction, l'employeur doit respecter une procédure, qui varie selon l'importance de la sanction. Dans tous les cas, la sanction doit être écrite, le salarié étant convoqué préalablement à un entretien au cours duquel l'employeur exposera ses motifs ; cette convocation doit intervenir dans un délai de deux mois à compter du moment où l'employeur a eu connaissance des faits conduisant à la sanction¹¹⁶⁹.

La sanction suppose une faute commise par le salarié, mais que la loi n'a pas définie dans son article L. 1331-1 du Code du travail, se contentant d'indiquer que constitue une sanction toute mesure non verbale prise par l'employeur immédiatement après un acte accompli par le salarié et considéré comme fautif par le premier. La première impression qui se dégage du texte légal est que l'arbitraire régnerait, car c'est l'employeur qui décide, seul, au moment où il sanctionne un comportement, si ce comportement constitue une faute. Cette impression doit cependant être atténuée en raison de l'interprétation jurisprudentielle des articles L. 1131-1 à L. 1134-1 du Code du travail.¹¹⁷⁰

En ce qui concerne la prérogative d'établir la nature des sanctions, on sait qu'elles ne sont pas définies par la loi et que le principe fondamental du droit pénal selon lequel *nulla poena sine lege* ne s'applique pas en matière disciplinaire. En raison de cette absence de disposition expresse, elles peuvent aller d'un simple avertissement à la résiliation du contrat de travail, et il doit y avoir une gradation en fonction de la gravité du comportement¹¹⁷¹. L'article L.1331-1 du Code du travail décrit, de manière exhaustive, le domaine du pouvoir disciplinaire, en le considérant comme une sanction qui affecte la présence du travailleur dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Entre l'avertissement et la résiliation du contrat de travail, il est possible d'identifier d'autres types de sanctions, comme la suspension du contrat de travail. Au contraire, certaines sanctions sont interdites par le Code du travail, comme c'est le cas de l'application des amendes, car elles ont un caractère pécuniaire et par conséquent elles interviendraient dans le salaire du travailleur. Il existe cependant des situations possibles qui affectent le salaire du travailleur et

¹¹⁶⁹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 296.

¹¹⁷⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 292.

¹¹⁷¹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 55.

qui ne sont pas considérées comme des sanctions, telles que les réductions dues à une absence du travailleur.¹¹⁷²

Les comportements sanctionnables sont ceux pratiqués dans la sphère professionnelle de sorte que la faute, même grave, commise par le salarié dans sa vie personnelle ne donnera pas lieu, en principe, à une sanction disciplinaire. Le même raisonnement s'applique aux faits commis pendant une période de suspension du contrat, à l'exception des actes commis avec déloyauté. Cette séparation entre vie professionnelle et extra-professionnelle cède parfois lorsque le comportement du salarié dans sa vie personnelle crée du désordre au sein de l'entreprise¹¹⁷³. La jurisprudence de la Cour de cassation a cependant évolué pour considérer qu'un problème objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet plus, à lui seul, l'application d'une sanction disciplinaire¹¹⁷⁴. De même, les fautes commises par le salarié dans l'exercice de ses mandats restent également hors de portée du pouvoir disciplinaire. Enfin, une distinction a été faite entre la "faute" et la simple "mauvaise exécution du contrat". La première ne permet que des sanctions, la seconde peut conduire à la résiliation du contrat pour un motif réel et sérieux non disciplinaire. En résumé, les actes relatifs à la vie personnelle du salarié excluent l'invocation par l'employeur d'une faute justifiant une mesure disciplinaire, ainsi que les comportements qui découlent simplement de l'exercice d'un droit par ce dernier, tel que le droit de grève, le droit de retrait dans une situation dangereuse, l'exercice d'un droit syndical, l'exercice d'un droit d'action ou encore la liberté d'expression¹¹⁷⁵.

Par conséquent, il est important de mentionner que, naturellement, l'exercice des libertés individuelles doit être concilié avec les obligations contractuelles du salarié, notamment en raison du devoir de loyauté qui s'impose à tous ; ainsi, dans le cas où le salarié, dans l'usage de ses libertés individuelles, ne respecte pas le devoir de loyauté envers son employeur, la résiliation du contrat de travail sera justifiée en raison de la violation de ce devoir¹¹⁷⁶. La prérogative de résiliation de l'accord existe pour sauvegarder les intérêts de l'entreprise, mais, pour qu'elle puisse être appliquée, il faut analyser le comportement de l'employé qui a

¹¹⁷² WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 55.

¹¹⁷³ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 20 novembre 1991, 88-43.120 et Cour de Cassation, Chambre sociale, du 15 novembre 2006, 04-46.721.

¹¹⁷⁴ FRANCE. Cour de cassation, Chambre mixte, 18 mai 2007, 05-40.803.

¹¹⁷⁵ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 293.

¹¹⁷⁶ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 24.

prétendument violé cette obligation, en tenant également compte de la fonction qu'il exerce dans l'entreprise afin d'éviter des restrictions illégales¹¹⁷⁷.

En outre, les contrats de travail peuvent prévoir des clauses établissant des pouvoirs spécifiques à l'employeur, également soumis à un contrôle en raison de l'obligation de bonne foi contractuelle qui incombe aux deux parties contractantes¹¹⁷⁸. Le contrôle de ce pouvoir contractuel de l'employeur a deux dimensions : puisque son objet est l'exercice d'un pouvoir, il tend à être contrôlé (ex : contrôle des sanctions disciplinaires, protection des droits fondamentaux du travailleur, etc.) ; mais il faut admettre que puisque ce pouvoir découle d'une disposition contractuelle, la volonté des parties doit être prise en considération. Plus récemment, on a assisté à une fusion de ces deux dimensions. Afin de faire jouer un rôle plus actif à la volonté des parties, les juges ont eu tendance à exiger que le contrat définisse plus précisément le pouvoir de l'employeur, en indexant le contrôle dans les conditions préalablement établies.¹¹⁷⁹

Les clauses contractuelles qui établissent une disposition unilatérale ne sont pas soumises à un contrôle spécifique, de sorte que la vérification de leur légalité s'effectue essentiellement sur la base de la bonne foi contractuelle. Selon l'article L. 1222-1 du Code du travail, le contrat de travail est exécuté sur la base de la bonne foi. L'exigence de la bonne foi, telle que prévue par ledit article, n'est pas apparue seulement avec la promulgation de cette disposition par la loi du 17 janvier 2002, puisque l'irradiation des effets de la bonne foi dans les relations de travail l'a précédée. Son application se faisait déjà en raison des dispositions de l'article L. 1134, alinéa 3, du Code civil, qui prévoyait la bonne foi en général, et de l'article L. 1221-1, du Code du travail, qui conférait l'efficacité aux règles de droit commun/ordinaire au droit du travail.

Au Brésil, la figure du salarié est définie à l'article 2 de la consolidation des lois sur le travail, qui stipule qu'il s'agit d'une entreprise individuelle ou collective qui, assumant les risques de l'activité économique, embauche, emploie et dirige la prestation personnelle de services. C'est de ce droit que l'on tire indirectement l'existence normative du pouvoir d'emploi¹¹⁸⁰, puisqu'il n'existe pas de règles qui l'instituent ou le réglementent explicitement¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 24.

¹¹⁷⁸ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 257.

¹¹⁷⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 257.

¹¹⁸⁰ MORAES FILHO, Evaristo. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1971, p. 240.

¹¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 807.

Malgré cette lacune, ce pouvoir est fondé sur le droit fondamental de la liberté d'initiative¹¹⁸², outre le fait que certaines dispositions touchent à ce pouvoir directif, comme l'article 74, CLT, qui prévoit le contrôle des heures de travail ; l'article 468, CLT, qui prévoit la possibilité de retour au poste précédent : l'article 469, CLT, qui prévoit le transfert du site de travail et l'article 474, CLT, qui prévoit la possibilité de suspension disciplinaire.

En plus des dispositions mentionnées ci-dessus, il existe également des règles constitutionnelles qui irradient l'efficacité des relations de travail, parmi lesquelles se distinguent notamment le principe de la dignité de l'être humain, la libre initiative, la valeur sociale du travail, le droit à la liberté, le principe d'isonomie, le droit à l'intimité et à la vie privée, la procédure judiciaire régulière. Ainsi, bien qu'il n'existe pas de définition spécifique dans le système juridique en ce qui concerne le pouvoir d'emploi, il existe plusieurs règles qui configurent l'institut pour établir les commandes de gestion et fixer les limites.¹¹⁸³

On observe une tendance timide dans le droit du travail à créer des mécanismes qui rendent possible la bilatéralisation de la dynamique de l'exercice du pouvoir dans le cadre d'une relation de travail, fruit d'une Constitution qui encourage la participation des salariés à la gestion de l'entreprise – même si c'est de manière exceptionnelle (selon l'article 7, XI) – ajouté à une position qui place le travail au même niveau que la libre entreprise (article 1, IV), à une reconnaissance du droit de propriété tant que la libre entreprise est respectée (article 5, XXII et XXIII) et à la garantie de mécanismes de participation directe des travailleurs dans l'entreprise (article 11)¹¹⁸⁴.

Conceptuellement, le pouvoir d'emploi est l'ensemble des prérogatives qui sont généralement accordées à l'employeur et qui doivent être exercées dans le cadre de la relation de travail. Il se divise en : (i) pouvoir de directive ou d'organisation, (ii) pouvoir de réglementation, (iii) pouvoir de supervision ou de contrôle et, (iv) pouvoir disciplinaire, tous expliqués ci-dessous.

(i) Le pouvoir directif consiste en l'ensemble des prérogatives dont dispose l'employeur pour établir la forme d'organisation de la structure de l'environnement de travail avec la création de processus à travers lesquels l'exécution du travail doit être menée, en fixant des lignes directrices et des orientations quotidiennes concernant la destination des énergies de travail,

¹¹⁸² BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 30.

¹¹⁸³ VALE, Sílvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 292.

¹¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 807.

ayant une nature technico-organisationnelle prédominante¹¹⁸⁵. C'est une prérogative de définir le but de l'activité choisie, la structure qui sera adoptée, les lignes directrices, les objectifs, les méthodes, entre autres¹¹⁸⁶. Il autorise l'employeur à organiser, contrôler et discipliner la prestation de services, qui s'effectue de manière subordonnée¹¹⁸⁷. Elle est exercée par l'employeur qui, visant à maintenir la cohésion sociale dans l'entreprise, impose des limites aux performances des individus qui, à leur tour, s'y conforment par crainte de représailles.¹¹⁸⁸

C'est par l'exercice du pouvoir directif que l'employeur commande et contrôle tous les aspects du développement de l'activité développée par les travailleurs ; en d'autres termes, c'est la capacité de déterminer la structure technique, économique et administrative de l'entreprise en fonction des objectifs poursuivis par celle-ci¹¹⁸⁹. Ce pouvoir trouve son fondement juridique dans l'article 2 du CLT qui, lorsqu'il définit l'employeur, le qualifie de celui qui dirige la prestation personnelle de services.

Outre les motifs juridiques, il existe d'autres motifs doctrinaux, respectivement : pour la théorie de la propriété privée, l'employeur commande parce qu'il est le propriétaire (elle est actuellement dépassée) ; pour la théorie contractualiste, le pouvoir de direction est fondé sur le contrat de travail, où s'est ajustée volontairement la volonté des parties, dans lequel on a accepté la direction de son activité par l'employeur (c'est, actuellement, la théorie prédominante) ; pour la théorie institutionnaliste, qui conçoit l'entreprise comme une institution, elle défend le droit de l'employeur comme étant une condition indispensable et une caractéristique de tout groupe social institutionnalisé ; enfin, pour la théorie de l'intérêt, le pouvoir de direction résulte de l'intérêt de l'employeur à organiser, contrôler et discipliner le travail qu'il rémunère¹¹⁹⁰.

Il y a également plus d'une explication à la nature juridique de ce pouvoir de diriger. Pour certains, il s'agit d'un droit potestatif, ce qui signifie que rien ne peut être opposé à son exercice, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de possibilité d'objection. Pour d'autres, il s'agit d'une fonction de droit, dans le sens où, à mesure que la participation des salariés aux décisions de

¹¹⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 792.

¹¹⁸⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 38.

¹¹⁸⁷ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 337.

¹¹⁸⁸ VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 288.

¹¹⁸⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 130.

¹¹⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascado; NASCIMENTO, Sonia Mascaró. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 247.

l'entreprise augmente progressivement, l'étendue de ce pouvoir est limitée¹¹⁹¹. Cette seconde théorie s'inscrit dans le cadre de la fonction sociale du contrat, chargée d'atténuer l'autonomie contractuelle¹¹⁹². Ce pouvoir est concentré sur la figure de l'employeur, parce que c'est lui qui détient le contrôle légal de l'environnement de travail et, aussi, parce que c'est lui qui supporte le risque de l'activité économique de l'entreprise. En raison d'un processus de démocratisation de l'environnement de travail, la possibilité de contingences (ou d'atténuation) de ce pouvoir a commencé à être discutée, afin de retirer son monopole de la main exclusive de l'employeur.¹¹⁹³

Pour ces raisons, il est possible d'affirmer que ce pouvoir n'est pas absolu, subissant des limitations imposées par les lois, les conventions et les accords collectifs. En outre, il y a, comme on l'a dit, un moment de réforme structurelle fondamentale dans l'organisation de l'entreprise, de sorte que, en plus de remplir ses objectifs économiques, elle puisse également jouer un rôle social. En d'autres termes, une structuration a été recherchée afin de permettre au travailleur, par le biais d'organes représentatifs, d'influencer les décisions.¹¹⁹⁴

(ii) Le pouvoir réglementaire consiste en la prérogative d'établir des "règles générales à observer dans le cadre de l'établissement et de l'entreprise"¹¹⁹⁵, telles que des règlements, des avis et des ordres directs¹¹⁹⁶. Dans l'exercice de ce pouvoir, il est important que l'employeur établisse les infractions disciplinaires et les sanctions respectives, assurant ainsi une plus grande sécurité dans l'application des sanctions. En principe, ce pouvoir est détenu par l'employeur, mais il peut être réparti entre plusieurs personnes, en observant une échelle hiérarchique entre les employés et les différents superviseurs.¹¹⁹⁷

Elle consiste, comme son nom l'indique, en la possibilité d'émettre unilatéralement des règlements d'entreprise qui sont contraignants pour l'employeur. Les avantages résultant de la règle réglementaire seront incorporés au patrimoine juridique du travailleur, ce qui empêche sa modification ultérieure par un acte unilatéral de l'employeur ; en cas de modification ultérieure, seuls les travailleurs embauchés après son avènement seront touchés par la modification, sauf

¹¹⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascado; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 248.

¹¹⁹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 2009. p. 585.

¹¹⁹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 792.

¹¹⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascado; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 249.

¹¹⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 793.

¹¹⁹⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013. p. 38.

¹¹⁹⁷ GONÇALVES, Emílio. *Poder regulamentar e poder disciplinar do empregador*. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 74/1988, pp. 65-68, p. 67.

en cas de règle plus avantageuse, comme le prévoit le précédent 51 du Tribunal Supérieur du Travail¹¹⁹⁸.

(iii) Le pouvoir de surveillance (ou contrôle) consiste en l'ensemble des prérogatives qui permettent de contrôler en permanence la fourniture du travail, avec une surveillance dans tout l'espace de travail interne¹¹⁹⁹. Il vise à superviser l'exécution des tâches telles qu'elles ont été préalablement établies¹²⁰⁰. En d'autres termes, elle "permet à l'employeur de vérifier si ses déterminations sont respectées, en surveillant l'environnement de travail et le comportement des subordonnés [...] afin d'évaluer la productivité [...] de l'employé, son assiduité, sa ponctualité, etc"¹²⁰¹. On comprend comme une manifestation de ce pouvoir de contrôle les conduites suivantes : circuit de surveillance interne, contrôle du temps et des présences, responsabilisation, contrôle des portes, etc. L'obligation imposée par l'employeur de marquer la carte de pointage est fondée sur le pouvoir d'inspection.

Ce pouvoir est justifié puisque, sans le contrôle ou l'inspection, l'employeur n'a aucun moyen de savoir si, en échange du salaire qu'il paie, il reçoit les services des employés¹²⁰². Les juristes brésiliens s'accordent à dire que ce pouvoir de contrôle/supervision a des limites, mais des doutes subsistent quant aux frontières effectives et exactes de cette prérogative corporative. La loi française, comme on l'a vu plus haut, établit une limite ferme à l'exercice du pouvoir d'inspection de l'employeur, en déterminant que toute mesure de contrôle audiovisuel à mettre en œuvre dans l'entreprise doit être préalablement notifiée aux employés et approuvée par eux, représentés par le syndicat. Cependant, à la différence du scénario français, il n'existe pas au Brésil de préceptes clairs à cet égard, ce qui amène l'opérateur juridique à recourir aux règles et principes établis dans la Constitution de 1988 pour résoudre les éventuels problèmes qui peuvent survenir à la suite de l'utilisation du pouvoir de contrôle¹²⁰³.

Dans les cas d'installation de moniteurs internes de circuits de télévision, etc., l'idée que l'employeur a le droit d'inspecter les activités de ses employés s'est consolidée, mais il doit le faire sans abus et sans les exposer à des situations embarrassantes, afin de chercher à

¹¹⁹⁸ VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosangela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 290.

¹¹⁹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 794.

¹²⁰⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 38.

¹²⁰¹ VALE, Silvia Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo: LTr, 2021. p. 290.

¹²⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascado; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 249.

¹²⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 794.

préserver l'intimité et la vie privée dans la sphère du travail¹²⁰⁴. Une autre situation concerne les fouilles des employés par l'entreprise, à la porte d'entrée, à la fin de la journée de travail. Une telle pratique, si elle semble à première vue absurde, peut se fonder sur le pouvoir de contrôle de l'employeur, principalement sur son droit d'inspection, à condition qu'elle ne soit pas abusive, qu'elle respecte également les paramètres de raisonabilité et qu'elle soit justifiée¹²⁰⁵.

Une analyse de la Constitution de 1988 montre qu'une protection spéciale a été accordée aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux des travailleurs, afin de promouvoir, dans toute la mesure du possible, le principe de la dignité de la personne humaine, et en particulier du travailleur individuel¹²⁰⁶. On a tenté de mettre en place une société équitable et solidaire, dans laquelle on ne tolère pas de traitement discriminatoire fondé sur une quelconque option individuelle du travailleur, à savoir : la race, le sexe, la religion, etc. Toutes ces déclarations énoncées dans le texte supralégal ont la nature de principes et, en tant que telles, doivent être promues dans toute la mesure du possible.

La Constitution de 1988 a également établi des règles, objectives et imposantes, afin d'inhiber tout comportement de contrôle de l'employeur qui, de quelque manière que ce soit, viole les libertés individuelles ou porte atteinte à la dignité de la personne du travailleur, comme les dispositions qui garantissent l'inviolabilité de l'égalité, le droit à la vie, le droit à la liberté. De même, elle garantit que nul ne sera soumis à des traitements inhumains ou dégradants et que l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables¹²⁰⁷.

L'ensemble des règles et principes établis par le texte constitutionnel "crée une limite indéniable à l'exercice des fonctions de surveillance et de contrôle dans le contexte de l'emploi, en plaçant des mesures susceptibles d'agresser ou de restreindre la liberté et la dignité de la personne humaine qui travaille"¹²⁰⁸. L'employeur ne peut donc pas exercer son pouvoir d'inspection de manière à violer les droits à la liberté, à l'intimité et à la vie privée des employés. Les comportements de l'employeur qui finissent par révéler les convictions et les croyances du

¹²⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 250.

¹²⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro ; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Initiation au droit du travail*. São Paulo : LTr, 2015. p. 250.

¹²⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 796.

¹²⁰⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 796.

¹²⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 796.

travailleur vont au-delà des besoins inhérents au fonctionnement régulier de l'activité, atteignant la dignité du travailleur étant considérés, par conséquent, comme abusifs.¹²⁰⁹

(iv) Le pouvoir disciplinaire est enfin compris comme l'ensemble des prérogatives qui autorisent l'imposition de sanctions aux salariés lorsqu'ils ne respectent pas leurs obligations contractuelles¹²¹⁰. Il s'agit du droit d'imposer des sanctions disciplinaires aux employés¹²¹¹. Dans ce pouvoir – ainsi que dans celui de la directive – de nombreuses discussions ont eu lieu concernant la possibilité de modérer, fruit d'un processus de démocratisation de la société et du système de pouvoir dominant dans l'entreprise (en particulier parce qu'il s'agit d'une situation de déséquilibre notoire par l'état de subordination¹²¹²), qui semble avoir été freinée avec le changement du parti qui est entré au pouvoir, et qui a conduit à une réforme du travail dans l'année 2017, réaffirmant le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Comme on l'a dit, la réforme du travail de 2017 a pris la direction opposée au processus de démocratisation du pouvoir d'emploi jusqu'alors en développement continu depuis 1988, en raison de l'affaiblissement économique du syndicalisme et des nombreuses garanties qui ont été supprimées au salarié, de sorte qu'elle a accentué le déséquilibre du pouvoir dans la relation d'emploi et, par conséquent, a augmenté le pouvoir d'emploi¹²¹³. Comparativement, il est possible de dire que le pouvoir en matière d'emploi au Brésil est passé par trois moments : avant la Constitution de 1988 (presque absolu), juste après la Constitution de 1988 jusqu'en 2017 (démocratisation de ce pouvoir, avec plusieurs limitations) et, enfin, de 2017 à aujourd'hui (pouvoir plus centralisé dans la figure de l'employeur).

Il existe deux critères principaux pour caractériser une infraction commise par un employé, à savoir : les critères obligatoires et les critères génériques. Selon le critère de l'exhaustivité, le système juridique prévoit de manière exhaustive les infractions pouvant être commises par le salarié, en reprenant le principe pénal classique selon lequel il n'y a pas d'infraction sans disposition légale expresse préalable.¹²¹⁴ Toutefois, le droit du travail est beaucoup plus souple que le droit pénal, de sorte que, même en l'absence d'une disposition expresse, il est possible qu'une infraction soit reconnue comme telle ; de même, les termes sont

¹²⁰⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 41.

¹²¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 797.

¹²¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 250.

¹²¹² BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 39.

¹²¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 840.

¹²¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 821.

plus souples, comme le "mauvais comportement" prévu à l'article 482, b, CLT, qui est considéré comme une cause de résiliation du contrat pour faute du salarié.

Le critère générique, quant à lui, établit que la législation n'a pas besoin de prévoir expressément toutes les infractions au travail qui peuvent se produire, puisque le système juridique n'est pas exhaustif et formaliste des fautes. Il comprend que la législation "ne mentionne comme infraction au droit du travail que les comportements qui, en raison de leur nature ou de leurs caractéristiques ou même des circonstances, peuvent rompre la confiance indispensable à la préservation du lien d'emploi"¹²¹⁵. Il est évident que ce critère, s'il n'est pas associé à un système de normes plus protectionnistes et de contrôle, peut conduire à l'exercice du pouvoir disciplinaire de manière arbitraire.

Le système brésilien s'inspire sans équivoque du critère d'exhaustivité, de sorte que la consolidation des lois du travail prévoit expressément les infractions au travail¹²¹⁶. Dans cet ensemble taxatif d'infractions au travail, il existe une liste principale, prévue à l'art. 482, CLT, qui s'applique à tous les travailleurs celetal et qui établit comme faute les hypothèses suivantes : a) acte d'improbité ; b) incontinence de conduite ou mauvaise procédure ; c) négociation habituelle pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers sans l'autorisation de l'employeur et lorsqu'elle constitue un acte de concurrence à l'égard de l'entreprise pour laquelle le salarié travaille ou porte préjudice au service ; d) condamnation pénale de l'employé, déclarée définitive et non susceptible de recours, si la sentence n'a pas été suspendue ; e) négligence dans l'exercice des fonctions respectives ; f) ivresse habituelle ou ivresse au travail ; g) violation d'un secret d'entreprise ; h) actes d'indiscipline ou d'insubordination ; i) abandon d'emploi ; j) tout acte de violence contre l'honneur ou la réputation de toute personne commis en service ou tout acte d'agression physique, dans les mêmes conditions, sauf en cas de légitime défense ou de défense d'autrui ; k) tout acte portant atteinte à l'honneur ou à la réputation ou toute atteinte physique à l'employeur ou aux supérieurs hiérarchiques, sauf en cas de légitime défense ou de défense d'autrui ; l) les jeux de hasard constants ; m) la perte de la qualification ou des exigences établies par la loi pour l'exercice de la profession en raison du comportement délibéré de l'employé.

D'autres faits d'infraction au travail applicables à tout salarié, à condition qu'il se trouve dans une situation de travail particulière (insalubre ou dangereuse), sont prévus à l'article 158, alinéa unique CLT, qui établit qu'il y a faute si le salarié refuse de manière injustifiée d'observer les règles de sécurité et d'utiliser les équipements nécessaires pour assurer son intégrité

¹²¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 821.

¹²¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 822.

physique. Enfin, la législation établit également d'autres hypothèses qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories de travailleurs, comme le cas du conducteur professionnel qui refuse de se soumettre à un test et à un programme de contrôle de la consommation de drogues et de boissons alcoolisées, prévu à l'article 235-B, VII, CLT¹²¹⁷.

Les sanctions du travail, appliquées en raison de l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur, doivent respecter le tripode : nature de la faute, limites du pouvoir exercé et restrictions universellement admises. Si une sanction du travail ne respecte pas cette règle, elle sera considérée comme illicite ; dans le cas contraire, elle sera considérée comme licite. Le droit du travail brésilien prévoit trois types de sanctions, à savoir l'avertissement, la suspension disciplinaire et le licenciement pour motif valable. Chacun d'entre eux peut être appliqué directement par l'employeur au salarié, sans intervention impérative d'un organisme étatique ou collectif¹²¹⁸.

Dans une échelle de sévérité, l'avertissement est la plus légère des sanctions, il peut être verbal ou écrit, et est considéré comme le premier moment de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur dans des situations de comportement fautif du salarié, qui doit être appliqué sauf lorsque le comportement est trop grave pour justifier l'impossibilité de grader la sanction, en allant directement à la rupture conventionnelle¹²¹⁹. Elle n'est pas expressément caractérisée dans l'ordre juridique, mais elle est considérée comme un type de sanction disciplinaire. Elle n'a pas d'implications économiques, mais a des conséquences morales¹²²⁰. L'acte qui suit l'avertissement est l'application d'une suspension disciplinaire, expressément acceptée par la CLT dans son article 474, qui ne peut dépasser 30 jours. Les suspensions d'un, trois et cinq jours sont courantes et sont communiquées au salarié de préférence par écrit¹²²¹. Elle implique l'interdiction de travailler avec une perte de salaire pour les jours concernés. Enfin, la plus sévère des sanctions est le licenciement pour juste motif du salarié, qui corrobore la rupture du lien contractuel à charge du salarié fautif.¹²²²

Les sanctions, découlant de l'exercice du pouvoir disciplinaire, qui ne sont pas acceptées par le système juridique brésilien, sont toutes les pratiques punitives qui portent atteinte à la dignité de l'être humain du travailleur ou qui violent les droits fondamentaux de

¹²¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 823.

¹²¹⁸ À l'exception du cas d'un employé ayant une stabilité qui nécessite le dépôt d'une enquête judiciaire pour faute grave afin de mettre fin à son contrat.

¹²¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 825.

¹²²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 250.

¹²²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 250.

¹²²² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 826.

l'individu, parce que ces pratiques entrent en conflit avec les valeurs, l'ordre établi, les principes et les règles, tous prévus dans la Constitution de 1988¹²²³. De même, la loi n'autorise pas l'application d'amendes aux employés¹²²⁴, en raison de la protection des salaires et du respect du principe d'intangibilité des salaires.¹²²⁵

Le droit du travail brésilien ne prévoit pas de procédure spéciale pour l'évaluation des fautes et l'application de sanctions par l'employé suite à l'exercice du pouvoir disciplinaire, de sorte qu'actuellement, l'employeur évalue unilatéralement la conduite pratiquée par l'employé et, par conséquent, attribue une sanction, sans passer par une procédure préalable ou consulter un organe collectif¹²²⁶. Malgré cela, certaines limites sont imposées à la prérogative de l'employeur, à savoir le respect de trois exigences lors de la fixation des sanctions du travail, à savoir : (a) les exigences objectives (caractérisation du comportement que l'on entend censurer), (b) les exigences subjectives (implication du travailleur dans le comportement) et, (c) les exigences circonstanciées (action disciplinaire de l'employeur compte tenu de la faute et du travailleur impliqué)¹²²⁷.

En ce qui concerne les exigences objectives (a), la première d'entre elles est la nécessité d'identifier, tout d'abord, la nature typique du comportement du travailleur, puisque le même critère du droit pénal est appliqué dans le pays (classification légale ou impossibilité) ; en outre, la nature de la matière impliquée doit être analysée, de sorte que, "ce qui peut être considéré comme une infraction de travail doit être exclusivement le comportement du travailleur qui nuit à l'exécution de ses obligations contractuelles de travail"¹²²⁸. Cela signifie que le pouvoir disciplinaire ne s'étend pas à l'univers des comportements qui peuvent être pratiqués dans la sphère privée de l'employé et qu'il n'appartient pas à l'employeur d'examiner les éventuels comportements que l'employé a pu avoir ou entretenir en dehors de l'environnement de travail. Cette règle, chargée de laisser intouchable la vie privée du travailleur, comporte des exceptions prévues par la loi, comme la violation d'un secret d'entreprise ou l'offense envers l'employeur ou le supérieur hiérarchique (article 482, g et k, CLT). Enfin, il faut également évaluer la question de la gravité, qui influence l'exercice du pouvoir disciplinaire, lequel doit agir dans le dosage de la sanction à infliger au salarié, en raison du comportement fautif commis¹²²⁹.

¹²²³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 827.

¹²²⁴ VALE, Silvia Teixeira do; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo: LTr, 2021. p. 300.

¹²²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 251.

¹²²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 828.

¹²²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 828.

¹²²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 829.

¹²²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 829.

Les exigences subjectives sont (b) la paternité du travailleur dans l'infraction et sa faute intentionnelle ou sa culpabilité par rapport au fait ; il est nécessaire que la participation du travailleur au fait soit sans équivoque pour que le pouvoir disciplinaire puisse être exercé. En outre, il faut que la faute ait été intentionnelle ou, au moins, qu'elle résulte d'un acte pratiqué avec négligence, imprudence ou manque d'habileté¹²³⁰. Cette analyse, comme son nom l'indique, est très subjective.

Enfin, les exigences circonstancielles (c) concernent l'action disciplinaire de l'employeur en raison de la faute commise et du travailleur impliqué ; plus précisément, il incombe à ce stade d'analyser l'existence de : "lien de causalité entre la faute et la sanction ; adéquation entre la faute et la sanction appliquée ; proportionnalité entre elles ; immédiateté de la sanction ; absence de pardon tacite ; singularité de la sanction (*non bis in idem*) ; inaltérabilité de la sanction ; absence de discrimination ; caractère pédagogique de l'exercice du pouvoir disciplinaire, avec gradation correspondante des sanctions"¹²³¹.

Ainsi, il doit y avoir une corrélation claire entre la sanction et le comportement commis, en raison du lien de causalité nécessaire ; la sanction doit être adéquate en termes de qualité ; la sanction doit être proportionnelle en termes de quantité ; la sanction doit être immédiate, sinon elle peut être interprétée comme un pardon tacite de la part de l'employeur ; la sanction doit être unique, de sorte qu'il n'est pas possible d'appliquer cumulativement un avertissement et une suspension ; la même sanction doit être appliquée à tous les travailleurs qui commettent la faute, sous peine d'être considérée comme discriminatoire ; la sanction doit avoir un caractère punitif, en ce sens qu'elle doit avoir pour but d'adapter la conduite du travailleur à la coexistence saine des travailleurs¹²³².

Comme indiqué précédemment, les sanctions doivent être appliquées de manière graduelle, dans des proportions croissantes, de la plus légère à la plus sévère, afin de mieux assurer la réalisation des objectifs éducatifs de l'exercice du pouvoir disciplinaire, en adaptant le salarié à la dynamique de l'emploi, avec une finalité essentiellement éducative¹²³³. Cette gradation, bien que recommandable, n'est toutefois pas obligatoire, et la résiliation de l'accord pour un motif valable est possible sans que le salarié ait été averti ou suspendu, par exemple.

Le pouvoir d'emploi – compris dans tous ses aspects – a pour limite le fonctionnement régulier de l'activité, et doit être exercé dans le respect des obligations contractuellement

¹²³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 830.

¹²³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 830.

¹²³² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 833.

¹²³³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 834.

assumées par le salarié, mais en protégeant le travail, les droits de la personnalité du salarié et le principe de la dignité humaine, sous peine de se révéler comme abusif (acte formellement légal, mais qui dépasse les limites d'un droit, perdant le but prévu par la norme) ou illégal (acte pratiqué contrairement à la loi ou à une obligation contractuelle)¹²³⁴.

Contre l'exercice abusif ou illégal du pouvoir d'emploi, le travailleur dispose : d'un droit de résistance, entendu comme un refus des ordres illégaux émis parce qu'ils sont nuisibles ou contraires aux bonnes mœurs ; d'un droit d'accès aux voies de recours judiciaires, visant à obtenir la nullité de l'acte illégal et/ou une indemnisation, y compris la possibilité de résilier le contrat de travail pour cause de faute de l'employeur. Cela est possible parce que les sanctions disciplinaires sont soumises au contrôle des tribunaux du travail qui peuvent, s'ils concluent à l'existence d'un abus de pouvoir, annuler la sanction et décider, par exemple, de la réintégration immédiate du salarié au poste de travail¹²³⁵.

Dans l'exercice du pouvoir d'embauche, l'employeur a à l'égard du salarié des devoirs de loyauté, de protection et d'information. On entend par devoir de loyauté le fait de fournir les outils nécessaires à l'exécution des services, de respecter les règles légales pour améliorer les conditions de travail, de rémunérer pleinement le service de la manière convenue, de ne pas modifier les clauses contractuelles essentielles sans le consentement préalable de l'employé. Les devoirs de protection sont ceux qui englobent les sphères physique, morale et intellectuelle, en plus du respect de l'honneur, de l'image, de l'intimité, de la vie privée, de l'intégrité physique, de la santé, de la non-discrimination, des libertés. Enfin, les devoirs d'information comprennent notamment les instructions sur la manière d'exécuter le travail, la sensibilisation à l'utilisation des équipements de sécurité, les avis pertinents pour l'exécution des services¹²³⁶.

Ce pouvoir de direction a été récemment réaffirmé par le Tribunal fédéral, dans une affaire qui discutait de la possibilité pour l'employeur d'exiger la preuve de la vaccination COVID-19 comme condition du maintien du lien d'emploi¹²³⁷. La Cour a jugé que, en vertu du pouvoir de direction de l'employeur et de la subordination juridique du salarié, le non-respect d'une volonté légitime constitue un motif valable de résiliation du contrat de travail. En l'espèce,

¹²³⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 40.

¹²³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 251.

¹²³⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 42.

¹²³⁷ BRÉSIL. Cour suprême fédérale, Argument de non-conformité au précepte fondamental 898, juge rapporteur Roberto Barroso, date de publication : 12 novembre 2021.

considérant qu'il était du droit des employés et du devoir de l'employeur de garantir un environnement de travail sûr et sain, et considérant également que la vaccination contribuerait directement à cette fin, sa demande était licite.

Section II – Les limites à la restriction des droits fondamentaux du travailleur par le pouvoir de l'employeur en France et au Brésil

Dans le système juridique français, les dispositions constitutionnelles créent des obligations pour les citoyens et les autres agents soumis à l'autorité de l'État, tout en créant des droits et des libertés pour les citoyens et ces agents, de sorte qu'il est possible de dire que le corps de règles juridiques français consacre en même temps un pouvoir et garantit des libertés¹²³⁸. De même, dans un ordre juridique où la grande majorité des règles constitutionnelles découlent du principe d'égalité des citoyens et de la protection de la dignité de la personne humaine, le segment du droit privé, influencé par celui-ci, consacre également des pouvoirs de certaines personnes par rapport à d'autres, parmi lesquels le pouvoir de l'employeur.

Un conflit naturel naît de la confrontation du pouvoir de l'employeur avec les libertés des travailleurs qui ont longtemps été négligées, parce que l'autorité de l'employeur était souveraine et prévalait même pendant les périodes où le travailleur n'effectuait pas les prestations. Aujourd'hui, la réalité est différente car les pouvoirs des employeurs ont été limités et sont mieux définis par la reconnaissance de droits pour les travailleurs découlant de leur statut de citoyen. Même en considérant que les droits et libertés des travailleurs ne peuvent être annulés, ils doivent cependant être harmonisés avec les droits et libertés de l'employeur. Un régime variable est alors établi en fonction des situations spécifiques qui apparaissent dans l'environnement de travail¹²³⁹, ce qui impose de comprendre le principe de proportionnalité invoqué pour résoudre ces situations.

Objectivement, le pouvoir de l'emploi est limité par la loi (notamment la législation interdisant la discrimination), par le règlement intérieur, par les conventions et accords collectifs, par l'intérêt propre de l'entreprise, entre autres. Il vise à démontrer comment ces

¹²³⁸ JEAMMAUD, Antoine. Libertés et pouvoir. Un double paradoxe et un paradoxe apparent. Dans : 13 paradoxes en droit du travail. Org. WAQUET, Philippe. Lamy : Paris, 2012, p. 211-228. p. 211.

¹²³⁹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons Paris, 2014, p. 226.

différents éléments sont traités dans le système juridique français, et comment ils ont un impact sur l'exercice du pouvoir d'emploi. Cette analyse est faite à la lumière de quelques cas pratiques dans lesquels on peut entrevoir un attachement au principe de proportionnalité, afin d'établir les limites de l'exercice du pouvoir d'emploi face aux restrictions des droits des travailleurs.

En ce qui concerne spécifiquement le pouvoir de direction, celui-ci est soumis à de nombreuses limites : respect des droits et libertés fondamentaux des travailleurs, interdiction de la discrimination, mise en œuvre des droits d'information et de consultation des organes de représentation des travailleurs, conformité des décisions au regard de l'intérêt de l'entreprise, exécution par le chef d'entreprise des obligations de sécurité et protection de la santé des travailleurs¹²⁴⁰.

Sur le plan juridique, l'article L. 1121-1 du Code du travail exige que toute restriction des libertés individuelles du travailleur soit proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tâche à accomplir. L'élargissement du principe de non-discrimination directe ou indirecte, ajouté à l'émergence d'un principe d'égalité, conduit à différentes situations dans lesquelles le chef d'entreprise doit objectivement justifier et démontrer le caractère essentiel de ses décisions, qu'elles concernent l'embauche, la promotion, le plan de carrière, la rémunération, le licenciement, etc. La théorie des justifications finit par dénaturer la vision classique selon laquelle l'exercice du pouvoir de direction n'est pas réglementé, puisque l'employeur doit expliquer les décisions individuelles qu'il prend¹²⁴¹, de sorte que ce pouvoir doit respecter trois impératifs : le respect des libertés et droits fondamentaux des travailleurs, le principe de non-discrimination et la protection de la santé des travailleurs.

Selon l'interprétation de la Cour de cassation, l'employeur peut définir unilatéralement les objectifs qu'il entend atteindre avec l'exécution des services par le salarié, et cette prérogative découle de l'exercice de son pouvoir de direction. On peut en conclure que, lorsqu'un employé présente des résultats insuffisants en raison d'un manque de capacité professionnelle ou d'une faute commise par lui pendant l'exécution du contrat, l'employeur est en droit de mettre fin au contrat de travail¹²⁴². Cette conclusion est tirée de l'affaire jugée par la Cour de cassation sociale le 26 novembre 2008¹²⁴³, dans laquelle un salarié avait été licencié pour " insuffisance de résultats " et, irrésolu, avait introduit une réclamation prud'homale pour contester la rupture du contrat. Dans cette affaire, la demande du plaignant a été rejetée au motif

¹²⁴⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 300.

¹²⁴¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 300.

¹²⁴² ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaelle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 115.

¹²⁴³ FRANCE. Cour de Cassation, Civile, Chambre Sociale, 26 novembre 2008, 07-42.673.

qu'il était licite pour l'employeur de définir unilatéralement les objectifs qu'il entendait obtenir avec le travail de l'employé et qu'en l'absence de tels objectifs, la résiliation du contrat était licite¹²⁴⁴.

En revanche, il existe une autre affaire de la Cour de cassation sociale, jugée le 11 janvier 2012¹²⁴⁵, dans laquelle un salarié avait été licencié pour avoir refusé d'enlever ses boucles d'oreilles pendant l'exécution des services. Pour l'employeur de l'époque, les employés qui étaient en contact avec la clientèle ne pouvaient pas porter de boucles d'oreille à leurs oreilles. La Cour d'appel a considéré que le licenciement était nul, considérant que l'employeur pouvait restreindre la liberté d'habillement des travailleurs lorsqu'il existait une justification raisonnable, en fonction de la nature des activités développées, et pour autant qu'elle soit proportionnelle ; en l'espèce, de telles exigences n'ont pas été démontrées par l'employeur, et la Cour a compris que la règle imposée par l'employeur était discriminatoire et, par conséquent, le licenciement fondé sur son non-respect était nul¹²⁴⁶.

Le pouvoir réglementaire ou normatif est également limité. Objectivement, le contenu du règlement intérieur est limité par l'article L. 1321-3, qui interdit certaines clauses contenant des dispositions contraires aux lois, conventions et accords collectifs applicables à l'entreprise, et même celles qui vont à l'encontre des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives, à moins qu'elles ne soient justifiées par la nature de l'activité et proportionnées au but recherché. En outre, aucune clause discriminatoire ne devrait être incluse dans cet instrument.

Le règlement intérieur doit être conforme aux lois, règlements, conventions et accords collectifs de travail applicables aux entreprises ou établissements, et ne peut porter atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles ou collectives, sauf si une restriction déterminée est justifiée par la nature de l'activité à exercer par le travailleur et proportionnée au but recherché, au regard de ce qui est établi à l'article L. 1321-3 du Code du travail. Cet article, cumulé avec les dispositions du L. 1121-1 de la même disposition légale, constitue une limitation importante au pouvoir d'emploi.¹²⁴⁷

En outre, le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions qui portent préjudice aux travailleurs, notamment en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de

¹²⁴⁴ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 114.

¹²⁴⁵ FRANCE. Cour de Cassation, Civile, Chambre Sociale, 11 janvier 2012, 10-15.481.

¹²⁴⁶ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 115.

¹²⁴⁷ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 252.

leur situation familiale, de leur origine, de leurs opinions, de leurs croyances (art. L. 1321-2, Code du travail). Ainsi, tout en étant une source de normes, elle doit respecter les dispositions obligatoires du droit du travail. L'application de ces dispositions législatives a la primauté sur les règlements internes, de sorte qu'elles constituent également, pour cette raison, une source de limitation du pouvoir d'emploi. Enfin, l'article L. 1321-3 du Code du travail apporte la possibilité de contrôler la proportionnalité des restrictions aux droits des travailleurs par rapport à l'objectif visé, ainsi que de vérifier l'existence d'une justification plausible de cette restriction¹²⁴⁸.

Le principe selon lequel un règlement intérieur ne peut contenir de clauses restrictives des droits et libertés n'empêche cependant pas un règlement intérieur de prévoir, par exemple, le contrôle de l'état d'ébriété d'un travailleur lorsque celui-ci peut présenter un danger pour lui-même ou autrui, à condition que les mécanismes de ce contrôle soient prévus dans le document¹²⁴⁹. À cet égard, l'article R. 4228-2 du Code du travail prévoit que l'employeur ne peut pas interdire aux salariés de pénétrer dans le milieu professionnel en état d'ébriété. Toutefois, il est possible pour l'employeur de procéder à une telle interdiction par une décision motivée. Pour appliquer les dispositions de l'article L. 1321-3 du Code du travail, il est nécessaire de démontrer le but légitime de l'employeur dans l'application du test d'ivresse à ses salariés, qui doit être lié à la tâche que ce salarié accomplit, en plus d'être dûment justifié. En effet, certaines libertés peuvent être violées avec l'exécution dudit test, telles que celles liées à la vie privée, et donc le jugement de valeur sur la nécessité et la proportionnalité prévu à l'article L. 1321-2 du Code du travail¹²⁵⁰ est indispensable.

Appelé à se prononcer sur la légalité d'un règlement intérieur d'entreprise autorisant ce type de contrôle par l'employeur, le Conseil d'État a jugé que la soumission du salarié à un éthylotest doit avoir pour objet de prévenir ou de faire cesser une situation dangereuse découlant de l'état d'ivresse, c'est-à-dire que l'employeur ne peut pas utiliser un test à l'occasion pour appliquer une faute disciplinaire à ses salariés sans aucune justification. Cela signifie que l'objectif du test d'ivresse ne peut pas être de constituer une preuve en faveur de l'employeur, mais seulement de satisfaire à un impératif de sécurité. La Cour de Cassation, dans le même sens, a déclaré légales les dispositions d'un règlement interne qui permettait d'établir, sur le lieu de travail, un contrôle de l'ivresse du salarié à condition que, compte tenu de la nature du travail

¹²⁴⁸ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 253.

¹²⁴⁹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 288.

¹²⁵⁰ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 253.

effectué, l'ivresse éventuelle soit susceptible d'exposer les personnes et/ou les biens à un danger. Ces solutions sont justifiées par l'obligation faite à l'employeur d'assurer un environnement de travail sûr (L. 4121-1, Code du travail), mais aussi par l'obligation faite à chaque salarié qui, en fonction de ses activités, doit veiller à la sécurité et à la santé de ceux qui travaillent avec lui et de lui-même (L. 4122-1, Code du travail)¹²⁵¹.

Si c'est l'impératif de sécurité qui détermine la licéité ou non d'un contrôle de l'ivresse sur le lieu de travail, les restrictions découlant de ce contrôle et portant atteinte aux libertés des travailleurs sont donc considérées comme proportionnées à l'objectif final poursuivi. De même, les limitations de la vie privée sont tolérées si le contrôle effectué par l'employeur est justifié par les besoins d'hygiène et de sécurité au travail. En général, l'exécution d'un travail dangereux justifiera l'utilisation par l'employeur d'un alcootest afin de préserver la sécurité dans l'environnement de travail. Ainsi, l'employeur peut établir des règles de contrôle si le règlement intérieur le permet et si l'état d'ébriété du salarié et la nature de l'activité qu'il exerce peuvent mettre en danger les personnes ou les biens¹²⁵².

La soumission des travailleurs à un test urinaire pour détecter l'usage de drogues constituant, *a priori*, une ingérence dans le droit à la vie privée, son application doit être proportionnelle à l'objectif recherché de sécurité de l'entreprise. Cela signifie que la nature de l'activité à exercer par le salarié peut justifier la mise en place d'un contrôle par l'employeur, évidemment à titre exceptionnel. Le salarié se soumet à un test urinaire afin de remplir son obligation de sécurité à l'égard des autres travailleurs, telle que prévue à l'article L. 4122-1 du Code du travail. Le règlement intérieur peut également prévoir quelles fonctions au sein de cette entreprise peuvent présenter un risque de cette nature. Il est souligné que la fréquence des tests doit être stipulée afin de respecter l'exigence de proportionnalité, en plus d'être justifiée, pour éviter les violations des droits des travailleurs.¹²⁵³

En 2002, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Madsen contre Danemark, a déclaré valide le test d'urine prévu dans le règlement intérieur d'une compagnie de ferries, qui avait été préalablement signé par tous les employés. Le but de ce test était de révéler si l'employé avait consommé des drogues ou des boissons alcoolisées 48 heures avant de fournir des services. Un employé a décidé de contester la validité de la clause du règlement interne, en

¹²⁵¹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 253.

¹²⁵² ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 254.

¹²⁵³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 255.

faisant valoir qu'elle violait le droit à la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a estimé que l'objectif du règlement intérieur de la compagnie maritime était légitime, car il visait à protéger la santé et les droits et libertés d'autrui et était indispensable à la sécurité des passagers du ferry. En France, la Cour de cassation¹²⁵⁴ a eu l'occasion de se prononcer sur les tests urinaires sur le lieu de travail à l'occasion d'une affaire discutant de la validité d'un renvoi disciplinaire prononcé à l'encontre de deux cyclistes ayant utilisé des produits dopants. Les raisons utilisées par la Cour de cassation dans cette affaire sont les mêmes que celles appliquées dans le cas de l'alcootest.¹²⁵⁵

Concernant la possibilité d'inclure une nouvelle clause dans le règlement intérieur, fruit du pouvoir réglementaire, l'article L. 1321-4 du Code du travail prévoit une procédure spécifique qui doit être respectée et qui la limite. Ainsi, tant dans l'élaboration que dans la modification du règlement intérieur par l'employeur, les représentants doivent être consultés au préalable, et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (appelé CHSCT) doit être informé des questions qui les concernent en raison de leur compétence. De même, le règlement intérieur doit être porté à la connaissance de l'inspecteur du travail afin qu'il prenne connaissance de son contenu. En effet, le contrôle de légalité externe – c'est-à-dire la régularité de la procédure adoptée – et un contrôle de légalité interne – c'est-à-dire la régularité et le respect des dispositions de l'article L. 1321-1 du Code du travail – doivent être confirmés par l'administration du travail. Parallèlement à la communication du règlement intérieur ou de sa modification à l'inspecteur du travail, l'employeur doit fixer les dispositions du règlement dans un endroit accessible aux travailleurs, ainsi que le soumettre au Conseil des Prud'hommes du site de l'entreprise. Le règlement intérieur entre en vigueur un mois après l'accomplissement de ces formalités¹²⁵⁶. Si le règlement intérieur prévoit la réalisation par l'employeur de contrôles justifiés et proportionnés, le refus du salarié de se soumettre à cet examen constitue une faute. Toutefois, si le règlement intérieur ne prévoit aucune clause stipulant l'application de tels tests, il est nécessaire de le modifier afin d'y inclure une telle disposition pour que l'exigence soit légitime.

Enfin, le pouvoir disciplinaire a également des limites. L'exigence de bonne foi dans ce contexte est essentielle, car elle sert à évaluer le comportement des parties et, éventuellement, à condamner l'employeur lorsqu'il utilise son pouvoir d'emploi de manière exagérée, par

¹²⁵⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 26 janvier 2017, 15-24.711.

¹²⁵⁵ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 254.

¹²⁵⁶ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 255.

exemple lorsqu'il prend en considération des situations, des personnes ou la vie familiale de l'employé, ce qui, en règle générale, est interdit. Historiquement, l'article 1134 du Code civil établissait que les relations devaient être exécutées de bonne foi, ce qui démontrait la force obligatoire que ce principe avait dans les contrats. Exécuter les contrats de bonne foi signifiait les exécuter selon les termes précédemment établis. Dans la première moitié du 20^e siècle, la bonne foi a connu une évolution importante lorsqu'elle a cessé d'être un simple accessoire et a commencé à être utilisée dans des situations où il y avait une croyance erronée dans la vérité et où il y avait une intention malveillante cachée. Dès la seconde moitié du 20^e siècle, une nouvelle évolution s'est produite : la bonne foi n'est plus seulement comprise comme l'opposé de la mauvaise foi pour devenir une ligne de conduite beaucoup plus exigeante. La bonne foi n'est plus comprise comme une obligation de "ne pas faire", mais comme une obligation de "faire". Dès lors, et face au silence de la loi, la règle décrite à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil est devenue une ligne directrice pour l'interprétation de tout contrat permettant aux juges d'enrichir son contenu avec l'évolution du thème et avec les jugements¹²⁵⁷.

À partir de cette évolution, il est possible d'identifier l'utilisation de la bonne foi de deux points de vue : elle commence à être utilisée à la fois comme une règle de conduite à suivre pour évaluer le comportement des personnes et comme une règle d'interprétation du contenu obligatoire du contrat, toutes deux présentes dans les relations de travail. Ainsi, elle se présente parfois comme un fondement technique destiné à enrichir le contrat, mais apparaît aussi, à d'autres moments, comme une règle substantielle qui permet d'apprécier les nuances du comportement de l'employeur et du salarié.¹²⁵⁸

Lorsqu'on analyse le comportement des travailleurs ou des employeurs à la lumière de la bonne foi, il semble qu'il ne s'agisse pas seulement d'une référence technique, mais surtout d'une référence substantielle au sens du contenu, et dans la plupart des cas, la vérification de ces comportements se produit lorsqu'il y a un abus de droit de la part de l'une ou l'autre partie. La résiliation du contrat de travail est un terrain fertile pour contrôler l'exigence de bonne foi, surtout lorsqu'elle n'est pas fondée sur une réglementation spécifique, la notion d'abus de droit et de bonne foi permettant de réglementer et de contrôler la manière dont l'employeur exécute son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail et peut même être condamné pour ne pas avoir respecté l'exigence de bonne foi lors de la résiliation du contrat. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un employé est licencié dans des conditions vexatoires, la résiliation étant abusive, en plus de donner lieu à des demandes d'indemnisation (dommages moraux) découlant des

¹²⁵⁷ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 259.

¹²⁵⁸ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 260.

dommages que le comportement a généré à l'employé¹²⁵⁹. On constate donc que l'exécution du contrat de travail offre un nouveau lieu d'expression de l'exigence du devoir de bonne foi, comme dans les cas où la validité des clauses stipulant la "mobilité géographique"/délocalisation est discutée.

En effet, dans la bonne foi, il existe un devoir de loyauté et un devoir de coopération, car celui qui s'engage dans une relation contractuelle doit la mettre en œuvre et l'exécuter de manière loyale et équitable ; de même, il doit permettre à l'autre partie d'exécuter également ses obligations. L'employeur n'échappe pas à cette double exigence, qui s'observe à travers l'interprétation donnée par la Cour de cassation à la clause de mobilité. Par exemple, dans les clauses de mobilité, il est bien connu que l'employeur ne peut pas exiger du salarié qu'il change instantanément de lieu de travail, de sorte que, même si une telle clause ne le prévoit pas, un délai de préavis doit être respecté. Si l'employeur impose au salarié un déménagement immédiat, sans lui accorder un délai de réflexion, ni un préavis, il est considéré comme ayant agi de manière brutale et déloyale, et est tenu responsable de la rupture du contrat¹²⁶⁰. C'est pourquoi il est précisé que l'employeur ne peut être indifférent à la situation personnelle et familiale du salarié, et une clause de mobilité qui modifie le lieu de travail d'un salarié qui est père d'un enfant handicapé moteur ou qui se trouve dans une situation familiale vulnérable, par exemple, est considérée comme abusive.

Cela se produit également parce que le droit de l'employeur de mettre fin au contrat est soumis à l'incidence des dispositions de la Common Law relatives à la rupture des relations conventionnelles. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence a cherché à assurer une cohérence entre la rupture du contrat de travail à durée déterminée et la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, toutes deux à l'initiative de l'employeur, en établissant des obligations pour ce dernier, notamment le respect des procédures requises par la loi et en observant l'existence d'une cause réelle et sérieuse qui justifie cette rupture¹²⁶¹.

L'employeur, lorsqu'il décide de licencier un travailleur pour des raisons liées à sa personne, jouit d'une prérogative dont l'analyse de la validité est chargée de subjectivité. La question principale réside dans la possibilité d'exercer le pouvoir de résilier un contrat pour un motif "inhérent à la personne du travailleur" sans laisser place à l'arbitraire. À cet égard, il est possible de s'interroger : où se situe la frontière qui sépare le motif personnel – qui constitue

¹²⁵⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 263.

¹²⁶⁰ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 264.

¹²⁶¹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 114.

une cause sérieuse et réelle – et donc suffisamment objectif pour justifier un licenciement ? Et la subjectivité comme source d'arbitraire menant à la discrimination ? Consciente de ce défi, la jurisprudence a tracé des limites que l'employeur ne peut dépasser, afin que la subjectivité de ses décisions puisse être analysée et encadrée dans des critères objectifs par le juge¹²⁶².

L'employeur qui décide de licencier un salarié pour un motif lié à sa personne adopte une mesure nécessairement subjective, de sorte que le licenciement doit être fondé sur une cause réelle et sérieuse, sous peine d'être considéré comme nul et non avenu. Il convient de souligner l'importance de ne pas confondre le motif et la cause de la rupture du contrat, et la distinction est classiquement faite en matière de licenciement pour motif économique. Le motif qui peut être inhérent ou non à la personne du travailleur permet de qualifier le licenciement, tandis que la cause justifie le licenciement. Une raison personnelle est subjective, mais la cause du licenciement pour une raison personnelle doit être objective. La jurisprudence applique la notion de motifs et de cause de manière interchangeable et souvent subjective, mais lorsque le motif du licenciement est personnel et discriminatoire, aucune subjectivité n'est admise.¹²⁶³

Les décisions de l'employeur concernant les licenciements motivés par une affaire personnelle du salarié sont chargées d'une subjectivité inhérente de sorte que, pour être valables, elles doivent être justifiées par une cause sérieuse et réelle, aux termes de l'article L. 1232-1 du Code du travail. Cependant, la loi ne définit pas ce que serait cette cause "sérieuse et réelle", d'où l'opportunité d'analyser comment se sont déroulées les discussions parlementaires sur la création de cet article le 13 juillet 1973. À partir de l'analyse des rapports, il est possible de trouver quelques indices concernant les réflexions menées sur les significations possibles de ce que serait une cause "sérieuse et réelle" : une cause réelle doit être objective, fondée sur un élément matériel et précis ; une cause sérieuse présuppose que les éléments invoqués sont pertinents. Les juges analysent la question du sérieux et de la réalité de la cause de manière relativement souple ; plusieurs causes présentées avec un certain fondement sont exclues en raison de leur subjectivité ; plusieurs autres sont tolérées, bien qu'elles soient interprétées différemment selon la situation¹²⁶⁴.

Le fait est que la cause du licenciement doit être réelle, c'est-à-dire objective. Une cause relative à la personne du travailleur ne peut paraître, à première vue, objective, de sorte

¹²⁶² ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 115.

¹²⁶³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 116.

¹²⁶⁴ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 116.

qu'elle sera considérée comme telle lorsqu'elle est indépendante de la bonne ou de la mauvaise humeur de l'employeur. La cause réelle doit être matériellement vérifiable car, sinon, la tendance est de la considérer comme nulle et non avenue. Même la jurisprudence a déjà déclaré nulles certaines causes qu'elle jugeait trop subjectives, telles que : la perte de confiance, l'incompatibilité des tempéraments ou le conflit d'intérêts¹²⁶⁵.

Le regard des juges est orienté vers la recherche d'éléments objectifs et précis qui justifient la résiliation du contrat. C'est pour cette raison que le motif "perte de confiance" a été rejeté comme cause "réelle" car il ne constituait pas, en soi, un motif de résiliation du contrat dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 29 novembre 1990¹²⁶⁶. Dans une autre affaire, la même Cour a jugé que la perte de confiance de l'employeur ne pouvait jamais constituer, en soi, une cause de résiliation du contrat de travail, même lorsqu'elle repose sur des éléments objectifs ; en effet, seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de résiliation du contrat, mais jamais la perte de confiance résultant de ces éléments ne pourrait justifier la résiliation d'un contrat.¹²⁶⁷

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a considéré que le seul risque de conflit d'intérêts ne pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat du salarié lorsque le manquement du salarié à son obligation de bonne foi contractuelle n'est pas caractérisé. L'employeur ne pourrait pas non plus bénéficier du silence de l'employé dans ces situations. Toutefois, l'employeur peut invoquer les conséquences résultant d'un fait lié à la vie personnelle du salarié lorsqu'il est prouvé que ce fait entraîne des pertes pour l'entreprise, comme c'est le cas du conjoint qui rend des services dans la même fonction pour l'entreprise concurrente¹²⁶⁸. On constate donc que, de manière générale, la Cour de cassation exclut les arguments tels que la perte de confiance, l'incompatibilité d'humeur et le conflit d'intérêts comme étant des causes de nature personnelle justifiant une autorisation. Au contraire, il est possible pour l'employeur d'invoquer des éléments objectifs liés à de tels faits pour justifier une violation.

En résumé, les raisons qui conduisent à la résiliation du contrat sont considérées comme "réelles" pour autant qu'elles reposent sur des faits matériellement vérifiables. Cette analyse est particulièrement nécessaire par rapport à l'allégation d'insuffisance professionnelle

¹²⁶⁵ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 116.

¹²⁶⁶ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 20 novembre 1991, 88-43.120.

¹²⁶⁷ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 116.

¹²⁶⁸ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 117.

et d'insuffisance de résultats, qui sont des hypothèses pouvant être apportées comme justification dans une décision de licenciement du salarié. Sans avoir de définition, l'insuffisance professionnelle est prise en compte par les juges lorsqu'ils analysent l'exercice d'une activité professionnelle. Lorsqu'elle est alléguée par l'employeur, elle doit être fondée sur des faits précis et vérifiables. L'existence de résultats insatisfaisants ou même d'une mauvaise exécution des tâches doit être dûment documentée ; inclusivement, l'insuffisance professionnelle peut également être démontrée lorsque l'employé met en péril le bon fonctionnement de l'entreprise, comme c'est le cas du professionnel qui n'est pas en mesure de gérer de manière satisfaisante une équipe¹²⁶⁹.

L'insuffisance des résultats ne constitue pas, en soi, une cause réelle et sérieuse de résiliation du contrat, mais doit être démontrée par une insuffisance professionnelle ou une faute imputable au travailleur. Les objectifs fixés par le salarié doivent être réalistes et l'insuffisance de résultats peut résulter de l'incapacité du salarié à atteindre ces objectifs, c'est-à-dire de son incapacité professionnelle, sans pour autant caractériser une faute qui justifierait la rupture de son contrat. Ces objectifs, fixés unilatéralement ou négociés, sont contrôlés par le juge qui vérifie leur caractère réaliste, raisonnable, compatible avec le marché, en s'assurant que l'employeur a fourni tous les moyens nécessaires au salarié pour les atteindre, pour ensuite seulement les considérer comme licites¹²⁷⁰.

La Cour de cassation a également considéré que l'employeur peut invoquer, dans la lettre de licenciement, différents motifs de rupture de la relation, inhérents au travailleur. À cet égard, l'insuffisance des résultats liée à l'incompétence professionnelle ou à l'absence de faute du travailleur ne constitue qu'une des nombreuses raisons possibles. Toutefois, l'employeur doit veiller à ne pas tomber dans la subjectivité, ce qui est interdit lorsqu'il s'agit de discuter de la légalité d'une rupture du contrat de travail. Une telle subjectivité apparaît lorsque l'employeur décide de mettre fin à un contrat de sa propre initiative sur la base d'un motif personnel qui, en réalité, dissimule un motif discriminatoire. De ce fait, il est considéré comme nul et non avenue. La loi énumère les raisons qui sont interdites, mais ne trace pas de limite cohérente et flexible à la subjectivité présente dans les décisions des employeurs. Dès lors, une cause personnelle invoquée par l'employeur peut, en réalité, constituer un motif interdit de rupture du contrat, puisque la législation a instauré une protection absolue des libertés du travailleur aux termes de

¹²⁶⁹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 117.

¹²⁷⁰ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 118.

l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui ne permet d'y apporter des restrictions que si elles sont justifiées et proportionnées¹²⁷¹. En principe, tout licenciement fondé sur l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail est considéré comme discriminatoire et nul de plein droit (L. 1132-4, Code du travail), car la loi protège les libertés individuelles et collectives qui sont fondamentales pour les travailleurs. Ainsi, il n'est pas possible de licencier un travailleur en raison de son sexe ou de son apparence physique, par exemple

Imaginez la situation d'un employé masculin qui travaille en contact direct avec la clientèle dans un restaurant et qui est licencié parce qu'il porte des boucles d'oreilles qui, pour la clientèle qui fréquente l'endroit, sont quelque chose de gênant. Dans cette situation, l'employeur invoque une limitation à la liberté d'habillement du salarié en la justifiant par la tâche que ce dernier accomplit, en arguant de la proportionnalité d'une telle restriction par rapport à l'objectif final recherché, conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail. À cet égard¹²⁷², il a été décidé que la restriction de la liberté individuelle de s'habiller doit être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnelle à l'objectif final visé. La question qui se pose est celle de la valeur juridique du droit à la liberté vestimentaire ; plus précisément : si elle constitue une liberté fondamentale protégée par l'article L. 1132-1 du Code du travail, l'employeur n'impose pas de restrictions qui portent une atteinte excessive et disproportionnée à cette liberté, ni ne sont discriminatoires. L'affaire Monribot (également connue sous le nom d'affaire "Bermudes") du 28 mai 2003 a établi que la liberté vestimentaire n'appartient pas à la catégorie des libertés fondamentales. Une autre interprétation est également possible qui conduit à la reconnaissance d'une valeur fondamentale à la liberté vestimentaire, plus précisément si celle-ci est considérée comme une manifestation de l'apparence physique ; dans ce cas, un motif discriminatoire ne peut être pris en compte par l'employeur dans sa décision de licencier un employé. Sur ce point, la doctrine considère qu'il est possible d'avoir une large acceptation du fait que l'apparence physique comprend non seulement le corps de la personne, mais aussi son apparence extérieure et, par conséquent, aurait la nature d'une liberté fondamentale. En revenant au cas du salarié portant des boucles d'oreilles et en considérant les deux possibilités d'interprétation de la liberté vestimentaire décrites, c'est le deuxième courant qui a prédominé et la Cour de cassation a compris que le salarié était victime d'une discrimination en raison de son apparence physique. La lettre de licenciement indiquait que, l'employé étant au service des clients, il n'était pas toléré qu'il porte des boucles d'oreilles pour

¹²⁷¹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 119.

¹²⁷² FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 novembre 2001, 99-43.988.

le simple fait qu'il était un homme ; la Cour a compris qu'il s'agissait d'une discrimination également fondée sur le sexe dans le cas déféré. On peut constater que deux motifs interdits ont été identifiés dans le cas en question : l'apparence physique et le sexe¹²⁷³.

De cette décision, il est possible de déduire que l'employeur qui licencie un employé sur la base d'une liberté inhérente à sa condition d'être humain commet un acte discriminatoire interdit par l'ordre juridique, car les dispositions législatives qui s'appliquent à ces relations protègent les libertés et les droits des travailleurs. Cependant, il existe un risque d'instrumentalisation de ces dispositions, qui est amplifié par le conflit de logiques intrinsèque au droit du travail. L'opposition entre le salarié et l'employeur se traduit par des arguments et des fondements juridiques invoquant, respectivement, les articles L. 1132-1 et L. 1121-1, tous deux du code du travail. La loi du 27 mai 2008 est parvenue à assurer la convergence des deux articles en modifiant l'article L. 1133-1 du Code du travail qui interdit la discrimination, n'autorisant une différence de traitement qu'en cas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, et à condition que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Pour en revenir au cas du salarié portant une boucle d'oreille, il n'apparaît pas que l'interdiction instituée par l'employeur corresponde à une exigence professionnelle essentielle, notamment au sein d'un restaurant.¹²⁷⁴

Face au scénario protecteur, l'employeur se trouve dans une position particulièrement délicate, car même si hypothétiquement le règlement interne ou une convention collective permet une restriction justifiée et proportionnelle des libertés des employés, même en prévoyant que le non-respect autorise l'exercice du pouvoir disciplinaire de travail, l'employeur ne pourra pas contrôler les limites de cette règle qu'il a créée, puisque le juge vérifiera la présence ou l'absence de discrimination. Le juge imposera encore l'objectivité des éléments étrangers à toutes les formes de discrimination qui peuvent être pratiquées et qui doivent être démontrées par l'employeur, ainsi que l'objectivité des éléments imputables au travailleur¹²⁷⁵.

Cette objectivité est requise par la loi et est souvent invoquée par les juges. C'est d'ailleurs ce dernier qui est à l'origine du mouvement d'objectivation de l'insuffisance de résultats, créant l'idée que le licenciement fondé sur des motifs personnels est interdit lorsque l'employeur ne démontre pas la présence d'éléments objectifs imputables au travailleur qui

¹²⁷³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 119.

¹²⁷⁴ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 120.

¹²⁷⁵ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. *Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail*. LexisNexis : Paris, 2007. p. 120.

justifient la décision de licenciement. Même, comme exposé précédemment, face à une allégation d'insuffisance professionnelle ou de faute de l'employé, la jurisprudence tend à privilégier une analyse objective sur l'insuffisance des résultats qui peut démasquer un licenciement discriminatoire¹²⁷⁶.

Comme on peut le noter, pour tout motif personnel invoqué pour la résiliation du contrat, la présence d'éléments objectifs, grâce auxquels il est possible de vérifier la validité de la mesure prise, est indispensable. Ces éléments objectifs comprennent l'ensemble des faits susceptibles d'être imputés au salarié, mais aussi l'analyse de l'activité exercée dans l'entreprise par le salarié et du contexte dans lequel elle a été exercée. Par conséquent, il devient possible, à partir du mouvement d'objectivation qui est défini, de renforcer la distinction entre les motifs qui sont liés à l'insuffisance des résultats et les causes qui correspondent aux éléments sous-jacents qui justifient la prise de la mesure extrême¹²⁷⁷.

Les sanctions prévues par la loi concernent tant la forme que le motif de la mesure de licenciement du salarié. Les règles de forme s'imposent, notamment les règles de procédure et les règles liées à la motivation contenue dans la lettre de licenciement. L'importance accordée aux termes de la lettre de licenciement est illustrée par le deuxième cas qui sera analysé ci-dessous. Comme on l'a déjà vu, les juges disposent d'un grand pouvoir d'interprétation des motifs énoncés dans les lettres de licenciement. Selon les articles L. 1232-6 et 1233-42 du code du travail, la lettre de licenciement fixe les limites du litige, de sorte que l'absence de motifs dans la lettre a pour conséquence de conclure que le licenciement n'était pas fondé sur une cause réelle et sérieuse. Ainsi, les motifs qui conduisent au licenciement du salarié doivent être énumérés dans la lettre de licenciement, et il est certain que ceux qui sont imprécis ou qui ne sont pas matériellement vérifiables équivalent à l'absence de justification. Peu importe que le salarié ait eu ou non connaissance des raisons qui ont conduit à la révocation de la convention à l'initiative de l'employeur ; ce dernier est tenu de respecter le formalisme imposé par la loi, c'est-à-dire que la lettre qui notifie au salarié son licenciement doit contenir les raisons qui ont conduit l'employeur à mettre fin à la relation.

Si le juge ne parvient pas à respecter l'exigence légale, il n'est pas autorisé à conclure qu'il n'y a pas de raison réelle et sérieuse à l'octroi de la licence. Néanmoins, cette conception a été reformulée et actuellement il est entendu qu'une raison insuffisante ou même l'absence de

¹²⁷⁶ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 120.

¹²⁷⁷ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 121.

raison n'entraîne pas une sanction automatique, et le juge doit rechercher les causes de l'autorisation par la production de preuves dans le processus, évaluant ainsi l'existence ou non d'une cause sérieuse, concluant sur la validité ou non de cette exemption¹²⁷⁸. L'absence de cause réelle et sérieuse a pour conséquence la déclaration d'un licenciement injustifié, ouvrant la marge à une série de droits au travailleur, parmi lesquels se détache l'obligation de l'employeur de verser une indemnité.

Il est interdit – et fortement conseillé – à l'employeur d'utiliser des éléments objectifs pour démontrer l'absence de discrimination dans sa décision de licencier le salarié, sous peine de voir la résiliation du contrat considérée comme nulle et non avenue. L'employeur qui est accusé d'avoir procédé à un licenciement fondé sur un motif interdit par la loi a l'obligation de la charge de la preuve. En effet, la loi prévoit que le salarié doit simplement présenter les éléments de fait qui laissent penser qu'il y a eu une discrimination directe ou indirecte, en violation des dispositions de l'article L. 1134-1 du Code du travail, c'est à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute forme de discrimination, selon l'article L. 1134-1. Ensuite, il appartiendra au juge, par l'analyse des éléments apportés par les deux parties, de rendre le jugement de condamnation concernant.¹²⁷⁹

Tout dommage qui a pu être généré dans l'entreprise en raison d'un comportement pratiqué par le salarié et qui viole le devoir de loyauté doit être soigneusement analysé avant qu'une sanction ne soit établie. Pendant longtemps, la limitation des libertés individuelles n'était justifiée qu'en raison de "l'abus de confiance" du salarié. Cependant, comme indiqué, avec l'évolution de la jurisprudence, la Cour de cassation a cessé de considérer comme légitime le licenciement d'un salarié fondé uniquement sur la perte de confiance de l'employeur et a commencé à exiger, pour valider un tel licenciement, l'existence d'éléments objectifs¹²⁸⁰. Ainsi, le pouvoir de licenciement de l'employeur a été limité, puisqu'il ne pouvait plus utiliser l'existence d'un "risque" pour l'entreprise, résultant d'un comportement extraprofessionnel pratiqué par le salarié, comme motif de rupture du lien¹²⁸¹ ; en d'autres termes, l'employeur a commencé à exiger la démonstration de l'existence d'éléments objectifs prouvant le préjudice

¹²⁷⁸ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 121.

¹²⁷⁹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 122.

¹²⁸⁰ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 novembre 1990, 87-40.184, Publié au bulletin : " Attendu qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ".

¹²⁸¹ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 24.

effectif causé par le salarié en raison d'un comportement pratiqué dans la vie privée du salarié pour que la rupture du contrat de travail soit valable.

Malgré cette restriction du pouvoir disciplinaire, qui a diminué les risques de résiliation d'un contrat de travail sur la base d'un comportement pratiqué en dehors des murs de l'entreprise, il existe encore de nombreux cas dans lesquels la limitation des libertés individuelles des salariés est admissible ; c'est le cas par exemple des salariés qui exercent des fonctions de direction ou de gestion, qui peuvent être privés de l'exercice de certaines libertés dans le cadre de leur vie privée¹²⁸². Sur ce point, la Cour de cassation¹²⁸³ a confirmé la légalité du licenciement d'un employé ingénieur qui ne s'est pas présenté sur son lieu de travail un samedi lors du transfert d'un nouvel ordinateur. La Cour a compris que l'employeur aurait pu exiger, en raison d'un besoin particulier, la présence du salarié un jour non ouvrable, obligation dont le salarié ne pouvait être dispensé qu'en cas de force majeure. Par ailleurs, considérant que le salarié avait été averti plusieurs mois à l'avance du rendez-vous et que sa présence était importante, la demande de l'employeur n'était pas illégale et ne portait pas atteinte à la vie privée du salarié au point que le refus du salarié de se présenter au travail justifiait la rupture de son contrat de travail.

Si l'on prend le crochet des libertés individuelles, celle qui subit probablement le plus de restrictions du fait de l'exercice du pouvoir disciplinaire est la liberté d'expression des salariés, notamment lorsqu'un devoir de réserve est imposé à certains. Sur cette prérogative, la Cour de cassation¹²⁸⁴ a été appelée à se prononcer sur une affaire impliquant un salarié qui avait participé à une manifestation publique demandant le départ du nouveau PDG de l'entreprise. À cette occasion, la Cour a considéré que l'attitude du salarié – qui occupait un poste important dans l'entreprise – consistant à critiquer le comportement du président du conseil d'administration de la société constituait une cause réelle et sérieuse, de sorte que le licenciement était légitime et proportionnel.

¹²⁸² BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 25.

¹²⁸³ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 27 novembre 1991, 88-44.110, Publié au bulletin: « Mais attendu que la cour d'appel a relevé que M. X..., ingénieur-système, avait refusé de se rendre sur son lieu de travail un samedi pour assurer la mise en service d'un ensemble informatique, alors qu'il était prévenu de cette mission depuis plusieurs mois; que la demande de l'employeur qui entrainait dans le cadre des obligations professionnelles de ce salarié, ne portait pas atteinte à la vie privée de celui-ci; que la décision se trouve ainsi justifiée ».

¹²⁸⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 octobre 1984, 82-41.950, Publié au bulletin: « qu'elle en a déduit par ces seules constatations que cette situation gravement conflictuelle, imputable à l'attitude de M. Darmon, mettait en péril le fonctionnement de l'institution et donnait au licenciement de M. Darmon une cause réelle et sérieuse».

De l'arrêt, il est possible de conclure que les travailleurs qui occupent des postes de direction auront une plus grande limitation de la liberté d'expression, qui s'ajoute à une obligation de réserve et de discrétion quant aux faits dont ils ont connaissance en raison de l'exercice de leur profession, et qui est justifiée pour protéger l'image de l'entreprise. Néanmoins, afin d'éviter une restriction exacerbée des droits des salariés par un usage excessif du pouvoir disciplinaire, les tribunaux¹²⁸⁵ ont exigé que l'employeur prouve que le salarié, en s'exprimant librement, a agi d'une manière qui a porté atteinte aux intérêts et/ou à l'image de l'entreprise, et ce n'est que dans ces cas que la résiliation du contrat de travail est justifiée.

Une telle conclusion est tirée de l'arrêt de la Cour de cassation de 2001, dans lequel une limite légale au devoir de loyauté ou de fidélité du salarié a été établie dans les termes suivants¹²⁸⁶ (traduction libre) : "si l'employeur peut établir des règles pour l'exercice des activités, il doit également veiller à ce que ces règles ne violent pas les libertés et droits fondamentaux des salariés"¹²⁸⁷. Si l'entreprise souhaite établir des principes de loyauté et de fidélité à l'égard de ses employés, elle ne peut les conditionner à des critères qui portent atteinte aux libertés et droits fondamentaux, notamment la liberté contractuelle, qui doit être assurée dès l'embauche et jusqu'au licenciement. À cet égard, en raison de l'exercice du pouvoir par l'employeur, certains contrats peuvent également contenir des clauses d'exclusivité, ce qui constitue un devoir de loyauté plus accentué destiné à assurer l'existence et la santé financière de l'entreprise. La clause d'exclusivité est une garantie pour l'entreprise¹²⁸⁸ et il est également possible d'établir des clauses de non-concurrence. Les deux sont soumis à une analyse pour déterminer s'ils sont abusifs.

Indépendamment de la sphère du pouvoir de l'employeur (de direction, de réglementation ou de sanction), il est possible de constater qu'il existe des outils pour réglementer la coexistence des droits et libertés au sein d'une relation de travail, à commencer par l'article L. 1121-1¹²⁸⁹ du Code du travail, qui dispose que toute restriction aux droits et libertés sera interdite si elle n'est pas justifiée par la nature de l'activité exercée et si elle n'est pas proportionnée au but recherché. Comme on l'a vu, le texte juridique lui-même cite deux critères qui autorisent l'atténuation des libertés : (i) la nature de la tâche à accomplir ; (ii) la

¹²⁸⁵ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 25.

¹²⁸⁶ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 606.

¹²⁸⁷ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 18 avril 2000, 98-40.922.

¹²⁸⁸ YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013. p. 607.

¹²⁸⁹ FRANCE. Code du travail, article L. 1121-1 : " Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ".

proportionnalité de l'action de l'employeur¹²⁹⁰. Dans le cas d'un comportement entraînant la rupture du contrat de travail, il est également exigé que l'employeur prouve l'existence d'un dommage objectif résultant de l'attitude du salarié, sous peine de ne pas le faire, ne justifiant pas la rupture du contrat du salarié sur la base de ce fait.

Les restrictions aux droits et libertés individuels des travailleurs qui surviennent en raison de l'exercice du pouvoir d'emploi, même si elles sont justifiées et proportionnées (L. 1121-1), peuvent être soumises à un juge pour analyser leur légalité et si les exigences ne sont pas excessives. La plupart du temps, il s'agit de concilier deux droits différents : celui du travailleur en tant que sujet de droit, et celui de l'employeur, qui rémunère cet individu et attend, en retour, que l'exécution des services se déroule comme il l'a confié. En ce sens, il est possible de se demander ce que serait une restriction justifiée et proportionnelle ? Une restriction est-elle justifiable lorsqu'elle a pour but d'assurer la pleine exécution des tâches auxquelles le salarié s'est engagé au moment de la conclusion de son contrat de travail ? Par exemple, un employé qui manipule une machine à couper peut voir sa liberté vestimentaire restreinte par l'imposition d'un uniforme dans le but d'assurer sa propre protection pendant l'exécution des services.¹²⁹¹

La proportionnalité, à son tour, doit être mesurée en fonction de l'objectif de la restriction ; sa compréhension est fondamentale pour comprendre comment elle est appliquée par les tribunaux dans des cas pratiques, car elle est le premier outil invoqué pour résoudre les cas difficiles. Exposés, les droits fondamentaux ne servent pas de prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société, qui découle notamment de la théorie horizontale. Par conséquent, toutes les restrictions peuvent être apportées pour autant qu'elles répondent effectivement aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la collectivité et ne constituent pas, compte tenu de leur finalité, une intervention non mesurée et intolérante contre le noyau de ce droit, dont la conclusion est tirée à la lumière du principe de proportionnalité.

Ce principe est couramment invoqué en matière d'interdiction de la discrimination, qui est également considérée comme une limite au pouvoir de l'emploi. Qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte, le fait est que l'analyse de la légalité du pouvoir d'emploi présuppose l'analyse de la proportionnalité des actions du patron de l'entreprise. À cet égard, une attention particulière est accordée à la discrimination indirecte, une situation dans laquelle

¹²⁹⁰ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 229.

¹²⁹¹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 236.

une disposition, une pratique ou un critère apparemment neutre entraîne un désavantage pour certaines personnes d'un groupe. Elle peut être considérée comme valable au regard de la proportionnalité si elle peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de sa mise en œuvre sont appropriés et nécessaires. Ces deux derniers critères (approprié et nécessaire) évoquent les aspects instrumentaux de la triade publiciste et l'argument de la justice des moyens. Dans le domaine de la discrimination fondée sur la nationalité, par exemple, la Cour a jugé à plusieurs reprises qu'une disposition doit être considérée comme indirectement discriminatoire lorsqu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter illégalement les travailleurs migrants aux dépens des travailleurs nationaux, au détriment des premiers, à moins qu'un tel comportement ne soit objectivement justifié et proportionné à l'objectif poursuivi (CJCE, 18 juillet 2007, C-212/05). Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier la pertinence et la justification fournie, mais la Cour du Luxembourg met à la disposition des juges un certain nombre d'indicateurs, à savoir : les demandes du marché, le temps disponible, la pénibilité de certains emplois. Ces situations sont considérées comme justifiables par la Cour.¹²⁹²

La proportionnalité intervient pour renforcer le compromis entre la valeur civique de l'égalité et les valeurs d'autres réalités, telles que les valeurs du marché, de sorte que chaque exigence de non-discrimination révèle un droit ou une liberté fondamentale spécifique qu'elle tend à garantir. Ainsi, une mesure qui entraîne un désavantage pour une catégorie de personnes donnera lieu à la mise en œuvre d'une exigence de proportionnalité, notamment dans la dimension axiologique, jusqu'à ce que la mesure affecte le droit ou la liberté en question¹²⁹³.

Considérant que tout droit peut être soumis à des restrictions, parfois non pas par les pouvoirs publics mais par les situations dans lesquelles ils sont invoqués ou contestés, il est considérable de s'interroger sur la détermination d'exigences professionnelles qui, sous la réserve de la proportionnalité, permettraient de faire obstacle à l'invocation d'une discrimination. À ce sujet, le droit du travail français a admis la notion de discrimination indirecte dans l'article L. 122-45. L'engagement de proportionnalité mis en évidence trouve un appui dans l'ordre juridique et dans la nécessité d'avoir des réponses aux conflits impliquant un droit fondamental d'un côté et l'intérêt général ou un autre droit fondamental de l'autre. On constate que la notion de limites aux droits peut être comprise dans deux sens : elle se réfère à

¹²⁹² GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 395.

¹²⁹³ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 395.

la fois à des actes, notamment juridiques, restreignant l'exercice d'un droit, et à des situations dans lesquelles les droits fondamentaux trouvent leurs limites¹²⁹⁴.

Dans les deux cas, la notion de principe de proportionnalité est importante et se retrouve également dans l'article L. 120-2, qui oppose, d'une part, les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives et, d'autre part, l'objectif poursuivi. La Cour de cassation a rapidement précisé que l'objectif poursuivi devait être la protection des intérêts de l'entreprise. Une certaine transposition des principes européens de proportionnalité a donné à l'intérêt de l'entreprise, dans les relations de travail, une fonction similaire à celle de l'intérêt général. La proportionnalité a ainsi conduit à faire de l'intérêt de la société un véritable instrument juridique. C'est cet intérêt qui crée le lien entre toutes les applications de la proportionnalité dans les relations de travail.

Cet article a été mis en œuvre afin d'apprécier l'exercice, par l'employeur, de son pouvoir de direction ou d'apprécier la validité de stipulations contractuelles prévues en faveur de l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise n'intervient que pour apporter la notion de contrôle de la légitimité des objectifs poursuivis par l'entreprise. Certes, la référence à l'intérêt de la société suggère que le conflit dans lequel s'inscrit la proportionnalité n'oppose pas simplement des intérêts individuels. En effet, le salarié peut, à lui seul, faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise et, par exemple, faire exclure une clause de non-concurrence de son contrat de travail. En outre, une nouvelle vision de l'entreprise en tant que système organique et rationalisé semble émerger et la proportionnalité semble assumer une position de constitution sociale de l'entreprise, ce qui révèle un engagement envers la proportionnalité et la recherche d'un monde commun entre les employés et les employeurs.¹²⁹⁵

Le principe de proportionnalité, introduit par l'article L. 120-2 du Code du travail, est invoqué lorsqu'il y a un conflit de normes. Il est expliqué : en prenant comme exemple la validité d'une clause de non-concurrence, d'une part, cette clause constitue une violation de la liberté de travail ou du libre exercice d'une activité professionnelle dont peut se prévaloir le salarié ; d'autre part, elle légitime l'invocation de la protection des intérêts de l'entreprise, qui peut elle-même être liée à la liberté de l'entreprise. Le principe de proportionnalité intervient alors dans le traitement et la résolution de ce conflit. Si la restriction à la liberté invoquée par le salarié est, ou n'est pas, proportionnelle, la clause sera valable ou non. Par conséquent, on voit que la

¹²⁹⁴ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 397.

¹²⁹⁵ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 401.

proportionnalité commande l'orientation de la solution du conflit de règles par le choix du résultat recherché par l'une des parties¹²⁹⁶.

Une autre limitation du pouvoir d'emploi se trouve à l'article L. 323-9, qui prévoit que les employeurs sont tenus d'adopter, à l'égard des personnes handicapées, des mesures appropriées pour leur permettre d'accéder à un emploi et de le conserver, à condition que les coûts résultant de l'application de ces mesures ne soient pas disproportionnés, compte tenu des aides susceptibles de compenser, en tout ou partie, les dépenses supportées par l'employeur. D'un point de vue doctrinal, cette obligation d'aménagement raisonnable semble correspondre à la mise en œuvre d'un droit à l'autonomie pour toutes les personnes handicapées ou ayant des besoins spécifiques. L'introduction dans le droit positif peut se comprendre dans le cas d'un transfert en faveur des employeurs d'une politique publique qui vise à garantir un droit fondamental. Ce sont des personnes privées – les employeurs – qui vont mettre en œuvre une politique publique et un droit fondamental, sans s'assurer qu'ils recevront une compensation financière. Le conflit se pose alors entre le droit à l'autonomie des personnes handicapées et le droit de propriété ou le droit à la liberté d'entreprise. Les restrictions subies par les seconds du fait de la situation revendiquée par les premiers doivent être proportionnées.¹²⁹⁷

Une situation différente est celle prévue par l'article L. 122-43 du Code du travail et l'exigence d'une proportionnalité de la sanction de l'employeur à la faute commise par le salarié. Le pouvoir de sanction de l'employeur résulte certainement de la subordination existant du fait de la conclusion d'un contrat de travail. Il est précisé à l'article L. 122-40 du Code du travail que la sanction constitue une mesure de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, dans son poste, dans sa carrière ou dans sa rémunération. Il s'ensuit que la sanction affecte les intérêts de l'employé. Du côté de l'employeur, la sanction doit être appliquée dans l'intérêt de l'entreprise¹²⁹⁸.

En ce qui concerne le licenciement disciplinaire, il est également nécessaire de respecter la proportionnalité de la sanction découlant de la faute. En dehors du licenciement disciplinaire, le conflit des droits fondamentaux concerne essentiellement la liberté d'entreprendre et le droit au travail. C'est à ces deux droits que le Conseil constitutionnel s'est expressément référé dans sa décision sur la loi de modernisation sociale. L'objectif de cette loi était de créer une nouvelle définition des motifs économiques de licenciement des salariés afin de limiter, selon le Conseil constitutionnel, les possibilités de licenciement pour motif

¹²⁹⁶ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 404.

¹²⁹⁷ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 418.

¹²⁹⁸ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 419.

économique à trois cas, à l'exclusion de toute autre hypothèse, telle que la fermeture de l'activité de l'entreprise. Pour l'essentiel, il convient de révéler que la définition par le législateur du motif économique de licenciement exige une conciliation entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre. Cette définition est étroitement liée à la justification du licenciement et, par conséquent, à son caractère réel et sérieux/grave. En outre, la proportionnalité concernant le plan de sauvegarde de l'emploi doit également être liée à la question de la justification du licenciement. On constate que la conciliation invoquée par le Conseil constitutionnel s'impose en raison de la restriction subie par la liberté d'entreprendre au profit du droit à l'emploi. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement doit tout d'abord être considérée comme une restriction à la liberté d'entreprendre de l'employeur.¹²⁹⁹

La question qui se pose est celle des limites de l'opposabilité du droit à l'emploi par rapport à l'employeur. La situation restrictive du droit à l'emploi correspond à la cause du licenciement. Le conflit entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi donne alors lieu à l'acte de licenciement. Le licenciement économique se traduit par des difficultés économiques, des évolutions technologiques ou encore par la situation de l'entreprise ou d'un secteur d'activité par rapport à ses concurrents, hypothèse qui peut aboutir à limiter le droit à l'emploi. En ce qui concerne le licenciement pour motif personnel, on pense à l'insuffisance professionnelle du salarié ou encore à un problème causé par lui dans l'entreprise. En raison de ces situations, le droit à l'emploi cède devant la liberté d'entreprendre, sauf à tenir compte de la disproportion entre la limitation à laquelle on est soumis et les défis¹³⁰⁰.

En revanche, le droit d'aller et venir peut être atténué du fait de l'exercice du pouvoir d'emploi. Le travailleur, lorsqu'il est embauché, aliène une partie de sa liberté car, par exemple, si les horaires de travail sont fixés de 8 h à 12 h, il encourra une faute s'il ne se présente pas au travail. Cela signifie qu'il renonce à son droit d'aller et venir dans l'exercice de ses activités, puisqu'il doit être présent sur le lieu de travail à certaines heures généralement préétablies ; de même, le lieu de travail peut exiger l'utilisation de badges pour accéder aux lieux où sont fournis les services, empêchant l'accès des employés à certains environnements¹³⁰¹. Il est évident que ces restrictions à la liberté d'aller et venir doivent respecter certains paramètres, car la règle prévue à l'article L 1121-1 du Code du travail doit être comprise de manière subtile : le salarié

¹²⁹⁹ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 421.

¹³⁰⁰ GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009. p. 421.

¹³⁰¹ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 13.

doit effectuer le travail pour lequel il a été engagé, mais il ne doit pas être considéré par l'employeur comme un esclave ou une machine¹³⁰².

La liberté d'expression, comme cela a déjà été mentionné, peut également faire l'objet de restrictions, directement ou indirectement. Directement, parce que bien que la libre expression de l'opinion politique des travailleurs puisse avoir lieu sur le lieu de travail, dans le cadre de conversations privées, le travailleur n'est pas autorisé à faire de la propagande politique sur le lieu de travail, car des informations sensibles et personnelles, telles que l'orientation politique, peuvent créer un climat de conflit. Indirecte, car les employeurs contrôlent la durée et le contenu des communications qui sont échangées entre les travailleurs afin de préserver les intérêts de l'entreprise contre les abus dans l'utilisation excessive des moyens de communication officiels.¹³⁰³

Par conséquent, on peut dire que le salarié, même pendant l'exécution de ses services, peut, de manière restreinte, parler à ses collègues de travail, passer des appels téléphoniques personnels, planifier des réunions ou des rendez-vous personnels, prendre une pause café, etc. Cela signifie que, même pendant l'exécution des services, votre vie personnelle n'est pas totalement abolie, de sorte que l'usage modéré de votre liberté subsiste même si vous êtes subordonné à la figure de l'employeur. Bien sûr, la grande majorité du temps doit être consacrée à la fonction pour laquelle il a été investi, mais même dans ces cas, le travailleur doit être considéré comme un homme fondamentalement libre. La liberté de pensée du salarié, pour autant qu'il concentre ses efforts sur la prestation de services, reste intacte ; de même, la liberté de religion, pour autant qu'elle ne se manifeste pas à l'extérieur, reste entière¹³⁰⁴.

Le droit à la liberté religieuse au travail, à l'exception d'une clause contractuelle, n'a pas non plus de répercussion sur le travail. Par conséquent, un employeur ne peut pas résilier un contrat ou refuser d'embaucher une personne en raison de ses convictions religieuses, ce qui découle du principe d'interdiction de la discrimination¹³⁰⁵, prévu dans la directive 2000/78 de l'Union européenne, qui interdit le traitement fondé sur les convictions, l'âge, l'orientation sexuelle, entre autres, dans l'environnement de travail. De même, le Code du travail prévoit que toute restriction à la liberté religieuse doit être justifiée par la nature de la tâche accomplie et à

¹³⁰² WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 234.

¹³⁰³ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 14.

¹³⁰⁴ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 235.

¹³⁰⁵ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 43.

condition qu'il s'agisse d'une exigence professionnelle déterminante, essentielle et proportionnelle à l'exercice régulier de cette fonction¹³⁰⁶. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir d'emploi doit se faire dans le respect des libertés et droits fondamentaux individuels et collectifs, afin de se conformer aux dispositions de l'article L. 1221-1 du Code du travail, qui dispose que les restrictions aux libertés et droits fondamentaux sont nulles si elles ne sont pas justifiées par la tâche que le salarié accomplit et si elles sont proportionnées au but recherché par l'employeur. C'est même sous cet aspect que la légalité de l'exercice des pouvoirs de l'employeur est examinée¹³⁰⁷.

L'employeur ne peut pas non plus sanctionner un salarié pour le simple port d'un signe ou d'un vêtement religieux, sauf s'il le fait à des fins de prosélytisme ou s'il démontre que ce comportement entrave la prestation du service ou, en outre, va à l'encontre des intérêts de l'entreprise et, dans ce dernier cas, il doit également démontrer que l'exigence professionnelle est essentielle et déterminante pour l'activité. Ce qui importe, en définitive, c'est d'apprécier les intérêts en jeu et de vérifier s'il existe un équilibre entre la liberté religieuse du travailleur d'une part et la défense des intérêts collectifs d'autre part¹³⁰⁸. On en conclut que l'élément religieux, a priori, n'a pas de répercussion dans le contrat de travail puisque l'individu qui se lie à une telle relation n'aliène que sa force de travail et non sa personnalité. Cela n'empêche évidemment pas qu'un employeur, de libre arbitre, anticipe dans les contrats conclus avec ses employés la possibilité pour ces derniers, à des moments précis, de consacrer des moments à leurs prières, selon la croyance de chacun.

Ce noyau de protection n'empêche toutefois pas la limitation du droit à la liberté de religion dans des situations spécifiques, comme les cas où un contrat de travail prévoit une clause expresse¹³⁰⁹. En effet, le droit à la liberté religieuse doit être concilié avec les règles de l'entreprise ; ainsi, la Cour de cassation, jugeant une affaire impliquant un employé musulman qui refusait de se soumettre à un examen médical obligatoire en invoquant des raisons religieuses, a décidé qu'il pouvait être licencié pour motif valable. De même, la Cour de Paris a jugé que le salarié qui quitte son lieu de travail avant la fin de la journée de travail au motif qu'il

¹³⁰⁶ FRANCE. Code du travail. Article 1321-3 : " les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ".

¹³⁰⁷ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 320.

¹³⁰⁸ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 321.

¹³⁰⁹ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 43.

doit partir plus tôt pour se conformer à une obligation découlant de sa religion, commet une faute qui justifie la rupture du contrat de travail, d'autant qu'il avait été préalablement mis en mesure de modifier son emploi du temps, ce qui n'a pas été accepté par le salarié¹³¹⁰.

Il s'ensuit que la position des tribunaux français est d'autoriser une limitation du droit à la liberté religieuse des travailleurs par l'employeur uniquement lorsqu'il n'est pas possible de concilier l'exercice de la pratique religieuse avec le bon fonctionnement de l'entreprise¹³¹¹. Ainsi, en prenant l'exemple du travailleur musulman, s'il travaillait seul, il pourrait prendre des pauses de temps en temps pour la pratique de sa religion, sans que cela n'interfère avec son contrat de travail¹³¹². Une autre alternative serait que le salarié ait, au moment de l'embauche, négocié avec son employeur les conditions nécessaires pour permettre sa pratique religieuse¹³¹³. De même, on constate que le droit positif français ne répond aux problèmes qui se posent en matière de droit à la liberté religieuse que de manière générique, laissant au pouvoir judiciaire, dans l'analyse de chaque cas, le soin de décider si l'utilisation du pouvoir directif a dépassé ou non sa portée.

On l'a vu le 24 octobre 1998, lorsque la Cour de cassation sociale a confirmé le licenciement d'un employé qui, pour des raisons religieuses, refusait de manipuler de la viande de porc alors qu'il travaillait dans une boucherie¹³¹⁴. En bref, le salarié a d'abord travaillé dans le secteur des fruits et, ensuite, il a été transféré au département de la viande, où il a commencé à exercer la fonction de boucher ; au moment du transfert, il n'y a pas eu d'insurrection du salarié, mais, après deux ans, lorsqu'il s'est rendu compte qu'il manipulait du porc, il a demandé à son employeur de le transférer du secteur car sa fonction était incompatible avec sa religion musulmane ; l'employeur a refusé de le transférer et, en conséquence, le salarié a cessé de travailler, et le contrat a été résilié. Mécontent de ce licenciement, l'employé a intenté une action en justice afin d'obtenir une indemnisation pour les dommages résultant du licenciement qui, selon lui, était discriminatoire. Dans cette affaire, la Cour a compris que le licenciement n'avait pas été discriminatoire car : le salarié avait librement accepté le poste de boucher ; le salarié n'a fait aucune exception quant à son refus de manipuler la viande de porc en raison de sa croyance religieuse ; il n'y a pas eu de violation de la conviction du salarié, mais plutôt un manquement

¹³¹⁰ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 15.

¹³¹¹ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 15.

¹³¹² BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 15.

¹³¹³ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 177.

¹³¹⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 mars 1998, 95-44.738, Publié au bulletin.

aux obligations contractuelles du salarié¹³¹⁵. Ce cas est intéressant car il démontre que la question religieuse peut faire l'objet d'une stipulation dans le contrat par les parties ; mais, s'il n'y a pas de disposition dans le contrat à cet égard, il est nécessaire que les parties trouvent un équilibre afin de rendre viable le maintien de la relation de travail ainsi que la prestation adéquate des services¹³¹⁶.

En analysant tant les décisions rendues par la Cour de cassation française que celles rendues par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il est possible d'affirmer qu'il existe une consonance dans le sens de l'exigence de justification et de proportionnalité. Ces deux critères doivent servir de filtre à travers lequel les juges examinent la légalité de la restriction dans l'exercice du pouvoir réglementaire et disciplinaire de l'employeur ; ces critères (justification et proportionnalité) permettent au juge de réfléchir au cas par cas, dans l'affaire concrète, en analysant tous les intérêts en jeu¹³¹⁷.

On ne peut nier, cependant, qu'il est difficile d'identifier ce qui est permis de ce qui est interdit en matière de restriction des droits fondamentaux des travailleurs, mais permettre une restriction des libertés individuelles des travailleurs sur la base d'un jugement subjectif de l'employeur peut mettre en danger les droits des premiers, qui sont laissés à la dérive, sans protection et sans garantie qu'ils ne verront pas leurs droits affectés en raison d'un comportement illégal de l'employeur¹³¹⁸.

Les situations analysées jusqu'à présent concernent des actes pratiqués au sein de l'entreprise et/ou sous la subordination de l'employeur. Cependant, il existe d'autres situations dans lesquelles le pouvoir d'emploi interfère dans la vie privée des employés, auquel cas la collision entre le pouvoir d'emploi et les droits et libertés des employés en dehors de l'environnement de travail (dans la vie non professionnelle) est analysée. Comme déjà mentionné, même s'il est dans le libre exercice de sa vie privée, le travailleur reste, en raison de son devoir de loyauté, lié à l'employeur, et doit le respecter. La jurisprudence elle-même a établi l'existence d'un devoir de loyauté qui subsiste même si le travailleur n'est pas en service, comme on peut le constater dans trois affaires dont les thèses sont exposées ci-dessous : (i) Cour de cassation sociale, 25 juin 2002, no. 00-44.001, qui a jugé qu'un travailleur, en congé de maladie,

¹³¹⁵ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 mars 1998, 95-44.738, Publié au bulletin.

¹³¹⁶ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 177.

¹³¹⁷ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 321.

¹³¹⁸ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 16.

avait insulté des collègues et son employeur lors d'une visite de l'entreprise, de sorte qu'il a été décidé qu'il avait violé son devoir de loyauté ; (ii) Cour de cassation sociale, 18 mars 2003, n. 01-41.343, qui a jugé que même si le salarié n'est pas tenu de collaborer avec son employeur pendant la suspension du contrat de travail pour cause de maladie, l'obligation de loyauté subsiste, de sorte que toute information qui lui est demandée et qui est nécessaire à l'activité de l'entreprise doit être fournie par le salarié en congé ; (iii) Cour de cassation sociale, 30 mars 2005, n. 03-16.167, qui a jugé que même pendant les périodes de suspension du contrat de travail, le salarié continue à avoir une obligation de loyauté envers son employeur. L'analyse jurisprudentielle montre qu'il n'est pas possible d'avoir une rupture totale entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié.¹³¹⁹

Il a déjà été dit que la prérogative accordée à l'employeur du fait de la conclusion d'un contrat de travail, plus précisément son pouvoir d'embauche, est limitée par les libertés des salariés. Il est pertinent de faire une distinction entre vie privée et vie professionnelle dans l'entreprise : la première (vie privée) est une composante de la seconde (vie professionnelle), de sorte que la vie privée *stricto sensu* englobe le secret de la correspondance, le droit à l'image et la vie professionnelle, comprend l'exercice des libertés publiques, l'exercice de la citoyenneté comme la liberté d'opinion¹³²⁰. Le pouvoir disciplinaire doit respecter la vie privée du salarié et toute limitation doit répondre aux critères fixés par l'article L. 1121-1 du code du travail. À cet égard, le 29 mai 2003 (n. 02-40.273), la Cour de cassation a jugé qu'un employeur ne pouvait pas imposer à ses salariés des restrictions vestimentaires qui ne soient pas justifiées par la nature de l'activité exercée par le salarié et proportionnées à l'objectif final visé par ladite restriction. En règle générale, la protection de la vie privée du salarié primera toujours, mais il existe évidemment des exceptions.¹³²¹

La protection accordée à la vie privée des salariés est élevée au rang de principe dans le système juridique français, comme le montre l'analyse de l'affaire Nikon, dans laquelle la Cour de cassation a défini, le 2 octobre 2001 (n. 99-42.942), la vie privée des salariés comme un droit absolu, de sorte que leurs e-mails professionnels et leur correspondance privée doivent rester confidentiels. Néanmoins, de nombreuses exceptions à cette règle ont été accordées par la chambre sociale de la Cour de cassation. Le principe de la présomption du caractère

¹³¹⁹ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 245.

¹³²⁰ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 259.

¹³²¹ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 260.

professionnel des documents en possession d'un travailleur dans le cadre du travail a fait l'objet d'une de ces exceptions, et la Cour a compris que la seule façon pour le travailleur de renverser cette présomption est de définir ou de classer ces documents comme étant de nature personnelle (n. 04-48.025), et en ne le faisant pas, l'employeur peut en principe y avoir accès sans constituer une violation d'un droit fondamental, car tout ce qui est nominalelement adressé à un travailleur n'a pas automatiquement un caractère personnel¹³²². La jurisprudence a précisé les conditions d'application de cette présomption, étant entendu que même si la correspondance adressée au lieu de travail est présumée professionnelle, son contenu peut révéler un caractère personnel. En outre, l'employeur ne peut pas utiliser le contenu de cette correspondance pour sanctionner le salarié.

Un fait extrait de la vie privée d'un salarié pourra difficilement être considéré comme une faute dans la relation de travail. Depuis 1959, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question en précisant qu'une simple faute commise par un salarié n'entraîne pas, en soi, sa responsabilité au niveau disciplinaire, même s'il peut être sanctionné au niveau civil. Le 16 décembre 1997, la Cour de cassation sociale a affirmé que tout acte commis par un salarié dans sa vie privée ne constitue pas une faute au sens du contrat de travail. Dans des décisions successives, la jurisprudence a été façonnée pour préciser la nature juridique d'un fait lié à la vie personnelle et du licenciement qui en découle. Ainsi, elle a déjà considéré, le 25 janvier 2006, que le licenciement d'un travailleur qui a commis une faute pertinente dans sa vie privée a un caractère disciplinaire. L'année suivante, le 18 mai 2007, la Cour de cassation a établi l'immunité disciplinaire du travailleur concernant les faits relatifs à sa vie privée, en concluant qu'un fait de vie privée ne peut constituer une faute. Cette conception a été confirmée lorsqu'elle a affirmé, le 19 septembre de la même année, qu'un licenciement effectué pour faute grave a un caractère disciplinaire et que les faits imputés au travailleur concernant sa vie professionnelle ne peuvent constituer une faute¹³²³.

Exceptionnellement, il existe toutefois des situations dans lesquelles un fait pratiqué dans la vie privée peut être qualifié de faute, comme c'est le cas du non-respect des obligations découlant du contrat de travail, telles que l'obligation de loyauté. C'est ce qu'a compris la Cour de Cassation le 10 mai 2001¹³²⁴, lorsqu'elle a jugé le cas d'un employé qui, pendant ses vacances, travaillait pour son concurrent. De même, l'abus dans l'exercice des droits

¹³²² ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 260.

¹³²³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 262.

¹³²⁴ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 10 mai 2001, 98-46.478.

fondamentaux par le travailleur peut constituer l'inexécution des obligations résultant du contrat et, par conséquent, être qualifié de faute disciplinaire. Il est également possible que, en l'absence de l'exécution des obligations résultant du contrat ou de l'abus dans l'exercice de la liberté, la résiliation du contrat pour un motif non disciplinaire, mais fondé sur un problème dans l'entreprise occasionné par le comportement du salarié. Néanmoins, la jurisprudence sur la notion de problème objectif est très confuse, tantôt assimilant certains problèmes objectifs à une faute (par exemple, Cour de cassation, 3 décembre 2002, n. 361), tantôt les distinguant (par exemple, Cour de cassation, 26 février 2003)¹³²⁵.

Le 2 décembre 2003¹³²⁶, dans cette affaire, un conducteur avait été licencié pour faute grave pour avoir perdu son permis de conduire en conduisant sous l'emprise de l'alcool, ce qui avait été commis en dehors des heures de travail. Alors que le Conseil de Prud'Hommes a décidé que la faute constituait une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement, la Cour d'appel a infirmé la décision au motif que la conduite en état d'ivresse était liée à la vie privée du salarié et non à l'exécution du contrat de travail, et ne pouvait donc pas être considérée comme une faute disciplinaire justifiant la rupture du contrat. La Cour d'appel a fondé sa décision sur le principe selon lequel un fait survenu dans la vie privée du travailleur ne pouvait constituer une faute disciplinaire. Toutefois, lorsqu'elle est parvenue à la Cour de cassation, la décision a été une nouvelle fois réformée au motif que le fait que le travailleur, dont la fonction était de conduire des véhicules, ait perdu son permis de conduire pour conduite en état d'ivresse, même en dehors de ses heures de travail, est un comportement lié à sa vie professionnelle et qui, par conséquent, autoriserait son licenciement pour faute grave. Il ressort de cette décision qu'en réformant la décision rendue en deuxième instance, la Cour de cassation a compris que l'incidence du pouvoir disciplinaire au-delà des heures de travail était licite¹³²⁷.

Plus tard, dans une autre affaire, le 25 janvier 2006¹³²⁸, la Cour de cassation a précisé sa position : un employé de banque avait été licencié pour faute grave, pour avoir participé à un vol sans lien avec l'employeur. En raison de la règle jurisprudentielle créée à l'époque selon laquelle un fait pratiqué dans la vie privée du salarié ne peut constituer une faute grave aux fins du contrat de travail, le tribunal de première instance a statué en faveur du salarié, et cette décision a été confirmée par la Cour d'appel. Cependant, lorsqu'elle est parvenue à la Cour de cassation, la décision a été réformée : la Cour de cassation a commencé par considérer dans sa

¹³²⁵ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 261.

¹³²⁶ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 2 décembre 2003, 01-43.227.

¹³²⁷ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 262.

¹³²⁸ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 25 janvier 2006, 04-44.918.

décision que si, en principe, il n'était pas possible de procéder à une résiliation du contrat de travail pour un motif lié à la vie personnelle du travailleur, il en va différemment lorsque ledit motif présente un intérêt pour l'employeur compte tenu des fonctions et de la finalité de celui-ci (entité bancaire), de sorte que le comportement du travailleur a créé un problème dans l'environnement de travail de l'entreprise. La Cour de cassation a également considéré que le comportement du salarié, qui a été poursuivi et condamné pour le vol, a créé un trouble caractérisé sur le lieu de travail, ce qui constitue une faute grave¹³²⁹. Cette solution démontre clairement que l'obligation de loyauté et de bonne foi peut étendre le champ des obligations professionnelles du salarié, et avec lui le pouvoir disciplinaire de l'employeur, au-delà des limites territoriales de l'entreprise.

Si la doctrine est divisée sur les fondements du pouvoir d'emploi, tant la législation que la jurisprudence fixent les limites de l'exercice de ce pouvoir. De nombreuses dispositions visent à réglementer le pouvoir de l'emploi, la plus forte étant peut-être celle résultant de la loi du 4 octobre 1982 sur les libertés des travailleurs dans les entreprises. L'idée qui y est exposée exprime la notion de citoyen au sein de l'entreprise, et a le mérite de mettre en avant la nécessité de respecter les libertés individuelles des travailleurs. Le pouvoir de l'employeur a été doublement limité depuis lors, tant par le respect des règles de procédure que par des normes substantielles.¹³³⁰

En outre, l'accroissement des libertés publiques, puis des droits et libertés fondamentaux, a placé les décisions de l'employeur sous le double contrôle de la justification et de la proportionnalité. De manière emblématique, l'article L. 1121-1, Code du travail, établit désormais que l'atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives est nulle, sauf si elle est justifiée par la nature de l'activité et à condition d'être proportionnée au but recherché. Cette règle a une vocation générale et s'inspire d'une jurisprudence nourrie par le Conseil d'État lorsqu'il s'est prononcé sur la légalité des dispositions des règlements intérieurs des entreprises. Enfin, l'extension du principe d'égalité entre les travailleurs a également limité le pouvoir des employeurs. Dans de nombreuses situations, les décisions des employeurs doivent être justifiées, de sorte que toute différence de traitement entre les travailleurs doit reposer sur des raisons objectives, le juge du fond se réservant le droit d'en apprécier la réalité et la pertinence.¹³³¹

¹³²⁹ FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007. p. 262.

¹³³⁰ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 286.

¹³³¹ FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 286.

En conclusion, même si plusieurs dispositions légales ont été créées afin de réglementer l'exercice du pouvoir disciplinaire, du pouvoir directif ou du pouvoir réglementaire, c'est le respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles du travailleur qui a provoqué l'évolution et l'amélioration, au cours des 20 dernières années, des relations sociales dans les entreprises, du recrutement à la fin du contrat. La protection des droits et libertés fondamentaux du travailleur est devenue, dans tous les domaines, un pilier du droit des relations de travail¹³³², et toute analyse du pouvoir d'emploi et de son champ d'incidence partira de cette prémisse pour ensuite déclencher l'idée de proportionnalité. Il est possible d'énoncer les prémisses suivantes relatives à la relation de travail et aux droits et libertés le travailleur, pendant l'exécution de son contrat de travail, conserve ses droits et libertés de citoyen ; les libertés du travailleur peuvent être réduites par l'employeur, mais jamais supprimées ; les réductions ou restrictions doivent toujours être justifiées par le travail qui est accompli ; les réductions ou restrictions doivent être proportionnelles, c'est-à-dire limitées aux caractéristiques du travail à accomplir¹³³³. Il est possible que le pouvoir de l'emploi engendre dans la vie privée des salariés à condition qu'il justifie sa nécessité et soit proportionnel.

Au Brésil, comme on l'a vu, le pouvoir d'emploi est compris comme l'ensemble des prérogatives relatives à la direction, la réglementation, la supervision et la discipline de la prestation de services¹³³⁴. Elle découle de l'exécution d'un contrat¹³³⁵ par lequel un individu lie sa force de travail à la figure de l'employeur, s'obligeant à respecter les règles que ce dernier édicte en raison de sa situation de subordination juridique. À partir de ce moment, l'employeur, tout en devant supporter la charge de l'activité économique, commence à jouir de la prérogative d'organiser, de contrôler et de réglementer les activités exercées par les employés dans l'environnement de travail et éventuellement de punir l'employé. Ce pouvoir d'emploi se heurte toutefois à plusieurs barrières et limites, qui se sont accentuées avec la promulgation de la Constitution de 1988, qui a conféré aux droits de la personnalité le *statut de* droits fondamentaux, leur conférant une force normative et une protection sans précédent.¹³³⁶

La Constitution de 1988 prévoit que les comportements de surveillance ou de contrôle qui portent atteinte à la liberté ou à la dignité du travailleur sont interdits. Quelques exemples sont extraits du *chapeau de* l'article 5, qui assure l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à

¹³³² FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. Droit du travail. LGDJ : Paris, 2017. p. 263.

¹³³³ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 233.

¹³³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : LTr, 2019, 18. ed. p. 763.

¹³³⁵ VALE, Sílvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 300.

¹³³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : LTr, 2019, 18. ed. p. 763.

l'égalité, à la sécurité et à la propriété ; également le point III du même article, qui établit que l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables, en assurant le droit à la réparation des dommages matériels ou moraux résultant de leur violation ; le point VIII, qui interdit la discrimination, entre autres¹³³⁷. Il est certain que tous ces droits, et bien d'autres, créent une véritable barrière à l'exercice du pouvoir d'emploi, de telle sorte que tout comportement pratiqué par ce dernier qui porte atteinte à la liberté ou à la dignité des salariés sera, en règle générale, illégal¹³³⁸. Il ne saurait en être autrement, puisque le pouvoir d'emploi est accordé en vue d'une bonne organisation du travail, de sorte que son exercice ne peut être justifié à des fins de persécution ou par le simple caprice de l'employeur¹³³⁹, sous peine de constituer un détournement de but réprouvé par l'ordre juridique¹³⁴⁰. Cela est également dû au processus de démocratisation que le pouvoir d'emploi a connu au cours des 20 dernières années, fruit du mouvement de démocratisation de la société elle-même, qui, on peut le dire, a représenté une tendance globale des pays centraux juste après la Seconde Guerre mondiale¹³⁴¹.

Par conséquent, les droits constitutionnels fondamentaux constituent de véritables limites au pouvoir de l'emploi. La doctrine prescrit également qu'il existe des limites qu'elle appelle externes et internes. Les limites externes sont celles établies par la loi, par la convention collective¹³⁴² et par le contrat de travail. Les limites internes consistent dans l'exercice du pouvoir directif lui-même, qui ne peut être un instrument des intérêts égoïstes de l'employeur, c'est-à-dire qu'il doit être utilisé pour satisfaire les intérêts de l'entreprise et non de l'employeur¹³⁴³, en plus du respect de la bonne foi¹³⁴⁴. Celle-ci (la bonne foi), à son tour, est comprise comme la manifestation de la volonté au sein des intérêts qui ont conduit les parties à s'approcher, de manière authentique et claire, sans subterfuges ou autres intentions autres que celles exprimées dans un instrument formalisé, puisque la sécurité des relations juridiques dépend, au moins en grande partie, de la loyauté et de la confiance réciproque¹³⁴⁵. La bonne foi est donc une exigence de loyauté, un modèle objectif de conduite et un archétype social qui

¹³³⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 110.

¹³³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 796.

¹³³⁹ VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo : LTr, 2021. p. 300.

¹³⁴⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71.

¹³⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 797.

¹³⁴² Par ailleurs, les conventions et accords collectifs, dispositifs normatifs créés par les entités syndicales sans intervention de l'État (article 611, CLT), limitent le pouvoir d'action de l'employeur, puisque les règles qui y sont énoncées font loi entre les parties et les lient.

¹³⁴³ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo : Saraiva, 1982, p. 229.

¹³⁴⁴ AIRES, Mariella Carvalho de Farias. *Direito de greve ambiental no ordenamento jurídico brasileiro*. Goiânia: UCG, 2008. p. 75

¹³⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 45

impose un devoir-pouvoir que chacun adapte à sa conduite¹³⁴⁶, constituant une limite au pouvoir d'emploi.

En raison de tout ce qui précède, le travailleur n'est pas obligé d'obéir à tous les ordres émis par l'employeur, il est légitime d'exercer ce que l'on appelle le *jus resistentiae*, ou droit de résistance, dans les situations où les ordres sont inconstitutionnels, illégaux ou fallacieux. Toute confrontation entre le pouvoir directif de l'employeur et le droit de résistance du salarié doit être résolue dans le cas concret, au moyen de techniques de pondération, en tenant compte des principes de proportionnalité et de raisonabilité¹³⁴⁷. Dans ces cas, il est nécessaire de rechercher une harmonisation entre les deux positions qui, en apparence seulement, s'opposent : les droits fondamentaux des salariés *contre le* pouvoir de l'employeur en matière d'emploi. Ce site L'antinomie doit être résolue par la rationalisation et l'atténuation du pouvoir d'emploi sans toutefois rendre irréalisable ou restreindre excessivement la libre initiative de l'employeur¹³⁴⁸. On cherche à égaliser la libre initiative avec la valeur sociale du travail, de manière à donner un traitement isonomique aux deux prérogatives qui sont constitutionnelles. C'est important car "il n'y a pas de démocratie qui puisse être exercée dignement et il n'y a pas de travail qui puisse être développé librement et de manière productive, sans la liberté, sous ses différentes facettes, dans l'environnement de travail. Mais, compte tenu des besoins de la libre entreprise dans l'organisation du travail, il n'y a pas non plus de démocratie qui puisse résister aux abus dans l'exercice de cette liberté".¹³⁴⁹

Les limites du pouvoir d'emploi peuvent également être classées comme normatives (qui se subdivisent en constitutionnelles et infra-constitutionnelles), et circonstancielle (liées au moment, au lieu et à la finalité de l'exercice du pouvoir). Les limites normatives constitutionnelles correspondent à celles énoncées aux articles 5 et 7 de la Constitution de 1988, dont certaines ont déjà été mentionnées ci-dessus : principe de la dignité de la personne humaine ; principe de l'adéquation, du caractère raisonnable et de la proportionnalité dans l'organisation de l'entreprise ; droit de citoyenneté du travailleur ; principe de la valeur sociale du travail ; principe de justice sociale ; principe de solidarité ; principe d'égalité et de non-discrimination ; droit à la vie et à l'intégrité physique du travailleur ; droit à la liberté ; principe de légalité ;

¹³⁴⁶ COSTA, Judith Hofmeister Martins. A Boa Fé no Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 124

¹³⁴⁷ VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 300.

¹³⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 764.

¹³⁴⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 24.

interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; droit à l'intimité et à la vie privée ; protection de l'inviolabilité du domicile ; droit au secret de la correspondance. droit à l'information ; principe de la bonne foi ; droit d'association syndicale ; droit de propriété ; protection du droit d'auteur moral et patrimonial du salarié ; large accès à la justice ; droit au respect des droits acquis ; procédure judiciaire régulière ; présomption d'innocence ; principe de la personnalité et de l'individualisation de la peine ; droit à la protection du rapport de travail contre le licenciement arbitraire ; irréductibilité des salaires ; reconnaissance des conventions et accords collectifs ; protection contre l'automatisation et protection du marché du travail des femmes et des enfants et adolescents¹³⁵⁰. La violation de l'un de ces préceptes implique, en règle générale, l'utilisation exacerbée de la force de travail, donnant lieu au droit de réclamer des dommages moraux et matériels.

Les limites normatives infra-constitutionnelles sont celles prévues dans les lois ordinaires ou complémentaires, les normes collectives, les sentences normatives, les règlements d'entreprise, la jurisprudence et dans le contrat individuel de travail. De même, celles prévues par les conventions de l'Organisation internationale du travail - OIT et autres règles internationales. Parmi les limites infra-constitutionnelles, la Consolidation des lois sur le travail se distingue car, bien qu'elle ne contienne pas de disposition visant à limiter expressément le pouvoir de directive, elle le fait en prévoyant sur l'illégalité du transfert du salarié en tant que sanction disciplinaire (article 469, CLT) ; l'impossibilité de modifications contractuelles sauf si elles sont plus avantageuses pour le salarié (article 468, CLT) ; l'interdiction d'établir une rémunération basée sur le talent, ce qui corroborerait une discrimination (article 461, CLT) ; les nombreuses règles qui réglementent le travail des femmes et des enfants (articles 372 à 441, CLT) ; l'obligation d'engager des apprentis, qui limite le droit à la libre embauche (article 429, CLT) ; l'obligation d'engager des personnes handicapées (article 93 de la loi n° 8.213/1991).° 8.213/1991).

L'interdiction des actes discriminatoires constitue également une limite importante au pouvoir de l'emploi, dont la disposition se trouve tant dans les normes constitutionnelles (par la consécration du principe de non-discrimination) que dans les normes infra-constitutionnelles. Parmi ces dernières, il existe une convention spécifique en la matière, la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail, ratifiée par le décret n° 62.150 de 1968, qui, dans son article 1, b, stipule que toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour

¹³⁵⁰ VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosangela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 306.

effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, est discriminatoire¹³⁵¹. De même, la loi ordinaire n° 9029/1995, qui interdit les pratiques discriminatoires aux fins de l'admission ou de la permanence de la relation de travail légale, prévoit dans son article 1 que l'adoption de toute pratique discriminatoire et limitative aux fins de l'accès et du maintien de la relation de travail en raison du sexe, de l'origine, de la race, de la couleur, de l'état civil, de la situation familiale, du handicap, de la réadaptation professionnelle, de l'âge, entre autres, est interdite¹³⁵². En outre, la consolidation des lois sur le travail contient des dispositions réglementant la question, interdisant les distinctions entre le travail intellectuel, technique et manuel (article 3), prévoyant le droit à l'égalisation des salaires (articles 460 et 461) et garantissant que tout travail de valeur égale recevra un salaire égal (article 461, CLT). Le principe de non-discrimination agit ainsi pour préserver le droit à la différence et l'élimination des différences de traitement résultant de préjugés ou de stigmates.¹³⁵³

Comme on l'a noté, "les règles infra-constitutionnelles peuvent donc impliquer restriction du pouvoir directif de l'employeur, toujours en accord avec les prescriptions constitutionnelles dans le but de promouvoir le développement de l'activité de l'entreprise de manière humaniste et démocratique"¹³⁵⁴.

Les limites circonstanciées, en revanche, sont celles liées au moment, au lieu et au but de l'exercice du pouvoir d'emploi. Ils partent de la prémisse qu'un tel pouvoir ne peut être exercé sur un simple coup de tête, étant liés au contenu des obligations découlant de l'accord, destiné à la réalisation des objectifs de l'entreprise. Cela signifie que l'employeur ne peut exercer ce droit qu'en donnant des ordres, par exemple, qui sont en accord avec l'objectif de l'entreprise, c'est-à-dire qui sont liés aux obligations du contrat¹³⁵⁵. Cela se produit parce que le pouvoir d'emploi a un caractère instrumental, "il ne peut s'écarter de sa finalité qui est de promouvoir le bien-être collectif et le développement de l'entreprise"¹³⁵⁶.

Les limites aux libertés individuelles des travailleurs (croyance, conscience, idéologie, expression, etc.) résultant de l'exercice du pouvoir d'emploi dépendent des ajustements et de

¹³⁵¹ Organisation internationale du travail (OIT). Convention n° 111, ratifiée par le Brésil par le décret n° 62.150 de 1968.

¹³⁵² BRÉSIL. Loi n° 9.029 de 1995, article 1.

¹³⁵³ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 120.

¹³⁵⁴ VALE, Sílvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 309.

¹³⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. São Paulo: LTr, 1996. p. 141.

¹³⁵⁶ VALE, Sílvia Teixeira do ; LACERDA, Rosângela Rodrigues D. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo : LTr, 2021. p. 300.

l'harmonisation de tous les droits concernés. Si, d'une part, l'exercice des droits fondamentaux des salariés ne peut menacer la réalisation de l'objet principal de l'entreprise ni générer de rupture de contrat, en raison des devoirs de loyauté et de bonne foi, d'autre part, le pouvoir d'emploi ne peut porter atteinte à la dignité du salarié, de sorte que, dans la pratique, la tension existant entre les deux pôles doit être analysée dans chaque cas, concrètement¹³⁵⁷. Afin de déterminer si la limitation d'un droit fondamental d'un travailleur est valable, il faut vérifier si la restriction est proportionnelle et nécessaire pour atteindre l'objectif final visé, en recherchant un équilibre entre la mesure la moins restrictive possible.

Tous ces éléments sont renforcés par l'application de la théorie de l'efficacité horizontale immédiate des droits fondamentaux aux relations privées, en plus de la prémisse selon laquelle, dans les relations de travail, il existe un degré d'inégalité factuelle entre les sujets qui doit être égalisé. Cette inégalité finit également par limiter le pouvoir d'emploi, puisque plus elle est grande, plus la protection du droit fondamental en jeu doit être intense et moins la protection de l'autonomie privée doit être importante. D'autre part, plus l'égalité entre les sujets est grande, plus l'autonomie privée tend à être protégée, ce qui permet des restrictions plus importantes du droit fondamental qui lui est opposé¹³⁵⁸.

Il existe trois moments où le pouvoir de l'emploi peut être limité par les droits fondamentaux des travailleurs : (i) la phase précédant la formation du contrat - le moment de la sélection des candidats dans les processus de sélection - où l'employeur ne peut pas poser de questions sur la vie privée qui ne sont pas pertinentes pour l'exercice de la fonction recherchée ; (ii) dans la phase de signature du contrat - au moyen de clauses qui limitent la liberté - par exemple, l'imposition de l'identification à une idéologie ou à une religion ; (iii) pendant l'exécution du contrat, par exemple, le contrôle de la liberté dans la prestation du service¹³⁵⁹.

Dans la phase précontractuelle (i), étape du choix par l'employeur d'occuper un poste de travail, il est entendu que c'est l'un des moments de plus grande vulnérabilité du salarié, puisqu'il est, en règle générale, sans emploi et privé de moyens de subsistance pour lui et sa famille. Par conséquent, à ce moment, le pouvoir d'emploi est plus restreint, puisque l'inégalité des pouvoirs qui existe entre les particuliers est plus évidente, imposant une plus grande

¹³⁵⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 111.

¹³⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 262

¹³⁵⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 23.

protection des droits fondamentaux de la partie la plus vulnérable¹³⁶⁰. De ce fait, les questions relatives à l'intimité, à la vie privée, aux croyances, à l'orientation sexuelle, entre autres, peuvent facilement constituer un préjudice moral et être interdites. Le même raisonnement est appliqué lorsque le candidat est soumis à des tests psychologiques, en plus de l'exigence de certificats de casier judiciaire et d'état civil¹³⁶¹. Poser des questions sur la vie privée du candidat, exiger des tests de grossesse, des examens médicaux ou toute autre pratique abusive viole les droits des travailleurs.¹³⁶²

Ainsi, l'employeur, en phase de sélection pour rejoindre l'entreprise, " ne peut exiger du salarié des informations qui ne sont pas nécessaires à l'embauche ". Les questions sur les opinions politiques et religieuses, les activités syndicales passées, les origines, la race et les préférences sexuelles sont absolument inadmissibles"¹³⁶³. À cet égard, la Cour supérieure du travail a déjà déclaré que le simple fait que l'employeur, une banque financière, ait porté atteinte à la vie privée de l'employé viole, à lui seul, le droit fondamental et les règles infra-constitutionnelles, donnant lieu au droit à l'indemnisation du préjudice moral¹³⁶⁴.

Dans la phase d'exécution du contrat (ii), le pouvoir de l'employeur est à nouveau limité, et il ne peut imposer des clauses qui restreignent excessivement les libertés du salarié. À cet égard, la Consolidation des lois du travail stipule que les relations contractuelles de travail peuvent être librement stipulées par les parties dans toutes les matières qui ne sont pas en contradiction avec les dispositions de protection du travail, les conventions collectives qui s'y appliquent et les décisions des autorités compétentes, constituant une limite à l'exercice de ce pouvoir¹³⁶⁵. L'article 444 est reproduit ci-après : "Les relations contractuelles de travail peuvent être librement stipulées par les parties concernées dans la mesure où elles ne contreviennent pas aux dispositions de protection de l'emploi, aux conventions collectives qui leur sont applicables et aux décisions des autorités compétentes".

¹³⁶⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; CUNHA, Cristine Helena; AMARAL, Jéssica Maria Souza Gurgel do. A eficácia diagonal dos direitos fundamentais como uma limitação ao poder empregatício: uma análise da aplicação do princípio a não discriminação na fase pré-contratual das relações de emprego. In: Revista de Direito do Trabalho, vol. 211/2020, pp. 253 – 268, 2020, p. 272.

¹³⁶¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013. p. 133

¹³⁶² BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 109.

¹³⁶³ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 116.

¹³⁶⁴ BRÉSIL. Tribunal supérieur du travail. Appel en révision n° 611/2003-029-12-00.5, juge rapporteur Delaïde Miranda Arantes, Session de jugement : 10/10/2008.

¹³⁶⁵ BRÉSIL. Consolidation des lois sur le travail, article 444.

Les clauses restrictives peuvent être valables, tandis que les clauses abusives ne le seront jamais. Une règle interne qui autorise la fouille intime est abusive parce que cette conduite est interdite dans le système juridique ; une règle qui réglemente l'utilisation du courrier électronique dans l'environnement de travail, autrement que pour la prestation de services, est une clause restrictive, non abusive¹³⁶⁶ ; une clause de non-concurrence visant à empêcher l'employé de rendre des services à un autre employeur pendant une certaine période après avoir reçu des investissements pour sa mise en valeur personnelle (par exemple, le paiement d'un cours de fin d'études) est restrictive et non abusive ; une clause qui interdit à l'employé, après la fin du contrat, de pratiquer tout comportement impliquant une déviation de la clientèle de son employeur est restrictive et non abusive. Dans le droit du sport, en raison des particularités, on peut trouver la possibilité de stipuler plusieurs clauses restrictives en vue de la nécessité de haute performance imposée à l'athlète, par exemple : l'interdiction de boire des boissons alcoolisées, l'interdiction de faire des déclarations qui peuvent révéler la tactique de jeu, l'interdiction de faire de grands voyages en raison de la nécessité de maintenir la condition physique, entre autres¹³⁶⁷. En revanche, une clause d'exclusivité qui interdit au salarié d'exercer une autre activité rémunérée qui ne concurrence pas le domaine d'activité de l'employeur est abusive ; une clause qui prévoit un changement immédiat du lieu de travail sans préavis est abusive ; une clause qui interdit aux salariés de faire valoir leurs droits par des mouvements de grève est abusive.

Les éléments qui permettent de conclure à la validité ou non des dispositions contractuelles sont les principes de bonne foi et de loyauté, inhérents à la relation contractuelle, de sorte que la liberté de travail du salarié est limitée à l'accomplissement de la contrepartie librement convenue¹³⁶⁸. On peut se demander dans quelle mesure les clauses restrictives sont légales ou constituent un abus de la liberté de l'employé. Par exemple : la validité des clauses restreignant l'utilisation des téléphones au travail à des fins personnelles ; la validité des clauses interdisant les manifestations de convictions personnelles de nature idéologique ou religieuse ; la validité d'une clause stipulant qu'un joueur professionnel ou un acteur ne doit pas donner

¹³⁶⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 108.

¹³⁶⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 109.

¹³⁶⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 109.

d'interviews sans l'autorisation de l'employeur¹³⁶⁹. La réponse variera, sans équivoque, de l'analyse particulière de chaque cas, mais il est certain qu'elle imposera l'exercice et l'application des techniques de pondération ou de proportionnalité pour résoudre l'impasse.

Le contrat de travail lui-même peut également limiter le pouvoir de l'emploi lorsqu'il est complet et détaillé, laissant peu d'espaces vides où ce pouvoir agit habituellement et, par conséquent, réduisant ses possibilités de commandement. Il peut également contenir une clause de renonciation par l'employeur à certaines parties de son pouvoir d'emploi¹³⁷⁰, bien que cette situation soit très difficile à observer dans la pratique. Ce pouvoir est également limité par la disposition contenue dans l'article 468 de la consolidation des lois sur le travail, qui stipule que dans les accords individuels de travail, il ne sera licite de modifier les conditions qui y sont prévues que sur consentement mutuel et à condition qu'elles n'entraînent pas de perte directe ou indirecte pour le salarié, sous peine de nullité. Cette disposition découle du principe d'altérité qui limite le pouvoir de l'employeur.

Dans la phase contractuelle (iii), il est inacceptable que l'employeur donne des ordres contraires aux prescriptions légales, à l'ordre public, aux bonnes coutumes ou qui portent atteinte de manière injustifiée aux convictions religieuses, à la liberté d'expression, à l'intégrité physique, entre autres¹³⁷¹. C'est à ce stade qu'intervient la notion d'abus de droit et l'interdiction qui en découle. Le Conseil Supérieur du Tribunal Fédéral, dans son énoncé n° 24, indique qu'il est interdit d'abuser d'un droit conféré par l'ordre juridique en dépassant les limites imposées telles que la finalité socio-environnementale ou économique du droit, les bonnes coutumes et la bonne foi.

Il s'agit à ce stade d'imposer de nombreuses limites au pouvoir d'emploi. Le pouvoir de surveillance, par exemple, observé dans le respect de l'intimité et de la vie privée, a toujours été admis comme une forme de contrôle direct sur l'exécution des activités, afin d'évaluer la production et la qualité des services¹³⁷². Ainsi, l'employeur peut surveiller l'activité du travailleur sur un ordinateur à des fins de contrôle de la production, à condition que ce soit de manière pondérée et sans publicité ; de même, il peut installer des caméras et des microphones sur le lieu de travail pour la surveillance des services, à condition que cela ne viole pas l'intimité

¹³⁶⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 108.

¹³⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência. São Paulo: LTr, 1996. p. 130.

¹³⁷¹ GOTTSCHALK, Elson; GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 71.

¹³⁷² NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do poder diretivo do empregador. São Paulo : LTr, 2009. p. 119.

du travailleur¹³⁷³. De même, elle ne peut pas, sans autorisation préalable, avoir connaissance du contenu de la correspondance personnelle physique, téléphonique ou électronique d'autrui, en raison du droit à la confidentialité reconnu comme un épanouissement du droit à la vie privée et à l'intimité, mais elle peut, de manière modérée, généralisée et impersonnelle, afin d'éviter les abus, contrôler les messages envoyés et reçus par le courrier d'entreprise¹³⁷⁴.

Le pouvoir disciplinaire, quant à lui, ne peut être exercé de manière illimitée ou discrétionnaire. À tel point que les possibilités de licenciement pour motif valable sont restreintes et limitées (article 482, CLT), en plus de devoir observer une gradation de la sanction, en commençant par la plus douce jusqu'à la plus sévère, sauf pour des situations particulières dans lesquelles l'application du motif valable serait immédiatement admise. Un raisonnement similaire doit être appliqué en ce qui concerne le pouvoir de direction, qui doit respecter les limites légales lorsqu'il émet des ordres. La convocation des salariés pour participer à des cultes non professionnels constitue une atteinte à la liberté de croyance ; l'employeur ne peut pas non plus interdire l'utilisation des objets de culte dans l'entreprise, à condition qu'ils ne nuisent pas à son fonctionnement. Toutefois, comme il ne s'agit pas d'un droit illimité, l'employeur peut limiter les abus, en interdisant aux employés de faire du prosélytisme pendant les heures de travail, car de telles manifestations sont incompatibles avec l'environnement de travail¹³⁷⁵.

Les règlements intérieurs des entreprises constituent également des sources de limitation du pouvoir d'embauche, consistant en un ensemble de règles écrites par l'employeur qui régissent la conduite des personnes au sein de l'entreprise¹³⁷⁶. Ces instruments ont une nature mixte, puisqu'ils contiennent des règles statutaires (avec des ordres techniques et disciplinaires) et des règles contractuelles (relatives au salaire, aux heures de travail, entre autres)¹³⁷⁷. À partir du moment où le salarié adhère au règlement de l'entreprise, ses clauses deviennent des clauses intégrales du contrat de travail, de sorte que l'on peut affirmer que cette source d'obligations qui y est énoncée finit par limiter le pouvoir directif de l'employeur. Le pouvoir de l'employeur doit également respecter la fonction sociale de l'accord et la confiance

¹³⁷³ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 109.

¹³⁷⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 115.

¹³⁷⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 120.

¹³⁷⁶ MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 103.

¹³⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho : estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo : LTr, 1994. p. 557.

entre les parties¹³⁷⁸, car l'exécution d'un contrat de travail n'exclut pas la condition de citoyen du travailleur et, en tant que tel, de porteur de droits et libertés fondamentaux¹³⁷⁹.

Une question importante concerne la possibilité que le pouvoir d'emploi, dans l'une des phases mentionnées ci-dessus, engendre dans la vie privée des employés. La protection de la vie privée en droit brésilien, comme on l'a vu plus haut, se rapporte à la liberté de discrétion, de vivre sa propre vie ; elle traite du comportement de l'individu dans son insertion dans la vie sociale¹³⁸⁰. Elle se distingue de l'intimité, qui relève de la sphère secrète de la vie et met en jeu les convictions, les croyances et l'orientation sexuelle de chacun, entre autres. À ce sujet, la règle est que la façon dont l'individu mène sa propre vie ne concerne pas l'employeur, c'est-à-dire que "ce qu'est l'individu, comment il pense et ses goûts, affections, attentes et croyances correspondent à son intimité. Elle fait partie de sa liberté d'être et d'éviter les intrusions dans ses caractéristiques personnelles, constitutives de sa personnalité"¹³⁸¹. Pour cette raison, les fouilles chez les travailleurs ne sont tolérées que si elles ne sont pas gênantes et sont effectuées de manière aléatoire, et à condition que l'activité justifie une prise de position de l'employeur de cette nature, comme dans le cas des branches qui s'occupent d'argent, de bijoux, de pierres précieuses, de médicaments, d'armes, etc. De même, la soumission du salarié à des éthylo-tests ou à des tests d'urine pour prouver l'ingestion de drogues illicites ou de boissons alcoolisées n'est autorisée que dans certaines situations, comme le cas du conducteur professionnel (article 235-B, CLT).

Les relations familiales, les engagements qu'il/elle a, les endroits qu'il/elle fréquente, ses préférences ne sont pas affectés par le pouvoir de l'emploi. Ainsi, lorsque l'employeur, désireux de connaître des aspects de la vie privée de l'employé, décide d'enquêter, sans aucune justification, il adopte un comportement abusif qui est interdit. Les interférences ou les interdictions de relations intimes avec une personne qui travaille dans la même entreprise, les tentatives d'interdire les préférences sexuelles des employés ou un acte qui viole la liberté d'association donnent également lieu à la caractérisation de dommages moraux. Cette conclusion découle du principe de non-pertinence des actes de la vie privée du travailleur aux fins du travail, ce qui signifie que la vie extra professionnelle du travailleur a un caractère

¹³⁷⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; CUNHA, Cristine Helena; AMARAL, Jéssica Maria Souza Gurgel do. A eficácia diagonal dos direitos fundamentais como uma limitação ao poder empregatício: uma análise da aplicação do princípio a não discriminação na fase pré-contratual das relações de emprego. In.: Revista de Direito do Trabalho, vol. 211/2020, pp. 253 – 268, 2020, p. 271.

¹³⁷⁹ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. Direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017. p. 115.

¹³⁸⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 116.

¹³⁸¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 106.

autonome par rapport au contrat de travail, et donc, en principe, ne présente aucun intérêt pour l'employeur¹³⁸². La règle est donc que la conduite extralaborale des travailleurs ne concerne pas les employés.

Toutefois, le problème n'a pas toujours une réponse évidente : lorsque le comportement non professionnel est susceptible de produire des effets sur le contrat de travail, il peut conduire à la limitation des droits fondamentaux et même, dans des cas extrêmes, à la résiliation du contrat. Un bon exemple est celui de l'athlète professionnel. Il est connu que l'ingestion excessive d'alcool ou la consommation de drogues illicites nuit à la condition physique ; de même, le fait de se consacrer à des engagements extérieurs peut nuire à la routine des jeux, des entraînements, de la condition physique, etc. Une éventuelle faible performance de l'athlète, résultant de tels faits, aura des répercussions sur la bonne foi et la loyauté contractuelle, justifiant la limitation des droits à la vie privée qui, dans d'autres activités, ne seraient pas justifiables, au nom de la protection et de la haute performance. De même, une animatrice d'un programme pour enfants, qui exerce une fonction similaire à celle d'un éducateur, qui pose nue pour un magazine masculin, produit des réflexions sur le contrat de travail, et peut donner lieu à la limitation des droits, voire à la rupture du lien. Ainsi, il est possible de dire que dans la vie professionnelle, les droits et libertés peuvent être limités par l'objet de l'entreprise, par la réputation des autres et par les caractéristiques du contrat¹³⁸³.

En résumé, le pouvoir d'emploi ne peut être exercé de manière illimitée, et la dignité de la personne humaine, les garanties constitutionnelles et les autres droits du travail doivent être préservés¹³⁸⁴. Toute restriction des droits doit nécessairement respecter ces limites et être dûment justifiée, en plus d'être proportionnelle aux fins recherchées.

¹³⁸² BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 116.

¹³⁸³ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 120.

¹³⁸⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013. p. 65.

Chapitre II – Les restrictions des droits des travailleurs dans la vie privée, de la liberté d'expression et liberté de religion dans les entreprises de tendance

Afin de comprendre comment et dans quelle mesure les restrictions des droits fondamentaux des travailleurs se produisent dans les entreprises de tendance, il est proposé d'analyser d'abord la définition du terme en France, son applicabilité dans ledit pays, ainsi que la compréhension de la Cour européenne des droits de l'homme, afin de comprendre son concept, son champ d'incidence et sa répercussion (Section I). Dans un deuxième temps, on analysera comment le concept est défini au Brésil, quelle est la compréhension des tribunaux régionaux sur le sujet et quelles adaptations seraient nécessaires pour qu'il bénéficie d'une applicabilité effective dans ce système juridique (Section II).

Section I - La notion d'entreprise de tendance en France et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

On a vu que la nature d'un poste peut être un motif légitime pour justifier une restriction des libertés individuelles. Par ailleurs, un autre point qui peut être soulevé pour justifier un comportement plus imposant de l'employeur est la finalité de l'entreprise. Elle s'explique ainsi : en fonction de l'activité de l'entreprise et du poste occupé par le salarié, l'employeur est autorisé à restreindre certains comportements de ses employés pratiqués à l'intérieur et à l'extérieur du milieu de travail parce qu'ils sont incompatibles avec une caractéristique particulière de l'organisation¹³⁸⁵. Ce traitement spécial est destiné aux entreprises ayant des objectifs spécifiques, appelées *Entreprises de Tendance*¹³⁸⁶ (*Affinitaires*¹³⁸⁷, *Entreprises de conviction religieuse*¹³⁸⁸ ou *Identitaires*¹³⁸⁹), qui sont celles qui défendent un idéal religieux, politique ou syndical, comme dans le cas des églises, des partis politiques, des associations qui participent activement à la lutte contre certaines maladies, à la protection des animaux ou à la protection

¹³⁸⁵ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 26.

¹³⁸⁶ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 26.

¹³⁸⁷ RAY, J. E. Fidélité et exécution du contrat de travail. France, 1991. p. 22.

¹³⁸⁸ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 658.

¹³⁸⁹ MOYLY, J. P. Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire. France, 2011. p. 50.

de toute autre nature ¹³⁹⁰. Elles se caractérisent par un objet social lié à une idéologie, une morale, une religion ou une philosophie, comme dans le cas des associations, des fondations, des partis politiques, des syndicats, des églises et des groupes religieux¹³⁹¹. Pour Pascal Mbongo¹³⁹² peut même être une entreprise commerciale ayant de tels objectifs (mais ce n'est pas la conception majoritaire qui suppose l'inexistence de profits).

Ces catégories spécifiques d'entreprises en droit français et européen bénéficient d'une réglementation particulière en matière de liberté de religion et de conviction. Ce sont les organisations dont l'activité est la transmission, la promotion et la défense d'une doctrine, d'une religion ou d'une philosophie. Elles sont constituées sur la base d'une affinité commune, lorsque les membres partagent des convictions et des croyances religieuses : il peut s'agir d'écoles confessionnelles privées, d'organisations religieuses. Le concept d'entreprise de tendance est flexible car il peut s'appliquer à une grande variété de situations, à condition qu'une entreprise porte des valeurs qu'elle comprend comme légitimes pour la promotion.¹³⁹³

L'attachement des travailleurs aux valeurs défendues par les organisations biaisées est généralement déterminé au moment de l'embauche, car elles imposent une obligation de loyauté aux employés qui doivent adhérer aux principes défendus par l'institution dans leur vie publique, en plus de maintenir un comportement conforme aux principes de l'employeur biaisé¹³⁹⁴. Il en résulte une limitation nécessaire des libertés individuelles des travailleurs par rapport à un lien d'emploi avec une entreprise neutre. Cela ne signifie pas que les salariés ne jouissent pas d'une pleine liberté d'opinion ou de pensée, mais en raison de l'application des articles 1134, du Code civil et L 120-4, du Code du travail, un devoir de loyauté s'impose aux salariés avec une tendance qui entraîne un devoir de réserve plus accentué. Par conséquent, dans ces cas, par exemple, les employés ne doivent pas se réunir publiquement pour défendre des thèses contraires à l'idéologie de l'employeur.¹³⁹⁵

¹³⁹⁰ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille: 1994. p. 26: « *d'entreprises qui défendent un idéal religieux, politique ou syndical comme les établissements à caractère religieux, les syndicats, les partis politiques et les diverses associations qui participent à la lutte contre certaines maladies, la défense des animaux ou la protection de la nature auxquels on peut, semble-t-il, ajouté les entreprises de presses* ».

¹³⁹¹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 145.

¹³⁹² MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 658.

¹³⁹³ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 323.

¹³⁹⁴ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 26.

¹³⁹⁵ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 145.

L'effet de cette haute charge idéologique par rapport à la condition du travailleur n'est pas une obligation pour celui-ci d'être d'accord avec les idées, les thèses et les objectifs qu'il poursuit ; la liberté d'opinion ou la liberté de pensée restent intactes, car elles sont, en général, considérées comme absolues et ne peuvent faire l'objet d'une restriction. Bien que les salariés des entreprises de tendance aient une obligation de loyauté qui comporte un devoir de réserve plus fort, il serait anormal de considérer qu'ils participent à des réunions publiques pour combattre les thèses de leur employeur¹³⁹⁶. Les obligations qui seront imposées aux employés, énoncées dans le contrat, doivent tenir compte du poste occupé par cet individu, et doivent être nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise de tendance.¹³⁹⁷

Comme on peut le constater, dans les entreprises de tendance, il existe la possibilité légitime de limiter les libertés individuelles (telles que la liberté d'opinion, de religion, de mariage et d'expression) afin d'assurer le bon fonctionnement de l'organisation, ce qui résulte d'une inversion de la vision protectionniste traditionnelle, donnant la prépondérance à la logique collective au lieu de la logique individuelle¹³⁹⁸. Cela se produit afin de protéger la crédibilité et, en fin de compte, l'idéologie de l'organisation contre les actes pratiqués par ses employés, en particulier les représentants. Il est clair que ce même traitement n'est pas admis lorsque les intérêts purement commerciaux des entreprises sont en jeu, de sorte que l'exigence par l'employeur d'un conformisme des salariés à leurs intérêts individuels et égoïstes ou même d'une attitude spécifique ne sera pas admise par la législation¹³⁹⁹.

Dans les organisations de cette nature, certains critères considérés comme discriminatoires deviennent des éléments admissibles et légitimes, autorisant un traitement différent en raison de l'objet de l'organisation ; l'employeur est autorisé à embaucher, à exercer ses pouvoirs de direction et de discipline ou à résilier un contrat pour non-respect d'une règle de conduite imposée au travailleur, et peut également exiger que certains travailleurs se conforment à la foi prêchée par l'employeur¹⁴⁰⁰. Il est également possible que le contrat de travail détermine des clauses qui imposent certains devoirs qui, dans des contrats normaux, ne seraient pas admis. Ainsi, en fonction de la position de l'employeur, une clause contractuelle

¹³⁹⁶ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 199.

¹³⁹⁷ WAQUET, Philippe ; STRUILLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014, p. 199.

¹³⁹⁸ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 27.

¹³⁹⁹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 112.

¹⁴⁰⁰ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 324.

qui impose au salarié l'obligation de participer à des manifestations idéologiques organisées par son employeur sera valable. Il s'agit de l'incorporation de la foi, de la doctrine ou de l'idéologie dans la sphère contractuelle. Toutefois, de telles obligations, qui dépassent les devoirs de fidélité et de bonne foi qui régissent les relations conventionnelles de travail, doivent être imposées dans un souci de proportionnalité. Cette proportionnalité doit également être respectée car le système de protection de la vie privée et des libertés individuelles a constitué une étape importante des réalisations du 20^{ème} siècle pour les travailleurs, lorsqu'une sphère d'autonomie de ces derniers par rapport au pouvoir d'emploi a commencé à être reconnue¹⁴⁰¹. Il faut donc rechercher un équilibre afin d'éviter les revers après une longue période de conquêtes qui a précédé la discussion.

Dans l'Union européenne, le concept a évolué au fil des ans en raison de la maturation du sujet devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a été appelée à se prononcer sur plusieurs affaires impliquant cette question. L'une des premières affaires remonte à 1989, en Allemagne, et concerne un ancien employé qui, insatisfait de son licenciement qu'il jugeait discriminatoire en raison de ses convictions, a intenté une action en justice contre son employeur de l'époque¹⁴⁰². L'employé plaignant, un assistant médical, avait dans son contrat une clause qui établissait que la relation de travail devait être guidée par les directives de l'organisation hospitalière catholique, et que tous les employés devaient rendre leurs services avec loyauté et devaient maintenir un comportement dans et en dehors de leur vie professionnelle en accord avec les principes chrétiens. Enfin, il prévoyait que les deux parties pouvaient résilier le contrat en cas de violation des préceptes de la religion catholique.

Après le début des activités, le plaignant a signé une lettre, publiée dans une revue hebdomadaire appelée "Stern", dans laquelle il critiquait l'attitude de professionnels hospitaliers renommés concernant la législation sur l'avortement¹⁴⁰³. La lettre contenait une critique directe des conservateurs religieux qui attaquaient la législation et affirmaient que dans un pays riche comme l'Allemagne, il était absurde qu'une femme enceinte soit obligée de maintenir une grossesse non désirée. Quelques jours plus tard, l'employé a donné une interview en direct à un journal à grand tirage pour défendre l'avortement. Son contrat a ensuite été résilié pour avoir exprimé des opinions qu'il savait contraires aux préceptes et aux valeurs de l'Église catholique.

¹⁴⁰¹ WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 146.

¹⁴⁰² Cour européenne des droits de l'homme. Affaire n° 12242/86, introduite par Maximilian Rommelfanger contre l'Allemagne, 6 septembre 1989.

¹⁴⁰³ À l'époque, l'avortement était autorisé dans le pays jusqu'aux 12 premières semaines après la conception ou en cas de risque pour la vie.

Il a déposé une réclamation en matière de travail pour contester la légalité du licenciement. Aux premier et deuxième niveaux, il était entendu que la résiliation était disproportionnée et que, par conséquent, elle devait être considérée comme nulle et non avenue. Cependant, la Cour constitutionnelle fédérale a réformé les décisions car elle a compris que les juridictions inférieures n'avaient pas pris en considération le principe de l'autonomie de l'Église et que, selon le droit ecclésiastique, plus précisément le code canonique, l'avortement est un crime grave qui entraîne l'excommunication automatique. Justifiant que c'est le droit ecclésiastique que les arbitres auraient dû utiliser pour juger l'affaire, il a déclaré la dispense valide.

Après avoir épuisé les instances nationales, le salarié a saisi la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant une violation de son droit à la liberté d'expression. La Cour a rejeté la demande de l'employé car, faisant partie d'une organisation fondée sur certaines convictions religieuses, il ne pouvait pas exercer pleinement son droit à la liberté d'expression. La décision indique que, en se liant volontairement à des obligations contractuelles, le salarié a accepté d'avoir un devoir de loyauté envers l'Église catholique, ce qui a fini par limiter sa liberté d'expression, de sorte que la violation de ces obligations autorise la conséquence qui y est prévue, à savoir la résiliation du lien.

Il a conclu en réfléchissant au fait que, bien qu'il soit nécessaire de garantir la liberté d'expression face à des exigences déraisonnables de l'employeur, même si elles sont soutenues par un contrat. En l'espèce, l'employeur était une organisation fondée sur certaines valeurs qu'elle considérait comme essentielles pour remplir ses fonctions dans la société. Dans ce scénario, l'employeur ne pouvait pas exercer effectivement sa liberté d'expression collective sans imposer certains devoirs de loyauté à ses employés, en observant l'existence d'un rapport raisonnable entre les mesures qui affectent la liberté d'expression et la nature du lien, ainsi que l'importance de l'enjeu pour l'employeur.

L'affaire a été suivie de plusieurs autres, qui ont donné lieu à un débat juridique sur ce thème, plus précisément sur la possibilité de considérer l'objet social comme une source de justification de l'acte de restriction des libertés individuelles par l'employeur, ce qui a conduit à la promulgation, en 2000, de la directive de l'Union européenne du 27 novembre sur l'emploi et le travail, qui régit la possibilité d'assouplir la règle de non-discrimination¹⁴⁰⁴, car elle autorise l'imposition d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, à condition que

¹⁴⁰⁴ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : *Le Droit Ouvrier*, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 489.

l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnelle¹⁴⁰⁵. L'article 4 est reproduit : "Les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs de discrimination visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du contexte dans lequel elles s'exercent, cette caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice de l'activité, à condition que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".¹⁴⁰⁶

Comme toute exception au principe de non-discrimination, le cas prévu à l'article 4, paragraphe 1, de la directive doit être interprété de manière restrictive ; ainsi, toute exception doit être envisagée dans des circonstances très limitées. En outre, une exigence professionnelle établie par voie d'exception doit être proportionnée. Elle ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif final et doit l'invoquer de manière cohérente et systématique, sous peine de violer le principe d'égalité de traitement. L'examen de la proportionnalité intervient après la qualification de l'exigence professionnelle est ou n'est pas déterminante et essentielle, et il y a également une obligation de révision périodique pour vérifier qu'il n'y a pas eu de changements qui justifient la différence de traitement¹⁴⁰⁷.

La Commission européenne des droits de l'homme, en proposant la directive susmentionnée, a avancé une formulation qui prévoyait qu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle pour les activités professionnelles directement liées au but ultime de certaines organisations, et que ce but serait défini comme une orientation idéologique dans le domaine de la religion ou des convictions qui fait partie de l'enseignement, de l'information et de l'expression d'opinions. La proposition de rédaction, plutôt tronquée, est devenue encore plus complexe après les négociations avec les États membres, soucieux de préserver le régime particulier des employeurs confessionnels et de limiter l'action de la Commission. Un texte considérablement modifié a été présenté, aboutissant à la version finale que on a aujourd'hui. La formulation finale approuvée présente trois variantes : (i) elle insiste sur la spécificité des activités professionnelles qui englobent l'exception proposée ; (ii) elle assouplit les conditions d'invocation d'une exigence professionnelle susceptible de justifier une différence de traitement fondée sur la religion ou les

¹⁴⁰⁵ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 326.

¹⁴⁰⁶ Union européenne. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁴⁰⁷ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 495.

convictions ; (iii) elle inclut un nouvel alinéa concernant une seconde exigence, telle que l'attitude de bonne foi et de loyauté du salarié¹⁴⁰⁸.

En ce qui concerne la nécessité de spécifier l'activité professionnelle (i), l'exception concerne les activités professionnelles des églises ou d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou la croyance ; il s'agit des églises, mais, bien entendu, les fonctions éminemment ecclésiastiques sont exclues ici (par exemple, les prêtres et les pasteurs), car par rapport à celles-ci, sans aucun doute, l'exigence de coïncidence de la foi est nécessaire. À qui s'adresse donc l'exigence de la directive ? Les activités professionnelles dépourvues de but strictement religieux, c'est-à-dire les activités d'enseignement, la gestion d'hôpitaux, de maisons de retraite, de crèches, de centres culturels, de services d'aide aux migrants, toutes mentionnées par la Cour elle-même dans d'autres contextes¹⁴⁰⁹. La mission confiée aux travailleurs est, dans une large mesure, identique à celle des travailleurs des autres entreprises, en appliquant la législation ordinaire le cas échéant. Cependant, il y a ici une spécificité, découlant de la nature de l'employeur, qui a une éthique basée sur une religion ou sur une conviction spécifique. Dans ces cas, il y a encore beaucoup de choses à discuter, ce que beaucoup appellent une *terra ignognita*¹⁴¹⁰.

Le deuxième paragraphe de l'article 4, qui prévoit l'exception en question, doit être lu à la lumière de l'article 17 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reconnaît explicitement le statut des églises et des organisations non confessionnelles, tant philosophiques que non confessionnelles, et les respecte. Elle autorise également un traitement différent qui doit être exercé dans le respect des dispositions et principes constitutionnels de chacun des États membres. Elle établit également l'autonomie des églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, ce qui est indispensable au pluralisme dans une société démocratique. Cette disposition fait référence aux entreprises de tendance, contrairement aux entreprises ordinaires qui font l'objet de la réglementation du premier paragraphe. Les entreprises de tendance disposent de prérogatives qui ne sont pas susceptibles d'être analysées en termes de dérogation (fondée sur une hiérarchie entre principe et exception), mais en termes de mise en balance de deux droits qui se situent au même niveau de protection, à savoir : le droit individuel d'exprimer ses convictions, notamment religieuses, sans être exposé

¹⁴⁰⁸ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 496.

¹⁴⁰⁹ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 497.

¹⁴¹⁰ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 497.

à une quelconque discrimination et, le droit de promouvoir, collectivement, ces convictions par le biais d'une organisation qui a une éthique fondée sur la religion ou une conviction¹⁴¹¹.

En ce qui concerne le contrôle de l'exigence professionnelle spécifique (ii), à la date de l'adoption de la directive, le recrutement exclusif de salariés ayant la même religion que l'entité ecclésiastique employeuse était admis dans la grande majorité des pays européens. L'appartenance confessionnelle constituait un critère de recrutement pour tous les postes à pourvoir dans ces organisations (comme c'était le cas au Danemark et en Allemagne), ou seulement pour certains des emplois (comme c'était le cas en Espagne, qui faisait une distinction entre les activités liées à la transmission de l'idéologie de l'institution et les tâches neutres). Dans tous les États membres, ces dispositions pourraient être maintenues dans la législation nationale, à condition qu'elles répondent aux exigences adoptées par l'article 4, paragraphe 2, de la Directive. Actuellement, les différences de traitement directement fondées sur la religion ou les convictions ne sont autorisées que si le motif constitue une exigence professionnelle "essentielle, légitime et justifiée" par rapport à l'éthique de l'organisation. Pour identifier de telles exigences, le texte indique que la "nature" des activités professionnelles concernées, ou le "contexte" dans lequel les activités sont exercées, doivent être analysés dans une perspective plus large que leurs "conditions d'exercice"¹⁴¹².

Enfin, il y a le contrôle de l'exigence de bonne foi et de loyauté (iii). Si le premier alinéa de l'article 4, paragraphe 2, concerne la religion ou les convictions des travailleurs et ne peut justifier une discrimination fondée sur un autre motif, le deuxième alinéa concerne le comportement ou l'attitude de ce travailleur. Ces organisations doivent également être en mesure, dans la mesure où le droit national le permet, de ne pas conserver des employés dont le comportement est incompatible avec leurs préceptes, ou qui pourraient menacer l'idéologie (la raison d'être) d'une organisation religieuse. Cette raison d'être, appelée "*ethos*" par la Cour européenne, s'incarne dans les dogmes et préceptes qu'elle promeut expressément, mais aussi dans le climat qui y règne, imprégné de tout un ensemble de valeurs et de normes comportementales. Lorsque le comportement d'un travailleur dégrade cette *éthique*, il semble raisonnablement nécessaire de mettre fin à son contrat de travail.¹⁴¹³

¹⁴¹¹ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 497.

¹⁴¹² CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 498.

¹⁴¹³ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, p. 489-500. p. 499.

Ainsi, il est admissible qu'un employeur, dont l'éthique est fondée sur une religion ou une conviction philosophique, impose à ses employés une obligation spécifique de loyauté. De telles obligations, selon la Cour, sont acceptables lorsqu'elles visent à préserver la crédibilité de l'organisation, et peuvent être justifiées, par un contrôle juridictionnel, en tant que restriction des droits individuels des employés, à savoir : droit à la liberté d'expression, droit à la vie privée, droit à la liberté religieuse. Toutefois, ces droits ne peuvent être affectés dans leur essence, de sorte que leur noyau essentiel, leur "cœur", doit rester intact.¹⁴¹⁴

Pour mieux comprendre comment la directive est appliquée, on reproduit certains des arrêts rendus depuis lors. En 2009, la Cour s'est adressée à¹⁴¹⁵ : un professeur d'une université catholique, engagé pour donner des cours de philosophie, avait été licencié pour des opinions qu'il avait publiquement exprimées et qui étaient contraires aux dogmes du catholicisme et, choisissant de remettre en cause la légalité de l'acte de l'employeur, il a introduit une action en justice. En bref, dans la lettre de licenciement, il était fait mention des clauses 44 et 45 du statut de l'université catholique du Sacré-Cœur, qui établissaient que les activités des professeurs au sein de l'université devaient respecter les principes catholiques fondamentaux et que les professeurs titulaires seraient subordonnés à l'autorité ecclésiastique compétente. Dans toutes les instances nationales, l'enseignant n'a pas réussi à faire réformer la décision de l'employeur et a fait appel devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a confirmé les décisions nationales au motif que, dans certains établissements, la religion peut constituer une exigence professionnelle liée à l'éthique de l'organisation (conformément au paragraphe 23 de l'article 4 de la directive communautaire 78/2000/CE). Dans ces conditions, la Cour estime que la décision de l'Université pourrait être fondée sur un intérêt légitime à protéger le droit d'autrui, qui se manifeste par l'intérêt de l'Université à inspirer son enseignement conformément à la doctrine catholique.

Par la suite, en 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a été invitée à se prononcer sur la légalité d'un licenciement qui, selon le salarié, avait été discriminatoire¹⁴¹⁶. En résumé, l'employé d'une organisation religieuse, occupant le poste de directeur du département des relations publiques de l'Europe, contenait dans son contrat la clause suivante (traduction libre) : " L'employé est conscient des principes essentiels de l'Église. Il doit s'abstenir de faire

¹⁴¹⁴ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : *Le Droit Ouvrier*, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 499.

¹⁴¹⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 39128/05, Lombardi Vallaura contre Italie, 20 octobre 2009.

¹⁴¹⁶ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 425/03, introduite par M. Michael Heiz Ogst contre l'Allemagne, 23 septembre 2010.

des annonces ou d'adopter un comportement qui pourrait compromettre la réputation ou les principes de l'Église. Il s'engage à respecter les grands principes moraux. Il s'engage à s'abstenir de fumer, de boire de l'alcool ou du café, même en grains, ou de consommer des drogues au sein de l'Église ou dans ses environs, ainsi que lors de manifestations et de voyages professionnels. En cas de manquement grave, l'employeur peut le licencier sans préavis".

Au cours de ce lien, il a demandé à son évêque une aide pastorale, confiant que son mariage était en ruine et qu'il avait eu des relations sexuelles avec une autre femme. Peu après, il a été excommunié et licencié pour un motif valable, après qu'une procédure disciplinaire ait été dûment engagée. Mécontent, il a intenté une action en justice pour contester la validité du licenciement, et la Cour fédérale allemande a jugé que l'attitude de l'employé violait les obligations énoncées dans le contrat de travail, raison pour laquelle le licenciement était légitime. Il a affirmé que l'Église exige de ses employés le respect des principes de fidélité au couple et qu'une telle exigence ne génère pas de contradiction dans l'ordre juridique interne, notamment parce qu'il s'agit d'un principe de grande importance également pour les autres religions du monde, en particulier le catholicisme et le judaïsme. Il a estimé que le licenciement pour motif légitime était également nécessaire pour préserver la crédibilité de l'Église, menacée notamment en raison du poste de directeur occupé par l'employé, dont la mission était de motiver et de guider environ 170 employés. Il a également considéré que l'enseignement de la fidélité absolue est un principe fondamental essentiel à l'Église et qu'il devient difficile de veiller à l'image de l'Église si une personne qui prêche et extériorise ce principe, au nom de l'organisation, ne le fait pas dans sa vie privée.

La Cour européenne des droits de l'homme a été appelée à enquêter sur une éventuelle violation du droit à la vie privée et sur l'ingérence inappropriée de l'employeur dans ce domaine. La Cour a estimé que l'exigence de l'Église concernant la fidélité dans le mariage n'était pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique, et que la résiliation du contrat était une mesure nécessaire pour préserver la crédibilité de l'Église, d'autant plus en raison de l'emploi occupé par l'employé. Il a déclaré que les obligations de loyauté imposées à l'employé étaient légitimes et acceptables, dans la mesure où elles visaient à préserver l'image de l'organisation et que, si l'employé adultère n'était pas lié à une organisation religieuse et n'occupait pas une position importante, l'adultère ne serait pas une cause de résiliation du contrat.

Toujours en 2010, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a de nouveau été appelée à se prononcer sur la légalité du licenciement d'un employé, responsable de la chorale d'une paroisse catholique, qui a eu une relation extraconjugale ayant donné naissance à un

enfant et conduit à la rupture de la relation de travail¹⁴¹⁷. Dans son contrat, il était expressément prévu que la prestation de services devait se faire conformément aux règles de foi de l'employeur. Dans le domaine national, la dernière instance a estimé que l'activité de l'employé a certainement contribué à la célébration eucharistique, qui est l'un des principaux actes liturgiques de l'Église catholique. Dans cette optique, le maintien de l'employé dans son personnel ferait perdre à l'employeur toute sa crédibilité quant à ses préceptes religieux et moraux, puisque l'activité de l'employé était tellement liée à la mission de l'église qu'il ne pouvait en aucun cas continuer à exercer ses fonctions.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, lorsqu'elle a été appelée à le faire, a considéré que garantir l'autonomie des organisations religieuses est indispensable dans une société démocratique plurielle, ce qui constitue un obstacle à la protection de la liberté religieuse aux termes de l'article 9 de la Convention. Si un employeur dont l'*éthique est* une religion ou une philosophie peut imposer des devoirs de loyauté à ses employés, la décision de licencier un employé pour violation de ce devoir ne peut pas être analysée uniquement sous l'angle de l'autonomie de l'employeur, mais doit également analyser l'ensemble des biens juridiques en jeu en vue de la proportionnalité. En l'espèce, il y avait effectivement une disposition contractuelle dans laquelle le salarié acceptait d'avoir un devoir de loyauté envers l'Église catholique, ce qui a fini par limiter dans une certaine mesure son droit à la vie privée.

En 2011, la Cour a de nouveau été appelée à examiner une décision rendue par la plus haute juridiction allemande, qui discutait de la question de savoir s'il y avait eu licenciement discriminatoire pour motifs religieux¹⁴¹⁸. En bref, l'ancienne employée était enseignante dans une garderie d'une paroisse protestante, où elle enseignait la langue anglaise aux enfants. Dans son contrat, il y avait une clause prévoyant que les classes anglaises devaient avoir pour mission la propagation de la croyance protestante. Après son embauche, l'employeur a appris que l'employée était membre d'une autre confession religieuse et qu'elle y proposait des cours d'introduction à la religion, ce qui a conduit à la rupture de la relation de travail. L'affaire a atteint les tribunaux allemands, qui ont dû analyser la légalité du licenciement et ont rendu des décisions rejetant la demande de l'ex-employé au motif qu'il y avait eu violation du devoir de loyauté contractuelle. Les tribunaux allemands ont estimé que l'ancien employé n'avait pas le droit de participer et/ou d'appartenir à une autre religion dont les principes étaient en

¹⁴¹⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 1620/03, introduite par Schuth contre l'Allemagne, 23 septembre 2010.

¹⁴¹⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 18136/02, introduite par Siebenhaar contre l'Allemagne, 3 février 2011.

contradiction avec la mission de l'Église protestante et que l'employeur pouvait exiger de ses employés un certain comportement, que ce soit sur le lieu de travail ou en dehors, afin de protéger l'image de l'organisation.

L'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme par l'ancien employé qui alléguait une violation de l'article 9 de la Convention, qui prévoit que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience, d'expression et de religion. Dans son arrêt, la Cour a réfléchi : que l'article 9 de la Convention doit être interprété à la lumière de l'article 11, qui protège la liberté d'association contre toute ingérence injustifiée de l'État ; que la plaignante ne pouvait pas appartenir ou participer à une organisation dont les objectifs étaient en conflit avec la mission de l'Église protestante, car une telle attitude mettrait en doute sa loyauté contractuelle ; que le fait d'appartenir à l'autre Église pouvait mettre en cause la crédibilité de l'Église protestante employeuse ; que l'ancienne employée savait, ou du moins aurait dû savoir, que son appartenance à l'autre église était incompatible avec le service qu'elle était tenue d'accomplir auprès de l'Église protestante ; que les obligations de loyauté imposées par l'Église protestante étaient acceptables et raisonnables car elles visaient à préserver la crédibilité de l'Organisation auprès du public et des parents des enfants fréquentant l'école.

En 2014, la Cour européenne des droits de l'homme s'est à nouveau prononcée sur la validité d'un licenciement fondé sur des motifs de croyance¹⁴¹⁹. L'employé, qui avait été ordonné prêtre, avait demandé au Vatican une dispense du vœu de célibat avant le début de la relation de travail et n'avait pas reçu de réponse. Il s'est marié et a eu cinq enfants. Après cela, il a été engagé par un institut pour enseigner la religion et la morale catholiques. Tout au long de sa relation contractuelle, il a participé activement à des mouvements et publié des articles défendant le "pro-célibat optionnel", en plus d'exposer ouvertement sa situation familiale en tant que prêtre marié et père de famille, donnant même des interviews sur le sujet. Des années plus tard, la dispense du célibat a été acceptée par le Vatican. Cependant, sans la condition cléricale, le plaignant ne pouvait plus enseigner la religion catholique dans les établissements publics, ayant été dispensé.

Le plaignant a contesté la décision nationale en invoquant la violation de son droit à la liberté d'expression et de croyance, ainsi que l'atteinte à son droit à la protection de la vie privée. Il a été décidé que le lien établi entre l'enseignant et l'Église était fondé sur une relation de confiance et n'était pas une relation neutre, et qu'il appartenait au prêtre de remplir ses obligations conformément au Code de droit canonique. Il a alors porté l'affaire devant la Cour

¹⁴¹⁹ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 56080/07, introduite par Fernández Martínez contre l'Espagne, 12 juin 2014.

européenne, qui a traité la question comme une collision de droits, considérant que l'interaction entre la vie privée et la vie professionnelle en l'espèce exigeait non seulement des compétences techniques, mais aussi la capacité de suivre la doctrine de l'Église, créant ainsi un lien direct entre le comportement de la vie privée et l'activité professionnelle ; l'option choisie par le plaignant à l'égard de sa vie privée et familiale a gravement compromis les possibilités d'exercer son activité professionnelle spécifique ; il n'appartient pas à l'État de faire prévaloir le droit à la vie privée du requérant sur les droits de l'Église catholique, tant il est vrai que le principe de l'autonomie religieuse interdit à l'État de contraindre une communauté religieuse à admettre ou à licencier un individu ; la nature du poste occupé par le requérant, enseignant de la religion catholique, est une activité cruciale qui exige du salarié une obligation de loyauté particulière ; le fait que le requérant ait volontairement accordé des interviews et posé pour des photographies avec sa famille, lors des mouvements auxquels il a participé, a rompu le lien de confiance particulier qui était nécessaire pour remplir les tâches qui lui étaient confiées.

En résumé, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour la communauté religieuse d'exiger de ses enseignants une loyauté particulière, dans la mesure où ils sont ses représentants et, par conséquent, l'existence de divergences entre les idées de l'employé peut générer un problème de crédibilité lorsque celui-ci milite activement et publiquement contre les idéaux de cette organisation. Ainsi, la limitation du droit à la vie privée de l'employé n'a pas été considérée comme disproportionnée et, par conséquent, le licenciement était légitime.

En 2017¹⁴²⁰, a dû se prononcer sur la légalité d'une interdiction de porter un foulard islamique imposée à une travailleuse. Rétrospectivement, l'employé de confession musulmane travaillait comme réceptionniste dans une entreprise, où il existait une règle non écrite selon laquelle les employés ne pouvaient pas porter de signes visibles de leurs convictions idéologiques. Après quelques années, l'employée a fait savoir qu'elle souhaitait porter le voile islamique, ce qui lui a été refusé par l'entreprise, suivi d'une modification du règlement intérieur qui stipulait qu'il était interdit de porter des signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Peu après, l'employé a été licencié. Devant les tribunaux nationaux, le licenciement a été confirmé, les tribunaux comprenant qu'il n'y avait pas de discrimination religieuse, puisque l'interdiction concernait la croyance, les opinions politiques et philosophiques.

¹⁴²⁰ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 2017:203, déposée par Samira Achbita c. Belgique, 14 mars 2017.

La Cour européenne a estimé que l'employeur poursuivait un objectif légitime en créant cette interdiction, à savoir la volonté de maintenir une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse dans les relations avec les clients. Elle a considéré que l'employeur avait le droit de choisir l'image qu'il voulait donner à ses clients et, si celle-ci était neutre, qu'il devait le faire, car cela relevait de la liberté d'entreprise reconnue à l'article 16 de la Charte. Il a conclu que le règlement intérieur de l'entreprise n'était pas discriminatoire et était objectivement justifié par un objectif légitime, à savoir la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse, sous réserve des critères de nécessité et d'opportunité.

En 2018, elle a dû se prononcer sur la légalité de la disqualification d'une employée dans le cadre d'un processus de sélection où elle cherchait à obtenir un poste au sein d'une organisation religieuse¹⁴²¹. L'avis d'appel contenait des informations sur la nécessité d'être membre de l'église employeuse, en plus d'une identification à la mission diaconale, ce qui exigeait de joindre la preuve à son *curriculum vitae*. La candidate a envoyé son CV en s'identifiant comme "non confessionnelle" et n'a pas été convoquée à un entretien. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, appelée à se prononcer sur l'affaire, a tout d'abord considéré que l'activité professionnelle en cause concernait un service social d'une Église protestante allemande, et que le règlement intérieur de l'organisation prévoyait effectivement que l'accès aux emplois séculiers était, sauf exceptions, réservé aux membres de l'Église parce que leurs titulaires contribuaient à la réalisation de la mission fondamentale : le témoignage de l'Évangile en paroles et en actes. L'offre d'emploi indiquait que l'appartenance à une église protestante et l'identification à la mission ecclésiastique étaient des conditions préalables, et le candidat devait également indiquer sa religion dans son *curriculum vitae*.

Afin d'analyser si la différence de traitement appliquée était légitime, les juges se sont basés sur la question de l'"objectivité". Plus précisément, ils ont cherché à s'assurer qu'il existait un lien direct et objectif entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur (l'appartenance à une église particulière) et l'activité à exercer. Tout comme pour identifier si l'exigence professionnelle est essentielle et déterminante dans une entreprise classique, il est nécessaire d'analyser le lien soit à partir de la nature de l'activité en question, soit à partir des conditions de son exercice. Quant à la nature de l'activité, il faut chercher si, par exemple, elle impose la participation à une certaine éthique de l'église ou la collaboration à la mission que l'église proclame. La Cour a compris que, lorsque les conditions d'exercice de l'activité sont

¹⁴²¹ Cour Européenne des Droits de l'Homme. Affaire n° 2018:257, déposée par Vera Egenberger contre l'Allemagne, 17 avril 2018.

invoquées, le juge doit veiller à ce qu'une réponse objective soit donnée - aux yeux d'un observateur extérieur - quant à savoir si une représentation conforme à l'idéologie de l'employeur est nécessaire pour assurer la crédibilité de l'église ou de l'organisation¹⁴²².

Une fois que l'existence d'un lien direct objectivement vérifiable entre le poste recherché et l'appartenance à une confession religieuse particulière a été établie, le juge doit vérifier, au cas par cas, si l'exigence est essentielle, légitime et justifiable par rapport à l'éthique de l'organisation ; en d'autres termes, si elle est nécessaire. L'église doit démontrer, à la lumière des circonstances factuelles du cas, que le risque allégué de violation de son éthique ou de son droit à l'autonomie est probable et sérieux, de sorte que l'établissement d'une telle exigence est effectivement nécessaire. La Cour estime nécessaire ce qui est conforme au principe de proportionnalité, de sorte que, même si le principe de proportionnalité a été délibérément exclu du libellé de l'article 4, paragraphe 2, il doit être réintroduit comme principe général de common law¹⁴²³.

Comme il ressort des arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît une sphère d'autonomie pour les églises comme un élément essentiel au sein d'une société pluraliste et démocratique et, de ce fait, comprend que ces organisations peuvent inclure dans leurs contrats de travail une clause établissant des obligations spécifiques de loyauté envers l'*éthique de l'organisation*, et peuvent également exiger, sous réserve de critères de proportionnalité et de caractère raisonnable, que leurs employés maintiennent une vie privée en harmonie avec la doctrine de leur employeur. Lorsqu'elle apprécie une éventuelle violation du droit à la liberté de religion, de conscience ou de vie privée, la Cour reconnaît la large marge d'appréciation des États et l'intérêt national, mais elle prend en compte des questions de fait, la gravité du comportement de l'employé, les intérêts en jeu, la durée de la relation de travail et la fonction exercée au sein de cette organisation, afin de vérifier s'il existe une proportionnalité et une justification suffisante pour autoriser un tel comportement de l'employeur partial. En outre, le consentement du salarié par voie contractuelle à la restriction d'un droit à la vie privée, par exemple, constitue un élément essentiel pour la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁴²⁴

En résumé, le droit européen, en matière de non-discrimination en matière d'emploi et de travail, a établi que toute différence de traitement, interdite en principe, pouvait être justifiée

¹⁴²² CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 498.

¹⁴²³ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 499.

¹⁴²⁴ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 327.

en invoquant l'argument selon lequel elle constitue une exigence professionnelle essentielle. Dans ces cas, une discrimination qui serait initialement illégale en raison de l'origine, de la religion, de l'âge, de l'orientation sexuelle, entre autres, deviendra légale. Les textes invoquent une "exigence professionnelle essentielle et déterminante", "essentielle, légitime et justifiée" ou "réelle et déterminante". Il est clair que l'identification d'une telle exigence présuppose l'examen de la nature de l'activité professionnelle en question, ou des conditions dans lesquelles elle est exercée ; en outre, les conditions par lesquelles elle est justifiée doivent être proportionnées à l'objectif final poursuivi par l'organisation, à condition que cet objectif soit légitime¹⁴²⁵.

L'exigence de quelque chose d'essentiel et de déterminant va dans le sens d'un caractère authentique et véritablement professionnel, ainsi que d'une condition pour exercer l'activité professionnelle examinée. Il est possible de se demander si cette exigence est une condition nécessaire à l'exercice de l'activité ou si elle ne peut être placée que comme une condition souhaitable pour l'exercice le plus efficace d'une activité donnée ? Cette question n'a toutefois pas encore reçu de réponse de la part de la Cour européenne. Quelques exemples classiques qui permettent de comprendre l'ampleur du problème : pour l'enregistrement d'un film dans lequel un acteur jouera Nelson Mandela, est-il souhaitable d'engager un acteur noir, même si un acteur d'une autre couleur serait parfaitement capable de jouer le rôle, mais avec peut-être moins de crédibilité ; est-il possible d'attribuer une offre d'emploi de serveur dans un bar gay aux seuls homosexuels ? Est-il possible de restreindre l'accès à l'emploi dans une association qui défend les droits des LGBTQIA+ aux seuls homosexuels ? Il faut admettre que l'"apparence" homosexuelle est une "caractéristique liée à l'orientation sexuelle" ; en tout état de cause, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante sera analysée non pas en fonction de la nature de l'activité en question, mais en fonction des conditions de son exercice¹⁴²⁶.

Si l'on reprend l'article 4, paragraphe 1, de la directive, on constate que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante est présentée tant par rapport à la nature de l'activité professionnelle que par rapport aux conditions de son exercice¹⁴²⁷. Cependant, on entre ici dans un domaine où il n'y a pas de consensus. Dans cinq affaires françaises dans lesquelles la légalité d'une différence de traitement fondée sur l'âge a été discutée, il a été soutenu que l'âge était une caractéristique précise et objective. Il a été jugé que le critère (l'âge) était objectif car

¹⁴²⁵ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 489.

¹⁴²⁶ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 494.

¹⁴²⁷ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, p. 489-500. p. 494.

scientifiquement établi et nécessaire, puisqu'il concernait la capacité physique requise pour exercer l'activité analysée (pompiers, 35 ans ; pilotes de ligne, 36 ans ; policiers, 37 ans). La Cour a estimé que dans ces cas, la possession des capacités physiques particulières constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante, compte tenu des activités à exercer et de leur nature. La prise en compte des conditions d'exercice des activités au sein d'un service qui doit être équilibré, notamment la tranche d'âge de ses agents, était conforme au contrôle de proportionnalité¹⁴²⁸.

Plus spécifiquement et aux fins de la présente recherche, les articles 1 et 2 de la directive prévoient que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif lié à la religion ou aux convictions d'un employé est interdite. Toutefois, lorsqu'un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible de causer un désavantage particulier à une personne d'une religion ou d'une conviction donnée, mais que ce critère a un objectif légitime, étant nécessaire et approprié, un acte de cette nature ne sera pas considéré comme discriminatoire¹⁴²⁹. De même, l'article 4 de ladite directive stipule que : "sans préjudice des articles 1er et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs de discrimination visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du contexte dans lequel elles s'exercent, cette caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".¹⁴³⁰

Avec une telle disposition, l'exigence professionnelle indispensable à l'exercice d'une activité ne doit pas nécessairement être prévue dans la législation nationale, puisque la directive indique dans son article 4 que les États membres peuvent prévoir une différence de traitement découlant d'une exigence professionnelle. Suite à cette disposition de la directive, la France a adopté, le 27 mai 2008, l'article L. 1132-1 dans le Code du travail, qui interdit toute forme de discrimination entraînant une différence de traitement, sauf en cas d'exigence professionnelle déterminante et essentielle et à condition que l'objectif de cette différence de traitement soit légitime et proportionné¹⁴³¹.

¹⁴²⁸ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : *Le Droit Ouvrier*, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500. p. 494.

¹⁴²⁹ PETIT, Binoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴³⁰ L'UNION EUROPÉENNE. Directive 2000/78.

¹⁴³¹ CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans *Le Droit Ouvrier*, Juillet-Août, 2020, p. 489-500. p. 491.

En France, les entreprises de tendance ne sont pas définies par la loi et ne font pas l'objet d'une réglementation expresse ; elles constituent cependant une réalité¹⁴³² et ne peuvent être ignorées. La loi française établit dans son article L. 1132-1, du Code du travail, que la résiliation du contrat de travail pour tout motif considéré comme discriminatoire par rapport aux convictions religieuses du même est interdite, mais qu'une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut autoriser un traitement différent pour autant que l'objectif de ce traitement soit légitime.

De l'analyse jurisprudentielle de la Cour de cassation, il est possible d'observer qu'elle applique le concept de manière restrictive, en légitimant l'exception aux règles de non-discrimination sur le lieu de travail. La question a été abordée en France pour la première fois le 19 mars 1978, (affaire Dame Roy)¹⁴³³, et la discussion portait sur le droit à la liberté de mariage des enseignants d'un établissement d'enseignement privé catholique. Il s'agissait de la légalité du licenciement d'une enseignante qui s'était remariée après son divorce et dont le comportement, selon l'employeur, était contraire à la doctrine et à la morale catholiques qui prônent l'indissolubilité du mariage. Il y avait dans cette affaire une ingérence incontestable de l'employeur dans la vie privée de ses employés enseignants, ainsi qu'une limitation du droit à la liberté de mariage¹⁴³⁴ et à la liberté religieuse.

La Cour de cassation, dans une décision historique, a estimé que le licenciement était valable et que la limitation du droit à la liberté de mariage était légitime en raison du poste occupé par l'enseignant. Les juges ont également considéré que les convictions religieuses de l'enseignante, qui restent généralement en dehors de la sphère professionnelle, étaient pertinentes dans son cas car elles avaient été prises en considération au moment de son embauche ; que le lien entre la religion et la relation de travail avait été volontairement intégré dans le contrat ; que, dans ce cas, la religion était un élément essentiel et déterminant pour le maintien de la relation de travail ; et que la décision de l'employeur de mettre fin au contrat visait à sauvegarder le bon fonctionnement de l'institution, en préservant sa réputation et son caractère conforme aux idéaux du catholicisme¹⁴³⁵. Ainsi, la Cour a compris que la salariée, en adoptant un comportement contraire à la doctrine de l'Église (employeur) a cessé de respecter ses obligations contractuelles, ce qui a justifié la résiliation du contrat. En d'autres termes, la

¹⁴³² WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003. p. 145.

¹⁴³³ FRANCE. Cour Cass. Ass. Plén., 19 mai 1978, Dame Roy, N. de pourvoi : 76-41211.

¹⁴³⁴ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 26.

¹⁴³⁵ FRANCE. Cour Cass. Ass. Plén., 19 mai 1978, Dame Roy, N. de pourvoi : 76-41211.

Cour de cassation a compris que dans des circonstances très exceptionnelles, les condamnations du salarié peuvent être prises en considération pour la résiliation d'un contrat de travail. La compréhension construite par la Cour de Cassation est dans le sens que dans les entreprises de conviction religieuse la liberté des travailleurs est moindre que dans les entreprises conventionnelles et que, par conséquent, le salarié ne peut pas, même en dehors de l'entreprise, défendre une philosophie, avoir un certain comportement qui est en contradiction flagrante avec l'objectif ou la philosophie de cette organisation¹⁴³⁶.

Par la suite, le 20 novembre 1986, dans l'affaire Fischer, la question des organisations partiales a de nouveau fait l'objet d'une analyse par la Cour de cassation française dans une affaire concernant le licenciement d'un professeur d'un collège théologique protestant pour avoir maintenu un comportement contraire à la doctrine de l'employeur¹⁴³⁷. Dans cette affaire, la Cour a jugé que les dispositions contenues dans le Code du travail empêchant toute sanction ou tout licenciement du salarié en raison de ses convictions religieuses ne s'applique pas lorsque le salarié est engagé pour une fonction qui impose l'existence d'une communion de pensée et de foi avec son employeur, en plus du respect de toutes les obligations qui découlent de ce lien. Pour la Cour, la règle de non-discrimination sur la base des convictions religieuses ne pouvait pas être appliquée au salarié qui s'est engagé volontairement à accomplir une tâche qui impliquait une communion de pensée et de foi en accord avec son employeur¹⁴³⁸.

En 1989, la Cour a appliqué cette notion juridique dans une affaire concernant un responsable d'une association d'aide humanitaire qui, dans le cadre de ses fonctions, a tenu des propos malveillants à l'encontre de la population locale¹⁴³⁹. À cette occasion, la Cour a considéré que le comportement du travailleur était contraire à l'idéologie de l'employeur, qui prêche l'accueil de la société par l'aide humanitaire, de sorte que le licenciement était légitime car il s'agissait d'une entreprise à tendance¹⁴⁴⁰.

En 1991, dans l'affaire Painsecq¹⁴⁴¹, dans laquelle la légalité de la résiliation du contrat d'un employé en raison de son orientation sexuelle était discutée, la Cour a considéré que, s'il n'était pas possible de licencier un employé pour des raisons exclusivement religieuses ou

¹⁴³⁶ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 661.

¹⁴³⁷ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 26.

¹⁴³⁸ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 324.

¹⁴³⁹ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 27.

¹⁴⁴⁰ BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994. p. 27.

¹⁴⁴¹ FRANCE. Cour de Cassation, Chambre Sociale, du 17 avril 1991, 90-42.636.

morales, il était permis de licencier un employé lorsqu'il existait une cause objective fondée sur le comportement de l'employé qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et du but spécifique de l'entreprise, aurait créé un désordre interne. Dans le premier degré, l'action a été rejetée parce que le salarié, assistant eucharistique d'une association religieuse catholique, pour être homosexuel, ce qui va à l'encontre des principes de l'Église catholique, ne pourrait pas être maintenu en emploi. Les motifs invoqués étaient les suivants : l'homosexualité a toujours été condamnée par l'Église catholique ; ce fait était connu de l'employé ; le lien ne pouvait pas durer même si aucun scandale ne s'était produit en raison du comportement de l'employé ; il importait peu que le comportement ne soit connu que d'un petit nombre de fidèles et ne soit révélé à l'employeur que par indiscretion. La Cour de cassation a cependant cassé la décision au motif qu'elle s'était limitée à mettre en cause la moralité du salarié sans constater que ses actes avaient créé un désordre au sein de l'organisation.

Il y a un changement dans la position adoptée par la Cour lorsqu'elle a rejeté une analyse éminemment contractuelle, comprenant que le contrat de travail ne pouvait pas être une source d'imposition d'obligations professionnelles et extraprofessionnelles car elles iraient à l'encontre des droits fondamentaux des individus. En conséquence, elle a exclu la possibilité de légitimer une résiliation de contrat lorsqu'un employé ne respecte pas les directives qui lui sont données par l'employeur en ce qui concerne sa vie privée. Dès lors, pour que la rupture du contrat soit légitime lorsqu'elle est fondée sur un fait pratiqué par le salarié dans sa vie privée et qui était contraire aux dogmes de l'employeur, il faudrait caractériser objectivement un préjudice résultant du comportement du salarié¹⁴⁴².

Ce préjudice objectif porté par la Cour doit être examiné en fonction de la nature des fonctions que le travailleur exerçait et de la finalité même de l'organisation, afin de justifier et de démontrer la proportionnalité de la résiliation du contrat. Avec la notion de problème objectif, il a été entendu que, si en principe il n'est pas possible de résilier le contrat d'un employé en raison d'un comportement pratiqué dans la vie privée, il sera possible de le faire lorsque le comportement de l'employé, compte tenu de sa fonction et du but spécifique de l'entreprise, aura généré un trouble chez l'employeur¹⁴⁴³. Il est désormais exigé la présence de deux éléments : la justification et la proportionnalité.

¹⁴⁴² VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 325.

¹⁴⁴³ ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007. p. 261.

Cette affaire (Painseq) est considérée comme l'une de celles qui ont consacré la notion d'entreprise de tendance en France. C'est à partir de ce moment que, selon l'objet de l'entreprise et la tâche du salarié, il est possible que certaines règles de non-discrimination ne s'appliquent pas dans les relations de travail, de manière à justifier la résiliation d'un contrat sur la base d'un élément qui, dans une relation de travail classique, ne serait pas justifiable et légitime. La résiliation du contrat ne peut être justifiée que s'il est prouvé qu'il y a eu un préjudice objectif. La notion de préjudice objectif, cependant, est également devenue un problème dans le scénario français, car on ne savait pas – et on ne sait peut-être toujours pas – ce qui est considéré comme un problème objectif, de sorte que sa notion semble attendre une définition plus précise.

En bref, avec le cas et devant un cas pratique, il devient nécessaire d'analyser la présence de deux éléments : la justification et la proportionnalité. Le contrôle de la justification de la décision de l'employeur s'effectue en examinant l'objet de l'organisation et la fonction que le travailleur exerce, notamment pour vérifier si le comportement en dehors de l'environnement de travail pourrait effectivement poser un problème. Le contrôle de proportionnalité se concrétise par l'examen de l'objectif poursuivi par l'employeur avec la décision qu'il prend, qui conduit à la violation d'une liberté individuelle du salarié, que ce soit par la rupture du contrat fondée sur un comportement pratiqué en dehors du milieu de travail, ou par la restriction d'une liberté dans le milieu de travail. Il est incontestable qu'un régime spécial a été établi pour les entreprises de tendance qui leur permet, au nom de leur crédibilité, d'exiger de leurs employés une obligation de loyauté renforcée. Pour la Cour européenne, l'élément essentiel pour vérifier la légalité du comportement d'un employeur de tendance semble être l'existence d'une clause contractuelle à cet effet. Pour la France, il semble que l'élément central soit d'analyser si le comportement constitue un problème ou un préjudice objectif qui autorise la résiliation du contrat¹⁴⁴⁴. Néanmoins, pour les deux systèmes juridiques, sous réserve des différences mentionnées ci-dessus, il est important de contrôler la finalité et la proportionnalité.

En 2013, dans l'affaire Baby-Loup, la Cour de cassation a considéré qu'une entreprise de tendance était celle qui avait pour objet de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, ce qui n'était pas le cas de la crèche, puisqu'elle avait pour objet de défendre une action destinée aux enfants en situation défavorisée et d'aider leurs mères à se réinsérer socialement et professionnellement, sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁴ VIGNEAU, Christophe. La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014. p. 327.

¹⁴⁴⁵ TAWL, Emmanuel. Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits. Puf : Paris, 2016. p. 180.

L'affaire s'est fait connaître par les réactions qu'elle a suscitées dans la population qui a demandé une intervention imminente du législateur concernant l'incidence du principe de laïcité dans les relations privées de travail, ramenant à la surface le débat sur les entreprises de tendance¹⁴⁴⁶. Bien que, comme on l'a vu, la Cour ait compris qu'il ne s'agissait pas d'une entreprise de tendance car l'objet de la crèche n'était pas une activité directement philosophique, religieuse ou politique, mais sociale, le thème a été ravivé dans le scénario français, donnant lieu à de nouveaux débats sur les limites du droit à la liberté religieuse des salariés et, d'autre part, du droit de lutter contre la discrimination dans l'environnement de travail.¹⁴⁴⁷

Spécifiquement dans ce qui concerne la décision de considérer comme légitime l'ordre émanant d'un employeur de retirer le voile islamique d'une employée au motif qu'il existe une vulnérabilité de l'enfant, il semble résider ici une exigence professionnelle et essentielle, mais qui n'est pas encore très claire, ajoutée à une nécessaire objectivité qui doit être présente lors de la discussion de l'implication des croyances et convictions religieuses dans les relations de travail¹⁴⁴⁸. On sait que, même si la liberté de croyance est un droit absolu, sa manifestation doit être conciliée avec les intérêts de plusieurs groupes qui intègrent une société. En conséquence, elle peut faire l'objet de restrictions et de limitations, pour autant qu'elles constituent une mesure nécessaire, dans une société démocratique, pour assurer la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé, de la morale publique ou la protection des droits et libertés d'autrui¹⁴⁴⁹.

En 2017, la Cour de cassation a été invitée à se prononcer sur la validité d'un licenciement¹⁴⁵⁰. Une employée a vu son contrat de travail résilié parce qu'elle a refusé d'enlever le foulard islamique qu'elle portait. Chronologiquement, un client avait demandé à l'employeur d'intervenir et de demander à la salariée d'enlever le voile ; la salariée a refusé, ce qui a conduit à la rupture de son contrat pour faute grave. Pour la travailleuse, la restriction de la liberté religieuse doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et doit répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et l'objectif de cette restriction doit être légitime et proportionnel ; à ses yeux, le port du voile islamique dans une entreprise privée, qui travaille en contact avec les clients, ne viole pas les droits ou les convictions d'autrui. Par conséquent, l'exigence d'une cliente de retirer son voile ne constituait pas un critère légitime, de sorte que

¹⁴⁴⁶ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 41.

¹⁴⁴⁷ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité. Édition Lextenso : Paris, 2014. p. 43.

¹⁴⁴⁸ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁴⁹ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁵⁰ FRANCE. Cour de cassation, Civile, Chambre Sociale, 22 novembre 2017, 13-19.855.

les intérêts économiques ou commerciaux de l'employeur ne pouvaient être justifiés de primer sur la liberté religieuse fondamentale de la salariée¹⁴⁵¹.

À cette occasion, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et a renvoyé l'affaire devant la Cour pour qu'elle réponde à la question suivante : la disposition contenue dans l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit-elle être interprétée en ce sens que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante existant en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice peut être stipulée selon les souhaits d'un client d'une société informatique ?¹⁴⁵² La réponse de la Cour européenne a été que la disposition contenue dans l'article 4, paragraphe 1, doit être interprétée en ce sens que la volonté d'un employeur de prendre en considération les souhaits d'un client qui ne veut pas que son employé porte le foulard islamique ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante ; Toutefois, si le licenciement est fondé sur le non-respect d'une règle interne de l'entreprise interdisant le port de signes religieux, politiques ou philosophiques visibles, et si cette règle apparemment neutre entraîne en fait un désavantage particulier pour une personne adhérant à une religion spécifique (comme l'islam qui impose le port du voile islamique), il faut conclure à une différence de traitement indirecte fondée sur un fait religieux et discriminatoire. Toutefois, cette différence de traitement ne sera pas considérée comme discriminatoire si elle est justifiée et poursuit un objectif légitime, comme la mise en œuvre d'une politique de neutralité imposée par l'employeur à ses employés, notamment lorsqu'il est démontré qu'elle est nécessaire pour atteindre l'objectif final de l'employeur dans ses relations avec les clients¹⁴⁵³. C'est dans l'hypothèse où la rupture du contrat n'est pas fondée sur l'existence d'une règle interne de l'entreprise que la Cour européenne conclut que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits de ses clients et de ne pas permettre à une salariée de porter le voile islamique pendant l'exercice de ses fonctions, ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, telle que prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Pour motiver sa décision, la Cour européenne a souligné le manque d'objectivité du comportement de l'employeur.¹⁴⁵⁴

¹⁴⁵¹ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁵² PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁵³ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁵⁴ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

En ce qui concerne le fait que la résiliation doit être fondée sur un élément objectif, qui se pose lors de la discussion de la possibilité d'imposer une exigence professionnelle, à condition qu'elle soit essentielle et déterminante, cette exception constitue une situation d'atténuation singulière du principe de non-discrimination dans les relations de travail, prévu par la directive 2000/78. Cette exception permet aux États membres de prévoir dans leur législation nationale la possibilité d'un traitement différent, fondé par exemple sur les convictions religieuses, en fonction d'une situation spécifique découlant d'une activité professionnelle également spécifique. Ainsi, la fixation d'une limite d'âge pour l'emploi des pompiers¹⁴⁵⁵ ou l'obligation imposée aux pilotes de ligne¹⁴⁵⁶ de se soumettre à une épreuve d'aptitude en raison de l'âge constituent, dans ces cas, des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Dans de tels cas, en tant qu'exception à la règle générale, la Cour a rappelé qu'il était d'abord nécessaire que le droit national prévoit la question, afin que le mécanisme autorisant l'exception ne soit pas automatique et que sa revendication ne puisse pas être fondée sur les coutumes et les mœurs locales. Pour la Cour, le droit français remplit cette première condition à travers l'article L. 1133-1 du code du travail, qui dispose qu'il est possible pour un employeur de prévoir certaines conditions discriminatoires, à condition que le but d'une telle disposition soit légitime et que l'exigence soit proportionnée¹⁴⁵⁷.

De même, la Cour précise que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ne peut être invoquée pour permettre une différence de traitement fondée sur un acte discriminatoire. Elle doit également avoir pour objet une caractéristique directement liée à une fondation, et ce n'est que dans des conditions très limitées qu'une caractéristique liée, notamment, à la religion peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante. En effet, il s'agirait d'une disposition qui affaiblit le principe de non-discrimination et qui est donc soumise à une interprétation étroite. Par conséquent, chaque situation impliquant cette question doit être examinée de manière particulière, en tenant compte de la nature spécifique de l'activité du travailleur et du poste occupé, ainsi que du contexte particulier dans lequel les activités sont exercées.¹⁴⁵⁸

En outre, selon l'interprétation de la Cour, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante pour un certain poste est une notion qui présente un caractère dynamique, dans la

¹⁴⁵⁵ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire n° C-229/08, introduite par Worlf contre l'Allemagne, 12 janvier 2010.

¹⁴⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire n° C-447/09, recours introduit par Prigge, 13 septembre 2011.

¹⁴⁵⁷ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁵⁸ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

mesure où elle est susceptible d'adaptations en fonction de l'évolution sociale. Cela signifie qu'une atténuation de la liberté individuelle d'un travailleur dans un certain cas ne signifiera pas, dans un autre cas similaire, un résultat identique. Il sera toujours nécessaire d'analyser le contexte, les circonstances et les agents impliqués pour, ensuite seulement, décider de la légalité ou non d'une exigence professionnelle donnée. Revenant sur le cas de la salariée qui a été licenciée parce qu'elle ne s'est pas conformée à l'ordre de l'employeur d'enlever son voile islamique, émis à la demande d'un client, la Cour a compris que la notion d'exigence professionnelle et déterminante renvoie à la nécessité de présenter une exigence objective, dictée par la nature et les conditions d'exercice de l'activité professionnelle. Elle ne peut donc pas être délimitée par des considérations absolument subjectives, telles que la volonté de l'employeur de se conformer aux souhaits d'un client particulier.¹⁴⁵⁹

En effet, la discussion consistait à répondre à la question de savoir si, conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la Directive et à l'article L. 1133-1 du Code du travail, le but poursuivi par l'employeur en traitant différemment le salarié était légitime ou non. Néanmoins, dans cette affaire, il était entendu que rien n'indiquait réellement que les souhaits exprimés par les clients avaient une base objective, liée à la nature de l'activité exercée par le salarié (ingénieur). Le désir de ne pas travailler avec une personne qui porte un voile islamique peut très bien n'être fondé que sur des préjugés, voire des convictions racistes, de sorte que l'employeur, en répondant favorablement aux souhaits du client, a fini par ratifier un comportement illégal¹⁴⁶⁰.

Dans le même cas, concernant la possibilité de résiliation du contrat de travail pour violation d'une règle interne de l'entreprise, s'il existait une disposition en ce sens pour ne pas utiliser de symboles religieux, l'analyse est différente. On n'observe plus les liens d'influence qu'un client peut exercer auprès de l'employeur, mais les objectifs qu'une règle impose et la nécessité conséquente d'y obéir ou non. Sur ce point, tout au long de l'argumentation, la Cour européenne évoque une " règle interne " comme s'il s'agissait d'une catégorie homogène de règles qui, du seul fait d'exister et d'être inscrites dans le règlement d'une entreprise, feraient disparaître toute accusation de subjectivité pouvant être portée par un salarié et, surtout, renforceraient la légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur. Cependant, du point de vue d'un droit social français, il semble que la seule existence d'une règle ne suffirait pas à exclure

¹⁴⁵⁹ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁶⁰ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

toute forme d'insurrection à cet égard. Il est clair que la notion de "règlement intérieur" est ambiguë car, dans la grande majorité des cas, elle est le résultat de la volonté unilatérale de l'employeur ; et, si ce n'est pas le cas, elle est le fruit d'une négociation et d'un accord avec les institutions représentatives¹⁴⁶¹.

Avec la simple présence d'une règle interne apparemment neutre, la Cour n'analyserait plus l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais analyserait les conditions de légalité de la discrimination indirecte. L'analyse reste cependant similaire, car la directive établit quels sont les cas de discrimination indirecte qui sont légaux, lesquels doivent être inscrits dans un objectif légitime, en plus d'être appropriés et nécessaires. Si les objectifs sont légitimes et nécessaires, le travailleur n'aura d'autre choix que d'accepter.

Il convient de noter que ce qui est considéré comme subjectif par la Cour, ce sont les motivations de l'employeur et non celles du client, mais, en tout état de cause, toute possibilité de justifier qu'un ordre donné consisterait en une exigence professionnelle essentielle et déterminante est exclue, également parce que l'employeur avait tout pouvoir de s'opposer aux souhaits du client, s'il estimait qu'ils n'étaient pas fondés sur un but légitime. L'employeur, en mettant fin au contrat avec le salarié, prend sur lui les motivations du client et, par conséquent, étant considéré comme subjectif, ne peut se soustraire à sa responsabilité. Si le client est le roi dans le monde des affaires, l'employé est l'empereur dans les relations de travail. La Cour a toutefois laissé une porte ouverte à la reconnaissance d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante qui justifie l'ordre de retirer un voile islamique, pour autant que l'objectif de cette exigence soit légitime et que la mesure soit proportionnelle ; des exemples peuvent être facilement imaginés dans des affaires concernant la santé et la sécurité au travail¹⁴⁶².

Enfin, en ce qui concerne les *entreprises de conviction religieuse* ou les *entreprises de tendance religieuse*, c'est-à-dire les écoles confessionnelles et les organisations religieuses, force est de constater que le droit français prévoit des formes juridiques spécifiques pour ces organisations, tout en adoptant le principe de l'autonomie ecclésiastique des organisations religieuses. L'autonomie ecclésiastique des groupes religieux consiste en l'interdiction pour l'État et ses organes (législatif, exécutif et judiciaire) de s'immiscer dans la doctrine de la religion, ainsi que dans les règles de vie, de correction et de discipline. Ce principe a une existence ancienne dans le droit interne des États, ayant été accepté par la jurisprudence de la

¹⁴⁶¹ PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

¹⁴⁶² PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

Cour européenne des droits de l'homme en 2000 lorsqu'elle a déclaré que l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et qu'elle est au cœur de la protection offerte par l'article 9 de la Convention¹⁴⁶³. À l'exception des cas de violation du principe d'interdiction de la torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou du travail forcé ou esclave, l'autonomie ecclésiastique doit prévaloir. Cette autonomie ecclésiastique est également comprise comme consistant dans la liberté des religions de choisir leurs employés selon leurs propres critères, sauf dans les cas exceptionnels du principe de non-discrimination¹⁴⁶⁴, étant possible d'affirmer, pour ces raisons, qu'il existe une protection spéciale dans le système juridique français pour ces entités par rapport à d'autres entités également idéologiques.

Section II – Les paramètres pour l'imposition légitime de restrictions des libertés fondamentales des travailleurs dans les entreprises de tendance au Brésil à la lumière de l'expérience française

Afin de répondre au problème de la thèse concernant l'applicabilité du concept français dans le système juridique brésilien, plus précisément dans les organisations confessionnelles, la question doit être posée : l'employeur peut-il limiter, avant et pendant la validité du contrat de travail, l'exercice des droits fondamentaux individuels afin de protéger la crédibilité de l'organisation ? Si la réponse est positive, il est possible de conclure à l'applicabilité et de proposer les changements nécessaires afin d'adapter le concept aux règles brésiliennes ; sinon, à l'inapplicabilité.

Tout d'abord, il convient de mentionner que, comme en France, au Brésil, le concept d'entreprise de tendance n'est pas défini par le système normatif, ce qui signifie qu'il est parfois ignoré par la doctrine et les tribunaux, et à d'autres moments, il existe des divergences quant à sa définition. À partir de la recherche doctrinale effectuée, il est possible d'identifier des points de proximité et de distance entre les juristes brésiliens. Pour Alexandre Agra Belmonte, les entreprises de tendance "présupposent l'adhésion à une certaine idéologie ou conception de la vie, de l'homme ou du monde, comme c'est le cas pour celles qui visent à atteindre des objectifs politiques (partis politiques), religieux, syndicaux, confessionnels, caritatifs, éducatifs,

¹⁴⁶³ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire n° 30985/96, recours introduit par Hassan et Chauch contre la Bulgarie, 26 octobre 2000.

¹⁴⁶⁴ MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris. p. 661.

scientifiques, artistiques et similaires, comme les associations anti-avortement ou pro-immigration"¹⁴⁶⁵. Pour Rúbia Zanotelli Alvarenga, "il s'agit d'entités patronales qui, par leur nature même, ont une ligne idéologique, philosophique ou religieuse certaine et spécifique. Il s'agit notamment des syndicats, des écoles religieuses, des partis politiques, entre autres"¹⁴⁶⁶. Abordant indirectement la question, Patricia Oliveira Lima Pessanha déclare que "la notion même de discrimination négative s'oppose à celle – positive – dont les critères distinctifs apparaissent comme légitimes, justifiables. Exemple : l'embauche de femmes pour travailler dans les pénitenciers pour femmes et dans les entreprises de tendance"¹⁴⁶⁷.

Pour Rafael Carmezim Nassif, les organisations biaisées "se caractérisent sur la base du postulat idéologique marqué qui prédomine et dirige les activités qu'elles proposent. On entend par là les partis politiques, les syndicats, les églises et les communautés religieuses, les établissements d'enseignement et les hôpitaux appartenant aux églises et aux communautés religieuses, les institutions médiatiques et les grandes entreprises"¹⁴⁶⁸. Wagson Lindolfo José Filho les définit comme étant "des institutions particulières qui professent un certain type de croyance ou de valeur, dont la finalité sociale est intrinsèquement liée à la réalisation directe de l'engagement idéologique qu'elles incarnent. À titre d'exemple, les ordres religieux et les partis politiques se distinguent".¹⁴⁶⁹

La définition suivante est proposée : on entend par entreprise de tendance les institutions qui ont été créées dans le but de défendre une idéologie mondiale, qui est la raison de leur existence, à l'instar des organisations religieuses. Elles se distinguent des entreprises conventionnelles en ce qu'elles ne fournissent pas de services, n'ont pas pour objectif d'acheter et de vendre des biens, de produire des biens ou de réaliser des bénéfices ; leur activité se limite à la propagation d'un idéal. La conséquence de l'application de ce concept est l'expansion du pouvoir d'emploi et la restriction proportionnelle des droits et libertés fondamentaux de certains employés, afin de protéger l'image morale et la crédibilité de l'organisation.

En analysant la compréhension des Tribunaux Régionaux du Travail sur le sujet, il est possible de vérifier que les discussions dans les procès de travail sont encore naissantes, dont

¹⁴⁶⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 162.

¹⁴⁶⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A liberdade religiosa e o empregador de tendência ideológica. In: Revista Fórum Trabalhista, v. 3, n. 14, set./out. 2014. p. 4.

¹⁴⁶⁷ PESSANHA, Patricia Oliveira Lima. Discriminação: a chaga social. In: Grandes Temas – Discriminação, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1 Região, Jan./Jun. 2012, pp. 93-101. p. 94.

¹⁴⁶⁸ NASSIF, Rafael Carmezim. A relação de emprego nas organizações de tendência. In: Revista de Direito, 2014, pp. 193-207, p. 193.

¹⁴⁶⁹ JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. Organizações de tendência – Poder diretivo. In: Magistrado Trabalhista, online, 16 de novembro de 2013.

la conclusion est extraite de la recherche de jurisprudence effectuée dans les adresses électroniques de tous les Tribunaux du pays, à travers la recherche avec les expressions suivantes : "organisation de tendance", "organisations de tendance" et "entreprise de tendance". Comme on peut l'observer, la grande majorité des cas concerne des organisations à tendance confessionnelle, objet de la recherche. Chronologiquement, le premier cas trouvé est daté de 2010, du Tribunal Régional du Travail de la 3ème Région (Minas Gerais), où il a été discuté concernant la possible occurrence de harcèlement moral dans l'environnement de travail fondé sur la religion, rendant une décision dans les termes suivants¹⁴⁷⁰ : "dans les entreprises de tendance, les limites aux droits fondamentaux des individus sont plus étendues, et les libertés étudiées peuvent être affectées en raison de l'orientation idéologique et de la croyance diffusées par l'organisation employeuse. Toutefois, il a été entendu que les limitations de cette nature ne doivent être étendues qu'aux employés qui devaient accomplir des tâches, dont la pensée philosophique ou politique est indispensable au développement de l'organisation, ce qui n'est pas le cas dans les dossiers".

En 2013, le tribunal régional du travail de la 8e région (Pará) a statué sur la légalité du licenciement d'un professeur d'éducation religieuse d'un institut chrétien qui, au cours de la relation contractuelle, a divorcé et s'est remarié sans cérémonie religieuse, ce qui a conduit à la résiliation¹⁴⁷¹. Le licenciement a été considéré comme illégal, étant entendu que l'État ne pouvait pas invoquer des préceptes religieux pour justifier une décision. Reproduit : " étant inapplicables par le juge d'État, laïques par définition, les préceptes et principes religieux ". Il poursuit : " même si l'école en question est une école religieuse, même si la plaignante était un professeur d'éducation religieuse, [...] son mariage, autorisé par la loi brésilienne, ne peut être invoqué par la défenderesse-appelante comme motif de licenciement, même sans motif valable ". Dans ces circonstances, il s'agit d'un licenciement discriminatoire, offensant et causant des souffrances psychologiques et morales, également parce que la plaignante était mariée à un homme de la même confession religieuse". Enfin, "le prétendu préjudice que le second mariage de la plaignante intimée lui a causé, en portant atteinte à son image, ne sert pas à atténuer la mauvaise conduite de la défenderesse, car un préjudice plus important à son image a résulté de son licenciement avec déshonneur et l'acte d'intolérance qu'elle a ainsi pratiqué".

¹⁴⁷⁰ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 3e région. Appel ordinaire : 0146200-29.2008.5.03.0020. Session de procès : 21/09/2010.

¹⁴⁷¹ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 8e région. Appel ordinaire : 0001595-40.2012.5.08.0010. Rapporteur : Dr. José Maria Quadros de Alencar. Session de procès : 01/03/2013

En 2013, le Tribunal régional du travail de la 1ère Région (Rio de Janeiro), à propos de la résiliation du contrat pour motif valable d'une employée, professeur de chimie, dans une école catholique, qui a vendu dans un magasin externalisé inséré dans l'école un livre de blagues avec des commentaires vexatoires sur l'habillement, l'esthétique et la sexualité des religieuses, a décidé¹⁴⁷² : "le contenu du livre n'est pas pertinent pour l'issue de la controverse, car il dépasse largement les limites de la relation de travail et l'analyse des droits et devoirs des parties impliquées dans celle-ci" et que "la défenderesse n'avait pas le droit d'empêcher son professeur de chimie de vendre un livre de blagues écrit par lui à une librairie externalisée, car cela dépasse les limites de la relation contractuelle de travail entretenue entre les parties".

En 2015, le tribunal régional du travail de la 9e région (Paraná) s'est prononcé sur la légalité d'un licenciement pour motif valable effectué par une organisation religieuse, motivé par le non-respect par l'employé des normes de conduite de la foi prêchées par l'entité, plus précisément, pour avoir omis de payer l'obligation de verser la dîme nécessaire au maintien de la créance de membre actif¹⁴⁷³. L'action a été jugée valide et confirmée au second degré dans les termes suivants : "tout employeur, entité religieuse ou laïque, ne peut imposer des conditions qui affectent directement ou indirectement le principe d'intangibilité du salaire ou imposer une quelconque hypothèse de réduction du salaire comme condition du maintien de l'emploi". Et j'ai continué à y réfléchir : "il a été démontré que l'église, faisant usage de son autorité ecclésiastique et employeur, a imposé l'obligation à l'auteur de transmettre 10% de ses gains, exerçant une réprimande morale et une coercition spirituelle, en plus de mettre en doute la continuité de la relation de travail".

En 2015, le tribunal régional du travail de la 11e région (Amazonas), sur la possibilité de limiter l'accès à l'emploi sur la base de critères religieux, a décidé¹⁴⁷⁴ : " en fait, ce qui a été démontré est ce que l'on appelle en droit une entreprise de tendance ". Une entreprise de tendance idéologique a même tendance à embaucher des personnes issues de ce segment religieux, comme c'est le cas des partis politiques qui n'embauchent pour travailler que leurs militants qui se rassemblent autour de la même idéologie. Vouloir qu'une entreprise évangélique embauche des personnes ayant des tendances idéologiques différentes, c'est produire un environnement de stress et de tension, qui ne sera productif pour aucune des parties. En outre,

¹⁴⁷² BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 1ère région. Appel ordinaire n° 0190800-65.2009.5.01.0244. Rapporteur : Dr. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Session de procès : 24/04/2013

¹⁴⁷³ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 9e région. Jugement n° 0001691-12.2013.5.09.0004. Rapporteur Dr. Archimedes Castro Campos Júnior. Session de procès : 08/10/2015.

¹⁴⁷⁴ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 11e région. Appel ordinaire : 0011494-62.2013.5.11.0004. Session de procès : 09/06/2015.

il n'y a aucune preuve de discrimination parce que l'entreprise comptait des personnes d'autres tendances chrétiennes".

En 2016, le tribunal régional du travail de la 10e région (district fédéral) a dû se prononcer sur la légalité du licenciement d'un employé occupant un poste important, effectué par une organisation religieuse qui a mis fin au lien pour un motif valable, motivé par les plaintes de plusieurs femmes bénévoles, subordonnées à l'ancien employé, qui affirmaient être harcelées par lui, un homme marié¹⁴⁷⁵. L'action a été rejetée et confirmée par la Cour, dans les termes suivants : "Pour le plaignant, qui exerçait une fonction intrinsèquement liée à la tendance ou à l'idéologie de l'organisation du défendeur, la conformité de l'idéologie particulière avec les objectifs sociaux défendus par l'église était nécessaire, puisque l'accomplissement des tâches, en l'espèce, signifiait l'expression même des idées de l'organisation." Il a considéré qu'il était évident que le plaignant devait maintenir un comportement compatible avec les lignes directrices de l'entité à laquelle il était lié, puisqu'il était un modèle de conduite à suivre par la communauté, étant donné qu'il occupait une position de premier plan. Il a conclu en déclarant que, compte tenu du fait que l'Église employeur prêche des valeurs telles que la moralité, les bonnes manières, la chasteté et la fidélité, et compte tenu de la condition d'homme marié, l'employé ne pouvait pas entretenir avec les volontaires une relation qui ne soit pas professionnelle.

En 2017, le tribunal régional du travail de la 18e région (Goiás), statuant sur la légalité de la préférence de l'employeur idéologique pour avoir des employés qui ont une idéologie compatible, a affirmé que¹⁴⁷⁶ : "Les entreprises de tendance [...] sont des institutions/organisations religieuses particulières orientées vers la diffusion/le culte d'une certaine croyance ou valeur idéologique". Il poursuit : "Compte tenu de la nature idéologique de l'institution, il est naturel d'exiger une affinité des employés avec les piliers fondamentaux qui y sont défendus, en particulier ceux qui travaillent dans des fonctions qui traitent directement avec la composante religieuse".

En outre, "en ce qui concerne les employés qui ne travaillent pas directement avec l'élément idéologique-finaliste de l'institution, comme c'est le cas du plaignant, tous les droits et garanties fondamentaux de la Constitution de 1988 sont largement assurés, y compris celui de la liberté religieuse, mais cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de devoir de respecter l'entité

¹⁴⁷⁵ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 10e région. Appel ordinaire : 00735-2014-002-10-00-5. Session de procès : 29/06/2016.

¹⁴⁷⁶ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 18e région. Appel ordinaire : 0011664-85.2016.5.18.0181. Rapporteur Dr. César Silvério . Séance de procès : 30/11/2017.c

pour laquelle ils travaillent et le dogme qui y est défendu, même avec plus de zèle". Il conclut en disant que "le simple fait que l'entité accorde une préférence dans l'embauche des employés qui ont des affinités avec l'idéologie défendue ne signifie pas qu'il existe une discrimination présumée à l'égard des employés d'autres croyances, un fait qui doit être vérifié en fonction du cas concret".

En 2018, le tribunal régional du travail de la 18e région (Goiás), sur la tenue de cultes dans les locaux de l'organisation, a compris que¹⁴⁷⁷ : "sur de telles procédures, il est impératif de souligner qu'il n'est pas oublié que l'employeur est une entité à base sociale et religieuse, qui professe un certain type de croyance, dont la finalité sociale est intrinsèquement liée à la réalisation directe d'engagements idéologiques assumés par lui. Il s'agit d'une entreprise de tendance, et l'existence de petits rituels religieux (comme la prière du Notre Père), de participation non obligatoire, qui sont en harmonie avec son idéologie, n'est pas excessive, et il n'est pas probable que le salarié inséré dans ce contexte ait la sphère morale effectivement affectée".

En 2018, le Tribunal régional du travail de la 23e région (Mato Grosso), sur la légalité du licenciement d'un enseignant d'une école chrétienne, qui a fourni à des élèves mineurs des exemplaires d'un livre de son auteur au contenu pornographique, a confirmé le licenciement en comprenant que¹⁴⁷⁸ : "les parents, lorsqu'ils choisissent l'école qui se chargera de l'éducation de leurs enfants, recherchent la similitude entre les valeurs de l'institution et celles qu'ils transmettent à la maison. En ce sens, le défendeur est guidé par des valeurs éthiques et religieuses qui sont totalement incompatibles avec le comportement du plaignant et le contenu du livre qu'il a écrit". Il a poursuivi en affirmant que "l'on pourrait même la classer comme une entreprise de tendance, puisqu'il s'agit d'une entité qui a un engagement idéologique différent de celui des parents et des élèves, avec des particularités concernant le pouvoir directif de l'employeur, qui pourrait même entrer dans la vie privée de l'employé lorsque cela implique un risque pour l'objectif social de l'entreprise".

En 2019, le tribunal régional du travail de la 2e région (São Paulo), se prononçant sur la légalité de l'escompte des dîmes sur la feuille de paie d'un employé d'une organisation religieuse qui prétendait avoir été contraint de procéder aux paiements, a compris qu'il appartenait à l'employé de prouver qu'il avait effectivement été contraint de demander

¹⁴⁷⁷ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 18e région. Appel ordinaire : 0010303-08.2018.5.18.0005. Rapporteur : Dr. Geraldo Rodrigues do Nascimento. Session de procès : 05/12/2018.

¹⁴⁷⁸ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 23e région. Appel ordinaire : 0001344-81.2016.5.23.0101. Rapporteur : Dr. Rosiane Nascimento Cardoso.

l'escompte et, à défaut, que la demande de restitution des sommes était indue. La décision stipule que : " malgré la remise inhabituelle, le plaignant a professé les mêmes convictions de l'entreprise de tendance dans laquelle il travaillait ou était lié [...] en l'absence de preuve de coercition ou d'autre défaut de l'acte juridique, il n'y a pas moyen de reconnaître l'affront à l'article 462, CLT "¹⁴⁷⁹.

En 2019, le tribunal régional du travail de la 3e région (Minas Gerais) s'est exprimé sur la possibilité d'utiliser l'identité d'intérêts entre l'organisation et la personne comme critère d'embauche, dans les termes suivants¹⁴⁸⁰ : "il s'agit d'une entreprise de tendance, qui recherche naturellement des prestataires de services intéressés par les objectifs de l'institution. Cela devient encore plus clair si l'on considère les activités de l'entité juridique dont l'auteur est un partenaire".

En 2019, le tribunal régional du travail de la 4e région (Rio Grande do Sul), lorsqu'il s'est prononcé sur la légalité d'exiger la prestation de services même lorsque des motifs religieux sont invoqués, a compris¹⁴⁸¹ : "le projet V., n'était pas une activité volontaire, ce n'était pas une fête ou une fraternisation, mais plutôt une activité spirituelle dans une entreprise de tendance, c'est-à-dire un employeur qui a la religion comme fondement de son existence. Ainsi, il est évident que les enseignants doivent exercer une telle activité précisément pour démontrer qu'ils s'alignent sur la tendance religieuse de l'employeur." Il poursuit : "en outre, à propos des entreprises de tendance, il convient de dire qu'il s'agit d'entreprises ou d'institutions dont les idéaux influencent directement les services qu'elles fournissent".

En 2020, le tribunal régional du travail de la 24e région (Mato Grosso do Sul), à propos de la possibilité d'exclure un membre du tableau associatif d'un syndicat pour avoir exprimé une opinion différente, a décidé que¹⁴⁸² : "Le plaignant ayant été exclu de la carte associative du syndicat pour avoir légitimement manifesté le droit fondamental de liberté de pensée et de libre expression ou manifestation, il doit être réintégré, car le fait d'appartenir à l'entité associative syndicale - entreprise de tendance typique - ne le prive pas de ce droit fondamental de citoyen, inhérent à l'État de droit démocratique, surtout lorsqu'il est prévu que le milieu

¹⁴⁷⁹ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 2e région. Recours ordinaire n° 1000295-06.2018.5.02.0714. Rapporteur Dr. Cândida Alves Leão, Session de jugement : 13/03/2019.

¹⁴⁸⁰ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 3e région. Appel ordinaire n° 0010416-92.2017.5.03.0108. Rapporteur Dr. Vitor Salino de Moura Eça, Session de jugement : 16/07/2019.

¹⁴⁸¹ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 4e région. Appel ordinaire n° 0021450-58.2016.5.04.0662. Rapporteur Dr. Clóvis Fernando Schuch Santos, Session de jugement : 09/10/2018.

¹⁴⁸² BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 24e région. Appel ordinaire n° 0024834-64.2017.5.24.0071. Rapporteur Dr. Francisco das C. Lima Filho, Session de jugement : 17/03/2020.

syndical soit marqué par la coexistence démocratique avec la pluralité des opinions, des pensées et des idéaux".

En 2021, le tribunal régional du travail de la 2e région (São Paulo), à propos de la validité du licenciement pour motif valable d'un employé, pour mauvais comportement, a estimé que¹⁴⁸³ : "la défenderesse n'a pas allégué être une entreprise de tendance, de même que son objet social de culture de fleurs et de plantes ornementales indique, effectivement, qu'elle n'est pas une entreprise de tendance. Par conséquent, le fait que la défenderesse ait des travailleurs ruraux religieux et que le comportement attribué à la plaignante implique un manque de respect pour la valeur morale pertinente qui est attribuée au mariage ne garantit en aucun cas l'exercice du pouvoir disciplinaire, car les valeurs morales et religieuses éventuellement adoptées par la défenderesse ne peuvent pas être imposées à la plaignante, étant donné que la subordination juridique n'implique pas de lier la plaignante à ces mêmes valeurs".

En 2021, le tribunal régional du travail de la 1ère région (Rio de Janeiro), à propos de la possibilité d'imposer aux employés la participation à des cultes religieux, a décidé ce qui suit : "le défendeur n'est pas une entreprise de tendance, dans laquelle son idéologie peut s'immiscer dans la vie privée de l'employé. Dans le cas présent, le témoin qui a travaillé directement avec le plaignant a confirmé qu'il était, bien que de manière voilée, obligatoire de participer aux services, ceci étant l'un des moyens d'avancement professionnel au sein du personnel du plaignant"¹⁴⁸⁴.

En 2022, le tribunal régional du travail de la 16e région, sur la possibilité de reconnaître la relation de travail avec les pasteurs, a décidé que¹⁴⁸⁵ : "il convient de noter que les églises, tout en étant des organisations religieuses, ont la portée de la propagation de l'idéologie de vie, consubstantielle à l'entreprise des tendances, dont le fonctionnement dépend de l'engagement professionnel de ses membres pour son fonctionnement régulier, de sorte que la Cour supérieure du travail n'a pas reconnu la relation de travail entre les pasteurs et les églises évangéliques".

On peut observer que les discussions doctrinaires et jurisprudentielles sont encore embryonnaires dans le pays, peut-être en raison d'une législation brésilienne protectionniste en ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux des employés et d'une performance limitée du pouvoir de l'emploi. Cela n'autorise cependant pas à conclure que la figure juridique n'est

¹⁴⁸³ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 2e région. Appel ordinaire n° 1001335-13.2020.5.02.0242. Session de jugement : 17/11/2021.

¹⁴⁸⁴ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 1ère région. Recours ordinaire n° 0100620-22.2020.5.01.0016. Rapporteur Dr. Leonardo Dias Borges, Session de jugement : 13/12/2021.

¹⁴⁸⁵ BRÉSIL. Tribunal régional du travail de la 16e région. Appel ordinaire n° 0017050-06.2020.5.16.0022. Rapporteur Dr. Francisco José de Carvalho Neto, Session de jugement : 03/02/2022.

pas applicable ici. Ce qu'on propose, c'est d'analyser s'il serait possible d'importer le concept étranger dans le système juridique brésilien et, dans l'affirmative, quels critères et quelles modifications devraient être proposés pour l'adapter à la réalité locale.

Le système juridique brésilien est absolument silencieux sur la question, et il est techniquement possible d'invoquer le droit étranger (notamment la directive 78/2000 de l'Union européenne) pour proposer l'applicabilité du concept dans le scénario interne, en vertu de l'article 8 de la consolidation des lois du travail¹⁴⁸⁶. Toutefois, une telle conclusion semble trop simpliste au vu de la complexité du thème, du caractère protectionniste de la législation du travail en faveur de l'employeur et de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Une analyse plus prudente et holistique est nécessaire.

La première question pertinente concerne le champ d'incidence de la notion dans les relations contractuelles, qui se retrouve en France dans les relations de travail.¹⁴⁸⁷ Au Brésil, où le genre "relation de travail" est composé de différentes espèces, parmi lesquelles le salarié, le travailleur indépendant, l'occasionnel, le temporaire, le volontaire, le temporaire, etc., il semble approprié de proposer que l'application possible du concept soit limitée aux relations de travail, qui sont celles caractérisées par la présence des éléments suivants : subordination, onérosité, personnalité et habitude.

La restriction du champ d'incidence est importante, car le concept exige un engagement de loyauté plus accentué, avec une limitation conséquente de l'exercice des droits et libertés individuels (tels que la vie privée et la liberté religieuse), et il est raisonnable qu'il ne se produise qu'en relation avec des services rendus de manière continue, pour une période indéfinie, dans lesquels il existe une personnalité. Si l'application du concept vise précisément à protéger la crédibilité de l'organisation contre les actes de ses travailleurs (lire employés), notamment ceux qui la représentent, dès lors qu'ils occupent des postes importants ou sont directement liés à l'activité finale, il n'est pas crédible de les assimiler à des employés. Par exemple, il n'est pas proportionnel d'attendre d'un prestataire de services la même norme de comportement que celle attendue d'un employé qui occupe un poste de direction ; il n'est pas acceptable d'exiger du jardinier externalisé le même engagement idéologique que celui attendu de la personne responsable des ressources humaines de l'organisation ; il n'est pas raisonnable

¹⁴⁸⁶ BRÉSIL. Consolidation des lois sur le travail, article 8 : "Les autorités administratives et la Justice du travail, à défaut de dispositions légales ou contractuelles, décident, selon le cas, par jurisprudence, par analogie, par équité et autres principes et règles générales du droit, principalement du droit du travail, et aussi selon les usages et coutumes, le droit comparé, mais toujours de façon à ce qu'aucun intérêt de classe ou particulier ne prévale sur l'intérêt public".

¹⁴⁸⁷ BRÉSIL. Consolidation des lois sur le travail, article 3 : "Tout individu qui rend des services de nature non sporadique à un employeur, sous la dépendance de celui-ci et contre un salaire, est considéré comme un employé".

d'imposer au travailleur temporaire le même devoir de loyauté que celui imposé à l'employé. Il s'agit de relations différentes qui exigent un traitement tout aussi différent. Par conséquent, une première proposition est que, pour conclure que la notion juridique étrangère est applicable, la limitation aux seules relations de travail exclut toutes les autres.

Un deuxième aspect concerne la bonne foi qui, en droit français, est un élément obligatoire pour légitimer la restriction des libertés des travailleurs dans les entreprises de tendance. Le droit brésilien comporte une disposition expresse relative au respect de la bonne foi dans les relations juridiques, notamment à l'article 422 du code civil, appliqué de manière subsidiaire et complémentaire au droit du travail, qui stipule ce qui suit : "Les parties contractantes sont tenues de garder, tant dans la conclusion du contrat que dans son exécution, les principes de probité et de bonne foi". Elle se manifeste de différentes manières, respectivement : par le devoir de l'employé de se conformer aux ordres légaux, de garder les secrets professionnels, d'exercer ses activités avec zèle, d'agir honnêtement, entre autres. Plus l'importance du poste occupé par l'employé est grande, plus son obligation de bonne foi sera grande, comme c'est le cas pour les postes de confiance¹⁴⁸⁸. Sur ce point, les pays sont similaires.

En raison de la réglementation de la bonne foi dans le scénario brésilien, il existe également une disposition relative à l'accomplissement du devoir d'information par l'employeur, qui consiste en l'obligation d'indiquer clairement à l'employé toutes les conditions dans lesquelles la prestation de services est censée avoir lieu. Cela doit se faire tant par l'établissement de clauses contractuelles que dans les statuts de l'employeur et autres instruments constitutifs et réglementaires. Ainsi, la soumission du travail aux déterminations de l'employeur peut se faire volontairement et sans défauts susceptibles d'empêcher l'acte et de remettre en cause sa validité. Par conséquent, la communion d'intérêts entre les deux, pour la coopération et pour la réalisation du but de l'activité, est le guide de conduite de ces sujets privés, étant raisonnable que certaines libertés fondamentales soient adéquates au fonctionnement de l'entreprise¹⁴⁸⁹.

Sont admises dans le scénario brésilien les clauses contractuelles qui imposent des obligations dépassant les limites de l'environnement professionnel qui, en règle générale, sont nulles et non avenues en raison de la prémisse selon laquelle l'employeur n'engage que son

¹⁴⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2010, p. 190.

¹⁴⁸⁹ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 64.

travail et non sa personne entière, à titre exceptionnel, conformément au devoir d'information et s'il y a bonne foi. Des juristes ont même défendu cette possibilité, comme Alexandre Agra Belmonte, ministre du Tribunal supérieur du travail, qui a déclaré qu'un commentateur politique d'un journal appartenant à un certain parti politique pouvait avoir dans son contrat de travail des clauses restrictives l'obligeant à maintenir, pendant l'exécution de ses services, une communion de pensée avec les idéaux de l'employeur, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu de travail, sous peine de discréditer l'orientation idéologique du journal¹⁴⁹⁰.

En ce qui concerne spécifiquement les organisations religieuses, il semble raisonnable qu'un contrat conclu avec un employé qui doit assumer un poste de direction établisse qu'il est obligé de maintenir, à l'intérieur et à l'extérieur de l'environnement de travail, un comportement conforme aux valeurs éthiques et morales prêchées par l'organisation. En effet, le comportement de cet employé peut inévitablement entraîner un préjudice pour l'employeur, notamment en raison du niveau d'importance accordé au poste, proportionnel à la restriction prévue. Imaginez, par exemple, qu'une église ait l'intention d'embaucher une personne pour un poste de direction ; ce faisant, elle s'attendra naturellement à ce que cette personne adopte un comportement reflétant ses valeurs. Lorsqu'il s'agit d'une église adventiste, qui respecte le sabbat, elle peut prévoir dans son contrat que l'employé s'abstienne d'exercer toute activité professionnelle ce jour-là, afin d'éviter qu'un tel comportement ait des répercussions négatives tant dans l'environnement de travail que devant les membres de l'église. Une restriction de cette nature qui, en principe, serait abusive pour limiter le droit au travail, peut être admise dans les cas où il existe une justification plausible. Si le risque que la conduite de l'employé peut faire courir à l'organisation est trop élevé, compte tenu de la limitation proposée, il ne semble pas y avoir d'interdiction dans le système juridique brésilien pour une telle procédure.

C'est aussi un déploiement de bonne foi ; l'interdiction de comportement contradictoire prévue dans le système juridique brésilien, légalement connu sous le nom de *venire contra factum proprium*. Elle correspond à la pratique d'un comportement contraire à la bonne foi, aux usages ou à la finalité économique ou sociale, comme le prévoit l'article 187 du Code civil. Toute réclamation qui contredit un comportement antérieur est irrecevable, puisque le but est de protéger la confiance de la partie qui a légitimement déposé une attente dans la relation contractuelle. Ainsi, la confiance générée de manière justifiée et créée sur la base des attentes de l'autre partie est protégée par la loi brésilienne.

¹⁴⁹⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013. p. 110.

Un employé qui rejoint volontairement une organisation religieuse sait, dès le début de la relation, qu'un comportement conforme aux idéaux de l'employeur sera exigé de lui. Cette connaissance résulte à la fois du fait qu'il s'agit d'un fait connu et du respect régulier par l'employeur des obligations d'information et de bonne foi. Il est possible que cette situation soit soumise à des clauses contractuelles en plus des dispositions des codes de conduite et des règlements internes. L'employeur place dans la personne de l'employé la confiance qu'il n'agira pas à l'encontre de ses idéaux, sous peine de compromettre sa crédibilité. Ainsi, une personne qui s'engage volontairement dans une telle relation ne peut, dans le cadre de ce lien, entretenir des comportements contraires aux idéaux de l'employeur. Dans le cas d'une église catholique, il n'est pas admissible que l'employé divulgue et/ou manifeste, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu de travail, des opinions contraires aux idéaux de l'employeur, comme, par exemple, la défense de l'avortement. Une telle attitude serait contradictoire, briserait la confiance contractuelle et violerait la bonne foi.

Il y a aussi le devoir de fidélité qui découle également de la bonne foi et qui présuppose que l'employé agit avec rectitude en raison non seulement de son intérêt personnel mais aussi de l'harmonie qui doit exister dans l'environnement de travail. Le devoir de loyauté impose à l'employé le respect de comportements positifs et négatifs. Positif, consistant à informer l'employeur de tout danger, problème, etc. dans l'entreprise ; négatif, dans le devoir de s'abstenir de tout comportement préjudiciable à l'employeur¹⁴⁹¹. Si un comportement a des chances potentielles d'avoir des répercussions négatives dans l'environnement de travail, il est du devoir de l'employé de s'abstenir de le pratiquer.

Enfin, il y a aussi le devoir d'obéissance du salarié qui découle également de la bonne foi, qui résulte de l'aspect passif de la subordination et qui permet l'exécution des prestations conformément à ce que l'employeur attend. Son non-respect par le salarié constitue une infraction disciplinaire passible d'une sanction¹⁴⁹². Ainsi, si l'employeur détermine un ordre aux employés pour qu'ils maintiennent un comportement dans l'environnement de travail afin de suivre les normes de l'organisation, comme par exemple, ne pas ingérer de boissons caféinées pour l'Église mormone, l'employé qui le fait enfreindra la règle, allant à l'encontre des ordres établis par son superviseur, brisant les devoirs qui lui ont été imposés et, dans des cas extrêmes, pouvant mener à une possible résiliation du contrat pour insubordination.

¹⁴⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2010, p. 618.

¹⁴⁹² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Editora Forense, 2007. p. 216.

Tous ces différents éléments (bonne foi, devoir d'information, interdiction de comportement contradictoire, fidélité et obéissance), forment ensemble un ensemble d'obligations envers le salarié qui peuvent permettre, en respectant les paramètres de proportionnalité et à condition qu'ils soient dûment justifiés, une éventuelle exécution de l'employeur de manière plus imposante, en limitant les droits fondamentaux, y compris la possibilité de licenciement¹⁴⁹³, visant à protéger sa morale et sa crédibilité.

Un troisième aspect concerne la possibilité de résiliation du contrat pour un motif valable par l'employeur avec une tendance. En droit français, lorsque le salarié à tendance maintient un comportement contraire, l'employeur peut le licencier pour un motif valable, en respectant les critères établis par le législateur sur l'essentialité et la proportionnalité. En droit brésilien, les cas de résiliation du contrat de travail pour cause de faute de l'employé sont exhaustifs et sont prévus à l'article 482, CLT. Ils sont les suivants : acte d'improbité ; incontinence de conduite ou mauvaise conduite ; habitude de faire des opérations pour son propre compte ou pour le compte d'autrui sans l'autorisation de l'employeur, et lorsque cela constitue un acte de concurrence pour l'entreprise pour laquelle l'employé travaille ou porte préjudice au service ; condamnation pénale de l'employé, déclarée définitive et sans appel, si l'exécution de la sentence n'a pas été suspendue ; négligence dans l'exercice des fonctions respectives ; ivresse habituelle ou en service ; violation d'un secret d'entreprise ; acte d'indiscipline ou d'insubordination ; l'abandon du travail ; les actes accomplis sur le lieu de travail pour porter atteinte à l'honneur ou à la réputation contre toute personne, ou les dommages corporels dans les mêmes conditions, sauf en cas de légitime défense ou de défense d'autrui ; les actes accomplis pour porter atteinte à l'honneur ou à la réputation ou les dommages corporels contre l'employeur ou les supérieurs hiérarchiques, sauf en cas de légitime défense ou de défense d'autrui ; le jeu constant ; la perte des qualifications ou des exigences établies par la loi pour l'exercice de la profession à la suite du comportement intentionnel du salarié.

Comme on peut le constater, la loi ne prévoit pas de licenciement pour toute raison liée à la vie privée, à un comportement contradictoire ou même à l'exercice de la liberté d'expression ou de religion. Même ainsi, il est possible de se demander si la violation des obligations contractuelles ou la pratique d'actes incompatibles avec les normes de comportement de l'organisation donnerait lieu au droit de l'employeur de mettre fin au contrat en raison d'un "mauvais comportement" ou d'un "acte d'indiscipline ou d'insubordination".

¹⁴⁹³ MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Justa causa*. São Paulo : LTr, 2018, p. 206.

La "mauvaise conduite" est caractérisée lorsqu'un comportement incorrect de l'employé est mis en évidence, ce qui se traduit par la pratique d'actes qui portent atteinte à la discrétion personnelle, au respect, à la bienséance, aux règles du bien vivre, ou encore lorsque la conduite se caractérise par une impolitesse ou un manque de sang-froid capable d'offenser la dignité de quelqu'un, de nuire aux bonnes conditions dans l'environnement de travail¹⁴⁹⁴. En d'autres termes, c'est le comportement fautif de l'employé qui affecte la moralité et interfère négativement dans l'environnement de travail ou dans les obligations contractuelles de l'employé. Les exemples classiques sont la conduite d'un véhicule sans permis, l'utilisation de substances toxiques dans l'entreprise et la détérioration des équipements de l'entreprise. Ce qui est particulièrement important au moment de caractériser un acte comme étant une mauvaise conduite, c'est d'évaluer la gravité effective de la conduite afin que le concept de moralité n'étende pas de manière déraisonnable le type juridique examiné¹⁴⁹⁵.

L'"acte d'indiscipline ou d'insubordination", quant à lui, se produit en raison de la violation du devoir d'obéissance du salarié, qui subvertit la hiérarchie interne et compromet l'organisation du travail. L'indiscipline est caractérisée par la désobéissance à des règles de nature générale et l'insubordination par le mépris délibéré d'un ordre spécifique, à condition qu'il soit légal¹⁴⁹⁶. En d'autres termes, l'indiscipline est le non-respect de règles, de directives ou d'ordres généraux adressés de manière impersonnelle aux membres de l'établissement ou de l'entreprise, comme dans le cas d'une règle, fixée à un portail, qui interdit l'entrée de personnes non protégées par des équipements de sécurité. L'insubordination, quant à elle, est la non-conformité à des ordres spécifiques reçus par l'employé, c'est-à-dire le non-respect par l'employé d'un ordre direct qu'il a reçu¹⁴⁹⁷.

Il comprend qu'il est possible, selon la situation, d'invoquer l'article visé pour licencier un employé qui, en violation des obligations contractuelles, a maintenu un comportement contraire aux idéaux de l'organisation, en le qualifiant d'acte de mauvaise conduite, d'indiscipline ou d'insubordination. Hypothétiquement, un employé d'une organisation religieuse aux valeurs traditionnelles, occupant une position pertinente avec une influence notoire auprès de ses subordonnés, ne peut entretenir une liaison extraconjugale sans mettre en péril la crédibilité de l'employeur. L'acte en question, bien que pratiqué dans sa vie privée, a un réel potentiel pour se refléter dans sa vie publique/professionnelle, ayant un impact négatif sur

¹⁴⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2009. p. 897.

¹⁴⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 1431.

¹⁴⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2009. p. 905.

¹⁴⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed. p. 1436.

l'environnement de travail au cas où il serait porté à la connaissance des autres. Par conséquent, et compte tenu du risque imminent que le comportement d'un employé peut faire courir à l'organisation, son comportement peut, exceptionnellement, être qualifié de "mauvais comportement" susceptible de donner lieu à un juste motif, puisqu'il est lié à une organisation à tendance.

Un quatrième élément concerne la différenciation des "tâches à tendance" des "tâches neutres". En droit français, la justification de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction d'une liberté ou d'un droit du travailleur est suffisante, et il n'est pas nécessaire de différencier les tâches à tendance des tâches neutres. Au Brésil, il semble qu'en plus du respect de ces exigences, la délimitation des tâches de tendance et des tâches neutres soit pertinente, puisque le système juridique est très protecteur, n'admettant des restrictions à l'exercice des droits et libertés que si elles sont effectivement absolument nécessaires, justifiées et proportionnelles au but recherché, de sorte que ce n'est que par rapport aux premières qu'il serait possible d'invoquer l'application du concept de restriction des droits.

Pour les mêmes raisons que son incidence était limitée aux relations de travail, il ne semble pas raisonnable d'exiger un comportement aligné sur les préceptes de tendance de l'employeur à tous ses employés de manière indistincte. Au sein de chaque organisation il existe un corps structurant, de différents niveaux intellectuels, salariaux, de subordination, etc. ; si plus l'importance de la position est grande, plus l'obligation de respecter les devoirs de bonne foi et de loyauté est grande, l'application du concept semble être limitée aux employés qui ont une tendance, c'est-à-dire ceux qui exercent des fonctions de supériorité ou qui sont directement liés à l'activité finale de l'organisation. Pour les autres, c'est la législation conventionnelle qui doit être appliquée.

Ce même raisonnement est défendu par Manoel Jorge e Silva Neto, "dans le cas d'un employé contracté par une organisation de tendance, puisque l'objectif institutionnel est invariablement lié à la diffusion d'une certaine foi religieuse, de sorte que l'employeur peut, de manière légitime, imposer à l'employé l'obligation de divulguer la foi ou même de convertir les sympathisants au segment religieux de l'entité, dans les cas où la liaison de l'employé à l'activité de l'entreprise de tendance est observée. *Contrario sensu*, les travailleurs qui ne sont pas directement et personnellement concernés par le but de la confession (concierges, agents de sécurité, etc.) ne peuvent pas être obligés au prosélytisme religieux"¹⁴⁹⁸. Et aussi Alexandra Agra Belmonte, qui affirme que les occupants de postes neutres, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas

¹⁴⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation).

de relation directe avec l'objectif de l'entité, "ne peuvent pas être considérés comme des gardiens et des propagateurs de son idéologie, comme c'est le cas du personnel de nettoyage, de sécurité et de certains assistants administratifs qui remplissent des fonctions purement exécutives ou techniques (bureaucratiques)¹⁴⁹⁹.

Un cinquième aspect concerne l'exception à la règle de non-discrimination. En France, en vertu des directives de l'Union européenne et de la législation nationale, le traitement restrictif imposé par les entreprises de tendance constitue une exception à la règle de non-discrimination en matière d'emploi. Au Brésil, la législation comporte plusieurs dispositifs constitutionnels et infra-constitutionnels qui interdisent la discrimination, fruit de la protection spéciale accordée à la dignité de la personne humaine et à l'égalité. Toutefois, la convention n° 111 de l'OIT, ratifiée par le Brésil, stipule, dans son article 2, que les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications requises pour un certain emploi ne sont pas considérées comme une discrimination. La controverse semble alors résider dans l'interprétation de la question de savoir si les "qualifications" signifient uniquement celles liées à la formation professionnelle, ou si elles peuvent également être comprises comme des exigences pour l'exercice de la fonction, comme dans le cas d'une église qui, pour assumer la fonction de professeur d'éducation religieuse, n'engage que des personnes qui partagent la même foi. Exceptionnellement, il ne semble pas déraisonnable que la disposition visée soit invoquée pour justifier un comportement plus imposant de l'employeur, lorsqu'il s'agit d'une tendance.

Un sixième aspect concerne la manière dont l'élément religieux est traité dans les pays, dont l'analyse est importante car, comme on l'a dit plus haut, la méthode de recherche comparative utilisée est la méthode contextualiste, qui part du principe qu'une analyse holistique est nécessaire et ne se limite pas au texte juridique. Cela dit, en France, en vertu du principe de laïcité, il y a une rétraction des religions de la sphère publique, car il est entendu que c'est la seule façon de respecter les différentes croyances. L'élément religieux est relégué exclusivement à la vie privée et, pour cette raison, les manifestations religieuses dans les espaces publics sont interdites. C'est également pour cette raison – entre autres – que les règlements intérieurs des entreprises privées peuvent interdire toute manifestation religieuse dans l'environnement de travail, afin de maintenir la neutralité absolue de ce lieu. Au Brésil, le principe de laïcité a une signification différente, puisqu'il présuppose un accueil, une sorte d'invitation à toutes les croyances dans la sphère publique. Pour cette raison, aucun type de

¹⁴⁹⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 167.

restriction n'est admis au droit de libre expression de la religion dans les espaces publics, différent de ce qui se passe dans la réalité comparée. Dans ce cas, toute clause présente dans les règlements internes restreignant la manifestation de la foi sera, en règle générale, nulle et non avenue.

Il y a là une différence importante entre les deux réalités, fruit d'un processus historique distinct, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de la laïcité. La différence soulignée est particulièrement intéressante, car si en France, où la religion semble avoir été reléguée exclusivement à la sphère privée, intouchable pour l'employeur, il est admissible que les employeurs aient tendance à restreindre les libertés individuelles de leurs employés si la raison est dûment justifiée et proportionnée, avec plus de raison au Brésil, où la reconnaissance du droit à la liberté religieuse semble avoir pris de l'importance au fil des ans, ajoutée à une notion de laïcité qui encourage la manifestation, publique et privée, de l'élément religieux. En d'autres termes, ce qui est défendu, c'est que si en France, où la religion est considérée comme quelque chose relevant exclusivement de la sphère privée sans influence sur la vie publique, l'application du concept juridique est admise à titre exceptionnel afin de reconnaître le droit de ces organisations à créer leurs propres règles conformément aux préceptes religieux de leurs confessions, en les imposant à leurs collaborateurs, ce qui peut même conduire à la restriction des droits et libertés fondamentaux. Avec plus de raison, on pourrait proposer la même compréhension à la réalité brésilienne. Alexandre Agra Belmonte adopte la même position, lorsqu'il affirme que les entités branchées, qui ne visent pas le profit, mais plutôt la diffusion d'une certaine idéologie, n'ont pas besoin d'observer la règle de neutralité de l'environnement commercial, ce qui signifie une plus grande limitation des travailleurs quant à la diffusion d'idéaux, d'opinions et d'attitudes contraires à l'objectif de ces entités¹⁵⁰⁰.

Un septième aspect concerne l'étendue de la protection de la liberté de religion. En France, cette liberté, dans sa sphère collective, suppose une protection des organisations indistinctement qui permet et rend possible la création de ses propres règles sans aucune interférence de l'État ; un traitement similaire est accordé au Brésil, où la liberté d'association est reconnue, y compris à des fins idéologiques et religieuses. Ainsi, les organisations religieuses brésiliennes sont également titulaires de droits et de garanties fondamentales, fruit du droit à la liberté religieuse dans sa dimension collective, de la liberté d'association, de la libre entreprise, entre autres. Tous ces biens juridiques doivent coexister et, dans les cas concrets de possibles collisions, cela conduit sans équivoque à une analyse concernant le

¹⁵⁰⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014. p. 163.

nécessaire exercice d'harmonisation des droits : d'un côté, le salarié qui, bien que lié à une relation contractuelle, continue à être le titulaire de droits fondamentaux en vertu du principe de la dignité de la personne humaine, et l'employeur qui est également titulaire de droits. La solution se trouve alors dans l'exercice d'un jugement de valeur.

Un huitième aspect concerne la manière dont les particuliers sont liés dans les relations de travail privées. En France, les personnes privées sont directement et immédiatement tenues de respecter les droits fondamentaux des travailleurs. Au Brésil, de la même manière, il existe un consensus sur le fait que dans les relations de travail, les droits et libertés fondamentaux ont un impact direct, imposant à l'employeur le respect nécessaire et constituant, par conséquent, une limite importante au pouvoir de l'emploi. Si les personnes morales sont tenues de respecter les droits et libertés prévus par la Constitution, les relations de travail, en particulier celles qui comportent un lien de subordination, doivent respecter fidèlement ces dispositions, sous peine de devoir payer des pertes et des dommages-intérêts, en plus d'autres conséquences légalement possibles. Sur ce point, les pays sont donc similaires.

Un neuvième aspect concerne la manière d'harmoniser des biens juridiques qui se heurtent. En France, face à la collision des droits, la controverse est réglée en invoquant les techniques de pondération. De même, au Brésil, il a été constaté que le pouvoir d'emploi doit s'harmoniser avec les droits et libertés fondamentaux des employés. Il existe des situations dans lesquelles certains droits cèdent en faveur d'autres, fruit d'une réflexion sur les actifs juridiques en jeu. Par conséquent, il n'est pas faux d'affirmer que les droits et libertés fondamentaux des employés brésiliens peuvent être limités par l'exercice régulier du pouvoir d'emploi. La difficulté, cependant, est de préciser l'étendue de cette restriction. Le défi consistant à contrôler la mesure dans laquelle l'ingérence privée dans les droits fondamentaux des travailleurs individuels est appropriée semble être mieux résolu de manière topique, c'est-à-dire au cas par cas, car ce n'est qu'alors qu'il est possible d'analyser le problème de manière générale, en découvrant des solutions... à la réalité factuelle ; cela ne signifie pas, cependant, qu'il n'est pas possible de créer des paramètres généraux pour aider l'appliquant de la loi au moment de la solution de la controverse¹⁵⁰¹.

Par ailleurs, il est possible de choisir des critères méthodologiques pour analyser la légitimité de l'acte compressif de la sphère juridique individuelle de l'employé subordonné. On propose ce qui suit : (i) identifier quelle liberté fondamentale serait restreinte ; (ii) délimiter

¹⁵⁰¹ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 65.

l'objet du droit fondamental individuel ; (iii) observer la relation de cohérence entre la restriction du droit fondamental individuel et l'activité professionnelle exercée par le salarié¹⁵⁰² ; (iv) vérifier s'il y a respect des devoirs de bonne foi et d'information ; (v) vérifier si la restriction est adéquate, nécessaire et proportionnelle, en visant notamment la protection du noyau minimal essentiel du droit, qui doit consister en une limite à l'acte de l'employeur, de sorte que les droits fondamentaux soient protégés soit par le postulat de l'interdiction de l'excès, soit par la pondération¹⁵⁰³. Avec cette technique, on estime que l'employeur ne pourra justifier un acte qui restreint la liberté de l'employé qu'au moyen d'un argument rationnel. En cas d'interpellation judiciaire par la victime des faits, le juge devra à son tour procéder à un examen de l'adéquation des faits aux droits fondamentaux en cause.

En résumé, ce qui est proposé, c'est que, bien que l'analyse concernant la légalité de la conduite de tendance de l'employeur dépende invariablement de la compréhension du cas concret, il est possible d'établir certains paramètres de base qui permettraient d'invoquer le concept juridique étranger dans le système juridique brésilien. À partir d'eux, on procède à l'analyse des deux moments majeurs dans lesquels se produisent les collisions de droits, en considérant l'invocation du concept étranger dans le pays, respectivement : la phase précontractuelle et la phase contractuelle.

Dans la phase précontractuelle, lorsque le cautionnement n'a pas encore perfectionné, la règle est que l'employeur ne peut pas restreindre l'accès à l'emploi pour des raisons de convictions, fruit d'une législation protectionniste qui interdit un tel comportement. Toutefois, à titre exceptionnel et en fonction de la nature de l'activité à exercer, notamment s'il s'agit d'un poste important ou directement lié à l'activité finale de l'organisation, l'exigence d'une adéquation avec la morale de l'employeur semble justifiée et proportionnelle¹⁵⁰⁴. En d'autres termes, la restriction au droit d'accès à l'emploi est exceptionnellement admissible, à condition qu'elle soit justifiée et nécessaire au bon fonctionnement de l'organisme employeur.

Si l'on prend l'exemple d'une annonce pour un poste de professeur d'éducation religieuse dans une école religieuse, il est naturel que l'employeur recherche des personnes qui partagent les mêmes idéaux, car tout comportement contraire pratiqué dans l'exercice de leurs fonctions peut mettre en péril la crédibilité de l'organisation. En outre, l'exercice effectif de la

¹⁵⁰² GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 67.

¹⁵⁰³ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. In: Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77. p. 68.

¹⁵⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2010, p. 618.

fonction semble dépendre, dans ces cas, de l'existence d'une croyance commune entre l'employé et l'employeur, même si un athée n'aurait certainement pas les mêmes conditions pour enseigner la religion catholique, dans une école religieuse, qu'une personne catholique. Dans ce scénario, la question est la suivante : l'employeur peut-il, dans le cadre du processus de sélection, limiter légitimement l'accès à l'emploi aux personnes qui partagent les mêmes idéaux ? Pour répondre à cette problématique, on utilise la méthode proposée ci-dessus, qui consiste, dans un premier temps, à identifier quelle liberté serait la plus restreinte, qui, dans ce cas, serait le libre accès à l'emploi. Ensuite, délimiter l'objectif du droit restreint, qui consiste à éviter la discrimination dans l'emploi. Ensuite, déterminer le rapport de cohérence entre la restriction et l'activité exercée ; dans le cas présent, analyser si la limitation de l'accès à l'emploi est cohérente dans le cas d'un poste qui présuppose l'enseignement religieux de l'employeur, la réponse étant positive. Analysez également si les devoirs de bonne foi et d'information ont été respectés, c'est-à-dire s'il est clair pour le candidat qu'il s'agit d'un lien spécial et non d'une relation de travail classique. Enfin, l'analyse la plus importante est le test de proportionnalité. Pour cela, la question est de savoir si la restriction est adéquate, c'est-à-dire si la mesure de limitation de l'accès à l'emploi est le moyen le plus adéquat pour réaliser le droit qui prévaudra, à savoir le droit de libre initiative, de libre association et d'autodétermination. La réponse semble être positive, car il n'y aurait pas d'autre moyen que de restreindre l'accès à l'emploi pour garantir les droits de l'employeur à protéger son entité. Ensuite, la question est de savoir si la restriction est nécessaire, c'est-à-dire s'il existe une mesure alternative moins restrictive qui favorise la même forme d'accomplissement de ce but. La réponse est négative, car il n'y aurait pas de mesure alternative pour garantir les droits de l'employeur ; soit il engage quelqu'un en qui il a confiance pour accomplir la mission d'enseigner efficacement selon ses dogmes, soit il n'engage pas ; il n'y a pas de juste milieu. Enfin, la question est de savoir si la restriction est proportionnelle, c'est-à-dire si le degré de limitation est compensé par le degré de promotion. La réponse est à nouveau positive, puisque le droit qui prévaut (celui de l'employeur), résultant de la limitation du droit d'accès du candidat à l'emploi, répond au critère de stricte proportionnalité. Refuser le droit de n'embaucher que ceux qui s'identifient à la foi, c'est refuser une protection effective du droit à l'autodétermination et à la liberté religieuse dans sa sphère collective ; d'autre part, refuser le droit au libre accès à l'emploi n'empêche pas le candidat de chercher ailleurs des opportunités professionnelles qui correspondent à ses intérêts et à ceux de la partie contractante, de sorte que le noyau essentiel reste intact, ce qui ne se produirait pas avec le droit de l'employeur.

La même conclusion est défendue par Aloisio Cristovam dos Santos Junior dans les termes suivants : "il est parfaitement raisonnable que l'embauche incombe à des professionnels qualifiés par leurs croyances ou par leur formation théologique liée à un segment religieux spécifique" et encore : "on ne peut y voir une discrimination illégitime. Ce serait déraisonnable de refuser à l'employeur le droit de faire une distinction qui est absolument nécessaire à l'exercice des activités professionnelles contractées"¹⁵⁰⁵.

Dans le même cas, cependant, si l'on entendait engager un coordinateur de l'enseignement, un poste d'une importance notoire, l'imposition par l'employeur d'une identité idéologique avec lui ne serait pas légitime. Elle pourrait toutefois lui imposer un comportement conforme aux idéaux de l'organisation, notamment parce qu'il s'agit d'un poste qui exige naturellement un devoir de loyauté plus accentué. Cette restriction à la vie privée, à la liberté d'expression et à la liberté de religion serait légitime, car elle serait proportionnelle aux fins recherchées, à savoir la protection efficace de l'image de l'employeur de tendance. Toutefois, restreindre l'accès à l'emploi dans ce cas, en utilisant la croyance comme critère, ne serait pas proportionnel, puisque le candidat n'aurait pas, dans ses fonctions, l'obligation d'enseigner l'évangile, ce qui justifierait une exigence dans les termes énoncés ci-dessus.

On conclue donc qu'il est possible, à titre exceptionnel, de restreindre l'accès à l'emploi en utilisant la religion comme critère, à condition que les paramètres juridiques soient respectés et que la limitation soit proportionnelle. Une position similaire est défendue par Alexandre Agra Belmonte, lorsqu'il affirme que "les agences de tendance, lorsqu'elles obtiennent des informations de la part de candidats à un emploi, peuvent faire des demandes de renseignements qui ne seraient pas appropriées de la part d'employeurs ayant un autre type d'activité, c'est-à-dire non idéologique"¹⁵⁰⁶.

Dans la phase contractuelle, la règle est que l'employeur ne doit pas s'immiscer dans les aspects de la vie privée du salarié, ce qui englobe sa liberté de croyance, sa liberté d'expression et sa liberté de travail. Cela signifie que les clauses contractuelles qui prévoient de telles questions seront nulles et non avenues, et que la résiliation du contrat de travail ne pourra pas être justifiée par des faits inhérents à la vie privée du salarié. Cependant, dans le cas des organisations confessionnelles, la règle est plus souple, et il est important d'analyser si le

¹⁵⁰⁵ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Niterói, 2013. p. 249.

¹⁵⁰⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho*. São Paulo : LTr, 2014. p. 170.

système juridique brésilien considérerait comme légitime de limiter ces droits fondamentaux afin de protéger l'employeur, comme cela se produit dans le système juridique français.

En ce qui concerne la validité des clauses contractuelles restrictives, imaginez la situation suivante : une employée d'une organisation religieuse, une aide-ménagère, a une clause dans son contrat de travail qui stipule qu'elle doit se comporter à l'intérieur et à l'extérieur de l'organisation conformément aux normes morales défendues par l'employeur. Dans ce scénario, la question est la suivante : la clause est-elle valable ? Pour répondre, on utilise les paramètres proposés ci-dessus. En premier lieu, il est identifié que la liberté restreinte par la disposition contractuelle est la vie privée. Ensuite, on délimite l'objectif du droit restreint, qui est de garantir que chaque personne dirige sa vie comme elle l'entend, sans interférence de tiers. Ensuite, on vérifie si la limitation de la vie privée serait cohérente avec l'activité exercée, en concluant qu'elle ne le serait pas, puisque l'employée n'occupe pas une position importante et que sa fonction n'est pas directement liée à l'activité finale de l'organisation. Avec de telles conclusions, il ne serait même pas nécessaire de procéder à la méthode proposée, puisque, à la fin, la conclusion serait la nullité de la clause restrictive. Néanmoins, pour le bien du débat, l'analyse se poursuit. Quant au respect du devoir d'information et de bonne foi, même si l'employeur s'est précédemment acquitté de son rôle, compte tenu de la nature de la fonction exercée et du rapport de dépendance financière existant dans une telle situation, aggravé par la présence d'un lien de subordination, le respect du devoir n'aurait pas l'effet escompté de légitimer, à elle seule, l'action restrictive de l'employeur. Enfin, on commencerait par le test de proportionnalité, en se demandant d'abord si la mesure est adéquate, et la réponse est encore une fois négative, puisque la mesure restrictive de la vie privée ne serait pas, dans ce cas, le moyen le plus adéquat pour accomplir le droit qui était censé prévaloir, qui est celui de la libre initiative, de la libre association et des droits à l'autodétermination.

En ce qui concerne la possibilité de résilier le contrat de travail pour violation des obligations imposées, une conclusion différente peut être tirée. La réflexion suivante est proposée : un responsable des ressources humaines d'une organisation religieuse chrétienne, marié, qui entretient une relation extra-conjugale, peut-il être licencié pour motif valable pour violation du devoir de bonne foi ? Analyse : la liberté restreinte est à nouveau le droit à la vie privée, qui vise à protéger la sphère intime de l'individu contre les actes de tiers. La limitation à la vie privée, en l'espèce, est cohérente avec l'activité que le salarié exerce (responsable des ressources humaines), notamment parce qu'il s'agit d'une fonction très pertinente qui lui impose un devoir de loyauté plus accentué. L'accord ou d'autres instruments constitutifs et/ou normatifs doivent également prévoir de telles situations, notamment ce que l'employeur attend de ses

subordonnés. Enfin, on commence l'analyse du test de proportionnalité, en vérifiant d'abord si la mesure restrictive est adéquate, c'est-à-dire si le moyen de protéger la crédibilité de l'organisation passe par la restriction de la vie privée de l'employé, réponse qui est positive dans ce cas. Ensuite, si le contrôle est nécessaire, c'est-à-dire s'il existe une mesure alternative moins restrictive qui favoriserait la même forme d'accomplissement de ce but, la réponse dans ce cas est négative. Enfin, si la limitation est proportionnelle, c'est-à-dire si le degré de restriction est compensé par le degré de promotion du droit, la réponse est positive. L'employeur n'aurait pas d'autre moyen de protéger ses mœurs que par la restriction recherchée ; le salarié, en revanche, aurait les moyens de maintenir sa vie privée totalement à l'abri de la sphère contractuelle s'il s'était lié à une relation de travail classique. Si l'employé a volontairement contracté avec une organisation de tendance, notamment en s'engageant à agir avec loyauté et bonne foi, ainsi qu'en s'abstenant de maintenir un comportement contradictoire, il ne peut, après le début du lien, invoquer une éventuelle violation du droit fondamental sur la base de tels faits. Elle se conclut par la possibilité d'appliquer le concept juridique et la restriction légitime qui en découle aux droits fondamentaux, nécessaire pour harmoniser les différents biens juridiques protégés dans le système juridique brésilien.

Dans les cas présentés, à l'exception du premier qui présente une caractéristique particulière consistant en un enseignement religieux, ce qui peut faire effectivement l'objet d'une restriction légitime, c'est le comportement de l'employé qui a une tendance, rien de plus. Sa croyance, son orientation sexuelle, son opinion restent intactes, à l'abri du pouvoir de l'emploi ou de tout autre motif légal. Cela est essentiel au regard de la nécessaire observance et du respect du noyau essentiel de chaque droit fondamental, ainsi que de la valeur accordée par la Constitution à la dignité de l'être humain dans une société notoirement plurielle. Dans le cas du coordinateur de l'enseignement, le noyau essentiel du droit au libre accès à l'emploi reste intact, car il peut chercher dans d'autres lieux des emplois qui correspondent à ses besoins et à ses intérêts. De même, le noyau essentiel de la vie privée du gestionnaire des ressources humaines reste intact, puisque ce qui est requis est un alignement dans la vie publique, tant dans l'environnement de travail qu'en dehors de celui-ci, mais dans sa vie privée, l'intimité reste respectée. Il n'est pas raisonnable, dans aucune situation, que l'orientation sexuelle, ou tout autre critère inhérent à la personne humaine, indépendamment de ses choix, soit utilisé comme motif de rupture du lien, car contrairement à la croyance, il ne s'agit pas d'une option de l'individu et, pour cette raison, une éventuelle restriction violerait le noyau essentiel du droit.

Il est conclu par l'applicabilité du concept juridique appelé organisation de tendance dans le système juridique brésilien, avec les adaptations et les accommodements mentionnés

ci-dessus, même s'il n'y a pas de disposition expresse dans la loi, c'est une conclusion tirée de l'interprétation des lois et d'autres éléments qui composent la société brésilienne. Ainsi, la restriction légitime des droits et libertés fondamentales des employés des entreprises de tendance confessionnelle est possible, sous réserve des critères énumérés ci-dessus et des limites légales, notamment le noyau essentiel de ces droits.

*

* *

L'objectif était de répondre à la problématique de la thèse concernant l'applicabilité du concept appelé "organisation tendancielle" dans le système juridique, en tenant compte de la réalité française. Pour ce faire, on a d'abord choisi de comprendre comment le pouvoir de l'emploi est traité dans les deux réalités, en plus d'étudier ses limites, qui sont nombreuses, puisque dans les deux pays il existe une vaste législation qui protège le salarié, la partie hyper suffisante, des conduites arbitraires ou éventuellement arbitraires de leurs employeurs. Malgré cela, il existe des situations dans lesquelles la règle comporte des exceptions, comme ce qui se passe dans les organisations confessionnelles qui sont partiales.

Il a été conclu qu'il est possible d'appliquer le concept dans la réalité brésilienne, avec les modifications nécessaires pour l'accommoder dans le pays selon les termes suivants : (i) limité aux relations de travail ; (ii) portée uniquement dans les activités directement liées à l'objectif final de l'organisation ou à des postes importants ; (iii) respect préalable nécessaire du devoir d'information et de bonne foi contractuelle ; (iv) analyse préalable indispensable de la proportionnalité de la restriction en appliquant la technique proposée.

Conclusion

Un discours défendant qu'il est nécessaire d'amplifier le pouvoir de l'employeur, l'autorisant à s'immiscer dans la vie privée de ses employés, à les sanctionner pour des actes pratiqués en dehors du milieu de travail ou même à limiter l'accès à l'emploi à ceux qui présentent une identité idéologique avec l'organisation, semble être rétrograde, dangereux et contraire aux valeurs démocratiques et sociales prévues dans le système juridique brésilien. Malgré cela, il a été vu que, selon les particularités du cas, à titre exceptionnel, il est possible de restreindre certains droits et libertés fondamentaux des employés, afin de protéger l'image morale de l'employeur, ce qui est appelé l'application du concept juridique appelé "entreprise de tendance".

Le concept importé de la réalité française implique une nécessaire accommodation dans l'environnement de travail des intérêts individuels des employés et des intérêts collectifs de l'employeur, autorisant dans des situations très particulières que les deuxièmes prévalent sur les premiers, même si cette situation a pour conséquence la restriction des droits fondamentaux. L'objectif est de protéger l'image morale et la crédibilité de l'organisation qui a été créée précisément dans le but de diffuser une certaine idéologie mondiale dans la société. Si tel est son but, sa raison d'être, tout acte susceptible de mettre en péril son image doit être inhibé, car sans elle, l'organisation cesse d'exister.

La conclusion concernant l'applicabilité du terme est tirée de l'analyse du système juridique français et de la comparaison conséquente avec le système brésilien. Parmi les éléments qui justifient cette affirmation, il est possible de mentionner l'existence des principes de bonne foi et de fidélité, qui imposent des obligations aux deux parties (employé et employeur) en tenant compte de la nécessité d'assurer l'efficacité dans la prestation des services ; la disposition relative à l'accomplissement nécessaire du devoir d'information par l'employeur, qui présuppose que l'employé sait exactement dans quelles conditions les services doivent être exécutés ; la disposition relative à l'interdiction de comportement contradictoire, interdisant à l'employé d'agir d'une manière contraire à ce qui a été convenu précédemment ; le respect du devoir d'obéissance de l'employé, inhérent à sa situation de subordination ; la possibilité de résilier le contrat de travail pour un motif valable en raison d'un mauvais comportement, d'insubordination ou d'indiscipline ; la possibilité de créer des exceptions à la règle de non-discrimination ; la bienveillance avec laquelle la loi brésilienne a traité l'élément religieux, lui accordant une place de choix et encourageant et protégeant la libre association, la libre autodétermination et la libre initiative.

Tous ces éléments, nous permettent de conclure que le concept étranger n'est pas incompatible avec le système juridique brésilien, surtout si on le compare à la réalité française. Toutefois, cela ne suffit pas. L'analyse de la proportionnalité d'une restriction donnée est toujours en cours. À cette fin, la formule suivante a été proposée : (i) identifier quelle liberté fondamentale serait restreinte ; (ii) délimiter l'objet du droit fondamental individuel ; (iii) observer la relation de cohérence entre la restriction du droit fondamental individuel et l'activité professionnelle exercée par le travailleur ; (iv) vérifier si les devoirs de bonne foi et d'information sont respectés ; (v) vérifier si la restriction est adéquate, nécessaire et proportionnelle, notamment en tenant compte de la protection du noyau minimal essentiel du droit, qui devrait consister une limite à l'acte de l'employeur.

Avec cette formule, il est estimé que l'employeur ne pourra justifier un acte restreignant la liberté du salarié que par un argument rationnel, en évitant l'arbitraire et les violations injustifiables des droits fondamentaux par l'exercice irrégulier et abusif du pouvoir d'emploi.

Bibliographie

ABARCA CORREA, Fernando Gustavo. Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ABRANTES, José João Nunes de. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. AAFDL: Coimbra, 1990.

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 55/2006, pp. 60-88.

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. Direito de greve ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Goiânia: UCG, 2008.

AKANDJI-KOMBÊ, Jean-François. Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi : le droit à la vie privée. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A liberdade religiosa e o empregador de tendência ideológica. Revista Fórum Trabalhista, v. 3, n. 14, set./out. 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. As revistas realizadas nos bens de uso pessoal do empregado e nos bens de propriedade da empresa. Disponível sur : <https://jus.com.br/artigos/27514/as-revistas-realizadas-nos-bens-de-uso-pessoal-do-empregado-e-nos-bens-de-propriedade-da-empresa>.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; CUNHA, Cristine Helena; AMARAL, Jéssica Maria Souza Gurgel do. A eficácia diagonal dos direitos fundamentais como uma limitação ao poder empregatício: uma análise da aplicação do princípio a não discriminação na fase pré-contratual das relações de emprego. Revista de Direito do Trabalho, vol. 211/2020, pp. 253 – 268, 2020.

ALVES, Otton Moreno de Medeiros. Liberdade religiosa institucional: direitos humanos, direito privado e espaço jurídico multicultural. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008.
ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados Implícitos de Criminalização. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1988.

ANTONMATTEI, Paul-Henri ; CHEVILLARD, Alain ; DONNETTE, Anaëlle ; NEAU-LEDUC, Christine. Travaux dirigés : Droit des relations individuelles de travail. LexisNexis : Paris, 2007.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. O Estado Democrático Social de Direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

AUVERGNON, Philippe. L'expression des convictions religieuses sur le lieu du travail. In : Droit et Religion en Europe. Presses universitaires de Strasbourg, 2014.

BARACAT, Eduardo Milléo. A boa-fé no direito individual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2003.

BARBOSA, Rodrigo Pedroso; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A laicidade e o STF: um estudo das decisões do Supremo Tribunal vinculado a questões religiosas e de laicidade. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 7, 2020, pp. 132-145.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho : estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo : LTr, 1994.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEAUD, Olivier. Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande.

BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013.

BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho. São Paulo : LTr, 2014.

BENELBAZ, Clément. Le principe de laïcité en droit public français. Paris: L'Harmattan, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BIGNAMI, Francesca. Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law. George Washington Law Faculty & Other Work, 2016, pp. 442-471.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. O dever de proteção aos direitos fundamentais no direito privado: análise concreta. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 2, pp. 172-189, jun./dez. 2017.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Direitos fundamentais. In: Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Coordenação: Renato Rua de Almeida, Adriana Calvo e Andréa Pressas Rocha, LTr, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. Direito Público, v. 1, n. 2, out/dez 2003, Porto Alegre, pp. 170-174.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília Jurídica, 2000.

BRILL, Edith Arnoult ; SIMON, Gabrielle. Le Fait Religieux Dans L'Entreprise. Dans : Journal Officiel de la République Française. Mandature 2010-2015, Séance du mardi 12 novembre 2013.

BUY, Michael. Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994.

CALVÈS, Gwénaele. La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant. In : Republica, le Journal du réseau de la Gauche Républicaine, laïque, écologique et sociale, 21 mars 2013.

CALVÈS, Gwénaele. L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination État des lieux. Dans : Le Droit Ouvrier, Juillet-Août, 2020, pp. 489-500.

CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, pp. 855-886, jul./set. 2017.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne : la présence des symboles religieux dans l'espace public. In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 3, jan./jun. 2004, pp. 373-392.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2016. Tradução: SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. 2 reimp.

CAPITANT, David. Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 2001.

CARA, Gavara de. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo.

CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação e trabalho: meios eletrônicos no ambiente de trabalho – monitoramento de emails e instrumentos visuais no ambiente de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, vol. 165/2015, pp. 35-61.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, pp. 152-167.

CAVALCANTE; Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A organização internacional do trabalho: 100 anos fazendo história. Revista de Direito do Trabalho, vol. 207/2019, p. 21 – 34, nov/2019.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking state action. Northwestern University Law Review, vol. 80, fall 1985, n. 3, pp. 503-557.

CHÉROT, Jean-Yves, texte de séminaire inédit. In : BEAUD, Olivier. Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande.

CHOURAQUI, Alain; TCHOBANIAN, Robert. Le droit d'expression des salariés en France : un séminaire international. Institut International d'études sociales : Genève, 1991.

COMBREXELLE, Jean-Denis. Droit du travail et emploi. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014.

COSTA, Cândido Anchieta. O controle dos websites acessados pelo trabalhador. Disponível sur : <https://jus.com.br/artigos/24724/o-controle-dos-websites-acessados-pelo-trabalhador>.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. A Boa Fé no Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COULIBALY, Ibrahim. L'Affaire baby loup : quelles suites juridiques ? In : Village de La Justice - La communauté des métiers du droit.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, 18. ed.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 102/2001, pp. 85-117.

DESPLATS-CHAMPEIL, Véronique. Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification. *Avis juridique*, pp. 232-260.

DIMITRAKOU-DELIYANNI, Christina. L'effet horizontal des droits sociaux selon la jurisprudence de la CJUE et la pratiques des juridictions nationales. In : *Revista jurídica de los derechos sociales*, enero-junio 2017, vol. 7, 1/2017.

DRAGO, Guillaume. Laïcité (Principe de). *Dans : Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique ; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006.

DREYER, Emmanuel. Vie privée (droits fondamentaux et). In : *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Direction : CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume. Dalloz : Paris, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014.

DUTRA, Renata Queiroz. Formação histórica do Direito do Trabalho. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. coords. Pedro Paulo Teixeira Manus, Suely Gitelman - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.

ESTRADA, Alexei Julio. La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares.

FABRE, Alexandre. Le régime du pouvoir de l'employeur. L.G.D.J : Paris, 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional. Florianópolis, 2001. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

FAVENNEC-HÉRY, Françoise ; VERKINDT, Pierre-Yves. *Droit du travail*. LGDJ : Paris, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade*. Organizadores: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Campinas/SP, 2019.

FONSECA, Alexandre Brasil. Secularização, pluralismo religioso e democracia no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

FORDIMARE, Elsa. La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe. In : Revue des droits de l'homme - n° 9, 2016.

GABATZ, Celso. O estado laico e a liberdade religiosa no Brasil: o acordo Brasil – Santa Sé e a “Lei Geral das Religiões. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.13, n.29, p. 47-66, 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

GAUDEMET, Yves. Liberté religieuse et laïcité en droit français. In: Liberté d'expression, liberté de religion. Direction de Joël-Benoît d'Onorio. Pierre Téqui: Paris, 2012.

GAUTRAIS, Vincent. Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle. In : Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Ivry Sur Seine, 5 juin 2003.

GÉNIAUT, Benoît. La proportionnalité dans les relations du travail. Paris : Dalloz, 2009.

GHÉRARDI, Éric. La liberté religieuse au sein de l'État français laïque. In : État et religions. RAMAINVILLE, Celine ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018, pp. 59-74.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, pp. 182-198.

GOMES, Barbara ; ORGERIT, Xavier ; UFARTE, Thomas. Liberté de religion (Code du travail, Constitution et CEDH) : La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité. In : La revue des Droits de l'Homme : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 1er mai 2013.

GOMES, Christiane Teixeira; LINS FILHO, Flávio Barbosa. Estado laico – da origem do laicismo à atualidade brasileira. In: V Colóquio de História, 2011, pp. 1219-1228.

GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Revista do TST, vol. 71, n. 3, set/dez de 2005, pp. 47-77.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. O uso de símbolos religiosos em locais públicos e o estado democrático de direito brasileiro laico. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 3, 2013, pp. 49-67.

GONÇALVES, Emílio. Poder regulamentar e poder disciplinar do empregador. Revista de Direito do Trabalho, vol. 74/1988, pp. 65-68.

GRIMM, Dieter. Constituição e política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

GUERREIRO, Luis Alberto Guerta. Libertad de Expresión: fundamentos y limites a su ejercicio. Pensamiento Constitucional Año XIV, n. 14, pp 319-344.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Law in books and law in action: the problem of legal change. Legal Review, vol 64, 2011.

HOCHMANN, Thomas. Typologie des effets horizontaux. In: L’effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 119-148.

HOSCHMANN, Thomas; REINHARDT, Jorn. L’effet horizontal des droits fondamentaux. A. Pedone : Paris, 2018.

JAGGI, Stephan. State action doctrine. Oxford Constitutional Law, 2017.

JEAMMAUD, Antoine. Libertés et pouvoir. Un double paradoxe et un paradoxe apparent. Dans : 13 paradoxes en droit du travail. Org. WAQUET, Philippe. Lamy : Paris, 2012, p. 211-228.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. Organizações de tendência – Poder diretivo. In: Magistrado Trabalhista, online, 16 de novembro de 2013.

KOUSSENS, David. L’épreuve de la neutralité: la laïcité française entre droits et discours. Bruylant: Paris, 2015.

KOUSSENS, David. L’épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours. Bruylant : Paris, 2015.

LAFaix, Jean-François. L’effet horizontal des droits fondamentaux. In: L’effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 23-42.

LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. Harvard International Law Journal, vol. 47, n. 2, 2006, pp. 517-530.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011.

LHEUREUX, Guillaume. Le Concept de Vie Personnelle du Salarié. *Dans* : Mémoire de Droit Social, Année universitaire 1999-2000.

LOCKE, John. Carta acerca da Tolerância. São Paulo: Victor Civita, 1983.

LOISEAU, Grégoire. Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle. In : Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. IRJS : Paris, 2014.

LYON-CAEN, Gérard. Les libertés publiques et l'emploi : rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. France, 1992.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – breves apontamentos. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, n.º 03-2010, pp. 7-19.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

MAGANO, Octávio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Saraiva, 1982.

MALLET, Estêvão. O novo código civil e o direito do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 22, 2003.

MANTOUVALOU, Virginia. Life After Work: Privacy and Dismissal. London School of Economics and Political Science Law Department, Society and Economy Working Papers 5/2008.

MARIANO, Ricardo; ORO, Ari Pedro. The reciprocal instrumentalization of religion and politics in Brazil. Annual Review of the Sociology of religion, 2011.

MARQUES, Gabriel Lima. O argumento de direito constitucional comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

MARTIN VIVES, Juan. Las instituciones religiosas del tercer sector como empresas de tendencia. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (REPATS), Brasília, Vol. 1, n. 1, p.1-19, Jul-Dec, 2014.

MARTINEZ, Luciano; SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. Dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 257-277.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ensino religioso, previsto na Constituição Federal, frente ao Tratado Brasil – Santa-Sé e a lei de diretrizes de bases da educação nacional. Revista de Direito Educacional, vol. 3/2011, pp. 297-317.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Justa causa. São Paulo : LTr, 2018.

- MBONGO, Pascal. Libertés et droits fondamentaux. Berger Levrault : Paris, 2014.
- MELO, Pollyana Oliveira. Controle do e-mail no ambiente de trabalho. Disponible sur : <https://jus.com.br/artigos/24509/controle-do-e-mail-no-ambiente-de-trabalho>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Antônio Gouvêa. República e pluralidade religiosa no Brasil. Revista da USP, São Paulo, n. 59, p. 144-163, set./nov. 2003.
- MENEZES, Mauro de Azevedo. Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: Ltr, 2004.
- MEYRAT, Isabelle. Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente. In : Droit Ouvrier, Juillet 2002.
- MILET, Laurent. Droit du travail à l'usage des salariés : faites respecter vos droits de l'embauche au licenciement. VO Éditions : Paris, 2011.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MONTESQUIEU. The spirit of the laws. Trans. Charles Nugent. Halcyon Press LTDA, 2010.
- MORAES FILHO, Evaristo. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1971.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHRAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 86/2014, pp. 105-124.
- MOYLY, J. P. Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire. France, 2011.
- MUIR, Élise. L'action juridique de l'Union Européenne dans la lutte contre les discriminations. In : Centre d'information et d'études sur les migrations internationales, 2010/5, n.º 131, pp. 78-104.
- NASCIMENTO, Amauri Mascado. Iniciação ao Direito do Trabalho. 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascado; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Editora LTr, São Paulo, 2003.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo : LTr, 2009.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego*. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2008.

NASSIF, Rafael Carmezim. *A relação de emprego nas organizações de tendência*. *Revista de Direito*, 2014, pp. 193-207.

NERY JUNIOR, Nelson. *Direito fundamental à liberdade religiosa*. In: *Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior*, vol. 1/2014, pp. 31 – 107.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Organizador). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Edições Almadina S.A.: Coimbra, 2018.

NUNES, Danilo Henrique; NETTO, Carlos Eduardo Montes; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. *A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal*. *Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo*, v. 16, n. 39, pp. 275-297, maio/ago. 2021.

ORO, Ari Pedro. *A laicidade no Brasil e no Ocidente*. *Civitas, Porto Alegre*, v. 11, n. 2, p. 221-237, 2011.

OTERO, Arantxa Sacristán. *La Privacidad en el Trabajo y sus Límites*. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Segovia, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Monitoramento digital do empregado: estudo comparativo do caso Barbulsecu x România da Corte Europeia de Direitos Humanos com a Jurisprudência Brasileira*. *Revista dos Tribunais*, vol. 972/2016, pp. 231-247.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Tese de doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

PERRAKI, Panagiota. *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen]*. Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de Strasbourg. Soutenue le 20 Septembre 2013.

PESKINE, Elsa ; WOLMARK Cyril. *Droit du travail*. Dalloz : Paris, 2021. 14 Ed.

PESSANHA, Patricia Oliveira Lima. Discriminação: a chaga social. In: Grandes Temas – Discriminação, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1 Região, Jan./Jun. 2012, pp. 93-101.

PETIT, Benoît. Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire (note sous CJUE, 14 mars 2017, AFF. C-188/15, " Micropole Sa ").

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Disponível sur : www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta. Consulté le 24/10/2022.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Direito, Estado e Religião: a constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da ordem Internacional Contemporânea. In: Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007, vol. 1.

PORTIER, Philippe. La question laïque dans la France contemporaine: anatomie d'une controverse. In: La Sécularisation en question: religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier: Paris, 2019.

POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In : État et religions. RAMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc ; BONBLED, Nicolas ; WATTIER, Stéphanie. Limal : Anthemis, 2018.

POURHIET, Anne-Marie Le. La Conception française de l'égalité religieuse. In: État et religions. ROMAINVILLE, Céline ; VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; WATTIER, Stéphanie. Limal: Anthemis, 2018.

QUEIROZ, Rholden Botelho. Da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. pp. 185-208.

RAY, J. E. Fidélité et exécution du contrat de travail. France, 1991.

RAY, Jean-Emmanuel. Les libertés dans l'entreprise. In : Le Seuil, 2009/3, n° 130, pp. 127-142.

REINHARDT, Jorn. Les conflits de droit entre personnes privées : de « l'effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux. In: L'effet horizontal des droits fondamentaux. Editions A Pedone : Paris, 2018, pp. 149-175.

REIS, Raquel Tavares dos. Direitos, Liberdades e Garantias da Pessoa do Trabalhador Despedido em Razão de sua Conduta Extra-Laboral. *Gestão e Desenvolvimento*, 10 (2001), 95-127.

REIS, Raquel Tavares. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego – alguma verdade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out/dez. 2011.

RIVERO, Jean; MOUTHOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. Libertad Ideológica, Contrato de Trabajo y Objeción de Conciencia. Dans : *Persona y Derecho*, 50 (2004), 355-372.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio de igualdade e a reestruturação produtiva. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 120/2005, pp. 25-39.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

SÁNCHEZ, Jesus Hortal. Liberdade religiosa e ordenamento jurídico: do padroado ao recente Acordo Santa-Sé/Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, pp. 232-240.

SANTANA, Amanda Hunger. O poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado aplicáveis ao e-mail corporativo. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 153/2013, pp. 11-33.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Proselitismo religioso do empregado no ambiente de trabalho: a busca por um justo equilíbrio entre a mordaza e o discurso abusivo. *Revista Joaçaba*, v. 21, n. 2, pp. 523-550, jul./dez. 2020.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. A liberdade de organização religiosa como expressão de cidadania numa ordem constitucional inclusiva. *Dissertação para obtenção do título de Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie*, 2006.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Niterói, 2013.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Intimidade e revista em pertences do empregado. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 180/2017, pp. 103-130.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 13. ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 8/2015, pp. 829–845.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out./dez. de 2000, pp. 54-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas. *Consultor Jurídico*, 19/06/2015.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. 2. ed.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.º 16, 2007.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n.º 4, out/dez/ 2011, pp. 60-101.

SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. Petrópolis : Vozes, 1978.

SCHOUPE, Jean-Pierre. Le droit à l'objection de conscience des médecins. La dimension institutionnelle de l'objection de conscience. Nations Unies - Conseil des droits de l'homme, session 31, Gênes.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da AJURIS – Porto Alegre*, v. 43, n. 141, Dezembro, 2016, pp. 2650292.

SELMA PENALVA, Alejandro. La Transcendencia Práctica de la Vinculación Ideológica en las Empresas de Tendencia en el Ámbito de las Relaciones de Trabajo. Dans : *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, pp. 299-332.

SETUBAL, Alexandre Montanha de Castro. Aspectos interdisciplinares e jurídico-trabalhistas do direito fundamental à liberdade religiosa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Liberdade religiosa e relações de trabalho. Questões Controvertidas. As organizações de tendência e o dever de acomodação razoável (Duty of Reasonable Accommodation). In: *Direito e processo do trabalho – homenagem a Armando Casimiro Costa Filho*. Organizadores: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. São Paulo: LTr, 2019. pp. 26-36.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Cássia Cristina Moretto. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 7, Jul.-Dez. p. 274-301.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Prefácio ou Notícias de uma guerra nada particular: Os ataques neopentecostais às religiões afro-brasileiras e aos símbolos da herança africana no Brasil. In: SILVA, V. G. da (Org.). *Intolerância religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007. p. 9-27.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1.ed., 4 tiragem.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. *Revista Direito GV* 1, v. 1, n. 1, pp. 173-180, maio de 2005.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. *Direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. O supremo tribunal federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. *R. Proc. Geral Est.* São Paulo, São Paulo, n. 65/66:29-86, jan./dez. 2007.

SORDA, Elena. *Las Empresas de Tendencia de Tipo Confesional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TAWL, Emmanuel. *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*. Puf : Paris, 2016.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, 2010. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TOUSHNET, Mark. Some reflections on methods in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 67-83.

TROTABAS, J. B. *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*. Bibliothèque de Droit Public: Paris, 1961.

TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, vol. 108:1225, pp. 1225-1309.

VACHET, Gérard. *La liberté du travail et l'obligation de non-concurrence du salarié*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille : 1994.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

VALE, Silvia Teixeira do ; LACERDA, Rosangela Rodrigues D. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo : LTr, 2021.

VAUCHEZ, Stéphanie Hennette ; VALENTIN, Vincent. *L'affaire baby loup ou la nouvelle laïcité*. Édition Lextenso : Paris, 2014.

VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. *A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada*. *Ethic@ - Florianópolis*, v. 10, n. 3, pp. 115-130, Dez. 2011.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

VIEIRA, Isabelle Almeida. Recurso Extraordinário 494.601/RS: a constitucionalidade do sacrifício ritual de animais em cultos religiosos de matriz africana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 131/2022, pp. 269-295.

VIGNEAU, Christophe. *La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme*. In : *Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*. IRJS : Paris, 2014.

VIGNEAU, Christophe. *La liberté religieuse dans les relations de travail : regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme*. In : *Droits du travail emploi entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*. IRJS : Paris, 2014.

VILLAÇA, Antonio Carlos. *O pensamento católico no Brasil*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2006.

VILLATORE, Marco Antônio César; ALMEIDA, Ronald Silka. A encíclica “rerum novarum” e sua importância em relação à organização internacional do trabalho. In: *Rerum Novarum – 126 anos*. Disponível sur: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106891/2017_villatore_marco_enciclica_rerum_novarum.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Desenvolvimento Econômico e Igual Liberdade de Trabalho no Contexto dos Direitos Humanos*. In: *Schientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 1, pp. 217-240, jul. 2014.

VOLTAIRE. *Traité sur la tolérance*. São Paulo : Escala Publishers.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

WANDI KEMANDJOU, Gill Bertrand. Les droits et libertés fondamentaux du salarié : réflexion sur la hiérarchie de normes. Thèse pour le Doctorat en Droit privé, Université Panthéon Assas (Paris II), le 14 septembre 2007.

WAQUET, Philippe ; STRUILLLOU, Yves ; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014.

WAQUET, Philippe. L'Entreprise et les libertés du salarié : du salarié-citoyen au citoyen-salarié. Liaisons : Paris, 2003.

WAQUET, Philippe; STRUILLLOU, Yves; PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Liaisons : Paris, 2014 .

WAQUET, Phillippe. L'entreprise et les Libertés du Salarié. Paris : Éditions Liaisons, 1992.

WEINGARTNER NETO, Jayme. A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Tese para obtenção do título de Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, fevereiro de 2006.

WINTER, Luís Alexandre Carta ; PRIGOL, Natalia Munhoz Machado. Organização de Tendência : um estudo comparado entre o Mercosul e a União Europeia. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, número 36, 2017, 184-205.

YAHIA, Sonia Bem Hadj. La fidélité et le droit. LGDJ : Paris, 2013.

ZAINAGHI, Domingos Sávio, e outros. O direito de o empregado ser informado. Revista de Direito do Trabalho, vol. 137/2010, pp. 76-92.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Curso de legislação social: direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ZUBER, Valentine. Droits humains et religions : la liberté religieuse est-elle un droit comme les autres ? In : La Sécularisation en question : religions et laïcités au prisme des sciences sociales. Org. PORTIER, Philippe ; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier : Paris, 2019.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. Introduction to Comparative Law, 1998.

ZYLBERSZTAJN, Joana. O estado laico na Constituição Brasileira. In: Estado Laico, Intolerância e Diversidade Religiosa no Brasil. Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Cidadania, 2011.