

LA RESPONSABILITÉ, FACE CACHÉE DES DROITS DE L'HOMME

Sous la direction de

HUGUES DUMONT, FRANÇOIS OST
et SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK

Nicolas Bernard, Thomas Bombois, Yves Cartuyvels,
Sébastien Depré, Olivier De Schutter, Guillaume de Stexhe,
Hugues Dumont, Grégoire Gathem, Jean-Louis Genard, Philippe Gérard,
Isabelle Hachez, Bruno Lombaert, Jean-Pierre Nandrin, François Ost,
Julie Ringelheim, Alain Strowel, François Tulkens, Françoise Tulkens,
Sébastien Van Drooghenbroeck, Marc Verdussen

*Ouvrage publié avec le concours
du FRFC et de la Fondation Charles-Léopold Mayer
pour le progrès de l'homme*

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 5

LA RENONCIATION
AUX DROITS FONDAMENTAUX.
LA LIBRE DISPOSITION DU SOI
ET LE RÈGNE DE L'ÉCHANGE

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
GLOBAL VISITING LAW PROFESSOR À NEW YORK UNIVERSITY
COORDINATEUR DU RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS
EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

ET

JULIE RINGELHEIM (1)

DOCTORANTE À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN (FLORENCE)
CHERCHEUSE AU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT DE L'U.C.L.

Sommaire

	PAGES
SECTION I. – LES HYPOTHÈSES DE LA RENONCIATION	443
SECTION II. – L'APPROCHE NORMATIVE DE LA RENONCIATION	451
SECTION III. – LES CONDITIONS DE LA SITUATION IDÉALE D'ACTION	456
§1. – <i>Les conditions matérielles : le consentement libre</i>	457
§2. – <i>Les conditions informationnelles : le consentement éclairé</i>	464
§3. – <i>Les conditions procédurales : le consentement concerté</i>	466
SECTION IV. – UN CAS D'APPLICATION : LE PORT DU FOULARD À L'ÉCOLE	469
§1. – <i>Conditions matérielles : consentement libre</i>	474
§2. – <i>Conditions informationnelles : consentement éclairé</i>	475
§3. – <i>Conditions procédurales : consentement concerté</i>	475
CONCLUSION	480

(1) Cette recherche bénéficie du soutien du P.A.I. V-23 bénéficiant au CPDR-UCL pour la période 2002-2007.

La question de savoir s'il est admissible que l'on renonce à un droit fondamental reçoit des réponses variées, mais qui souvent tournent autour de deux thèmes. Le premier est celui de la « nature » propre de certains droits fondamentaux, qui, en raison par exemple de leur lien avec la notion d'ordre public ou de la place qu'ils occuperaient au sein d'une hiérarchie des droits, exclurait qu'ils puissent y être renoncés. Le second est celui du caractère « fondamental » des droits de l'homme en général, qui, parce qu'ils sont reconnus à tous en raison de leur seule qualité d'être humain, ne pourraient être soumis aux mécanismes du marché, contre lesquels l'individu devrait être protégé par une interdiction de céder le droit dont il est titulaire, même contre un avantage à ses yeux plus important. Notre approche diffère de chacune de ces positions. Nous abordons la question de la liberté de renoncer, comme celle de la reconnaissance d'un « droit de renonciation », que ce soit à certains droits déterminés ou aux droits de l'homme en général, à partir d'une interrogation sur le contexte dans lequel la renonciation est faite ou dans lequel l'exercice du droit de renoncer est revendiqué. Nous envisageons la faculté de renoncer reconnue à l'individu non comme une fin en soi, mais comme un moyen d'accroître ses libertés. Dans cette optique, la reconnaissance de cette faculté n'est justifiée que dans la mesure où elle constitue un instrument de l'autonomie individuelle. Mais lorsqu'au lieu d'accroître cette autonomie, la faculté de renoncer aboutit à la restreindre, elle perd son fondement.

Notre hypothèse est que la question de savoir si le titulaire d'un droit fondamental doit pouvoir y renoncer n'est pas une question à trancher en fonction de la nature du droit en cause ou d'une théorie générale de la « renonciabilité aux droits fondamentaux », mais sur la base d'un examen, aussi individualisé que possible, des circonstances entourant la renonciation, et notamment de l'autonomie dont dispose le sujet lorsqu'il prend cette décision. Nous préconisons donc une solution procédurale plutôt que substantielle, contextualisée plutôt que décontextualisée.

L'étude se divise en quatre parties. Premièrement, nous examinons les différentes hypothèses de renonciation (I.). La notion de renonciation est utilisée, en effet, dans des sens variés. Démêler ces significations constitue une étape préalable à l'analyse du concept. Deuxièmement, prenant appui sur les distinctions opérées entre les

diverses situations où la question de la renonciation se pose, nous proposerons une approche normative de la question (II.). Celle-ci consistera à identifier les conditions auxquelles la renonciation, par cela qu'elle accroît la gamme des possibilités offertes à l'individu, contribue à son autonomie. Refusant de nous en tenir à une position tautologique, celle, par exemple, de la théorie économique classique, qui consiste à considérer que dès lors que ces possibilités sont plus nombreuses, la liberté de l'individu s'en trouve nécessairement augmentée, nous tenterons d'identifier les conditions que suppose une extension *réelle* de la liberté de l'individu. Cet exercice nous amènera à définir, dans une troisième partie, les contours de ce que nous appelons la « situation idéale d'action » (III). Nous désignons par cette expression, homologue de la « situation idéale de parole » sur laquelle J. Habermas fonde l'éthique de la discussion, l'ensemble des conditions qui doivent caractériser la situation dans laquelle une renonciation est effectuée, pour que la reconnaissance à l'individu d'un droit de renoncer se justifie en tant que contribution à l'auto-détermination individuelle. Ces conditions sont de trois ordres : matériel, informationnel, et procédural. La renonciation – telle est notre hypothèse – ne peut être considérée comme enrichissant l'autonomie individuelle que si le choix de l'individu n'est dicté ni par une situation de besoin dans laquelle il serait plongé, ni par son ignorance des conséquences pouvant résulter de l'exercice de ce choix, ni par une incapacité à coordonner son action avec d'autres personnes, l'obligeant à parler, *aveuglément* si l'on veut, sur les comportements qu'elles vont adopter. La quatrième partie de l'étude éprouvera la solidité de cette approche et les problèmes qui peuvent entourer sa mise en œuvre, en l'appliquant à la question du port du foulard par des jeunes femmes musulmanes dans le cadre scolaire (IV.).

SECTION I. – LES HYPOTHÈSES DE LA RENONCIATION

L'attribution d'un droit fondamental à l'individu peut produire une série de conséquences, selon les circonstances dans lesquelles ce droit est invoqué par son titulaire. Un droit peut être invoqué pour s'opposer à un acte de la puissance publique qui constituerait une ingérence dans ledit droit. Il peut servir à contester un comportement d'un particulier avec lequel le titulaire du droit entre en relation – employeur, propriétaire, syndicat, par exemple. Il peut fonder une

demande d'annulation d'une clause contractuelle qui porterait atteinte au droit de l'individu, sans que puisse faire obstacle à cette annulation le consentement donné lors de la conclusion du contrat. Il peut enfin être invoqué par son titulaire pour revendiquer le pouvoir de l'aliéner, c'est-à-dire de sacrifier son droit, à titre gratuit ou moyennant une rémunération ou une autre forme d'avantage.

Une tendance caractéristique de la « jurisprudence des concepts » — la *Begriffsjurisprudenz* que von Jhering avait affublée ainsi de son ironie — est d'associer au concept de « droit subjectif » un ensemble de conséquences, comme si ces conséquences s'imposaient sur le mode de la déduction logique, au lieu d'examiner les avantages et les inconvénients — l'utilité — de procéder à ces déductions. Mû par le souci constant de sortir de la gangue conceptualiste, W.N. Hohfeld avait bien montré que ces conséquences ne sont pas une résultante nécessaire de la reconnaissance d'un droit subjectif d'un point de vue logique (2). Nous pouvons choisir de faire découler ou non de la reconnaissance d'un droit fondamental telle ou telle conséquence. Ce choix peut être justifié par des considérations d'opportunité, ce que la tradition réaliste — dont Hohfeld est un représentant exemplaire — appelait la « *policy analysis* ». Mais ce choix ne s'impose pas à nous. Il doit résulter d'une délibération, non d'une sorte d'automatisme de la pensée. Ainsi, des questions telles que celles de savoir si le droit de se marier implique ou non le droit de divorcer (3), si la liberté de s'associer comprend la liberté, à l'inverse, de ne pas se faire membre d'une association (4), ou encore si le droit à la jouis-

(2) Voir W. H. HOHFELD, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », 26 *Yale L.J.* 710 (1917) (et déjà l'article paru quatre ans plus tôt : 23 *Yale L.J.* 16 [1913]).

(3) Pour une réponse négative, Cour eur. D.H., arrêt *Johnston et al. c. Irlande* du 18 décembre 1986, Série A, n° 112, §§56-57.

(4) La Cour européenne des droits de l'homme est passée de la reconnaissance timide d'une liberté « négative » d'association dans des circonstances précises où le refus de rejoindre un syndicat aurait conduit à la perte de leur emploi par les intéressés (Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A, n° 44), à une confirmation de l'existence d'une liberté de ne pas s'associer en général (Cour eur. D.H., arrêt *Sibson c. Royaume-Uni* du 20 avril 1993, §29 (où la Cour distingue cependant l'affaire *Sibson* de l'affaire *Young, James et Webster*, concluant à l'absence de violation de la liberté négative d'association car « dans l'affaire précédente les requérants se trouvaient devant une menace de renvoi impliquant la perte de leurs moyens d'existence [alors que la] situation de M. Sibson était assez différente »); et arrêt *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, Série A, n° 164 (où, après avoir énuméré des évolutions tendant à la reconnaissance au plan international de la liberté d'association négative notamment dans le domaine syndical, la Cour en déduit au §35 de son arrêt que « la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [...] Il échet donc de considérer que l'article 11 consacre un droit d'association négatif. La Cour ne croit pas devoir rechercher en l'occurrence si ce droit s'y trouve inclus à l'égal du droit positif », avant finalement, dans l'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999 (§103), de considérer que la liberté

sance paisible de ses biens inclut le droit d'aliéner la chose dont on est propriétaire ou de la céder en héritage (5), bien qu'elles soient parfois traitées comme des problèmes de logique juridique — sur le mode de la déduction —, devraient en réalité être appréhendées comme des questions normatives — des questions pratiques plutôt que théoriques, relevant de ce qui « doit être » plutôt que de ce qui « est ».

C'est dans cet esprit que nous abordons la problématique de la renonciation. Il convient tout d'abord de souligner la polysémie redoutable de ce terme. Pour en clarifier les différentes significations, nous proposons une typologie à trois niveaux (6). Renoncer peut en effet signifier :

1° ne pas exercer une liberté qui nous est reconnue, que nous aurions donc le « droit » d'exercer;

2° consentir à l'avance à une atteinte à un droit, soit par la conclusion d'une convention prévoyant la possibilité d'une telle atteinte, soit par un engagement unilatéral (7);

3° s'abstenir d'agir pour se plaindre d'une atteinte portée à un droit, en d'autres termes, « renoncer » à en obtenir réparation et à réclamer la sanction de l'auteur de la violation. Cette attitude peut se traduire par l'absence de protestation au moment où l'atteinte au droit est commise, par la décision de ne pas introduire d'action en justice ou devant l'autorité compétente, ou encore par l'acceptation d'un règlement amiable mettant fin à la contestation.

de ne pas s'associer est reconnue par la Convention européenne des droits de l'homme au même titre que la liberté de s'associer. Dans son opinion dissidente à l'arrêt *Young, James et Webster*, suivi par deux autres membres de la Cour, le juge Sorensen avait cependant souligné que « [l]es libertés dites positive et négative d'association ne sont pas simplement les deux faces de la même médaille ou, pour s'exprimer comme la Cour, deux aspects de la même liberté. Il n'existe aucun lien logique entre les deux » (§6 de l'op. diss.). C'était souligner que la question de savoir s'il fallait ou non reconnaître au sein de l'article 11 de la Convention une liberté négative d'association doit se trancher au terme d'une analyse d'opportunité, plutôt qu'au départ d'une prétendue évidence logique qui, en l'occurrence, ne paraît pas démontrée.

(5) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A, n° 31, §63 (« le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété »).

(6) Sans s'y assimiler, cette présentation s'inspire de celle que présente H.L.A. Hart, dans ses *Essais sur Bentham* : voir H.L.A. HART, *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

(7) Une difficulté spécifique dans cette situation résulte de ce que la partie tenue de respecter le droit de l'individu, mais qui prend argument de la renonciation par l'individu à son droit subjectif afin de limiter l'étendue de son obligation, peut être une partie privée, alors que l'obligation de protection de l'individu à l'égard de la vulnérabilité qu'entraîne la faculté de renoncer incombe, elle, à l'Etat.

En outre, chacune de ces significations du «choix de renoncer» peut être invoquée soit par l'individu qui est titulaire du droit (A), soit par la partie (notamment l'Etat) qui est tenue de respecter ce droit (B). Or selon la position qu'occupe la personne qui se prévaut du concept de renonciation, la nature des arguments en jeu varie sensiblement. Lorsque c'est le titulaire d'un droit qui revendique un «droit de renoncer» (A), il demande à être libéré d'une attitude paternaliste de l'ordre juridique, consistant à être imposé le bénéfice des droits qui lui sont attribués, par exemple au nom d'une conception de l'ordre public opposée à la reconnaissance à l'individu d'une maîtrise absolue de soi. La question qui se pose alors est de savoir si le système juridique doit protéger l'individu contre lui-même, c'est-à-dire contre le risque du mauvais usage qu'il pourrait faire de sa liberté. Lorsque, à l'inverse, la renonciation est mise en avant par la partie tenue de respecter le droit (B), elle sert de défense contre une accusation d'avoir porté atteinte à ce droit : l'argument est que l'individu ayant «volontairement» ou «librement» choisi de sacrifier son droit, il ne peut ensuite se plaindre de l'ingérence dans son droit qu'il allègue avoir subie. A quoi le titulaire du droit répliquera qu'en réalité, une obligation de protection s'imposait à l'Etat : l'ordre juridique aurait dû le protéger du risque qu'implique l'exercice de sa liberté, en encadrant celle-ci de manière à lui éviter de se retrouver dans une position à ce point vulnérable qu'il en vienne à renoncer à son droit, même de manière provisoire.

Une théorie complète de la renonciation devrait, par conséquent, appréhender l'ensemble des situations suivantes, dans lesquelles le concept de «renonciation» apparaît chaque fois sous un jour différent :

Renonciation invoquée par le titulaire du droit en cause pour s'opposer à la tentative paternaliste de l'empêcher d'en «disposer» comme il l'entend	Renonciation invoquée par la partie tenue de respecter le droit en cause, qui se prétend déliée de cette obligation dès lors que l'individu a renoncé à ce droit
Renonciation comme absence d'exercice d'un droit	
Renonciation par convention ou engagement unilatéral à ne pas l'exercer	
Renonciation par refus de se plaindre ou de rechercher réparation de la violation commise	

Cette typologie des différentes hypothèses où se fait jour la question de la renonciation n'est pas la seule concevable. Elle permet cependant de mettre l'accent sur deux points décisifs.

Premièrement, la distinction entre trois niveaux (1° ne pas exercer un droit; 2° y renoncer à l'avance; 3° renoncer, une fois l'atteinte portée à un droit, à s'en prévaloir pour obtenir une forme de compensation) permet de différencier les situations où le choix de la «renonciation», au sens générique du terme, est influencée par les circonstances dans lesquelles le droit pourrait être invoqué (situations 1° et 3°), de celles dans lesquelles la renonciation a lieu en dehors de ce contexte, parce qu'effectuée par avance, par exemple par le biais d'un contrat comportant des engagements valables pour l'avenir (situation 2°). Cette distinction est importante pour apprécier la licéité de la renonciation. La renonciation sera en effet mieux *informée* lorsqu'elle est opérée en fonction d'une situation précise, dans laquelle le sujet est plongé (par exemple, s'il choisit, à une réunion publique, de ne pas s'exprimer car il mesure les conséquences de son intervention (1°); s'il renonce à protester contre l'injonction de se taire que lui adresse son supérieur hiérarchique car il estime que l'enjeu n'en vaut pas la peine (3°)). Mais la renonciation sera parfois plus *libre* lorsqu'elle est faite à l'avance (2°), dans la mesure où le contexte est toujours source de contrainte : le «testament de vie» par lequel une personne renonce, *par avance*, au «droit à la vie» — c'est-à-dire au droit de recevoir un traitement qui le maintiendrait en vie alors qu'elle serait réduite à un état végétatif permanent et irréversible —, est en principe préparé dans des conditions plus sereines que celles qui entourent une demande d'euthanasie, formulée par un individu souffrant et pour qui l'annonce du caractère inéluctable de son décès peut constituer la source d'un grave état dépressif (8).

L'on notera par ailleurs qu'à chaque niveau de renonciation, les techniques juridiques permettant de l'écartier — et, ainsi, de protéger l'individu contre lui-même — varient également : pour éviter que l'individu ne soit dissuadé d'exercer le droit qui lui est reconnu,

(8) Voir D. W. KISSANE, D. M. CLARKE et A. F. STREET, «Demoralisation Syndrome — a Relating Psychiatric Diagnosis for Palliative Care», *Journ. of Palliative Care*, vol. 17, 2001, p. 12. Pour les conséquences qui en résultent à propos de la question de l'euthanasie, voir O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 73 et s., ici pp. 93-94.

toute forme de pression exercée sur lui pour qu'il y «renonce», même «librement», sera considérée comme une forme d'atteinte à ce droit (1°); pour l'empêcher d'y renoncer par la conclusion d'une convention, toute clause contractuelle en ce sens, même «librement» consentie, sera considérée comme nulle pour contrariété à l'ordre public (2°); enfin, pour éviter que l'individu ne s'accommode d'une violation de son droit, et «renonce» à porter plainte ou à exercer un recours, le droit pénal prévoit qu'en principe, le consentement de la victime ne prive pas certains comportements de leur caractère délictueux, avec pour conséquence que des poursuites peuvent être déclenchées d'office, même sans plainte de la victime (9) (3°).

Deuxièmement, la typologie proposée permet de distinguer le problème soulevé par la renonciation selon que celle-ci est invoquée par l'individu qui réclame le «droit de renoncer» ou par la partie qui se prétend dispensée de l'obligation de respecter le droit auquel, selon elle, il a été renoncé par son titulaire. Il s'agit là de deux questions différentes, comme indiqué plus haut. Toutefois, elles ne sont pas sans lien entre elles : si en effet l'on admet que l'individu dispose d'un «droit de renoncer» aux droits qui lui sont reconnus (A), l'on doit nécessairement accepter qu'une fois qu'il a exercé ce droit à la renonciation, cette circonstance pourra être invoquée par la partie qui était tenue de respecter le droit visé par la renonciation pour échapper à son obligation (B). Ainsi par exemple, si, en vertu du «droit à l'autonomie», l'individu devait se voir reconnaître un droit de réclamer une euthanasie active (10), ses proches ne pourraient par la suite reprocher à l'Etat de ne pas avoir protégé son droit à la vie en adoptant des mesures suffisamment dissuasives, notamment d'ordre pénal (11) – à moins, naturellement, que ce dont ils se

(9) Il en va autrement cependant de la catégorie particulière des délits dits «de plainte» : voir D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, la charte, 2003, pp. 270 et s.

(10) C'est dans cette direction qu'évolue la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : voir Cour eur. D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* (req. n° 2346/02) du 29 avril 2002, §67 (où la Cour note que la requérante «en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représenté une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 §1 de la Convention»).

(11) La Cour européenne des droits de l'homme estime que «le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit même comporter, un mécanisme de répression pénale (voir par exemple arrêt *Kılıç c. Turquie* [req. n° 22492/93] du 28 mars 2000, §62, CEDH 2000-II, et arrêt *Mahmut Kaya c. Turquie* [req. n° 22535/93] du 28 mars 2000, §85, CEDH 2000-III). (...) Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judi-

plaignent soit non pas la reconnaissance d'un «droit à l'euthanasie», mais l'insuffisance des garanties prévues pour en réglementer les modalités d'exercice. De même, dès lors que l'individu se voit reconnaître non seulement le droit de s'associer, mais également le droit de ne pas s'associer, c'est-à-dire de refuser d'adhérer à une association ou de quitter l'association dont il est membre, l'employeur ne peut se voir reprocher d'avoir porté atteinte à l'effectivité de la liberté syndicale en offrant aux travailleurs de son entreprise la possibilité de choisir entre se faire membre d'un syndicat ou y renoncer – à moins là encore, que le reproche fait à l'employeur soit d'avoir tenté d'influencer ce choix (12).

Comme le montrent ces exemples, la reconnaissance d'un droit de renoncer à un droit X (A) entraîne une réduction corrélative de l'étendue de l'obligation de respecter ce droit X, dès lors que la renonciation peut être invoquée par le débiteur de l'obligation pour échapper à celle-ci (B). En revanche, dans la situation inverse, lorsque le titulaire du droit fondamental en cause ne se voit pas reconnaître un «droit de renoncer» (A), la question de savoir si sa renonciation peut être invoquée par la partie envers laquelle le droit est invoqué pour limiter l'étendue de l'obligation correspondante (B), reste ouverte. L'absence d'un «droit de renoncer» ne signifie pas forcément que la renonciation soit interdite. Elle peut en effet s'analyser comme l'exercice d'une simple «liberté» individuelle (13). Ce n'est pas parce qu'une telle liberté *pourrait* être restreinte par un Etat davantage paternaliste, soucieux d'offrir à l'individu une protection plus étendue, qu'elle *devrait* l'être nécessairement, et que pareil «paternalisme» corresponde à une *obligation* de protection de l'Etat. Ainsi, le suicide ne constitue pas l'exercice d'un «droit de

ciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale» (Cour eur. D.H. [GC], arrêt *Calvezzoli et Ciglio c. Italie* [req. n° 32967/96] du 17 janvier 2002, §51). L'obligation positive de protection du droit à la vie par l'adoption de mesures pénales peut impliquer également, mais dans certaines circonstances précises, une obligation pour les autorités d'adopter des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui : voir Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mastromatteo c. Italie* (req. n° 37703/97) du 24 octobre 2002, §67.

(12) Voir Cour eur. D.H. (2^e section), arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* (req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96) du 2 juillet 2002, §48. («...en permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'Etat défendeur a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention»).

(13) Sur cette distinction entre «droit» et «liberté», il est permis de renvoyer aux contributions précitées de W.N. Hohfeld.

mourir» de l'individu. Pourtant, l'Etat, compte tenu de son incapacité à gérer l'imprévisibilité du comportement humain et des risques que comporterait, pour la liberté individuelle, un accroissement excessif de ses moyens de contrôle de l'individu pour réduire cette imprévisibilité, ne viole pas nécessairement son obligation de protection lorsque des individus, même placés sous le pouvoir des agents publics, mettent fin à leurs jours, alors que des mesures raisonnablement propres à empêcher un suicide ont été prises (14). De manière similaire, si l'accusé ne dispose pas d'un «droit général de renoncer» à la publicité des audiences et du prononcé du jugement qui le concerne – bien qu'un tel droit puisse exister dans des situations spécifiques –, lorsqu'une telle renonciation a lieu, elle peut, sous certaines conditions, être invoquée par l'Etat pour justifier l'absence de publicité du procès (15).

En définitive, à s'en tenir à un plan purement logique, l'existence d'un *droit de renoncer* de l'individu, exclut nécessairement une *obligation de protéger* l'individu de la renonciation – bien qu'on puisse identifier une obligation de garantir les conditions assurant une renonciation valide. Par contre, *l'absence d'un tel droit de renoncer ne permet aucune conclusion définitive* : une obligation de protection peut exister ou non, et la renonciation que l'individu fait de son droit – exerçant par là une simple «liberté» –, peut ou non être invoquée pour justifier qu'aucune protection ne lui soit accordée.

(14) Cour eur. D.H., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* (req. n° 27229/95) du 3 avril 2001. En l'espèce, un détenu dont les tendances suicidaires étaient connues des autorités, s'était donné la mort, malgré les mesures de surveillance spéciales mises en œuvre par l'administration pénitentiaire. La Cour, dans cet arrêt, souligne que les «personnes en garde à vue sont fragiles et que les autorités ont le devoir de les protéger» (§91). Mais elle observe que les mesures et précautions générales qui pourraient être prises pour diminuer les risques d'automutilation doivent être compatibles avec les droits et libertés de l'individu concerné et ne pas «empiéter sur l'autonomie individuelle» (§92). Compte tenu de cette limite, la Cour estime, au vu des circonstances, que les autorités ont pris toutes les mesures raisonnablement aptes à éviter qu'il ne mette fin à ses jours. (§99) Voir à ce sujet O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide...», *op. cit.*, 90-91.

(15) Selon la Cour européenne des droits de l'homme : «La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental, consacré par l'article 6 par. 1. Ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite (...), mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important». (Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Stursson c. Suède* du 23 janvier 1990, Série A n° 171-A, §66). La Cour a réaffirmé ce principe dans des arrêts postérieurs, not. l'arrêt *Voisine c. France*, du 8 février 2000, §32. Voir à ce sujet O. DE SCHUTTER, «Waiver of Rights and State Paternalism and State Paternalism Under the European Convention on Human Rights», 51 *Northern Ireland Legal Quarterly*, nr 3, pp. 481 et s., *ici* p. 483.

SECTION II. – L'APPROCHE NORMATIVE DE LA RENONCIATION

Sur le plan normatif, la renonciation soulève deux questions :

(A) A quelles conditions doit-on reconnaître au titulaire d'un droit fondamental un «droit de renoncer» à celui-ci, c'est-à-dire faire primer sa revendication d'autonomie sur la nécessité de le protéger efficacement contre les risques qu'implique cette faculté de renoncer ?

(B) A quelles conditions doit-on admettre que l'obligation de respecter le droit de l'individu, qu'elle concerne l'Etat ou un particulier, se trouve atténuée par le fait que l'individu a librement choisi d'y renoncer ?

Chacune de ces questions peut en outre recevoir des réponses différentes, selon qu'est en cause la renonciation comme absence d'exercice d'un droit, comme stipulation anticipée portant sur l'exercice d'un droit, ou comme absence d'introduction d'une plainte ou d'un autre recours postérieurement à une atteinte portée à ce droit. Nous nous proposons néanmoins de mettre ici en exergue trois conditions de validité de la renonciation qui peuvent être qualifiées de transversales, c'est-à-dire qui méritent d'être prises en compte dans l'élaboration de réponses à chacune de ces deux questions, et au sein de chaque question, dans les trois situations dans lesquelles la renonciation peut se présenter.

Prenant pour point de départ la première des deux questions qui viennent d'être distinguées (A), nous partons de l'hypothèse que la reconnaissance à l'individu d'un «droit de renoncer» – c'est-à-dire de s'opposer au paternalisme d'un Etat qui prétend lui imposer le bénéfice de droits qu'il préférerait pouvoir soit ne pas exercer, soit céder contre la promesse d'avantages auxquels il attache un plus grand prix, soit ne pas invoquer en justice alors qu'ils ont été méconnus –, ne saurait être considérée purement et simplement comme une contribution à l'émancipation individuelle. D'un côté, il est vrai, le «droit de renoncer» implique que chaque droit se dédouble par l'addition d'un droit de renoncer à ce droit selon les différentes modalités examinées, augmentant ainsi le champ des possibilités offertes à l'individu : il pouvait faire A, refuser que figure dans une convention une clause exigeant de lui qu'il renonce à A, introduire un recours en justice en cas d'atteinte à son droit de faire A ; désormais, il pourra

également refuser de faire A, il pourra décider de conclure une convention prévoyant que, moyennant sa renonciation à A, il recevra certains avantages, et il pourra s'opposer à ce que son droit soit invoqué par une autre personne pour faire sanctionner, le cas échéant par une autorité juridictionnelle, la violation de son droit de faire A. La reconnaissance du *droit de renoncer* augmente la gamme des alternatives; la liberté individuelle semble *a priori* y gagner. Mais d'un autre côté, cet accroissement de liberté individuelle entraîne un supplément de vulnérabilité: doté du «droit de renoncer», l'individu peut faire l'objet de pressions, notamment de nature économique, visant à l'inciter à exercer ce «droit de renoncer» dans un sens déterminé. S'étant vu reconnaître la liberté de ne pas se faire membre d'un syndicat, le travailleur pourrait être tenté d'exercer cette liberté pour répondre à l'appât de primes promises par l'employeur. Dès lors qu'elle a la possibilité d'exercer un «droit de mourir», par la rédaction d'un «testament de vie», une personne s'expose au risque de pressions diverses tendant à l'encourager à préparer un tel testament, par exemple, pour soulager son entourage de la «charge» que représente l'acharnement en vue de préserver la vie d'un proche. Pouvant renoncer à son droit d'agir en justice, par la maîtrise qui lui est reconnue de l'action introduite en son nom et pour son compte, la victime d'une atteinte à un droit peut être tentée d'accepter la transaction que lui propose l'auteur de la violation, lequel pourrait ainsi acheter son impunité. Par conséquent, pour apprécier dans quelle mesure la reconnaissance d'un «droit de renoncer» contribue à enrichir la liberté individuelle, il faut tenir compte des circonstances dans lesquelles ce droit est exercé: à moins d'en rester à un raisonnement purement tautologique, consistant à considérer toute extension du champ des possibilités ouvertes au titulaire d'un droit comme impliquant, par définition, un accroissement de la liberté individuelle, il importe d'identifier les circonstances en fonction desquelles les conditions de l'exercice du droit de renoncer peuvent être évaluées.

Or l'identification de ces conditions peut également aider à répondre à l'autre question que nous avons dégagée et qui concerne la possibilité, pour la partie tenue de respecter le droit, de se prévaloir de la renonciation, afin de limiter l'étendue de ses obligations (B). Pour déterminer si la renonciation effectuée par le titulaire d'un droit, peut justifier une restriction qui serait apportée à ce droit, voire le sacrifice de ce droit, il convient au préalable de se demander si cette renoncia-

tion a été effectuée dans des circonstances telles qu'elle peut être considérée comme valable. Ces conditions permettront de distinguer deux types de situations: d'une part, les cas dans lesquels la renonciation apparaît, pour l'individu, comme un «moindre mal», c'est-à-dire où, en réalité, il aurait préféré ne pas avoir à renoncer, mais où à défaut de renonciation, il aurait été placé dans une position plus difficile encore; d'autre part, les situations où l'individu, en renonçant, exprime une véritable préférence: son choix ici n'est pas simplement dicté par les circonstances, il aurait persisté dans sa décision de renoncer si celles-ci avaient été différentes et, en particulier, si le «coût» de l'exercice de ce droit était nul ou minime.

A quelles conditions peut-on affirmer que le choix de renoncer correspond à une préférence «authentique»? Comment s'assurer que la renonciation est «valable», au sens où elle ne s'analyse pas en une réponse à une situation de détresse, qui ne laisserait pas d'autre voie possible? La réponse à ces interrogations permettra de déterminer dans quelles circonstances la renonciation — qu'elle corresponde ou non à l'exercice d'un «droit de renoncer» —, peut être considérée comme libérant valablement les personnes tenues de respecter le droit en cause, de leur obligation. A ce stade, cependant, une distinction supplémentaire doit être opérée entre la partie tenue de *respecter le droit de l'individu* et celle qui doit *garantir les conditions assurant que, si l'individu a renoncé à son droit, cette renonciation peut être considérée comme valable*. En principe, le droit est opposable *erga omnes*: l'obligation de le respecter s'impose à toute personne, aux agents publics comme aux particuliers. Mais l'obligation de créer les conditions garantissant la validité d'une renonciation incombe d'abord à l'Etat, tenu par une obligation de protection des droits des individus relevant de sa juridiction. Cette distinction est toutefois relative, car l'Etat peut s'acquitter de son devoir de protection en mettant certaines obligations à charge des particuliers — par exemple, en exigeant des praticiens de l'art de guérir qu'ils fournissent aux patients certaines informations avant une intervention médicale (16), en sanctionnant l'abus de droit dans

(16) Une pareille obligation paraît découler, pour les Etats l'ayant ratifiée, de la Convention relative aux droits de l'homme et à la biomédecine, ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe à Oviedo le 4 avril 1997. Voir en particulier l'article 5, al. 2, de la Convention, précisant qu'avant de donner son consentement libre et éclairé à une intervention médicale, le patient «reçoit (...) une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques».

les rapports privés ou encore en encadrant l'exercice de la liberté contractuelle de conditions propres à empêcher des atteintes aux droits fondamentaux.

Cette analyse de la renonciation met au jour un paradoxe. Les circonstances entourant la renonciation seront d'autant plus suspectes que l'individu est fortement incité à renoncer à son droit. Car c'est dans ces conditions que la renonciation a le plus de chances d'apparaître comme une réponse à une contrainte plutôt que comme la manifestation d'une préférence authentique. Or, c'est justement dans de tels cas que l'individu a les plus fortes raisons de préférer la renonciation à l'autre voie consistant à exercer son droit, à refuser de prendre l'engagement de ne pas en réclamer le respect, ou à rechercher réparation de la violation qui en a été commise plutôt que de s'accommoder de cette violation. Plus la renonciation s'impose comme la solution évidente pour l'individu, compte tenu du caractère peu satisfaisant des alternatives qui lui sont ouvertes, et moins elle pourra être considérée comme valable, alors même qu'elle présente, pour l'individu, les avantages les plus importants.

L'arrêt *Deweer c. Belgique* rendu le 27 février 1980 par la Cour européenne des droits de l'homme (17) illustre parfaitement ce paradoxe. L'administration ayant constaté une infraction à la réglementation des prix lors d'un contrôle effectué dans la boucherie tenue par le requérant, le procureur du Roi avait ordonné la fermeture provisoire de son établissement. Mais il lui avait ensuite proposé une transaction : il lui offrait de payer la somme de 10.000 FB, en échange de quoi Deweer ne ferait pas l'objet de poursuite et pourrait maintenir son commerce ouvert. Le requérant paya la somme demandée, renonçant par là à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Devant la Cour, il contestait la validité de cette transaction, affirmant qu'il avait ainsi été privé de son droit d'accès à un tribunal, que la Cour avait déduit quelques années plus tôt de l'article 6 §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme (18). Suivant cette argumentation, la Cour constata une violation du droit d'accès à un tribunal. Elle releva que le montant réclamé à Deweer (10.000 FB), était de loin inférieur au montant maximal de l'amende qu'il risquait (30 millions de FB) et

à peine supérieur au montant minimal (3.000 FB) de cette amende. Il existait donc, pour la Cour, « une disproportion flagrante » entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant (19). Dans ces conditions, elle estima que la « relative modicité » de la somme demandée « renforçait la pression exercée par l'ordre de fermeture » et « la rendait si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé ». En d'autres termes, aux yeux de la Cour, le caractère modique du montant réclamé, combiné à la menace de fermeture de l'établissement de Deweer, avait contribué à exercer une pression telle sur le requérant qu'on ne pouvait pas considérer qu'il avait renoncé librement à son droit d'obtenir un examen de sa cause par un tribunal.

Le paradoxe dans cette situation est double. Premièrement, plus la renonciation se présente comme la branche la plus désirable d'une alternative, et plus elle paraît suspecte. Ce premier aspect du paradoxe est plus apparent que réel. Ainsi que le notait R.L. Hale, ce n'est pas parce qu'il décide, librement, de travailler pour son maître plutôt que de subir le fouet, que nous considérons l'esclave comme ayant librement choisi de travailler. Au contraire : ce qui constitue la situation inacceptable de l'esclave, c'est notamment qu'un tel choix, une telle « disproportion » entre les deux branches de l'alternative offerte, réduit la liberté à une notion tellement formelle et tautologique – au sens où tout acte que nous posons peut alors être dit « libre », c'est-à-dire non contraint – qu'elle en devient absolument inutile (20). Deuxièmement – et ici le paradoxe résiste davantage –, alors que l'offre de transaction a accru la gamme des choix ouverts – il restait loisible à M. Deweer de refuser la transaction et de se défendre devant le tribunal correctionnel –, aux yeux de la Cour cette offre équivalait à une atteinte au droit d'accès à un tribunal. Deweer pouvait faire X : attendre d'être poursuivi afin de se défendre devant le juge. Il peut à présent faire X, ou bien opter pour Y, c'est-à-dire transiger. Mais l'option X a changé de sens : elle a à présent un coût, d'autant plus élevé que se rabattre sur Y serait avantageux ; s'il choisit d'exercer son droit d'accès à un tribunal,

(19) Arrêt *Deweer*, §51.

(20) Toute l'œuvre de Hale mériterait d'être ici commentée et développée. Les textes les plus importants sur les questions abordées dans la présente étude sont trois articles de 1935 et 1939 : R.L. HALE, « Force and the State : A Comparison of Political and Economic Compulsion », 35 *Colum. L. Rev.* 149 (1935) ; « Unconstitutional Conditions and Constitutional Rights », 35 *Colum. L. Rev.* 321 (1935) ; « Our Equivocal Constitutional Guarantees », 39 *Colum. L. Rev.* 563 (1939).

(17) Série A, n° 35.

(18) Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, Série A n° 18.

Deweer sera pénalisé, et cette pénalité correspond à ce qui sépare Y de X; elle est donc d'autant plus importante que la disproportion est manifeste entre les deux options.

SECTION III. — LES CONDITIONS DE LA SITUATION IDÉALE D'ACTION

Nous regroupons sous le concept de « situation idéale d'action » l'ensemble des conditions qui, d'une part, sont de nature à justifier la reconnaissance d'un droit de renoncer en tant que contribution à l'autodétermination individuelle, et d'autre part, sont propres à dispenser les parties tenues au respect du droit de leur obligation, dès lors que le titulaire dudit droit y a renoncé. L'expression est conçue par analogie avec la « situation idéale de parole » qui, chez Habermas, devrait caractériser l'échange communicationnel visant à identifier les normes morales (21). Dans les deux cas, le concept est concret-factuel : les conditions que suppose réunies la « situation idéale d'action » ou la « situation idéale de parole » ne sont jamais pleinement réalisées, mais sont toujours à reprendre, à approfondir, en vue de se rapprocher de ces lieux proprement *utopiques* où la renonciation par l'individu à son droit fondamental traduit sa préférence « authentique » plutôt qu'une réaction à des circonstances qui exercent sur lui une contrainte; et où le discours de justification morale peut se nouer à l'abri de tout rapport de forces ou de l'abus de l'argument d'autorité. En ce sens, l'identification d'une « situation idéale d'action » a une vocation principalement critique : elle permet de dénoncer les situations où la reconnaissance d'un « droit de renoncer » place l'individu dans une situation vulnérable, et accroît sa fragilité davantage qu'elle ne contribue à son épanouissement; elle permet de jeter la suspicion sur l'argument dont se prévaut la partie tenue de le respecter en alléguant que le titulaire d'un droit aurait consenti à y renoncer.

Les conditions constitutives de la situation idéale d'action peuvent être divisées en trois catégories : conditions matérielles, informationnelles et procédurales.

(21) J. HABERMAS, *Morale et communication, Conscience morale et activité communicationnelle*, trad. Christian BOUCHINDHOMME, éd. du Cerf, Paris, 1986.

§ 1. — Les conditions matérielles : le consentement libre

Les conditions *matérielles* doivent être telles que la renonciation ne réponde pas à un besoin : un individu ne recherche pas son épanouissement par la renonciation si, par celle-ci, il veut simplement échapper à une situation dommageable, en particulier, une situation économique difficile, voire pénible. De même, l'on doit exclure que la renonciation à un droit opérée par un individu, dispense de son obligation la partie normalement tenue de le respecter si, en réalité, cette renonciation résulte d'une contrainte, y compris lorsque cette contrainte n'est pas due au comportement de la partie qui en tire avantage, mais est le produit des circonstances dans lesquelles la personne qui effectue la renonciation se trouve placée. Ce principe correspond à l'idée qu'une renonciation ne mérite d'être considérée comme l'exercice d'un droit fondamental digne d'être garanti, que si elle est libre.

C'est notamment quand la renonciation est faite en contrepartie d'avantages matériels, telle qu'une rémunération, qu'on peut soupçonner que le « choix » de renoncer a pour origine pareille contrainte. Aussi, la renonciation sera-t-elle plus difficile à justifier lorsqu'elle est effectuée moyennant la promesse d'une récompense plutôt qu'à titre purement gratuit, en dépit du fait que l'existence d'une contrepartie rend *a priori* l'« échange » plus équitable : ce qui rend l'opération suspecte, c'est la *marchandisation* du droit, car le régime de l'échange marchand est source de contraintes spécifiques, misant sur les besoins que l'individu doit satisfaire.

On peut en donner plusieurs exemples. L'article 7 de la directive 89/391/CEE, adoptée par le Conseil le 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (22), impose aux Etats l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, et interdit de remplacer cette période minimale de congé par une indemnité financière (sauf en cas de fin de la relation de travail) (23). Dans ses

(22) JO L183, p. 1.

(23) « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales. 2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

conclusions du 8 février 2001 rendues dans l'affaire *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, l'Avocat général Tizzano déduit de ce paragraphe 2 que le droit à des congés annuels payés doit être considéré comme un droit social fondamental. En effet, le caractère «fondamental» du droit en cause se traduit par l'interdiction, sauf en cas de fin de relation de travail, de convertir les congés en argent, c'est-à-dire l'interdiction de remplacer la période minimale de congé annuel payé par une indemnité financière; et ce dans le but évident d'éviter que le travailleur, attiré par le gain ou sous la pression de son employeur, renonce à son droit. Cela confirme entre autres – et le point mérite d'être souligné – que, conformément à son objectif «de garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs» (premier considérant), la directive vise à protéger non seulement l'intérêt de l'individu, mais aussi un intérêt social à caractère plus général: celui de la santé et de la sécurité des travailleurs (24).

En théorie, la liberté du travailleur de renoncer à son droit à un congé annuel payé contre rémunération accroît sa liberté, puisqu'il peut *non seulement* revendiquer le bénéfice du droit, mais *également* exprimer sa préférence pour cet avantage financier. Le détournement de la notion d'intérêt public ne doit pas masquer le caractère patrimonial de la clause interdisant de remplacer la période minimale de congé annuel payé par une indemnité financière: il s'agit bien de protéger le travailleur contre lui-même, c'est-à-dire contre la tentation de renoncer à son droit en échange d'une récompense financière. En même temps, l'on ne peut négliger l'impact que le choix de chaque travailleur individuel aura, dans de telles circonstances, sur le choix des autres salariés: la faculté de renoncer crée une situation de mise en concurrence des travailleurs, rendant d'autant plus difficile pour les uns de refuser la proposition de renoncer aux congés annuels payés en échange d'une prime, que d'autres sont prêts à l'accepter.

L'avis présenté au Conseil d'Etat français par le commissaire du gouvernement P. Frydman dans l'affaire dite du «lancer de nains» traduit la même idée. Cette affaire concerne l'interdiction, décidée

par plusieurs maires de France, du «spectacle» du «lancer de nains», pour contrariété à l'ordre public. M. Wackenheim, recruté pour participer à l'un de ces événements, se plaignait du dommage que lui causait cette interdiction, alléguant que c'était là son seul moyen d'exercer un emploi et d'échapper au chômage. Mais pour le commissaire du gouvernement, la circonstance que l'intéressé avait accepté de subir le traitement en cause dans le cadre d'un contrat de travail, contre rémunération, rend plus suspecte encore la renonciation que celui-ci aurait pu faire de son droit à la dignité: «...la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu au versement d'un salaire ne nous paraît nullement de nature – nous serions tentés d'ajouter le contraire – à infléchir cette conclusion. De par sa nature même, la dignité humaine doit en effet être placée hors commerce et, sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance *aggravante*, plutôt qu'*atténuante*, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale» (25).

On trouve une autre illustration de ce principe dans l'arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002. A l'origine de cette affaire, un employeur avait envoyé à chacun de ses salariés, une lettre personnelle leur proposant une augmentation de salaire et divers autres avantages, en échange de leur accord pour conclure un nouveau contrat de travail qui ne serait plus déterminé par la convention collective et supprimerait leur droit d'être représenté par leur syndicat ainsi que les droits du syndicat de négocier, avec la direction, des augmentations de salaire ou des modifications des conditions d'emploi. Pour la Cour, l'absence de protection contre une telle pratique implique une violation, par le Royaume-Uni, de la liberté d'association garantie par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle ne conteste pas que les employés aient le droit de choisir de ne pas s'affilier à un syndicat pour assurer la défense collective de leurs intérêts – au contraire, elle considère cette liberté comme protégée au titre de la liberté «négative» d'association qu'elle a déduit de

(25) Conseil d'Etat fr., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, concl. P. FRYDMAN, *Rev. fr. dr. admin.*, vol. 11(6), novembre-décembre 1995, p. 1204 (notre accent), O. DE SCHUTTER, «Waiver of Rights...», *op. cit.*, ici pp. 503-504.

(24) Conclusions du 8 février 2001 prés. C.J.C.E., 26 juin 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, C-173/99, point 31.

l'article 11 de la Convention (26). Ce qu'elle reproche au Royaume-Uni, c'est d'avoir permis aux employeurs d'utiliser un appât financier pour influencer l'exercice de ce choix : «...en permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'Etat défendeur a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention» (27). Aux yeux de la Cour, un tel choix n'est donc respectable qu'à condition d'être placé à l'abri des pressions de l'échange marchand.

Ainsi, la renonciation ne mérite d'être traitée comme une manifestation véritable de l'autonomie individuelle, et, à ce titre, digne de respect, que pour autant que le choix de renoncer ne soit pas dicté par le besoin d'obtenir des avantages matériels. Cette première condition de la situation idéale d'action appelle deux remarques.

Tout d'abord, compte tenu du paradoxe relevé plus haut, qui veut que la renonciation soit d'autant plus suspecte qu'elle présente les plus importants avantages pour l'individu, les situations dans lesquelles la loi subordonne la possibilité de renoncer à un droit à l'existence d'un «état de détresse», comme dans le cas d'une demande d'euthanasie, apparaissent d'autant plus délicates (28). Certes, cette exigence traduit la volonté de ne pas banaliser l'euthanasie, d'en maintenir le caractère d'ultime recours. Mais la situation de détresse est précisément celle où le sujet est le plus fragile, où sa capacité de résister à l'influence des circonstances extérieures est la plus faible et où, par conséquent, ses décisions sont les moins «libres». Il est donc d'autant plus important, dans une telle situation, de fixer des conditions de procédure strictes, afin de s'assurer, dans chaque cas, que la demande du patient reflète sa volonté réelle (29). Pour la même raison, il est essentiel de lier la dépenalisation partielle de l'euthanasie au développement des soins palliatifs

afin d'atténuer dans la mesure du possible la détresse des personnes en fin de vie, qui pourrait les conduire à demander une euthanasie (30).

Deuxièmement, si l'on admet qu'une renonciation doit être considérée comme suspecte dès lors qu'elle est faite en réponse à des incitants financiers, on peut se demander si la même suspicion ne doit pas entourer une renonciation opérée sous la pression du marché, lorsque l'exercice du droit auquel il est renoncé entraînerait, pour son titulaire, des coûts trop importants. En d'autres termes, si l'Etat a l'obligation de protéger les individus contre la tentation de sacrifier leur droit en contrepartie d'avantages financiers, il convient de se demander s'il ne lui incombe pas également de «subsidiariser» l'exercice d'un droit pour éviter qu'à défaut d'aide étatique, certaines personnes ne soient amenées à y renoncer en raison du coût de l'exercice de ce droit. Dans de telles situations, une aide étatique peut être nécessaire pour rendre la jouissance du droit effective. L'on ne saurait, par exemple, présumer que les personnes à faibles revenus renoncent volontairement à exercer leur droit d'accès à un tribunal, lorsque fait défaut tout système d'assistance judiciaire.

De même, l'on ne peut considérer que des femmes indigentes renoncent «librement» à interrompre leur grossesse lorsque cette décision résulte du fait que le recours à l'IVG est inabordable pour elles, compte tenu de la faiblesse de leurs moyens financiers. Cette question fut soulevée devant la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Harris v. McRae* (31). Etait en cause un amendement au service de Medicaid (1965) – système prévoyant l'assistance de l'Etat fédéral aux Etats de l'Union remboursant certains soins de santé aux personnes indigentes – qui supprimait la possibilité de consacrer des fonds fédéraux au remboursement des frais d'interruption volontaire de grossesse, sauf dans des cas exceptionnels. Les requérants soutenaient que cet amendement (dit «Hyde Amendment», d'après le nom de son promoteur), portait atteinte à la liberté des femmes de décider d'interrompre leur grossesse, liberté dont la Cour suprême des Etats-Unis avait reconnu le caractère constitutionnellement protégé dans l'arrêt *Roe v. Wade* (32), et

(30) *Id.*, p. 100.

(31) 448 U.S. 297 (1980).

(32) 418 U.S. 113 (1973).

(26) Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A, n° 44.(27) Cour eur. D.H., arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, §48 (notre accent).(28) Ainsi la loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie (*Mom. B.*, 22 juin 2002) ne dépénalise l'euthanasie qu'à condition, notamment, que «le patient se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable» (art. 3 §1).(29) O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (A propos de l'arrêt *Pretty c. le Royaume-Uni* du 29 avril 2002)», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, n° 53, pp. 71-111, p. 94, pp. 100 et 109.

créait une discrimination à l'encontre des femmes indigentes. La Cour suprême rejette ces griefs. Elle affirme que si le respect de la liberté de choix des femmes interdit à l'Etat de créer des obstacles à l'exercice de cette liberté, il n'en résulte pas qu'il ait l'obligation de supprimer des obstacles qu'il n'aurait pas lui-même créés, comme, en l'occurrence, l'état de pauvreté des femmes indigentes. Mais dans son opinion dissidente, le juge Brennan fait valoir, à l'inverse, que l'effet de la suppression de l'aide financière étatique fournie aux femmes pauvres souhaitant avorter, doit être appréciée en tenant compte du fait que l'Etat continue à prendre en charge l'ensemble des frais d'accouchement des femmes indigentes. Face à cette alternative, les femmes trop pauvres pour faire face au coût d'un avortement sont contraintes de mener leur grossesse à terme, quand bien même elles préféreraient avorter. Le juge Brennan écrit : «...the reality of the situation is that the Hyde Amendment has effectively removed this choice from the indigent woman's hands. By funding all of the expenses associated with childbirth and none of the expenses incurred in terminating pregnancy, the Government literally makes an offer that the indigent woman cannot afford to refuse».

Aux yeux du juge Brennan, cette attitude revient à offrir aux femmes un avantage financier en échange de leur renonciation à exercer un droit constitutionnellement protégé et à pénaliser celles qui choisiraient d'exercer leur liberté d'avorter. Le parallèle avec la doctrine dites des «conditions inconstitutionnelles» (*unconstitutional conditions*) s'impose naturellement. Cette doctrine exclut que les pouvoirs publics puissent subordonner l'octroi d'avantages ou de subsides à la renonciation à certains droits constitutionnellement garantis, y compris lorsqu'ils ne sont pas tenus d'accorder de tels avantages ou subsides : ce que l'Etat ne peut faire directement, par l'exercice de son pouvoir réglementaire, il ne peut le faire indirectement, par le biais de son pouvoir budgétaire. Le droit constitutionnel américain a reconnu que ce principe devait primer sur l'idée que, lorsqu'il s'agit d'avantages ou de subsides qu'il n'a pas l'obligation d'accorder en vertu de la Constitution, l'Etat pourrait en subordonner l'octroi aux conditions qu'il juge souhaitables (33).

(33) Au sein d'une littérature abondante, l'on peut signaler les travaux sur cette question de Richard Epstein (R.A. ERSTEIN, «Foreword - Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent», 102 *Harv. L. Rev.* 4 [1989]), de Kathleen Sullivan (K.M. SULLIVAN,

L'observation du juge Sutherland, dans l'affaire *Frost & Frost Trucking Co. v. Railroad Commission* de 1926, garde toute son actualité (34) : «It is not necessary to challenge the proposition that, as a general rule, the state, having the power to deny a privilege altogether, may grant it upon such conditions as it sees fit to impose. But the power of the state in that respect is not unlimited; and one of the limitations is that it may not impose conditions which require the relinquishment of constitutional rights. If the state may compel the surrender of one constitutional right as a condition of its favor it may, in like manner, compel a surrender of all. It is inconceivable that guaranties embedded in the Constitution of the United States may thus be manipulated out of existence».

Pas plus qu'il ne peut subordonner l'octroi de certains avantages à l'abandon, par un individu, d'un de ses droits constitutionnels, l'Etat ne peut, selon le juge Brennan, accorder ces avantages de manière sélective, c'est-à-dire en fixant des conditions d'octroi qui influenceront la décision de l'individu d'exercer ou non ses droits constitutionnels (35). Le choix entre exercer un droit ou y renoncer

«Unconstitutional Conditions», 102 *Harv. L. Rev.* 1413 (1989); également de cet auteur, «Unconstitutional Conditions and the Distribution of Liberty», 26 *San Diego L. Rev.* 327 (1989)), ainsi que Cass R. Sunstein («Why the Unconstitutional Conditions Doctrine is an Anachronism with Particular Reference to Religion, Speech, and Abortions», 70 *B.U.L. Rev.* 593 [1990]). Les auteurs les plus présents sur cette question sont R.L. Hale, dont l'article de 1935 sur ce point a déjà été cité, ainsi que Maurice Merrill («Unconstitutional Conditions», 77 *U. Pa. L. Rev.* 879 [1929]). Sur la position du juge Brennan à propos de cette doctrine, voir R.M. O'NEIL, «Mr. Justice Brennan and the Condition of Unconstitutional Conditions», 4 *Rutgers-Cam. L.J.* 58 (1973). L'étude doctrinale qui a le mieux anticipé la discussion de *Harris v. McRae* est l'article de R. M. O'NEIL, «Unconstitutional Conditions: Welfare Benefits with Strings Attached», 54 *Cal. L. Rev.* 443 (1966), dont il paraît difficile de nier l'influence qu'elle a exercée sur le juge Brennan.

(34) 271 U.S. 538, 593-594 (1926). Merrill, dans son article précité de 1929, voit dans cette prise de position - le juge Sutherland s'exprime au nom de la Cour - «an unequivocal adoption of the view that all privileges vouchsafed by the Federal Constitution are beyond the bargaining power of the State». Cette dernière expression mérite d'être relevée. Elle permet de souligner, lorsqu'il subordonne l'octroi de subsides à la renonciation à certaines garanties constitutionnelles, l'Etat ne se comporte en définitive pas autrement que comme un agent sur le marché, qui utilise son pouvoir d'offre afin d'exercer une contrainte. Ceci expliquera la fascination que la doctrine des «conditions inconstitutionnelles» a exercée sur Robert Lee Hale, puisqu'il y voyait un moyen par lequel souligner que les agents économiques nouant des rapports dans le cadre du marché, fondés sur la liberté de consentement et le lien contractuel, en réalité constituent un réseau de contraintes pouvant s'assimiler, dans certains cas, à la forme de pression que l'Etat est en mesure d'exercer par son pouvoir réglementaire.

(35) Le juge Brennan cite l'exemple de l'affaire *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), dans laquelle la requérante, Adventiste du Septième jour, se plaignait d'avoir été exclue du bénéfice des allocations de chômage parce qu'elle avait refusé l'emploi qu'on lui proposait, qui l'aurait obligée à travailler le samedi, en violation de ses obligations religieuses. La Cour avait condamné cette décision : «[T]o condition the availability of benefits upon this appellant's willingness to violate a cardinal principle of her religious faith effectively penalizes the free exercise of her constitutional liberties» (*id.*, pp. 404-406).

serait purement formel si l'Etat pouvait, à sa guise, attacher certains avantages à la renonciation, tout en privant de ces mêmes avantages les individus qui choisiraient d'exercer leur droit. En d'autres termes, la contrainte pesant sur l'individu peut résulter non seulement de l'exercice par l'Etat de son pouvoir réglementaire, mais aussi de son comportement en tant qu'acteur sur le marché, faisant à l'individu des «offres» que celui-ci ne peut véritablement rejeter.

§2. — *Les conditions informationnelles :
le consentement éclairé*

Les conditions *informationnelles* devant entourer la renonciation de manière à en garantir le caractère authentique concernent non plus le caractère «libre» du consentement à subir une atteinte à son droit, mais son caractère «éclairé». Il s'agit ici de garantir que l'individu concerné dispose de toutes les informations requises pour décider en pleine connaissance de cause et de façon réfléchie de renoncer à un droit. On en trouve plusieurs illustrations dans le domaine de la bioéthique, notamment en matière d'avortement, de dons d'embryons surnuméraires, ou encore d'euthanasie. Ces conditions se traduisent généralement par l'obligation de fournir à l'intéressé un certain nombre d'informations, de lui accorder un délai de réflexion et de l'amener à consulter certaines personnes déterminées.

Ainsi, la loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie (36) exige qu'une demande d'euthanasie soit «formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée» (37). Dans ce but, parmi les obligations imposées au médecin, figurent celles d'«informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie», de se concerter avec lui «sur sa demande d'euthanasie» et d'«évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences. Il doit arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire». A cette fin, le médecin doit s'assurer de la «volonté réitérée» du patient, et mener avec lui «plusieurs entretiens, espacés

d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de l'état du patient» (38).

La Cour suprême des Etats-Unis a eu l'occasion d'affirmer, dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey* (39), qu'une loi imposant au médecin l'obligation de fournir aux femmes souhaitant avorter un certain nombre d'informations sur les implications de cette opération et l'existence d'alternatives à l'avortement, 24 heures au moins avant que celui-ci n'ait lieu, n'entrave pas de façon indue la liberté de choix des femmes. Pour la Cour suprême, cette condition vise seulement à garantir un exercice éclairé et réfléchi de cette liberté, en donnant aux femmes les moyens de mesurer les conséquences de leur décision (40) : «Though the woman has a right to choose to terminate or continue her pregnancy before viability, it does not at all follow that the State is prohibited from taking steps to ensure that this choice is thoughtful and informed».

L'exigence que la renonciation soit «éclairée» explique également que, dans le cadre d'une procédure judiciaire, la renonciation à l'un des droits consacrés à l'article 6 de la Convention ne sera admise qu'à condition d'être opérée avec l'assistance d'un avocat. Comme l'illustre l'affaire *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, la présence d'un conseil juridique, non seulement garantit le caractère informé du consentement de l'intéressé à renoncer à l'un de ses droits, mais en outre lui assure une protection contre un abus, par les autorités judiciaires, de leur position de force face à une personne peu au fait du fonctionnement de la procédure (41). Dans cette affaire, la Commission, dans son rapport, avait ainsi rejeté l'argument du gouver-

(38) Article 3 §2 de la loi.

(39) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791 (1992). Voir également J. MAZZONE, «The Waiver Paradox», 92 *Northwestern University Law Review*, 801 (2003), *ici spéc.* pp. 806-830.

(40) Cet arrêt n'est pas totalement irréprochable car la Cour admet que les informations que le médecin devrait, en vertu de la loi, fournir aux femmes enceintes étaient destinées à les dissuader d'avoir recours à l'avortement. Dans cette mesure, ces conditions pouvaient être considérées comme une pression. Le principe affirmé par la Cour suprême reste néanmoins valable, mais il convient d'ajouter que les informations doivent être suffisamment objectives pour ne pas constituer une forme détournée de pression exercée sur les individus afin de les inciter à ne pas exercer un droit ou une liberté.

(41) O. DE SCHUTTER, «Waiver of Rights and State Paternalism...», *op. cit.*, p. 491. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Pfeifer et Plankl c. Autriche* du 25 février 1992, Série A, n° 227, §38 : «le juge Kaiser approcha M. Pfeifer de sa propre initiative, en l'absence de l'avocat de ce dernier qui, malgré sa participation antérieure à la procédure, n'avait pas été convoqué (...). Il lui posa une question essentiellement juridique, dont M. Pfeifer - profane en droit - n'était guère en mesure de saisir toutes les implications. Un abandon exprimé sur-le-champ dans ces conditions paraît pour le moins sujet à caution. Le fait que le requérant ait déclaré ne pas estimer nécessaire la présence de son avocat n'y change rien».

(36) *M.B.*, 22 juin 2002.

(37) Article 3 §1^{er} de la loi.

nement autrichien selon lequel le requérant, en acceptant la composition de la Cour devant laquelle il avait comparu, avait renoncé à son droit de mettre en cause son impartialité. Elle soulignait que le requérant ayant dû comparaître sans l'assistance de son avocat et donner une réponse immédiatement, il se trouvait dans une situation psychologique difficile. Dans ces conditions, elle estimait que la renonciation exprimée par le requérant n'était pas valable (42).

§3. - *Les conditions procédurales : le consentement concerté*

La situation idéale d'action doit comprendre un troisième ensemble de conditions. Ces conditions sont qualifiées de procédurales. Bien que l'exigence d'un consentement « éclairé », c'est-à-dire respectant les conditions informationnelles qui viennent d'être évoquées, puisse aussi se traduire sur le plan procédural, cette qualification traduit bien la spécificité des conditions examinées ici, qui concernent les dispositifs qui permettent à l'individu de surmonter les questions d'action collective qui se posent dans l'exercice des droits fondamentaux.

Lorsqu'en raison du poids de l'histoire ou de certaines traditions, il existe un contexte social défavorable à l'exercice d'un droit, il peut être nécessaire, pour que les individus tirent un réel bénéfice de ce droit, qu'ils soient suffisamment nombreux à l'exercer. Dans une telle situation, la possibilité pour chaque individu d'exercer son droit est entravée par son incertitude quant aux intentions des autres personnes susceptibles de l'exercer. On peut aboutir ainsi à une situation de blocage où, bien que formellement titulaires d'un droit, les individus renoncent à s'en prévaloir, de crainte de devoir affronter seuls des réactions hostiles ou des marques de désapprobation. Dans un tel contexte, une intervention de l'Etat peut être requise pour assurer, par des mesures volontaristes, une forme de coordination des comportements et garantir ainsi la transition vers une nouvelle situation d'équilibre dans laquelle les individus pourront sereinement décider d'exercer ou non leur droit (43).

(42) Comm. eur. D. H. H. P. Pfeifer and M. Plankl v. Austria, req. n° 10802/84, rapport adopté le 11 octobre 1990, §§78-79.

(43) Voir à ce sujet O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 646-648.

On trouve une parfaite illustration de ce problème dans l'arrêt *Green et al. v. County School Board of New Kent County et al.* du 27 mai 1968 (44). La Cour suprême des Etats-Unis était appelée à déterminer si le comté du New Kent s'était acquitté de son obligation de mettre fin à la ségrégation raciale dans les écoles, conformément au prescrit de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka (« Brown I »)* de 1954 (45). Le plan de déségrégation adopté par ce comté, dit « freedom of choice plan », consistait à maintenir les deux écoles existantes, autrefois réservées l'une aux Blancs, l'autre aux Noirs, mais en offrant désormais aux élèves la liberté de choisir, chaque année, de changer d'école : la « liberté de choix » était ainsi consacrée, bien qu'en arrière-plan continue de figurer l'héritage de la période ségrégationniste. Or, après trois ans de mise en œuvre, il apparaissait qu'aucun élève blanc n'avait choisi de fréquenter l'école autrefois réservée aux Noirs et qu'à peine 15 % des élèves noirs avaient rejoint l'école « blanche », de sorte que 85 % de ces derniers demeuraient dans des écoles fréquentées uniquement par des noirs. Dans les faits, la ségrégation persistait. Au vu de cette situation, la Cour suprême a estimé que le comté n'avait pas rempli son obligation de mettre fin à un système scolaire dualiste. Dans le contexte particulier de ce comté, marqué par un passé de ségrégation et de discrimination, l'administration scolaire ne pouvait pas se décharger de sa responsabilité en s'en remettant à la « liberté de choix » des élèves et de leurs parents (46) : elle était tenue, en vertu de l'arrêt *Brown*, de mener une action affirmative et de prendre toutes les mesures nécessaires pour aboutir dans les faits à un système unitaire (47).

Comme l'explique P. Gewirtz, dans l'analyse qu'il fait de cet arrêt, le problème du « *freedom of choice plan* » tenait au fait que les élèves ou leurs parents devaient faire un choix individuel, de façon isolée, sans coordination entre eux (48). Or, la situation était telle

(44) 391 U.S. 430 (1968).

(45) 347 U.S. 483 (1954).

(46) « Rather than further the dismantling of the dual system, the plan has operated simply to burden children and their parents with a responsibility which *Brown II* placed squarely on the School Board ».

(47) Sur cette affaire, voir O. DE SCHUTTER, *Fonctions de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 640-642.

(48) P. GEWIRTZ, « Choice in Transition : School Desegregation and the Corrective Ideal », 86 *Colum. L. Rev.* 728 (1986). Voir aussi O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 646-648.

que même si la plupart des élèves noirs désiraient bénéficier d'un enseignement racialement intégré, il était prévisible que la plupart d'entre eux seraient réticents à fréquenter l'école «blanche», tant qu'ils ne seraient pas assurés qu'un nombre substantiel d'autres Noirs feraient de même. Il était prévisible également que les élèves blancs s'abstiendraient de rejoindre l'école «noire», à défaut de garantie qu'elle serait fréquentée par d'autres Blancs. Par conséquent, en l'absence d'un mécanisme coordonnant les volontés individuelles, le cas échéant de façon coercitive, on pouvait prédire la persistance du *status quo*. Paul Gewirtz écrit (49) : «...because choice are interdependent, ignorance about the simultaneous choices of others is likely to lead both blacks and whites to choose to remain in their separate schools. If ... most blacks will be reluctant to attend a previously white school unless they are convinced that a significant number of other blacks will also attend, and if most whites will be reluctant to attend a previously black school absent other whites, uncertain information is not outcome-neutral. Rather, we can predict a 'replication of the status quo' - a segregated pattern».

Il appartient aux autorités publiques de garantir la réalité du choix, également en éliminant les obstacles pouvant résulter de ces problèmes d'action collective. Dans l'affaire *Green*, ceci se traduit par une obligation de réaliser l'intégration raciale par des voies affirmatives, par exemple en imposant, au moins dans un premier temps, l'accueil d'un certain quota d'enfants de l'autre groupe racial dans l'institution autrefois réservée aux membres d'un groupe racial déterminé. De manière générale, la «liberté de choix» de l'individu, y compris, lorsque ce choix se traduit par la faculté de renoncer à un droit fondamental (comme, ici, à un enseignement intégré), impose la prise en compte des normes sociales et du contexte historique dont ces normes sont le produit. Naturellement, tout choix quelconque est posé dans un contexte déterminé. Les situations que règle le droit ne sont pas créées sous vide, comme après qu'y eût opéré la pompe à air de Boyle. Mais ceci ne signifie pas que tous les contextes se valent. L'exemple de l'affaire *Green*, et de la nécessité dans laquelle les juridictions fédérales américaines

(49) P. GEWIRTZ, «Choice in Transition: School Desegregation and the Corrective Ideal», précité, ici p. 749.

se sont trouvées de devoir mettre en cause des plans de «déségrégation» fondés sur le respect de la liberté, pour chacun, de choisir son école, illustre le fait que certains contextes sont contaminés par un passé avec lequel il convient de rompre : posé dans une telle situation, le «choix» de l'individu est nécessairement moins décisif que si ce choix était posé dans un contexte qui n'est pas encombré par un tel héritage. Or, en agissant seul, nul n'est capable de transformer le contexte dans lequel il agit. Il faut pour cela une action collective : que la société opère une transformation d'elle-même qu'aucun de ses membres agissant isolément ne pourrait effectuer à sa place. La renonciation suppose, pour qu'on puisse la présenter comme traduisant véritablement l'exercice de l'autonomie individuelle, que ce contexte ne soit pas pris comme donné, mais qu'au contraire, l'on s'interroge sur les normes qui le constituent, et que l'individu ne peut modifier seul. En définissant parmi les conditions constitutives de la situation idéale d'action certaines conditions procédurales, visant à permettre l'action collective grâce à des mécanismes de coopération entre les individus, nous mettons en évidence la nécessité d'opérer, là où cela s'avère nécessaire, la transformation du contexte dans lequel l'individu doit opérer ses choix.

SECTION IV. - UN CAS D'APPLICATION : LE PORT DU FOULARD À L'ÉCOLE

Dans cette dernière partie, nous nous proposons de confronter l'approche de la renonciation développée dans cette étude à un problème précis : celui du port du foulard à l'école par les jeunes filles musulmanes. La question revêt actuellement une acuité toute particulière. En France, après un débat public passionné, les autorités ont adopté le 15 mars 2004 une loi prohibant dans les écoles, collèges et lycées publics, «le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse» (50).

(50) Loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (*J.O.*, n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190). Voir V. FABRE-ALIBERT, «La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : vers un pacte social laïque?», *Rev. trim. dr. h.*, 2004, n° 59, pp. 575-609 et Ph. MALHAURIE, «Laïcité, voile islamique et réforme législative - Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004», *La semaine juridique*, 2004, n° 14, pp. 607-610.

En Belgique, s'il n'existe pas de disposition législative semblable, un nombre croissant d'établissements scolaires interdisent, dans leur règlement d'ordre intérieur, le port de tout couvre-chef en général ou du foulard en particulier. Selon une étude réalisée en 2002, dans l'enseignement francophone à Bruxelles, le foulard serait désormais interdit dans 78 % des écoles du réseau officiel et 88 % de celles du réseau libre (51). Une proposition de résolution visant à interdire le port du foulard par les élèves à l'école et par les agents de la fonction publique, déposée par deux sénateurs en janvier 2004 (52), est toutefois restée sans suite. Par ailleurs, avec l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, jugée le 29 juin 2004, une chambre constituée au sein de la 4^e section de la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer, pour la première fois, sur l'interdiction du port du foulard par les étudiantes dans les universités en Turquie (53).

Deux types d'arguments sont généralement mis en avant pour justifier l'exclusion du foulard à l'école : la laïcité d'une part, la protection des femmes d'autre part. Dans la mesure où l'interdiction est réclamée au nom du principe de laïcité, la question sort du cadre de cette étude. Le second argument, en revanche, touche de près à la problématique de la renonciation : il repose sur l'idée qu'il convient de protéger les femmes contre les pressions dont elles seraient l'objet pour les inciter à restreindre leur liberté en se voilant.

Une tendance fréquente des discours en faveur de l'interdiction du foulard à l'école est de présumer que la soumission à ce code vestimentaire ne saurait résulter d'un choix libre. D'abord, parce que le foulard est vu comme intrinsèquement contraire à la dignité de la femme : il serait l'expression claire et univoque de son asservissement. Ensuite, parce qu'il existe de nombreux témoignages attestant du fait qu'il est effectivement imposé, dans certaines familles, aux femmes ou aux jeunes filles. Les partisans de l'interdiction tendent à présupposer en conséquence que le foulard serait *toujours* porté sous la contrainte. Si certaines jeunes filles prétendent s'en

(51) M. BOUSELMATI, *Le voile contre l'intégrisme. Le foulard dans les écoles*, Bruxelles, Labor, 2002, p. 21, cité par E. BREMS, « De hoofddoek als constitutionele kopzorg », *T.B.P.*, 2004, nr 6, pp. 323-360, p. 340.

(52) Proposition de résolution déposée le 6 janvier 2004 par les sénateurs A.-M. Lizin et A. Destexhe, *Doc. parl., Sénat*, n° 3-451/1.

(53) Req. n° 44774/98. Les représentants de la requérante ont demandé le renvoi de cet arrêt devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

vêtir volontairement, elles seraient en réalité sous l'emprise de mouvements fondamentalistes, de sorte que leur volonté ne pourrait être prise au sérieux. Dans les deux cas, le « choix » d'adopter cette tenue serait forcément vicié. L'intervention paternaliste de la loi serait dès lors nécessaire pour mettre ces jeunes filles à l'abri, à tout le moins dans l'enceinte scolaire, des pressions physiques ou psychologiques. Les jeunes filles concernées, considérées uniquement comme des êtres opprimés ou manipulés, ne se voient ainsi reconnaître « aucune volonté personnelle susceptible de les porter vers un libre choix » (54).

Pourtant, de nombreux sociologues ont constaté, sur base d'enquêtes de terrain, que le port du foulard en Europe occidentale, dans des sociétés largement sécularisées et où l'Islam est minoritaire, est un phénomène beaucoup plus complexe que cette vision commune ne le laisse penser. F. Dassetto écrit qu'« on ne peut réduire [la] conduite [des jeunes filles qui le portent] à une contrainte tout comme on ne peut pas ramener sa signification à un modèle unique » (55). Cette pratique répond à des motivations variables. Son sens lui-même n'est pas uniforme ni fixé une fois pour toutes. Les sociologues différencient tout d'abord la situation des femmes arrivées en Europe après un certain âge et qui ont grandi à l'étranger, souvent en milieu rural, de celle des jeunes filles éduquées en Occident. Pour les premières, « le voile est le signe de la permanence de l'identité d'origine ». Il est « le mode d'être non conflictuel de ces mères et grands-mères dans une société différente de la leur » (56). Parmi les secondes, on rencontre plusieurs cas de figure. Certaines adolescentes se voient imposer le foulard par leurs parents, leurs frères ou leur entourage. Il est alors ressenti comme une contrainte pure et simple exercée au mépris de leur volonté personnelle (57). D'autres s'accommodent de cette tenue et, paradoxalement, l'instrumentalisent pour s'émanciper de l'emprise familiale.

(54) E. BENBASSA, *La République face à ses minorités - Les Juifs hiérs, les Musulmans aujourd'hui*, Mille et une nuits, Paris, 2004, p. 126.

(55) F. DASSETTO, *La construction de l'Islam européen - Approche socio-anthropologique*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 47.

(56) F. GASPARD et F. KHOSROKHAVAR, *Le foulard et la République*, Paris, La Découverte, 1995, p. 34. Sur la différence entre le « voile traditionnel » et la tenue islamique adoptée depuis les années 1980 par des jeunes femmes qui revendiquent leur identité musulmane, voir N. WZIBEL, *Par-delà le voile - Femmes d'Islam en Europe*, éd. Complexe, Bruxelles, 2000, pp. 35-39 et N. GÖLE, *Musulmanes et modernes. Voile et civilisation en Turquie*, Paris, La Découverte, 2003 (2^e éd.).

(57) F. GASPARD et F. KHOSROKHAVAR, *op. cit.*, p. 38.

Ce symbole vestimentaire, en tranquillisant leurs parents, facilite en effet leur accès à l'espace public et à la modernité : il leur permet d'évoluer sans heurt entre la famille et le monde extérieur, de sortir, d'étudier, de travailler. Il représente un « compromis par lequel elles tentent de gérer leur modernisation, en la dissimulant pudiquement aux regards des parents par un symbole vestimentaire qui les rassure sur la permanence fictive de l'ordre communautaire ... malgré l'écart grandissant qui se creuse entre leur conduite quotidienne et l'image idéale de la femme dans la tradition » (58). Mais il y a aussi des jeunes filles qui décident de leur propre initiative de porter le foulard, parfois contre l'avis de leurs parents. Cherchant dans l'islam une identité valorisante, elles souhaitent affirmer leur foi et se revendiquer comme musulmanes (59). « Le port du foulard, associé à d'autres signes et gestes de l'islam est une démarche personnelle qui procède et donne naissance à une nouvelle cohésion de soi » (60). Cette attitude n'implique pas pour autant une volonté de rupture avec la société dans laquelle elles vivent ni un refus de la modernité. « Il est la revendication d'un islam public non pas en contradiction, mais en contiguïté avec leur francité ... une affirmation de la volonté d'être française et musulmane, moderne et voilée » (61). De même, elle ne signifie pas forcément l'adhésion à un Islam intégriste et intolérant : tout en portant le voile, nombre de ces jeunes filles critiquent la soumission que les extrémistes islamistes entendent imposer aux femmes et revendiquent le droit de faire des études, de travailler, de s'engager dans la vie associative ou encore de choisir leur conjoint (62).

Or, souvent, les prises de position en faveur de la prohibition du foulard à l'école ne prennent en considération que la situation des filles qui sont obligées de le porter, négligeant le point de vue de celles qui le font volontairement. Cette tendance se retrouve dans le rapport de la *Commission de réflexion sur l'application du principe*

(58) *Id.*, p. 39. Dans le même sens, voir l'analyse de N. WEIBEL, *op. cit.*, pp. 82-83.

(59) N. WEIBEL, *op. cit.*, p. 15; DASSETTO, *op. cit.*, p. 47.

(60) DASSETTO, *op. cit.*, p. 48.

(61) F. GASPARD et F. KHOSROKHAVAR, *op. cit.*, p. 47.

(62) *Id.*, p. 46. Voir F. DASSETTO : « elles signalent à leurs pères et à la communauté, que le vrai islam les rend libres dans le choix du conjoint, dans celui de leur carrière professionnelle ou simplement de leur mobilité dans l'espace urbain. Elles opèrent là un choix de changement de l'intérieur, alors que d'autres jeunes filles entrent en conflit ou en rupture avec leur famille » (*op. cit.*, pp. 48-49). Sur les positions défendues par les femmes engagées dans des mouvements islamistes en Turquie, voir N. GÖLE, *op. cit.*

de laïcité dans la République, dite « Commission Stasi », du nom de son président. Mise en place en septembre 2003 par le Président de la République française, Jacques Chirac, ses conclusions ont inspiré la rédaction de la loi du 15 mars 2004 interdisant, dans l'enceinte scolaire, les tenues et signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse (63). Dans son rapport, la Commission relie le problème du foulard à la dégradation de la condition de la femme dans les « quartiers » : « Les jeunes femmes se retrouvent victimes d'une résurgence du sexisme qui se traduit par diverses pressions et par des violences verbales, psychologiques ou physiques. Des jeunes gens leur imposent de porter des tenues couvrantes et asexuées, de baisser le regard à la vue d'un homme; à défaut de s'y conformer, elles sont stigmatisées comme 'putes' » (64). Dans ces circonstances, certaines jeunes filles sont amenées à porter le foulard pour se protéger du harcèlement dont elles sont victimes : « une fois voilées [elles] peuvent traverser les cages d'escalier d'immeubles collectifs et aller sur la voie publique sans craindre d'être conspuées, voire maltraitées, comme elles l'étaient auparavant, tête nue. Le voile leur offre ainsi, paradoxalement, la protection que devrait leur garantir la République » (65). Le rapport relève néanmoins que certaines femmes ou jeunes filles portent volontairement le foulard islamique (66). Mais il n'accorde à ce fait que peu de considération. C'est le cas des filles qui le portent contre leur gré qui retiennent toute l'attention des auteurs du rapport : « Des pressions s'exercent sur des jeunes filles mineures, pour les contraindre à porter un signe religieux. L'environnement familial et social leur impose des choix qui ne sont pas les leurs » (67).

Pourtant, si le port du foulard résulte, pour une partie des jeunes filles au moins, d'une volonté réelle, l'interdire de façon générale paraît inéquitable. Mais à l'inverse, l'autoriser sans réserve aboutit à priver de protection les jeunes filles qui sont forcées, par leurs parents ou leur entourage, de s'en couvrir. Comme dès lors parvenir

(63) *Rapport au Président de la République : Laïcité et République*, Commission présidée par B. Stasi, La documentation française, Paris, 2004, pp. 149-150.

(64) *Id.*, p. 102.

(65) *Id.*, pp. 102-103.

(66) *Id.* p. 102 et p. 125 (« Pour celles qui le portent, le voile peut revêtir différentes significations. Ce peut être un choix personnel ou au contraire une contrainte, particulièrement intolérable pour les plus jeunes »).

(67) *Id.*, p. 128.

à faire justice à la fois aux jeunes filles qui le portent volontairement et à celles qui y sont contraintes?

L'analyse de la renonciation développée dans cette étude nous conduit à penser qu'au lieu de rechercher une réponse globale au problème du foulard à l'école, consistant soit à l'interdire, soit à l'autoriser de manière générale, il conviendrait d'envisager une solution de type procédural, fondée sur l'examen, au cas par cas, par le biais d'un dialogue individualisé, des conditions dans lesquelles une jeune fille qui demande à porter le foulard à l'école a été amenée à adopter cette tenue. S'il s'avère que ce comportement résulte d'une contrainte, l'Etat serait en droit de s'y opposer, par mesure de protection, compte tenu des responsabilités qui lui incombent dans le cadre de l'organisation de l'enseignement. S'il apparaîtrait, à l'inverse, que la jeune fille manifeste par là une préférence réelle, ce choix devrait être respecté. L'authenticité de ce choix pourrait être appréciée à la lumière des trois types de conditions identifiées plus haut : *matérielles, informationnelles et procédurales*.

§1. - Conditions matérielles : consentement libre

Il faudrait tout d'abord chercher à comprendre les motivations de la jeune fille qui se rend à l'école couverte d'un foulard. S'il apparaît que cet habillement est porté sous la pression des parents ou de l'entourage, qu'il s'agisse de pressions physiques ou psychologiques, une intervention protectrice des autorités peut être justifiée. Cette position peut être rapprochée de celle défendue par le Conseil belge de l'égalité des chances entre hommes et femmes : « lorsque les personnes concernées vivent le port du voile comme une manifestation de l'oppression par leur milieu d'origine, il est du devoir des institutions publiques de leur apporter toute l'aide effective nécessaire ». En revanche, lorsqu'il répond à un choix personnel ou est utilisé « comme un instrument d'émancipation, qui leur permet à la fois de rester intégrées dans leur milieu d'origine et d'éviter que celui-ci s'oppose aux efforts qu'elles accomplissent pour s'intégrer dans la société d'accueil », le Conseil recommande une attitude de tolérance (68).

(68) Avis n° 54 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes du 13 septembre 2002 au sujet du voile islamique, *J.D.J.*, n° 218, octobre 2002, p. 8.

§2. - Conditions informationnelles : consentement éclairé

Il ne suffit pas que la décision de porter le foulard ne réponde à aucune contrainte directe, pour être considérée comme exprimant une volonté réelle. Comme dans le contexte de l'avortement ou de l'euthanasie, il convient de s'assurer également que ce choix est suffisamment éclairé. Le processus de dialogue devrait être conçu de façon à donner aux jeunes filles les moyens de mesurer les implications de leur décision. Il devrait comporter une discussion au cours de laquelle elles seraient informées des différents aspects de la question, y compris des éléments susceptibles de leur faire porter un regard critique sur cette pratique. On pourrait notamment attirer leur attention sur le fait que cette coutume trouve son origine dans les normes des sociétés patriarcales et a des implications critiques du point de vue de l'égalité entre hommes et femmes, réservant à ceux-ci la possibilité d'évoluer librement dans l'espace public tandis que celles-là ne pourraient y paraître que « sous une forme limitant leur liberté corporelle » (69). Il serait également utile de leur signaler que selon certaines interprétations, le port du foulard ne serait pas exigé par l'Islam (70). Ces informations, naturellement, ne devraient pas avoir pour but de contraindre la jeune fille à changer d'avis mais de lui permettre de poser un choix réfléchi, d'en peser le pour et le contre, et au-delà, de favoriser le débat au sein de la communauté musulmane.

§3. - Conditions procédurales : consentement concerté

Pour déterminer si les « conditions procédurales » d'une décision permettent un choix libre, il convient de se placer à l'échelle non plus de l'individu mais de la société concernée. Dans les pays de tradition musulmane, où l'Islam est majoritaire et où une grande partie de la population est pratiquante, les femmes peuvent être soumises à une pression sociale très forte les incitant à porter une tenue conforme à la pudeur « islamiste ». Même si la loi leur garantit le droit de ne pas se couvrir d'un foulard, il peut arriver que beaucoup renoncent à exercer ce droit, parce qu'ignorant les intentions des

(69) GASPARD et KHOSROKHAVAR, *op. cit.*, pp. 199-200.

(70) S. POULTER, *op. cit.*, p. 45.

autres femmes, elles craignent de devoir affronter seules des réactions hostiles. Dans ces circonstances, l'interdiction du port du foulard dans les établissements d'enseignement peut apparaître comme une mesure propre à contre-balancer le poids des traditions, à transformer le contexte dans lequel agissent les individus, de façon à créer les conditions sociales qui permettront à l'avenir aux jeunes filles et aux femmes d'opérer un choix libre. L'article 5(a) de la *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, impose ainsi aux Etats l'obligation de prendre « toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

On peut interpréter en ce sens la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme sur l'interdiction du port du foulard dans les universités turques. Dans les affaires *Karaduman c. Turquie* et *Bulut c. Turquie*, décidées le 3 mai 1993, la Commission était saisie par des jeunes femmes qui, ayant terminé leurs études universitaires, se plaignaient de s'être vue refuser la délivrance de leur diplôme au motif qu'elles refusaient d'envoyer une photo d'identité sur laquelle elles apparaîtraient non voilées. Pour conclure au caractère manifestement mal fondé de la requête, la Commission observe notamment que « dans les pays où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, la manifestation des rites et des symboles de cette religion, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas ladite religion ou sur ceux adhérant à une autre religion » (71).

Dans l'arrêt *Leyla Şahin* du 29 juin 2004, la Cour se penche à son tour sur cette question. La requérante, étudiante en médecine, dénonçait l'adoption par le recteur de l'Université d'Istanbul d'une circulaire interdisant l'accès aux cours, stages et travaux pratiques aux étudiantes portant le foulard. En application de cette mesure, elle s'était vu interdire l'entrée aux cours et aux épreuves écrites.

(71) Comm. eur. dr. h., *Karaduman c. Turquie*, requête n° 16278/90, décision du 3 mai 1993, D.R. 74, p. 93, pp. 101-102 (J.T.D.E., 1993-1994, pp. 22-23, note O. DE SCHUTTER) et Comm. eur. dr. h., *Bulut c. Turquie*, requête n° 18783/91, décision du 3 mai 1993 (notre accent).

La Cour déclare que pour apprécier la nécessité d'une telle mesure, il faut la situer dans « son contexte social » et l'examiner « à la lumière des circonstances de la cause » (72). A l'instar de la Commission, elle insiste sur la nécessité de protéger les étudiants des pressions, dans un contexte social caractérisé par l'adhésion de la grande majorité de la population à une religion déterminée : « lorsqu'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arbovent pas. Entrent en jeu notamment ... la protection des 'droits et libertés d'autrui' et le maintien de l'ordre public' dans un pays où la majorité de la population ... adhère à la religion musulmane » (73). Elle accorde en outre une grande importance à l'existence, dans ce pays, de mouvements fondamentalistes religieux puissants qui, selon le gouvernement, exerçaient des pressions sur les autres étudiants pour leur imposer leurs symboles religieux (74). Dans ces conditions, la Cour estime que « des universités laïques peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles de cette religion, en apportant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité des étudiants de croyances diverses... » (75). Elle conclut que l'ingérence dans le droit de la requérante à la liberté de religion pouvait, dans ces circonstances, être considérée comme nécessaire dans une société démocratique (76). Cette conclusion est cependant étroitement liée au contexte propre à la société turque. Elle laisse ouverte la question de la licéité, au regard de la Convention, d'une interdiction générale du port du foulard à l'école ou à l'université, dans un Etat où l'Islam est minoritaire et où prévaut un réel pluralisme religieux (77).

(72) Cour eur. D.H., arrêt *Leyla Şahin* du 29 juin 2004, § 103.

(73) *Id.*, § 108. Voir aussi § 99 : « Dans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises dans les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion peuvent être justifiées au regard de l'article 9 § 2 de la Convention ».

(74) *Id.*, §§ 96, 99 et 109.

(75) *Id.*, § 99.

(76) Voir toutefois les observations critiques d'E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, n° 60, pp. 941-973.

(77) En ce sens, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, p. 973. La même remarque a été faite à propos des décisions de la Commission dans les affaires *Karaduman* et *Bulut*, voir J. VELABERS et M.-C. FOLBERTS, « L'appréhension du fait religieux par le droit. - A propos des minorités religieuses », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, n° 30, pp. 273-307, p. 295 et B. BLÉRO, *op. cit.*, p. 10.

La mise en œuvre d'une approche procédurale et contextualisée du problème du port du foulard à l'école, soulève certes des difficultés. L'application d'une norme uniforme, identique pour tous, qu'il s'agisse d'interdire ou d'autoriser le foulard, présente sans doute l'avantage de la simplicité. Elle épargne aux autorités les efforts et la charge administrative que peut entraîner l'obligation de prendre une décision chaque fois individualisée. Certains diront également qu'une interdiction générale du foulard garantit de manière certaine que les jeunes filles qui en ont besoin seront protégées, même s'il faut pour cela ignorer la volonté de celles qui le portent de leur plein gré. On retrouve là un argument souvent invoqué dans différents contextes où se pose la question d'un «droit de renoncer». L'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, de la Cour européenne des droits de l'homme, en fournit un exemple. La Cour était saisie par une femme atteinte d'une maladie dégénérative incurable, qui se plaignait du refus des autorités britanniques de prendre l'engagement de ne pas poursuivre son mari s'il l'aidait à mettre fin à ses jours. La requérante alléguait que la nature générale de l'interdiction du suicide assisté, dans la mesure où elle ne permettait pas de prendre en compte «sa situation d'adulte saine d'esprit, qui sait ce qu'elle veut, qui n'est soumise à aucune pression, qui a pris sa décision de façon délibérée, en parfaite connaissance de cause et qui ne peut donc être considérée comme vulnérable», était disproportionnée par rapport au but poursuivi car elle la forçait à endurer les conséquences d'une maladie pénible et incurable (78). La Cour observe que la disposition légale incriminée «a été conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables – spécialement celles qui ne sont pas en mesure de prendre des décisions en connaissance de cause» (79). Elle admet que la situation des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie d'un cas à l'autre. Elle note également que selon la Chambre des Lords, la requérante ne relevait pas de la catégorie des personnes vulnérables visée par la loi (80). Néanmoins, le constat que *beau coup* de personnes en fin de vie sont vulnérables, lui paraît suffisant pour estimer la disposition en cause proportionnée à son objectif, compte tenu du risque d'abus qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction

(78) Cour eur. D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* (req. n° 2346/02) du 29 avril 2002, § 72.

(79) *Id.*, § 74.

(80) *Id.*, § 73.

générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe et ce, «nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices» (81). Elle considère, en d'autres termes, que l'Etat peut légitimement refuser de dépenaliser l'aide au suicide même dans les cas où la volonté de l'intéressé est clairement établie, par crainte qu'une telle mesure n'entraîne un glissement vers une dépenalisation plus large, qui mettrait en péril des personnes plus vulnérables (82). Ce faisant, la Cour néglige la possibilité d'exiger de l'Etat qu'il mette en place des procédures permettant de vérifier, dans chaque cas individuel, en fonction de critères strictement définis par la loi, si une demande d'assistance au suicide est réclamée dans des conditions telles qu'elle peut être considérée comme résultant d'une décision libre et réfléchie (83). C'est précisément un système de cet ordre que met en place la loi belge du 28 mai 2002 (84), qui dépenalise partiellement l'euthanasie. Elle fournit ainsi la preuve qu'une approche individualisée de la renonciation au droit à la vie est parfaitement concevable.

De la même manière, dans le cas du foulard, dès lors qu'on admet que les jeunes filles qui le portent volontairement devraient être autorisées à le porter à l'école, le problème est essentiellement d'imaginer un dispositif permettant d'examiner, dans chaque cas particulier, si une telle décision procède réellement d'un choix libre et éclairé (85). Ce problème ne paraît pas insurmontable. On pourrait songer à un système de médiation, comme il en existe dans

(81) *Id.*, § 74.

(82) Voir sur ce point O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide...», *op. cit.*, pp. 92-100.

(83) *Id.*, p. 100.

(84) *Mém. B.*, 22 juin 2002.

(85) Notons que la position adoptée par le Conseil d'Etat français, dans son fameux avis du 27 novembre 1989 sur la licéité, au regard du droit français, du port de signes religieux à l'école, reposait également sur l'idée d'un examen au cas par cas des conditions dans lesquelles ce signe est porté. Selon cet avis, le port de signes religieux par les élèves n'était pas en tant que tel interdit par le principe de laïcité. Une interdiction pouvait cependant être justifiée en raison des circonstances dans lesquelles ce signe était porté, en particulier lorsqu'il entraînait un risque pour la santé ou la sécurité des élèves, lorsqu'il empêchait le bon déroulement des activités d'enseignement ou encore lorsqu'il s'accompagnait d'actes «de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande». (Avis C.E., Ass. plénière, 27 novembre 1989, *R.F.D.A.*, 1990, 1). Les motifs pour lesquels le Conseil d'Etat admettait que le port d'un signe religieux tel que le foulard puisse être interdit, tenaient toutefois uniquement à la manière ou aux circonstances dans lesquelles il était porté, et non, aux conditions dans lesquelles une jeune fille était amenée à se voiler. Sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans ce domaine, voir not. C. DURAND-PRINBORNE, «Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée... une jurisprudence contestée», *R.F.D.A.*, 1997, vol. 13, n° 1, pp. 151-168 et N. DEFFAINS, «Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique», *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 203-250.

d'autres institutions publiques (86), qui ferait intervenir une personne extérieure au personnel de l'école, connaissant le milieu socio-culturel d'où proviennent les jeunes filles concernées et les réalités auxquelles elles sont confrontées, et susceptible d'avoir avec elles un véritable dialogue. On remarquera d'ailleurs que la loi française du 15 mars 2004, tout en instituant une interdiction générale des signes religieux ostensibles, dispose que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire sera précédée d'un dialogue avec l'élève (87). Ce « dialogue », toutefois, ne vise pas à comprendre les motivations de l'intéressé. La circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de cette loi, précise qu'il doit permettre « d'expliquer à l'élève et à ses parents que le respect de la loi n'est pas un renoncement à leurs convictions » et être l'occasion de « le mettre en garde contre les conséquences de son attitude » (88). L'objectif, conforme à la logique de la loi, est de convaincre l'élève de renoncer à porter le foulard (ou un autre signe religieux ostensible) à l'école. Mais si un dialogue individualisé peut être organisé dans cette perspective-là, il doit être possible d'envisager un mécanisme analogue qui aurait pour but, non pas de persuader les jeunes filles d'ôter leur foulard contre leur gré, mais d'examiner, sur une base individuelle, et sans préjuger de l'issue de la discussion, si la décision de le porter a été prise à l'abri des pressions et de façon éclairée et réfléchie.

CONCLUSION

Le choix véritable, selon nous, se situe par conséquent entre une approche formaliste de la question de la renonciation, et une approche institutionnaliste. L'approche institutionnaliste reconnaît que les appréciations que nous portons à propos de la licéité de la renonciation aux droits fondamentaux prennent appui, de manière implicite ou plus explicite, sur certaines présuppositions qui concernent le contexte dans lequel la renonciation est effectuée. Elle tire les conséquences de ces représentations sur lesquelles nos arguments

quant à la renonciation se fondent. Cette approche est procédurale, en ce sens qu'elle préconise la mise sur pied de dispositifs permettant une approche individualisée des situations où la question de la renonciation se pose. Elle est contextualisée, en ce sens qu'elle cherche à faire réémerger, dans le débat sur la renonciation, les contraintes que le contexte impose – ou non – au titulaire d'un droit fondamental, soit que celui-ci prétende renoncer au droit dont il est titulaire, soit que la renonciation supposée à son droit est invoquée par la partie tenue en principe de le respecter. Plutôt que de nier ou d'ignorer le poids du contexte sur les choix de l'individu, l'approche institutionnaliste affirme que tous les contextes ne se valent pas, et que certains contextes comprennent des conditions – matérielles, informationnelles, procédurales – qui permettent de considérer que la renonciation correspond à la préférence authentique de l'individu, plutôt que d'être simplement sa façon de répondre à la situation dans laquelle il est plongé. Dans le besoin, dans l'ignorance, ou dans l'incapacité de construire avec autrui une action collective permettant d'exercer son droit à l'abri des normes sociales et des traditions historiquement déterminées, l'individu subit le poids du contexte dans lequel il est plongé. Sa renonciation ne peut être présentée comme un choix libre, éclairé, et concerté. Ce texte doit être transformé, avant que la renonciation puisse prétendre constituer l'instrument de son émancipation.

(86) Voir C. YOUNES et E. LE ROY (dir.), *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société?*, Paris, Karthala, 2002.

(87) Article 1, alinea 2.

(88) Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, paragraphe 3.4. (*JO* n° 118 du 22 mai 2004, page 9033).