

L'HYPOTHESE EUROPENNE DE L'AVENEMENT D'UN DROIT FONDAMENTAL AU DIVORCE

L'étude des droits fondamentaux ne peut se réaliser sans aborder l'ordre juridique européen, ne serait-ce que parce que le droit français est soumis à l'influence de la jurisprudence européenne. Il faut également ajouter que la vision de l'ordre juridique européen est souvent considérée comme libérale. La protection européenne dispose d'un large champ d'action dans le domaine des droits de l'individu. La jurisprudence européenne semble, dès lors, plus propice dans la réalisation de la tâche de reconnaissance de droit et notamment du droit au divorce.

L'hypothèse de l'avènement du droit au divorce sur le plan européen pourrait s'expliquer par un mode opératoire favorable à la reconnaissance de droits (§1) et ainsi, favorise le passage de la notion du droit à la vie privée à l'hypothétique droit au divorce (§2).

§1 : L'analyse du mode opératoire favorable à la reconnaissance de droits

L'introduction d'un ordre juridique européen, parfois parallèle parfois complémentaire à l'ordre juridique interne, constitue une arme supplémentaire pour l'individu dans la revendication de prérogatives personnelles. La Convention européenne des droits de l'homme est à cet égard largement tournée vers la protection des droits de l'individu. Pour autant, « l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil n'avait, à l'origine, rien d'une évidence »⁷¹⁹. Madame Debet décline deux raisons. Tout d'abord, les Droits de l'homme semblaient de prime abord relever de la sphère du droit public et pénal, puis les droits fondamentaux étaient destinés à protéger contre l'éventuel arbitraire de l'Etat.

L'influence de la Convention européenne se butait sur un autre problème : celui de la prédominance du droit familial sur les intérêts privés. Le droit familial est longtemps demeuré sous le joug de la protection de la famille et du chef de famille

⁷¹⁹ DEBET (A.), L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Paris, Dalloz, 2002, p.16.

malgré la violation du principe d'égalité (des enfants adultérins et naturels). Cette importance primordiale accordée originellement à cette structure familiale bafouait les droits individuels⁷²⁰. La Convention européenne s'est appliquée à trouver un équilibre entre la protection de l'institution familiale et la protection des droits de l'individu. C'est par le biais de cet exercice que la Convention va influencer cette branche du droit sur le fond. L'étude des droits de l'individu et de la vie familiale ne peut être réalisée sans l'apport incontestable de la Convention européenne. L'influence croissante de la Convention en droit interne n'a plus à être prouvée. La première condamnation de la France dans le domaine du droit civil avec l'arrêt Botella du 25 mars 1992⁷²¹ et la condamnation du droit civil français dans l'arrêt Mazurek⁷²² constituent des manifestations flagrantes de l'impact du droit européen en droit interne.

La Convention est une source supranationale, intégrée dans le droit interne et supérieure à la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution. Elle peut sanctionner les Etats et même si les décisions revêtent seulement un caractère déclaratoire⁷²³ et non exécutoire, cela n'empêche pas d'opérer un bouleversement dans les ordres juridiques nationaux. « La Convention européenne des droits de l'homme ne constitue pas seulement l'expression la plus achevée du droit international des droits de l'homme. Elle ignore aussi ses faiblesses. Elle instaure tout d'abord un ordre juridique particulier, à la charnière de l'ordre juridique national et international, et cet ordre normatif et constitutionnel constitue un véritable ordre public propre aux démocraties européennes. »⁷²⁴

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Arrêt B. c. France, 25 mars 1992, série A, n°232-C ; *JCP* 1992.II.21955, note GARE ; *D.* 1993, 101, note MARGUENAUD ; *RTDC*, 1992,540, obs. HAUSER. La Cour a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne car elle n'a pas respecté la vie privée d'une personne transsexuelle en lui refusant la modification de changement de sexe et de prénom sur son état civil.

⁷²² Arrêt Mazurek c. France, 1^{er} fév. 2000, ; *JCP*, 2000, II, 10286, note GOUTTENNOIRE-CORNUT et SUDRE ; *JCP* 2000, I, 278, obs. LE GUIDEC ; *D.*2000, 332, note THIERRY ; *RTDC*, 2000, p.311, obs. HAUSER ; *RTDC*, 2000, 429, obs. MARGUENAUD ; *Droit de la famille*, 2000, n°33, obs. DE LAMY ; *Droit et Patrimoine* 2000, n°82, p.56, obs. STOFFEL-MUNCK ; *LPA*, 2000, n°145, p20, note CANAPLE,VAREILLE... Dans cette affaire la Cour européenne a eu à juger de la différence de traitement fondée sur le caractère adultérin du lien de filiation de l'enfant en matière de succession et a constaté que la différence de traitement ne poursuivait pas un but légitime et les moyens utilisés à ce but étaient disproportionnés.

⁷²³ MARGUENAUD (J.-P.), *CEDH et droit privé l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé*, Documentation Française, Paris, 2001, p.29. Une décision déclaratoire signifie : « la Cour ne peut que constater une violation de la Convention sans pouvoir agir sur les origines de cette violation, qu'elle provienne d'une juridiction, d'une instance administrative ou du législateur ».

⁷²⁴ VELU (J.), ERGEC (R.), cité par MEULDERS-KLEIN (M.T.), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », *in colloque*

La Cour européenne a également une dimension hautement symbolique. D'une part, elle est fréquemment confrontée à des conflits aporétiques. « La Convention européenne des droits de l'homme tient une place centrale et joue un rôle prépondérant en matière d'arbitrage des conflits de valeurs dans des sociétés qui se définissent précisément comme étant pluralistes. Pour tout dire, il n'y a guère de litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, rationnellement, ne mette pas en jeu, ou bien un conflit d'intérêts, ou bien un conflit de valeurs, ou bien les deux à la fois »⁷²⁵. Force est de constater, que la Cour européenne est devenue avec le temps, la table ronde des grands débats de l'humanité. Elle a été amenée à débattre de la question de la transsexualité, de l'homosexualité, de l'adoption, des mères porteuses, des enfants adultérins et naturels... Alors pourquoi pas la question d'un droit au divorce ?

D'autre part, elle véhicule une image de libéralisme, d'avant-gardiste ou de précurseur. Elle est parfois à l'origine de grands bouleversements idéologiques. Son interprétation jurisprudentielle au mieux est accompagnée d'une modification en droit interne, au pire elle amorce une réflexion sur le sujet concerné par la condamnation.

La conception individualiste de la Convention européenne et de son mode d'interprétation représente une source providentielle de reconnaissance des droits les plus personnels. La sphère de la vie privée à l'aube de 1950 à nos jours a connu un constant élargissement. Si l'article 8 de la Convention européenne n'était destiné à l'origine qu'à garantir le droit qu'à toute personne de vivre à l'abri des immixtions arbitraires des pouvoirs publics, il s'est davantage consacré à une protection des intérêts purement privés entre particuliers. Au regard des revendications exponentielles, la Cour exerce un « dynamisme de conquête dans un processus évolutif tendant à limiter de plus en plus la souveraineté des Etats et à forcer l'harmonisation des droits »⁷²⁶

La jurisprudence européenne contribue donc à façonner le droit national selon un certain idéal qui est parfois en totale contradiction avec l'ordre juridique interne⁷²⁷. De

Internationalisation des droits de l'homme et évolution de la famille, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), LERADP, LGDJ, 1996, p.501.

⁷²⁵ MBONGO (P.), « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », Dalloz, 2008, p.99s.

⁷²⁶ MEULDERS-KLEIN (M.T.), préc., p.502.

⁷²⁷ Certains auteurs parlent de la Cour européenne des droits de l'homme comme une juridiction tyrannique. EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction

par sa fonction de développement des droits et libertés prévue dans son préambule, elle se tient à un objectif qui n'est pas purement statique et défensif, mais dynamique et offensif⁷²⁸. Nonobstant une dépendance au consensus des législations européennes, la Cour ose parfois dans des domaines où les Etats ont une position timorée. Elle dispose à cet égard d'une technique redoutable pour faire infléchir les Etats récalcitrants, la technique des obligations positives. Celle-ci consiste à faire peser sur les Etats une obligation d'agir afin de garantir effectivement la réalisation de la Convention à laquelle ils ont adhéré. Les Etats doivent, lorsqu'ils sont condamnés, ne pas créer par l'effet de leur législation ou par l'absence de dispositions adéquates, des situations violant la Convention. Après l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁷²⁹, le juge européen va faire de cette technique un mode habituel de résolution des conflits. L'appréciation de la notion du droit au respect de la vie privée par la Cour européenne illustre ces propos et justifie l'évocation du droit au divorce.

§2 : Le passage de la notion du droit à la vie privée à l'hypothétique droit au divorce

L'exaltation de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne (A.) est éloquente dans la démonstration du toujours plus et explique le franchissement du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination par la Cour (B.)

A. L'exaltation de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme

La définition ou l'absence de définition de la vie privée laissait présager une large portée. La Cour et la Commission affirment que la vie privée doit être « conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial. »⁷³⁰ Le domaine d'application de la vie privée a bénéficié d'un constant

tyrannique ? », *D.*, 2008, Chron., pp.1946-1953. Selon l'auteur, la Cour européenne s'est appropriée les droits de l'homme et « prétend nous dire, péremptoirement, leur sens ultime et dernier ».

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A, n°31.

⁷³⁰ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c. Allemagne*, série A, n°251-B.

élargissement dans la jurisprudence européenne. La décision du 6 février 2001⁷³¹ de la Cour européenne décline la notion de respect de la vie privée en « droit au développement personnel ». Monsieur le Professeur Sudre s'interroge sur les conséquences de cette formule. La vie privée va-t-elle s'étendre à « tout » ? L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme recouvre-t-il à l'infini les choix personnels⁷³² ? La Cour intègre également dans le respect de la vie privée « les relations sociales »⁷³³. La Cour européenne ne cesse d'agrandir la famille dérivée du droit au respect de la vie privée. Cette brèche ouverte pourrait être opportune comme soutien au droit fondamental au divorce.

Madame la Professeure Meulders-Klein⁷³⁴ propose une distinction relative à la notion de vie privée « la vie privée-intimité » et « la vie privée-autonomie ». La première consiste à protéger des empiétements des tiers et concerne : le secret, l'image, le nom, l'honneur, la réputation, le domicile... Cette rubrique a été enrichie par une protection en matière sociale, de la qualité de vie, ainsi que dans le cadre de la vie professionnelle. La seconde rubrique envisage une protection de la vie privée de manière plus poussée. La vie privée ce n'est plus « tellement la protection de l'intimité au sens de tranquillité et confidentialité ou de liberté d'aller et venir et de vaquer à ses activités, bien évidemment essentiels, que celui de l'affranchissement du sujet de toutes limites dans toutes les matières existentielles de sa vie »⁷³⁵.

Cette deuxième distinction promet une protection radicale de la vie privée. Aucune barrière, ni limite ne doivent empêcher l'épanouissement personnel. Le respect de la vie privée signifie l'absence de contraintes, de devoirs, de règles. Le respect de la vie privée rejette comme contraire aux droits de l'homme toute forme de limite à l'autonomie individuelle⁷³⁶. Dès lors l'expression de ce rejet pourrait trouver écho dans le droit au divorce. Un époux pourrait se prévaloir de son droit au respect de la vie privée et à l'épanouissement et brandir l'atteinte à celui-ci par le maintien d'un divorce

⁷³¹ CEDH, 6 fév. 2001, Bensaïd C. Royaume-Uni, *JCP*, 2001, I, 342, n°17, chron. SUDRE (F.).

⁷³² SUDRE (F.), « Rapport introductif. La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p.14

⁷³³ *Ibid.* « La démultiplication du droit au respect de la vie privée sociale ».

⁷³⁴ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « *L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme* », préc.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Ibid.*

sous condition et parfois comportant des effets restreignant sa liberté. Le droit fondamental au divorce serait à l'image d'un divorce objectif à l'excès. L'invocation de la faillite ne reposerait sur aucune condition, c'est-à-dire sur aucun constat temporel de l'échec (entendu une cessation de la vie commune). Le divorce serait directement déclaré suite à une simple demande sans autre condition ni conséquence liée à la demande.

Toutefois, la Cour européenne, dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*⁷³⁷ a déjà eu à trancher l'existence d'un droit au divorce fondé sur la Convention. En l'espèce les requérants avaient une relation stable et souhaitaient se marier. Mais l'un des requérants était déjà marié. En l'absence de législation sur le divorce, les époux avaient convenu un accord officiel de séparation. Le droit irlandais n'autorisant pas le divorce empêchait les requérants de se marier. Ces derniers se fondaient sur l'article 12 de la Convention européenne et contestaient une atteinte au droit au mariage ou plutôt le droit au remariage. Ils se plaignaient également de l'absence de texte permettant le divorce et invoquaient la violation des articles 8 et 14 de la Convention. La Cour européenne rejette les allégations en se plaçant directement sur le terrain du droit au divorce. « Même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation d'incapacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12. ». L'article 12 n'englobe pas un quelconque droit à la dissolution du mariage. La Cour affirme également qu'elle ne saurait dégager au moyen d'une interprétation évolutive, un droit non inséré dans la Convention et omis délibérément.⁷³⁸

La Cour a donc refusé de consacrer l'existence d'un droit au divorce. L'arrêt *Johnston* est toutefois ancien. En effet, la motivation du refus de la Cour européenne repose sur l'absence de violation du droit à un remariage selon le principe de monogamie. La Cour assimile au remariage l'idée de la monogamie, c'est-à-dire elle affirme en quelque sorte que le mariage ne se conçoit que comme unique et indissoluble. Ainsi, l'incapacité à se remarier ne justifie pas un droit au divorce. La

⁷³⁷ CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 déc. 1986, série A, n°112.

⁷³⁸ DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p.580.

motivation de la Cour apparaîtrait totalement dépassée dans la société actuelle, le remariage étant totalement intégré dans le paysage familial. La méthode d'interprétation évolutive de la Cour en fonction des conditions actuelles, pourrait aujourd'hui, donner une solution différente sous le poids écrasant du respect de la vie privée. Un requérant pourrait se prévaloir du principe de non discrimination (article 14) combiné à l'article 8 et allégué un droit au divorce à l'instar de la législation suédoise (divorce sans cause). Au nom de développement personnel, il serait loisible de revendiquer un divorce sans condition, pour vivre comme on veut et alléguer un droit au divorce comme corollaire du droit au remariage lui-même découlant du droit au mariage.

L'esprit de la jurisprudence semble réfractaire à une telle évolution. En effet, la Cour européenne dans son interprétation de l'article 8 qui comprend à la fois une protection de la vie familiale et celle de la vie privée, ne fait pas automatiquement prévaloir l'individu sur la famille. Certes, la vie privée est une notion envahissante ; mais la Cour européenne préserve également les relations familiales contrairement à la *Privacy*. « D'une manière générale, il semble (...) que les organes de la Convention soient plus sensibles aux liens qui unissent (mariage, filiation, regroupement familial, relations personnelles), qu'à ceux qui désunissent (divorce, désaveu de paternité) »⁷³⁹. Mais le problème est sensiblement différent pour le divorce. Désormais, tous les Etats européens possèdent dans leur législation la possibilité de dissoudre le mariage. Le cheminement dans les consciences collectives de la banalité du divorce dans la vie est déjà tracé. Ainsi, la forte symbolique attachée au mariage et à la famille a déjà subi un affront. Les législations ont donc déjà communément admis le divorce dans le paysage juridico familial. Un consensus s'est créé sur la possibilité de rompre les liens du mariage mais, le plus généralement sous condition et entachée d'effet. Le cheminement de l'édification d'un droit au divorce est donc largement amorcé et peut être consacré comme droit garanti par la Convention européenne.

Les méthodes jurisprudentielles d'interprétation entraînent un perpétuel renouvellement du droit. L'interprétation de la Convention par la Cour est donnée « à la

⁷³⁹ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p775. L'auteur cite le refus de la Cour de découvrir l'existence d'un droit au divorce selon les articles 8 et 12(arrêt Johnston) ; ni un droit au mariage pour les personnes de même sexe (arrêt Rees), ni l'obligation positive pour l'Etat de doter les couples non mariés d'un statut analogue (arrêt Johnston).

lumière des conditions actuelles ». En d'autres termes, ce qui était vrai hier n'est plus vrai aujourd'hui. La marge d'interprétation laissée au juge européen est considérable car elle est sans cesse remise en question et génère une reconduction constante des solutions juridiques. Le droit européen, de par sa méthode d'interprétation, est donc imprévisible et laisse planer toute éventualité. Monsieur le Professeur Sudre se demande si « l'interprétation évolutive, que pratiquent volontiers les juges européens_ particulièrement dans le domaine de l'article 8_ afin de préserver la Convention de tout anachronisme et de l'ajuster constamment à l'évolution des mœurs et des mentalités, ne l'a pas conduit, en interprétant à la lumière des conditions actuelles 'la notion de vie privée', à naviguer au plus près sans trop se soucier du cap à tenir ? »⁷⁴⁰

L'évitement de l'anachronisme est un souci permanent pour la Cour européenne. Dans L'arrêt Goodwin⁷⁴¹ du 11 juillet 2002, la Grande chambre insiste sur la réévaluation des droits « à la lumière des conditions d'aujourd'hui, quelles sont l'interprétation et l'application de la convention qui s'imposent à l'heure actuelle. » L'emploi du terme « aujourd'hui » et « heure actuelle » renforce davantage le caractère imprévisible, car la décision est prise en fonction d'un cadre temporel précis, en fonction du jour voir de l'heure même où la décision est prise. Les décisions de la Convention européenne sont par conséquent étroitement liées au contexte du moment et favorisent un réajustement au plus près de la réalité. Cette méthode permet de laisser le champ ouvert aux hypothèses de reconnaissance et notamment celle qui nous intéresse : le droit au divorce.

C'est également par l'interprétation évolutive de la notion de vie privée qu'est née la liberté sexuelle. En effet, face à des zones de droit troubles, la liberté sexuelle a comblé un certain flottement relatif aux personnes transsexuelles et homosexuelles. La liberté sexuelle affirmée au plan européen comme un droit fondamental a permis d'aller plus loin encore dans la protection de l'individu.

⁷⁴⁰ SUDRE (F.), préc.

⁷⁴¹ GRANET (F.), « Transsexualisme et mariage devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJF*, déc. 2002, n°12, pp.413-414.

B. Du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination

La notion de respect de la vie privée est une notion des plus foisonnantes. La liberté sexuelle « s'est affirmée comme une composante incontournable de la vie privée, prenant le pas sur la morale traditionnelle à forte connotation religieuse. »⁷⁴². La liberté sexuelle est apparue nécessaire dans l'environnement juridique afin d'apporter des solutions à des situations ignorées jusque là par le droit et relatives à la vie sexuelle des intéressés. Cette inscription dans le droit de la liberté sexuelle représente une avancée considérable dans l'appréhension du droit et de la vie humaine dans son quotidien. La reconnaissance d'une liberté sexuelle permet de décomplexer des situations qui étaient fortement imprégnées d'une certaine morale dissidente. La libéralisation opérée par la reconnaissance de la liberté sexuelle va générer une avancée considérable pour les droits de l'individu à disposer de soi et constitue une brèche ouverte à la reconnaissance d'un droit au divorce.

La voie a été ouverte par l'arrêt *Dudgeon*⁷⁴³. La Cour a décriminalisé toutes sortes de comportements sexuels. Celle-ci constitue, comme toutes relations sexuelles, « un aspect des plus intimes de la vie privée ». Ce n'est plus l'acte sexuel seul qui est ici en cause mais l'environnement quotidien de l'individu, notamment juridique. L'auteur l'appelle « la reconnaissance des vies privées sexuelles »⁷⁴⁴.

L'amorce de la liberté sexuelle dans le droit européen découle essentiellement des revendications des personnes transsexuelles et homosexuelles. Elle va émerger par la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention européenne (l'article 14 n'ayant pas d'existence autonome). Il faut souligner que l'article 14 prévoit : « La jouissance des droits et libertés reconnus par la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race (...) ». L'arrêt *Botella* a constitué une amorce. La France fut condamnée pour la première fois pour avoir refusé de modifier l'état civil d'un transsexuel. La France a donc été condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention européenne en refusant de reconnaître à l'intéressé sa véritable identité sexuelle. Ainsi, la Cour mettait en évidence l'importance d'une reconnaissance

⁷⁴² GONZALEZ (G.), « Liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p.157.

⁷⁴³ CEDH, 30 janv. 1981, *GACEDH*, n°37.

⁷⁴⁴ GONZALEZ (G.), préc.

d'une identité sexuelle dans les autres droits civils. Par l'arrêt *X, Y et Z c. RU* du 22 avril 1997⁷⁴⁵, la Cour reconnaît l'existence de liens familiaux de facto entre un transsexuel et sa concubine et l'enfant de celle-ci, conçu par insémination artificielle avec donneur. Même si la paternité a été refusée à une personne transsexuelle, cette affaire a permis tout de même, une interprétation extensive de l'article 8 et de sa notion de respect de vie privée, dont le domaine personnel comprend désormais la vie affective et sexuelle.

Les demandes émanant des personnes homosexuelles ne vont pas rester sans influence sur le développement de la liberté sexuelle. En effet, dans le célèbre arrêt *Fretté*⁷⁴⁶, l'orientation sexuelle d'un candidat en vue d'une adoption est incluse dans le champ d'application de la vie privée et familiale (l'article 8 et 14). La Cour évoque à propos du rejet de la demande d'agrément qu'il « ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle ». Même si la Cour refuse la discrimination, elle assimile bien la notion de vie privée à la notion d'épanouissement, notamment par la vie sexuelle. « Toute restriction touchant à la vie privée sexuelle est avalisée sans trop de difficultés comme constitutive d'une ingérence étatique autorisant le requérant à se placer sur le terrain de l'article 8 de la Convention. »⁷⁴⁷ Peu à peu, par l'instrumentalisation de l'article 8, la Cour a élevé la liberté sexuelle au rang de droit garanti par la Convention.

La sexualité fait partie intégrante du droit à l'épanouissement de la personnalité, du droit de vivre comme on veut. On mène sa vie comme on l'entend et il en va pareillement pour sa vie sexuelle. C'est par le biais des arrêts *Pretty*⁷⁴⁸ et *Goodwin* (toujours dans un contexte relatif à la vie sexuelle) qu'un tournant est pris par la Cour et semble aller jusqu'au bout de l'étirement de la notion de vie privée. La Cour déclare « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la

⁷⁴⁵ CEDH, *X, Y et Z c. RU*, 22 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II/619 : 84, 87, 98, 356, 370, 375, 599, 656, 753.

⁷⁴⁶ CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c. France*, note GOUTTENOIRE-CORNU (A.), SUDRE (F.), *JCP*, II, 10074.

⁷⁴⁷ GONZALEZ (G.), préc.

⁷⁴⁸ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume Uni*, *JCP*, 2003, II, 10062, note C. GIRAULT ; *Droit de la Famille*, 2003, chron., n°9, E. CHIVKA ; *RTDC*, 20002, p.482, J.HAUSER. La Cour européenne a décidé à propos de l'euthanasie qu'on ne pouvait déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique.

Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel , la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-entend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». De la liberté sexuelle a découlé un droit encore plus abouti « le droit à l'autonomie personnelle ». L'appropriation par l'individu de son droit au libre arbitre est arrivée à son apogée. Monsieur le Professeur Sudre conclut que « la notion d'autonomie personnelle semble érigée en principe matriciel du droit garanti par l'article 8 et l'on est tenté de penser que la jurisprudence européenne a franchi le pas, du droit « d'être laissé seul » au droit à l'autodétermination »⁷⁴⁹.

En définitive, c'est grâce à la proclamation de la liberté sexuelle que le droit à l'autodétermination va émerger. La liberté sexuelle est l'attribut le plus personnel de l'être humain. Affirmer une liberté dans ce domaine, c'est accepter l'autonomie de l'individu à diriger sa vie comme bon lui semble. La proclamation d'un tel droit ne peut par conséquent passer inaperçu. Il est le point culminant du respect de la vie privée. Le terme d'autodétermination consacre la suprématie de l'individu. Cette brèche recèle en elle une amplitude indéfinie de revendication dont le droit au divorce pourrait facilement trouver une résonance.

A l'instar du droit au développement personnel ou du droit à l'épanouissement, ou encore du droit à l'autodétermination, le droit au divorce ne serait qu'une déclinaison supplémentaire de la notion de vie privée. La sacralisation des droits au bonheur de l'individu (souvent dénigrée et regrettée) est prise dans la spirale de l'impérialisme du respect de la vie privée qui l'amène à reconnaître toujours plus. Le droit au divorce qui découle directement du droit à l'épanouissement va pouvoir trouver à s'exprimer par une désunion sans contrainte, sans avoir à rendre des comptes et sans intermédiaire. Le droit au divorce au regard du droit à l'autodétermination garantirait la protection de l'individu à décider de rompre le mariage lorsque ce dernier ne serait plus source de bonheur. Ainsi, le droit au divorce permettrait de protéger les époux d'un mariage aux effets malheureux.

⁷⁴⁹ SUDRE (F.), préc. Dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* (12 juin 2003), pour la première fois la Cour consacre le droit à l'autodétermination comme faisant partie intégrante de la vie privée sexuelle. « Ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce, mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considérée comme l'un des aspects de son droit au respect de la vie privée ».

***L'affirmation d'un droit au divorce en tant que droit subjectif ne fait plus de doute. La loi de 2004 a supprimé un certain nombre de freins légaux et a fait naître un droit au divorce. Indifféremment de la forme, ceux qui veulent communément divorcer ou celui qui veut divorcer obtiendront le divorce. En effet, le juge peut de moins en moins s'opposer à la demande et au prononcé du divorce notamment avec la présence du divorce objectif sur de demande unilatérale dans le paysage de la désunion.

La procéduralisation du droit associé à la subjectivation du droit place les volontés individuelles au cœur de la machine normative. L'apport constitutionnel découlant de la notion de la liberté individuelle est déjà remarquable mais la production jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la vie privée est encore plus novatrice en matière de droit fondamental. Entre le droit à l'autodétermination et le droit au divorce, il n'y a qu'un pas.