



HAL
open science

Le minimalisme juridique ou comment ne pas trop gouverner

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Le minimalisme juridique ou comment ne pas trop gouverner. Semaine doctorale intensive 13th edition, Sciences Po Paris, Jun 2024, Paris, France. ⟨hal-04610819⟩

HAL Id: hal-04610819

<https://hal.science/hal-04610819v1>

Submitted on 19 Jun 2024

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

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



HAL Authorization

Le minimalisme juridique ou comment ne pas trop gouverner

Conférence de Daniel Borrillo à la Semaine Doctorale Intensive de Sciences Po Paris

Introduction

On gouverne trop, en particulier en ce qui concerne la vie privée des individus. On gouverne mal, surtout lorsqu'il s'agit d'imposer un standard moral du rapport de l'individu à lui-même¹.

Les relations sexuelles ne doivent pas être tarifées², les femmes, même de manière altruiste, ne doivent pas mettre au monde un enfant pour le compte d'un tiers (GPA)³. Le clonage thérapeutique est interdit⁴, le choix des donneurs de gamètes est prohibé tout comme l'insémination *post-mortem*. L'individu ne peut pas accéder à son information génétique (sans autorisation médicale ou judiciaire), l'euthanasie n'est pas une option pour le malade. L'individu ne doit pas vendre ses données personnelles. L'obligation de fidélité dans le mariage tout comme le devoir conjugal (c'est-à-dire, l'impératif d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint)⁵ constituent des contraintes de la vie familiale auxquelles on ne peut pas déroger de même qu'aux obligations alimentaires vis-à-vis de la belle-famille. Les transsexuels ne doivent pas avoir accès à la procréation médicalement assistée (PMA). Le détenu ne peut pas se suicider⁶. Impossibilité également de se promener dans l'espace public habillé en burka, de conduire sans ceinture de sécurité ou de pratiquer le lancer de nain⁷ notamment. Même après la mort,

¹ D. Fassin, D. Memmi (Eds.), *Le gouvernement des corps*, Éditions de l'EHESS, Paris, 2004.

² La loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 *visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées*, punit d'une amende de 1500 euros les personnes ayant recours au service d'un travailleur ou d'une travailleuse du sexe.

³ Interdite par le droit civil (nullité du contrat, corps hors commerce), la GPA est également prohibée avec des sanctions lourdes par le droit pénal en tant qu'entremise avant la grossesse (art. 227-12 du code pénal) ; comme substitution volontaire ; comme simulation ou comme dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant (art. 227-13 du Code pénal).

⁴ Art. L2151-4 du Code de la santé publique.

⁵ La formule de l'article 215, « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie », implique une double dimension : vivre ensemble - communauté de toit - et entretenir des rapports sexuels - communauté de lit : D. Borrillo, « Fais-moi l'amour sinon je divorce ! », *Le Monde*, 08/03/2012.

⁶ Le Conseil d'État considère l'administration pénitentiaire responsable en cas de suicide d'un détenu (CE, 23 mai 2003, n°244663).

⁷ En dépit de sa propre volonté, certaines activités artistiques sont interdites à l'individu comme le lancer de nain puisque selon le droit français ce serait contraire à la dignité humaine, nouveau fondement de l'ordre public de telle sorte que Manuel Wackenheim fut condamné au chômage par une décision du Conseil d'État (CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*). Manuel enrage : « Je me

l'individu ne peut pas disposer de son cadavre : l'embaumement, la cryogénisation,⁸ la promession⁹, la terramation ou humusation¹⁰ et l'immersion en haute mer sont des modes de sépulture bannis en France. Interdiction aussi de conserver chez soi une urne funéraire. Impossibilité de disposer intégralement de son patrimoine après la mort (réserve héréditaire)¹¹ etc., etc. Autant de situations dans lesquelles l'adulte ne peut pas consentir volontairement alors que non seulement il n'existe aucun préjudice à autrui, mais il peut de surcroît trouver un profit personnel.

Au nom de quoi l'État fait usage de son pouvoir coercitif pour empêcher une personne à faire ce qui est dans son propre intérêt ? Pourquoi est-il *a priori* mieux placé que les individus eux-mêmes pour juger si une action relevant de la vie privée est conforme à leurs intérêts ?

Des principes tels que la dignité humaine, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ou encore le corps hors commerce, ajoutés à une supposée fonction anthropologique du droit¹² fondent un nouvel ordre public susceptible d'anéantir toute prétention subjective de l'individu à son corps, à sa vie et à sa destinée. Cet ordre prime donc sur la volonté individuelle et peut s'imposer à elle.

À la libre disposition de soi (et de toutes les libertés qu'en découlent : liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté

battrai jusqu'au bout pour défendre mon métier. Si le lancer de nains est une atteinte à la dignité humaine, alors qu'on interdise aussi la boxe, le catch, les clowns qui se font botter le derrière et l'homme-canon qui, lui, risque sa peau au cirque pour faire frissonner les spectateurs. Si j'avais cinquante centimètres de plus, personne n'y trouverait à redire. C'est parce que je suis nain qu'on veut me cacher, comme toujours. La galère continue »

⁸ Dans les années 1970, le docteur Martinot avait fait faire, sur mesure, un congélateur pour accueillir son cadavre. Ayant mis au point un procédé de congélation lui permettant de conserver sa dépouille mortelle par cryogénisation dans la crypte de son château. Il s'était imaginé que les progrès de la science pourraient plus tard le ramener à la vie. Son rêve d'immortalité fut ruiné par l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 6 janvier 2006.

⁹ Alternative écologique à la crémation, la promession est une technique funéraire récente qui consiste à transformer le corps d'une personne défunte en particules fines. Cette pratique est interdite en France, bien qu'elle soit acceptée par plusieurs pays comme la Suède, le Royaume-Uni, l'Afrique du sud et la Corée du Sud.

¹⁰ Transformation du corps humain en compost.

¹¹ D. Borrillo. La réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité et à l'esprit entrepreneurial in : C. Pères et Ph. Pontentier. *La réserve héréditaire*, Ed. Panthéon-Assas, 2020.

¹² A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. du Seuil, Paris, 2004. Dans cet essai, l'auteur considère que la loi a comme fonction d'instituer l'humain (« sic ») en posant des limites qui permettent au sujet de se construire...

vestimentaire...), une nouvelle forme de conservatisme antilibéral impose l'amour de l'Humanité qui est en nous : le *care*¹³.

L'indisponibilité de soi en raison d'un impératif supérieur n'est pas une idée nouvelle, elle renvoie aux thèses théologiques relatives à la sacralité du corps comme tabernacle de l'âme. Et plus récemment, elle fait référence à la philosophie kantienne et néo-kantienne exprimée par Carole Pateman¹⁴ et Harry Frankfurt¹⁵ dans leurs critiques du consentement. Ces auteurs proposent de requalifier le rapport à soi non pas à partir de la libre disposition individuelle, mais à partir de l'amour entendu comme bien-être fondamental duquel les personnes ne sauraient se détacher qu'au risque de s'aliéner. Ainsi, au nom de notre propre bien-être et, si nécessaire contre notre volonté, cette nouvelle et puissante forme de paternalisme considère que d'une manière générale et *in abstracto* certains choix sont essentiellement mauvais puisque contraires à la dignité humaine. La limite à la libre disposition de soi est ici fondée non pas sur l'autonomie de la volonté, mais à la fois sur un devoir moral envers soi-même et sur l'appartenance de l'individu à l'humanité tout entière !

Il ne s'agit plus de promouvoir les droits de l'homme, mais les droits de l'Humanité, il ne s'agit plus de droits subjectifs de l'individu, mais d'ordre public de la dignité humaine. Ce ne sont pas tant les individus eux-mêmes (et leur vie privée) qui méritent protection, mais plutôt la communauté humaine (nouveau sujet de droit), rassemblée autour de valeurs morales comme l'amour de soi et la dignité. Non pas dans un sens subjectif, c'est-à-dire ce que chacun définit pour lui-même et sa dignité (principe d'autodétermination), mais dans un sens objectif, c'est-à-dire que c'est l'État qui décide du partage entre le digne ou l'indigne pour l'individu. La dignité objective devient ainsi un principe indépassable, puisqu'il s'agit de défendre le cœur commun de l'Humanité qui n'est pas censé varier en fonction du lieu et du temps de sa mise en œuvre.

¹³ La théorie du care, développée par la philosophe Carol Gilligan, me semble une théorie sexiste puisqu'elle part du présupposé que ce sont les femmes qui prennent soin des autres. Selon ses théoriciens, là où les hommes privilégient une logique de calcul et la référence aux droits, les femmes préfèrent la valeur de la relation, s'orientant surtout en fonction de ce qui peut conforter les rapports interpersonnels et développer les interactions sociales : A. Zielinski « L'éthique du *care* : Une nouvelle façon de prendre soin », *Études* 2010/12, p. 631 à 641.

¹⁴ C. Pateman, « Self-Ownership and Property in the Person : Democratization and a Tale of Two Concepts », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, no 1, 2002, p. 21-27.

¹⁵ H. G. Frankfurt, *Les Raisons de l'amour*, trad. de l'angl. par D. Dubroca et A. Pavia, Paris, Circé, 2006, p. 94-95 (*The Reasons of Love*, Princeton University Press, 2004).

C'est donc au nom du bien-être, de l'amour de soi (*care*) ou pour promouvoir la dignité humaine objective que l'on interdit à une personne de solliciter une aide au suicide, d'assister sexuellement une personne handicapée¹⁶, de se prostituer, de porter un embryon pour autrui, de participer à un spectacle de lancer de nain, de se faire inséminer avec le sperme de son compagnon décédé, de s'adonner à des pratiques sexuelles extrêmes¹⁷ ou de porter certains signes religieux¹⁸.

Assigner les individus à cet ordre implique en même temps d'investir l'État d'une mission, celle de rendre les citoyens vertueux. Les croisades morales contre les clients des prostituées et les personnes ayant recours à une mère porteuse ne constituent que les manifestations juridiques de cette conception substantielle et objective de la dignité humaine. Face à celle-ci, une autre conception de la dignité me semble possible : celle qui recouvre le droit de chacun de faire ce qu'il estime conforme à ses croyances, à ses valeurs ou à ses intérêts.

Les impératifs de l'État de droit devraient conduire l'État à une parfaite neutralité, au regard tant des valeurs que des pratiques culturelles dominantes. Malheureusement, ce n'est pas cette logique qui semble prévaloir dans les rapports de l'individu à lui-même, mais une autre logique de type paternaliste et compassionnelle, imprégnée de connotations moralisatrices fournissant le cadre et la matrice de ce qu'on pourrait désormais appeler l'État-moral¹⁹.

I.- Vie privée vs l'État moral

Le grand spécialiste de libertés publiques, Jean Rivero, considérerait la vie privée comme « *la sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. La liberté de la vie privée est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'interdire à autrui* »²⁰.

Cette zone d'activité est de plus en plus menacée par l'inflation des normes se prétendant protectrices de l'humanité qui nous habite. Le sujet de droit devient ainsi sujet moral, d'une morale maximaliste qui prétend rendre les individus vertueux y compris envers eux-mêmes puisqu'il ne s'agit pas d'une affaire personnelle, mais d'une question relevant de l'Humanité. « *Imaginez un monde*

¹⁶ En France, la loi interdit l'activité des assistants sexuels puisque ces derniers sont rémunérés à la séance. Une pratique proche de la prostitution.

¹⁷ Affaire *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* (1997) et affaire *K.A. et A.D. c/ Belgique* (2005) : Dans aucun des deux cas, il n'y a eu de plainte des supposées victimes.

¹⁸ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁹ D. Borrillo, *La morale ou le droit ? Prostitution, hijab, gestation pour autrui, euthanasie, pornographie...*, L'Harmattan, Paris, 2023.

²⁰ J. Rivero, *Les libertés publiques*, 4e éd, Paris, PUF, 1991, p. 76.

dans lequel vous pourriez être jugé immoral pour vos actions non seulement à l'égard des autres, mais aussi de vous-même. Qui aimerait vivre dans un tel monde, où rien de ce qu'on est, pense ou ressent, où aucune de nos activités, fut-elle la plus solitaire, n'échapperait au jugement moral ? C'est pourtant ce que propose aujourd'hui l'éthique, largement ralliée aux thèses maximalistes d'un Aristote, qui nous recommande tout un art de vivre et pas seulement un code de bonne conduite en société, et de Kant, pour qui nous avons des devoirs moraux à l'égard d'autrui comme de nous-même »²¹.

Le fondement de cette morale maximaliste se trouve dans la croyance que nous ne sommes pas des individus, mais de morceaux d'humanité. Elle trouve ses racines dans la pensée de Thomas d'Aquin pour qui « *La partie, en tant que telle, est quelque chose du tout. Or chaque homme est dans la société comme une partie dans un tout ; ce qu'il est, appartient donc à la société, comme le montre Aristote* »²². Les commandements de la conscience ne semblent pas pouvoir anéantir la solidarité intime qui relie le sujet à un ensemble politique. Et si de nos jours si l'État nous protège contre nous-mêmes c'est parce que nous sommes incapables de protéger l'humanité qui est en nous laquelle ne peut pas être asservie par aucun de ses membres.

II.- Le minimalisme juridique, une réponse à l'inflation de la morale dans l'ordre juridique

Le minimalisme juridique peut être défini comme la conception du droit fondée sur le principe selon lequel la société ne peut contraindre un individu contre sa volonté que pour une seule raison : empêcher de causer du tort à autrui. John Stuart Mill considère que : « *La seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher que du mal ne soit fait à autrui. Le contraindre pour son propre bien, physique ou moral, ne fournit pas une justification suffisante. On ne peut pas l'obliger ni à agir ni à s'abstenir d'agir, sous prétexte que cela serait meilleur pour lui ou le rendrait plus heureux ; parce que dans l'opinion des autres il serait sage ou même juste d'agir ainsi. Ce sont là de bonnes raisons pour lui faire des remontrances ou le raisonner, ou le persuader, ou le supplier, mais ni pour le contraindre ni pour le punir au cas où il agirait*

²¹ R. Ogien, *L'éthique aujourd'hui ; maximalistes et minimalistes*, Folio 2007.

²² *Somme Théologique*, IIa-IIae q. 64, art. 5.

autrement. La contrainte n'est justifiée que si l'on estime que la conduite dont on désire le détourner risque de nuire à quelqu'un d'autre. Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne autrui. Quant à l'aspect qui le concerne simplement lui-même, son indépendance est, en droit, absolue. L'individu est souverain sur lui-même, son propre corps et son propre esprit »²³.

Le minimalisme juridique c'est le droit affranchi de la police morale ; c'est le primat de l'éthique de responsabilité, en termes wébériens. Il n'est pas ancré dans l'éthique de conviction.

Dans le cadre des sociétés post-modernes composées d'une pluralité d'identités, le minimalisme juridique constitue le socle commun permettant la vie en société sans imposer aux individus un partage de valeurs. Comme le note Michael Sandel: « *Parce que la société se compose d'une pluralité de personnes dont chacune a ses propres buts, ses propres intérêts et sa propre conception du bien, elle est disposée au mieux lorsqu'elle est gouvernée par des principes ne présupposant eux-mêmes aucune conception particulière du bien ; ce qui par-dessus tout, justifie ces principes régulateurs, ce n'est pas qu'ils maximisent le bien-être social ou promeuvent le bien d'une quelconque manière, mais plutôt leur conformité au concept du juste.* »²⁴

Le minimalisme juridique me semble particulièrement important en ce qui concerne les questions sociétales, c'est-à-dire celles qui touchent à l'intimité des individus et aux mœurs. En termes foucaaldiens, le minimalisme juridique répond au principe du moindre gouvernement, surtout lorsqu'il s'agit des questions relevant de la vie privée des personnes : « Cessez donc de vous laisser gouverner », suppliait Foucault.

Par la reconnaissance d'une sphère privée absolue, le minimalisme juridique participe *in fine* au bien commun, comme le note J. S. Mill : « la civilisation n'avancera pas ; la vérité ne s'exposera jamais, faute de bénéficier d'un marché libre d'idées ; il n'y aura nulle place pour la spontanéité, l'originalité, le génie, l'énergie mentale, le courage moral. La société sera écrasée du poids de « la médiocrité collective ».

De même, Locke dans la première *Lettre sur la tolérance* (1689) affirme : si le magistrat doit tolérer la diversité des pratiques religieuses, c'est pour autant que

²³ J. S. Mill, *De la liberté*, Folio-Essais, trad. L. Lenglet, Chapitre Premier, « introduction », p. 74.

²⁴ M. Sandel, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Seuil, 1999.

le particulier est plus compétent que lui pour déterminer ce qui est susceptible d'assurer au mieux son salut. Mais aujourd'hui ce n'est plus l'Église, mais l'État qui prend en charge notre salut. La République devient ainsi le dispositif politique d'encadrement de l'existence individuelle et de la transcendance morale.

III.- Le minimalisme moral à l'origine du minimalisme juridique

Selon Ruwen Ogien, la morale minimale repose sur trois principes :

- a) La neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien.
- b) Le principe négatif d'éviter de causer des dommages à autrui.
- c) Le principe positif qui nous demande d'accorder la même valeur aux voix ou aux intérêts de chacun (le droit de chacun à être traité comme ayant une valeur égale).

L'indifférence morale du rapport à soi (nous n'avons pas d'obligations vis-à-vis de nous-mêmes) explique notamment que le suicide n'est pas condamné juridiquement. Et au philosophe de préciser : « *En fait, les deux principes de non-nuisance et d'indifférence morale à soi-même pourraient être réduits à un seul principe à condition que ses implications soient spécifiées. Ce serait un principe de non-nuisance aux autres qualifié, qui préciserait que si les seuls torts ayant une valeur morale sont ceux qu'on fait aux autres, il s'en suit que ceux qu'on fait à soi-même, ceux que se font entre elles des personnes consentantes et ceux qui sont faits à des entités abstraites n'ont pas d'importance morale* »²⁵. Ce c'est que l'humanisme pénal du XVIIIe siècle appelait « les crimes sans victimes ».

C'est autour de cette notion minimaliste de l'éthique qu'un droit laïc et pluriel peut s'articuler.

IV.- Le minimalisme juridique comme garantie contre une transcendance qui s'impose à la volonté individuelle

Comme nous l'avons souligné, l'Humanité est devenue le « sujet moral » (à la place de l'individu), et la dignité (à la place de la liberté). Il faut donc recentrer le sujet de droits (subjectifs) au cœur du dispositif juridique et mettre entre

²⁵ R. Ogien, « Qu'est-ce l'éthique minimale ? », *Revue de théologie et de philosophie*, 140 (208) p. 111.

parenthèses le « Sujet Moral de Droit de l'Humanité » puisqu'il s'agit d'éthique et non pas de droit.

Face à cette nouvelle métaphysique, il semble nécessaire de revaloriser la liberté négative et son corrélat le principe de non-nuisance. Isaiah Berlin entend la notion de liberté négative comme un espace dans lequel l'homme est laissé à son libre arbitre. « Plus grande sera la zone de non-interférence [d'autrui], plus grande sera ma liberté »²⁶

C'est ce principe qui définit précisément ce qu'est la liberté : pouvoir faire ce que je veux à condition de ne pas nuire à autrui. Le minimalisme juridique s'inspire du grand principe de l'éthique minimale dont la pauvreté est assumée : ne pas léser les autres. D'après Ogien, « *Si tout ce qui compte moralement, c'est de ne pas nuire aux autres, alors nous n'avons pas de devoirs moraux envers nous-mêmes et le seul critère du licite et de l'illicite moralement devient le consentement mutuel des personnes. C'est en raison de ces implications que je me permets de dire que ce qui caractérise l'éthique minimale, c'est qu'elle exclut ce qu'on appelle, en philosophie du droit, les « crimes sans victime ».*

Une société, une communauté ou un État civilisé c'est donc un État qui repose sur la neutralité morale du politique qui met au centre la liberté individuelle et qui ne constitue comme borne de cette liberté que le principe de non-nuisance. Aussi, le minimalisme juridique considère que les gens sont mieux placés que le législateur pour savoir ce qui est bon pour eux.

Cet État suppose donc l'abandon de toutes les lois liberticides et moralisatrices qui reposent sur l'idée qu'il faudrait imposer le bonheur aux citoyens. Il présuppose de considérer tous les citoyens comme également aptes à décider de leur propre bonheur et ne cherche pas à proposer des asservissements extérieurs, et en aucun cas des décisions qu'ils prennent pour eux-mêmes.

Le minimalisme juridique implique que l'État ne prend en charge que les relations entre les personnes et non pas le rapport à soi (à l'exception des mineurs et des incapables).

Il se résume à ces quelques principes :

- a) Il n'y a pas de crimes sans victimes (blasphème, homosexualité, prostitution, sadomasochisme, pornographie, euthanasie, GPA, burka...)

²⁶ I. Berlin, *Four essays on liberty*, Oxford University Press (1984), page 123.

- b) Le droit est indifférent envers le rapport de l'individu à lui-même (masturbation, paresse, gourmandise, suicide, drogues...)
- c) Seul le consentement détermine la ligne entre le permis et l'interdit (prostitution, mariage, euthanasie, inceste, polygamie...)

Il se fonde sur le consentement et permet que l'État se retire de la vie privée laissant la gestion à l'individu des conséquences notamment de l'infidélité, de la sodomie, de l'inceste ou de la fin de vie...

Si l'analyse approfondie du consentement me semble nécessaire surtout dans un monde d'inégalités, une fois que celui-ci a passé l'examen minutieux auquel le soumet le droit et qu'il n'y a ni dol, ni violence, ni erreur ni contrainte, ni déséquilibre financier dans les prestations, au nom de quoi est-il permis d'interdire la liberté individuelle ?

V.- Le minimalisme juridique, la maîtrise originaire de l'individu et l'absence d'obligations envers soi-même

L'autosuppression est un pouvoir que j'exerce sur moi-même. Lorsqu'il est reconnu socialement, devient un droit (euthanasie, suicide assisté). S'agissant d'un simple pouvoir, un tiers non seulement ne sera pas sanctionné s'il empêche de me suicider, mais il sera obligé de le faire sous peine de non-assistance à personne en danger. J'ai une maîtrise de fait sur ma vie, elle devient un droit lorsque celle-ci est reconnue socialement par les mécanismes juridiques.

Pour les Grecs le rapport intime que nous entretenons avec nous-mêmes - la *aidôs* αἰδώς - devait échapper à toute intervention extérieure.

L'État français, qui se dit laïc, n'est nullement enraciné dans cette tradition. Au contraire, il s'est substitué à l'Église et, comme elle, prétend connaître mieux que nous ce qui est bon pour notre « salut ». Comment expliquer sinon l'énorme difficulté à faire adopter une loi sur la fin de vie alors que la grande majorité des Français est favorable et que tous nos voisins, y compris les plus catholiques comme l'Espagne, l'Italie ou le Portugal, l'autorisent ?

Aussi, comme nous l'avons indiqué *ut supra*, on peut parler de confiscation de la mort lorsque ce n'est pas l'individu qui est maître de sa dépouille, mais l'Administration : uniquement l'inhumation ou la crémation sont possibles, tout autre choix est exclu. Aussi, la PMA *post-mortem* est interdite. Il est paradoxal (et violent) de contraindre une femme dont l'époux est décédé à renoncer au projet

parental commun et de l'obliger soit à donner l'embryon à un autre couple soit à en faire don à la recherche scientifique soit à le détruire.

Enfin, une loi juste est celle qui nous permet d'être immoraux. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme, « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* », ce qui « *peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »²⁷

Le minimalisme juridique est un antidote contre l'État paternaliste investi de la mission consistant à protéger les gens d'eux-mêmes ou à essayer de faire leur bien sans tenir compte de leur opinion, et donc prompt à soupçonner leur consentement de toutes sortes de vices qui en annulent la validité.

Il prône la liberté négative et le silence de la loi. Il ne s'agit ni d'une négation des valeurs morales ni l'indifférence envers elles, mais de les circonscrire au for intérieur de l'individu lorsqu'il s'agit des choses qui ne regardent que lui. Aucune conception substantielle du bien ne peut lui être opposée. L'État doit rester neutre pour laisser à chacun la liberté de poursuivre ses propres conceptions du bien. J'insiste, c'est à chacun de décider par quelle manière de vivre il poursuivra son bonheur, pourvu que, ce faisant, il ne porte préjudice à personne.

Au familialisme patriarcal, le minimalisme juridique offre la possibilité de construire des relations, des solidarités et des engagements fondés sur le consentement libre des intéressés. À l'heure où un retour du biologique - à la fois au niveau de la Nation (remise en question du *ius soli*, valorisation de la nationalité de souche....) et au niveau familial (remise en question de l'accouchement « sous X », de l'anonymat du donneur et revendication de l'accès aux origines) - semble compromettre notre capacité à fonder nos institutions sur le choix individuel et la délibération (principe démocratique) au profit d'une nouvelle métaphysique de la cohésion sociale et du collectif naturalisés, la théorie du contrat conserve toute sa puissance émancipatrice et sa capacité à fabriquer du lien et à protéger contre l'arbitraire. Le minimalisme juridique permet entre autres de penser la famille à partir du contrat en la considérant comme un instrument au service de la pluralité des projets conjugaux et parentaux²⁸.

²⁷ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61

²⁸ D. Borrillo, *La famille par contrat*, PUF, Paris, 2018.

Conclusion

Le minimalisme juridique est le fruit de l'évolution des mentalités occidentales concernant la libre recherche du bonheur et la primauté du moi. Il considère que l'individu doit être libre de choisir sa propre conception de sa dignité, et d'estimer la limite au-delà de laquelle celle-ci n'est plus respectée. Le minimalisme juridique permettrait ainsi aux individus adultes et consentants de s'adonner légalement à la prostitution, au sadomasochisme, à la consommation des drogues²⁹ et de la pornographie³⁰. À faire don ou à vendre ses organes³¹, à concevoir par les voies charnelles ou à pratiquer une PMA ou une GPA et même se porter volontaire pour aller à la guerre³² si cela lui convient, mais aussi de choisir librement l'amour romantique, le mariage monogame, la fidélité et l'objection de conscience. Le minimalisme juridique permet au même temps de s'opposer à l'avortement, à l'euthanasie et au divorce puisque seul l'individu détient le pouvoir décider en dernière instance de ce qui contribuera à son bonheur et donc de ce que sont ses devoirs envers lui-même.

²⁹ Légaliser reviendrait à « cesser de traiter les gens comme des irresponsables pour lesquels des sages autoproclamés décideraient de tout, choisissant ce qui est bon ou mauvais pour l'ensemble de la société (...) C'est un droit nouveau que propose la légalisation contrôlée, le droit de disposer de son corps, de son esprit et de la liberté de faire des choix à partir du moment où ceux-ci n'empiètent pas sur celle d'autrui » : M. Hautefeuille, E. Wiewiorka, *La légalisation des drogues. Une mesure de salut public*, Odile Jacob, 2014, pp. 175-176.

³⁰ L'offensive contemporaine contre la pornographie commence en 2001 avec la ministre socialiste déléguée à la famille, Ségolène Royal. Elle est suivie par le président du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en 2002 et par une proposition de loi visant à interdire la diffusion de films dits « pornographiques » à la télévision, déposée par la députée conservatrice Christine Boutin cette même année. Plus récemment, le 28 septembre 2022, la Délégation sénatoriale aux droits des femmes a rendu public un rapport sur l'industrie pornographique appelé « Porno : l'enfer du décor », dénonçant les méthodes de travail de cette activité tout comme la consommation généralisée chez les jeunes et chez les adultes. La terminologie du rapport met en évidence la finalité abolitionniste de l'entreprise sénatoriale : « machine à broyer les femmes » ; « atteinte à la dignité humaine » ; « industrie proxénète » ; « marchandisation du sexe » ; « viol systématique » ; « esclavage et traite d'êtres humains. » En mettant sur le même plan les adultes et les mineurs, les infractions pénales et les relations consenties (englobées sous le terme de « violence pornographique »), l'acte sexuel et la représentation de l'acte sexuel, les fantasmes privés et le passage à l'acte, le dispositif de censure proposé par le rapport, risque de compromettre des libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, la protection de la vie privée, la liberté sexuelle et la liberté d'entreprise.

³¹ Il n'y a rien d'immoral à vendre ses organes avant ou après la mort. Après tout, l'ensemble du système de santé tire profit de cette « matière première » sauf l'individu. R., Ogien a raison d'affirmer « qu'un marché des organes, payant et anonyme » serait plus moral que ce système de « don forcé » : « Qui a peur des marchés d'organes ? », *Critique*, 2009/12 (n° 751), p. 1025-1026

³² D. Borrillo, « Le genre et la guerre », *War in the 21st century*, Dec 2022, London : <https://hal.science/hal-03916852/document>

**SEMAINE
DOCTORALE
INTENSIVE**

13th édition

