

MARCELA IACUB ou la RÉGRESSION sociale version DE GAUCHE

Jacques Amar

Maître de conférences en droit
privé.

« Dans le matérialisme démocratique, la liberté sexuelle est le paradigme de toute liberté. Elle est en effet clairement située au point d'articulation des désirs (du corps) et des législations langagières, interdictrices ou stimulantes. L'individu doit se voir le droit de de "vivre sa sexualité" comme il l'entend. Les autres libertés suivront nécessairement. Et il est vrai qu'elles suivent, si l'on entend toute liberté sur le modèle qu'au point du sexe elle adopte : la non-interdiction des usages qu'un individu peut faire, en privé, du corps, qui l'inscrit dans un monde ».

A. BADIOU, *Logiques des mondes, L'être et l'événement 2*, Le Seuil, 2007, p. 43

Marcela Iacub se présente à ses lecteurs comme une juriste. C'est du moins ce qu'elle indique en quatrième couverture des différents ouvrages qu'elle publie ; elle y ajoute également qu'elle est chercheur au CNRS. Forte de ses titres et de cette légitimité, elle développe des thèses souvent provocantes sur des questions de société comme la prostitution, la procréation médicalement assistée ou la répression du viol.

C'est en tant que juriste que nous voudrions critiquer le travail de M. Iacub pour montrer que son travail procède des mêmes défauts qu'elle reproche au droit positif : sa conformation à une morale archaïque.

Ses démonstrations comportent en plus tellement d'imprécisions terminologiques que l'on peut émettre des doutes sur la rigueur scientifique dont se prévaut cet auteur. La conception de la notion phare qui sous-tend une bonne part

de ses raisonnements, la notion de consentement, fonde une pseudo-nouvelle morale qui n'est en effet rien d'autre qu'une expression renouvelée de la légitimation hallucinante du pouvoir de l'argent sur les relations humaines.

Nous nous concentrerons principalement sur trois ouvrages : *le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique* (à présent CS), compilation d'articles sur différents sujets que l'auteur introduit par une présentation de sa méthodologie ; *l'anti-manuel d'éducation sexuelle* (à présent AES) écrit avec P. Maniglier, bréviaire sur la sexualité, à notre avis, moins brillant que celui rédigé par M. Onfray en philosophie mais bénéficiant d'une iconographie remarquable ; *Bêtes et victimes*, (à présent BV) autre compilation d'articles parus cette fois dans le journal Libération avec une présentation de la démarche de l'auteur. Ces trois ouvrages ont en effet pour particularité de synthétiser sous trois formats différents la pensée de l'auteur selon les publics auxquelles elle s'adresse. D'où au passage des répétitions, un acharnement prémonitoire sur la personne de S. Royal et l'impression in fine d'une pensée monolithique.

A ceux qui reprochaient à Marx ses contradictions, F. Chatelet rétorquait que les philosophies sans contradiction sont bien souvent des philosophies sans intérêt dont on oublie le contenu une fois leur auteur disparu. Il citait pour illustrer son propos les écrits de V. Cousin, philosophe du XIX^e siècle dont l'œuvre prolifique est tombé dans l'oubli, faute finalement d'avoir un quelconque intérêt. Bref, avec M. Iacub et la médiatisation dont elle fait l'objet, nous sommes confrontés au reflet de notre époque et à la nouvelle morale que celle-ci veut nous inculquer : celui qui a l'argent a le pouvoir. Et pour cela, on ne sera pas surpris de constater que tous les moyens sont bons. C'est ce que nous voudrions montrer en exposant dans un premier temps comment la référence au consentement fonde le pouvoir de l'argent comme idéologie juridique et dans un second temps, comment l'imprécision terminologique permet finalement de tout justifier.

Le pouvoir de l'argent comme idéologie juridique

Toute la rhétorique de l'auteur repose sur l'idée apparemment consensuelle selon laquelle « l'arbitraire de l'Etat est un véritable danger, plus dangereux même que toutes les transgressions commises par des personnes privées » (BV, p. 20) et sur sa volonté, compte tenu de ce postulat de définir les bases d'un féminisme qui ne repose plus sur les différences naturelles pouvant exister entre un homme et une femme. (p. 32). Pour cela, la notion de consentement sert de point d'appui à ses démonstrations. C'est grâce à la mystique du consentement que l'auteur en vient à légitimer la prostitution, la possibilité d'avoir des enfants à plus de 60 ans et à promouvoir la disparition de la minorité sexuelle. Que ces questions soulèvent des problèmes de sociétés, nul n'en

doute ; que le droit ne doive pas être envahi par la psychologie qui consiste à justifier un ordre social en raison de présupposés indémontrables, c'est peut-être le seul point sur lequel nous serions d'accord avec M. Iacub. Ces points mis à part, nous voudrions montrer que les opinions de cet auteur sont surtout le vecteur d'une idéologie juridique qui n'accorde finalement du crédit qu'à une seule chose : l'argent. C'est ce que l'on montrera en étudiant au préalable la notion de consentement.

On a en effet l'impression en lisant les différents ouvrages que l'auteur confond consentement et volonté. Ainsi cette phrase à propos de la prostitution, « le consentement est un acte volontaire et non pas de désir » (CS, p. 148). De même à propos de la possibilité pour les personnes de plus de 60 ans de pouvoir recourir aux techniques de procréation artificielle : celle-ci permet aux femmes de vivre leur vie professionnelle comme elles le souhaitent (BV, p. 99). Or, le consentement n'est pas la volonté. On reprendra ici la distinction élaborée par le professeur M.-A. Frison-Roche entre consentement et volonté. Ainsi, selon cet auteur, « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté » tandis que, « par le consentement, elle exprime sa capitulation... La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement » (Revue trimestrielle de droit civil, p. 573 et s.). Bref, le seul moment où un individu manifeste sa volonté, c'est quand il rédige son testament et non lorsqu'il décide de s'engager dans une relation avec autrui. Comme l'écrit le professeur G. Rouhette dans l'article qu'il a consacré à la notion de contrat dans l'encyclopédie Universalis, « ce qui prédomine, ce n'est pas tant la volonté que la loi partant du constat que l'on passe un contrat comme on contracte une fièvre ».

On mesure bien la différence entre les deux notions et l'ambiguïté d'un discours qui, par effet rhétorique, ne jure que par le consentement. Cette différence se prolonge dans l'expression des limites au consentement, le principe étant que la liberté contractuelle ne peut déroger aux règles d'ordre public. Encore faut-il s'entendre sur la définition de cette notion. Pour M. Iacub, nul doute qu'il s'agit du vecteur de la reproduction d'une morale surannée qu'il faut dépasser ; pour notre part, il s'agit davantage du moyen d'assurer l'égalité de droit des individus par delà les différences de fait.

On illustrera notre différence de vue par deux arrêts récents dont les solutions s'inscrivent clairement dans l'optique doctrinale défendue par M. Iacub. Dans un arrêt de la Cour de cassation de la première chambre civile du 29 octobre 2004 qui constitue ce que l'on appelle un revirement de jurisprudence sur le sujet, les juges ont renoncé à contrôler la cause en matière de libéralité. Pour le dire autrement, les dons qu'une personne accorde à une autre sont valables, peu

importe la raison qui est à l'origine de la libéralité. En l'occurrence, il s'agissait d'une salariée qui faisait des heures supplémentaires en couchant après le travail avec son employeur nettement plus âgé qu'elle et qui reçut en contrepartie une somme d'argent. La famille voulut remettre en cause la donation sur le fondement de la cause illicite mais cela ne fut pas accepté par les juges. D'un côté, c'est une plus grande liberté qui se voit enfin reconnue aux individus libres et consentants. De l'autre, on peut légitimement se demander si ce n'est pas simplement le retour au paternalisme dans sa forme la plus sordide avec pour le personnel féminin la consécration du droit de cuissage.

Un deuxième arrêt, rendu par la Cour Européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales – CEDH, 17 février 2005, K.A. c/ Belgique –, illustre de façon encore plus spectaculaire l'ambiguïté résultant de la confusion entre volonté et consentement. Ainsi, en matière de sado-masochisme, peu importent les atteintes à l'intégrité physique, à partir du moment où la personne est consentante – ce que la Cour appelle l'autonomie personnelle. Et la Cour justifie la condamnation dont ont fait l'objet les participants à des activités sado-masochistes par la seule occurrence suivante : « bien qu'à un certain moment, la femme cria Pitié ! (fin du consentement), ils poursuivirent leurs agissements ». Car, à partir du moment où on est supposé libre et consentant, on est parfaitement à même de négocier sur tous ses droits et il n'y a pas de raison de protéger les individus contre eux-mêmes. Au nom de la liberté et des droits de l'homme, on peut donc réunir dans un même mouvement les sado-masochistes, la volonté de tuer de la mère de Vincent Humbert et le droit à la dignité humaine.

Le raisonnement est finalement implacable : la personne a voulu ce qu'elle a eu ; elle n'a donc pas à se plaindre. Et il serait malséant que les juges imposent des normes morales pour remettre en cause les actes passés. On peut par extension envisager de réduire la protection des individus en fonction du prix qu'ils paient lorsqu'ils prennent des transports en commun ou faire dépendre une augmentation de salaires d'un affaiblissement des normes de sécurité dans les entreprises. Il n'y a pas non plus de raison d'interdire les ventes d'organes alors que la nullité des contrats passés en la matière a le mérite de mettre riches comme pauvres sur un pied d'égalité. Le consentement permet donc de vider de sa substance tous les droits fondamentaux. Or, s'il est commun à tous de consentir, il faut être sacrément hypocrite pour fonder une critique de l'ordre juridique existant en faisant abstraction des conditions sociales dans lesquelles s'exerce le consentement. Pour reprendre le cas de la prostitution, le problème n'est pas le consentement de la prostituée ou du prostitué mais la traite des êtres humains, les conditions de travail indignes...

Les arguments en matière de procréation médicalement assistée pour les personnes atteintes de ménopause permettent de montrer à quel point les « démonstrations » de M. Iacub ne sont rien d'autres que la conformation à l'ordre dominant. Que l'on soit clair : le sujet mérite d'être débattu. Mais on ne peut justifier de telles techniques sous prétexte que « si cette méthode venait à se généraliser, les femmes pourraient s'occuper de leurs études et de leurs carrières comme les hommes, sans être encombrées par les charges que représentent les enfants, à l'âge où l'insertion professionnelle est le plus concurrentielle » (BV, p. 99). Le travail désigne à la fois une activité exercée contre salaire mais également l'activité de la femme enceinte quand elle accouche. Or, un droit du travail, c'est précisément un droit qui doit permettre aux femmes d'accoucher quand bon leur semble et de leur assurer un retour à l'emploi où on ne leur reprochera pas leur situation. D'ailleurs, l'une des différences entre les pays développés et les pays non-développés en matière de droit du travail se situe malheureusement dans le fait que beaucoup n'ont d'autres solutions que d'accoucher sur leurs lieux de travail. Dès lors, si on suit le raisonnement de M. Iacub, on ne voit plus l'utilité des règles protectrices dans l'entreprise, sauf à y voir, pour reprendre sa conception de la discrimination que l'on exposera par la suite, une discrimination entre celles qui veulent faire carrière et les autres. Et l'on comprend ici que l'indifférencialisme prôné par M. Iacub n'est rien d'autre qu'une négation du droit, tout droit reposant précisément sur des différences.

Cet auteur se fait fort de démasquer les distinctions qui sous-tendent toute discipline juridique. Cet auteur veut nous montrer que toute limite au consentement est une immixtion dangereuse de l'Etat dans nos vies privées. Elle érige finalement le consentement de l'individu comme principe régulateur par delà le bien et le mal. Dans cette perspective, on ne s'étonnera pas de trouver en filigrane à ses démonstrations une fascination pour les nouvelles technologies en matière de procréation médicalement assistée qui nous permettent d'effacer les conséquences que l'on peut attribuer à la distinction homme-femme. En cela, l'égalité juridique se confond avec un principe d'indistinction et une morale dont les valeurs dépendent des nouvelles technologies. Pour le dire autrement, l'objectivité scientifique et technologique doit nous détacher de notre subjectivité trop emprunte de valeurs morales. On ose imaginer ce qui se passerait si un scientifique en venait à réhabiliter l'inégalité des races.

De tels excès reposent essentiellement sur des imprécisions et des sophismes, en dépit des précautions méthodologiques que prend l'auteur.

L'imprécision terminologique comme méthode juridique

M. Iacub nous avertit (p. 15 CS) : « le droit utilise des termes du langage courant,

mais en les subvertissant afin de construire des significations qui lui sont propres ». C'est typiquement le genre de phrases qui vise à donner un caractère sérieux lorsque l'on souhaite effectuer une démonstration. En même temps, on pourrait s'attendre devant une telle profession de foi – « le rapport du langage proprement juridique au langage commun n'est pas simple » (p. 16) – que l'auteur va s'employer à utiliser les mots juridiquement justes. Or, il n'en est rien. Ainsi, à propos du viol, l'auteur s'offusque que « l'on traite de la même manière des hommes armés qui vous ont brutalisée dans une rue sombre la nuit et un petit ami qui s'est montré finalement un peu trop insistant et qui avait surtout le tort de ne pas être « vraiment amoureux » (AES, p. 156-157). C'est complètement faux pour deux raisons : d'une part, le code pénal distingue clairement le viol puni de quinze ans (art. 222-23) et le viol réalisé avec violence (art. 222-24) puni cette fois de vingt ans de réclusion criminelle ; d'autre part, le droit pénal est marqué par le principe de personnalité des peines en vertu duquel le juge est libre de moduler la peine en fonction du caractère du délinquant.

L'auteur nous objectera que cela ne remet nullement en cause son propos : le caractère excessif de la peine en matière de viol. Si le violeur est un criminel et si le crime est donc sexuel, c'est parce qu'en droit pénal, on distingue trois catégories d'infractions en fonction de la gravité de la peine : les contraventions, les délits et les crimes lorsque la répression est supérieure à dix ans de prison. Or, pour M. Iacub, « est-il normal que celui qui viole notre consentement en matière sexuelle soit bien plus lourdement puni que celui qui nous blesse si gravement que nous restons handicapé à vie ? » (AES, p. 133). L'auteur conclut d'ailleurs cet ouvrage par un souhait de dépénalisation des infractions sexuelles. La question mérite d'être posée. Encore faut-il cependant ne pas en faire un procédé rhétorique. Pour parfaire sa démonstration, l'auteur met en balance la répression peu élevée en matière d'homicide involontaire. Mais, on voit ici qu'elle confond deux catégories d'infractions : celles où effectivement il y a une intention qui accompagne le comportement répréhensible et celles où le comportement découle d'une prise de risque sans pour autant qu'il y ait intention de tuer. Pour faire simple, ce n'est pas la même chose d'appuyer sur l'accélérateur quand on voit son pire ennemi traverser la route et renverser quelqu'un sur la route en raison d'un excès de vitesse. Dans un cas comme dans l'autre, il y a un cadavre sur la chaussée mais la répression dépendra de la démonstration de l'intention à l'origine de l'acte. C'est tout l'enjeu du droit pénal moderne de reposer sur cette démonstration et c'est tout l'enjeu de la définition d'une procédure pénale équitable que de définir des règles qui ne vont pas aboutir à présumer une quelconque culpabilité. On ne peut donc évacuer la question de l'intention criminelle aussi facilement que le fait l'auteur sauf à vouloir encore

et toujours ériger l'indistinction en norme d'appréciation des comportements. La pseudo-démonstration de M. Iacub n'est pas très différente de celle qui a accompagné la réforme de la fiscalité française de ces dernières années. Pour fonder une mesure extrêmement profitable pour les populations aisées, le bouclier fiscal, le gouvernement, aidé en cela par les médias, a martelé l'exemple de ces habitants de l'île de Ré qui, en raison de l'augmentation de l'immobilier, se sont retrouvés assujettis à l'Impôt sur la Fortune alors même qu'ils disposent de faibles revenus. A l'identique, M. Iacub prend des cas extrêmes pour dénoncer la répression en matière de viol mais ne se donne nullement la peine de préciser la part de condamnation en raison d'un viol commis avec circonstances aggravantes par rapport aux hypothèses du viol simple. Bref, on est davantage dans le sophisme que dans la rigueur juridique.

Dans *Bêtes et victimes* (p. 136), c'est la notion de discrimination qui est malmenée. Ainsi, l'auteur écrit : « ceux qui luttent contre les discriminations n'ont pas encore mis dans leur agenda la légalisation de l'euthanasie. Pourtant, il n'est pas absurde de penser que l'absence d'une telle loi constitue une forme de discrimination entre les personnes qui peuvent se tuer toutes seules et celles qui ont besoin d'assistance pour le faire, une main se substituant à leur propre main impuissante ». Et l'auteur de poursuivre son raisonnement sur la difficulté de notre société à penser le suicide. Pour autant, s'agit-il vraiment d'une discrimination ? L'auteur se garde bien de préciser le sens de ce terme en dépit de son souci de distinguer le langage commun et le langage juridique. Une discrimination se définit comme le traitement différent fondé sur un critère illégitime entre deux situations identiques. Parmi les critères illégitimes, la loi énumère le sexe, la religion, la race... Dans l'exemple donné par l'auteur, l'illégitimité du critère repose sur le fait que certaines personnes peuvent se donner la mort et d'autres non. On ne voit cependant pas en quoi les situations sont semblables. C'est comme si on estimait qu'il y avait discrimination entre ceux qui peuvent partir en vacances et ceux qui ne le peuvent pas. Autrement dit, si toute différence de situation peut être qualifiée de discrimination alors le problème ne se situe plus au niveau des discriminations mais découle de l'existence des différences de situation.

S'agissant du harcèlement moral (BV, p. 145-149), la critique est tout autant infondée. L'auteur dénonce cette infraction et pour cela, utilise un procédé classique analysé par A. O. Hirschmann dans *Deux siècles de rhétorique réactionnaire* en reprochant son caractère par nature incomplet. Comme on ne pourra jamais empêcher certains dommages liés au harcèlement moral, il faudrait créer « une nouvelle forme de causalité » pour mieux réprimer les auteurs de tels comportements. Quitte à inquiéter M. Iacub, on lui indiquera que c'est tout l'objet de la répression de l'ho-

micide involontaire que de rechercher si, à l'origine d'un décès, il n'y a pas « la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence » (art. 221-6), au titre desquels rentre la protection contre le harcèlement moral. On renverra pour illustration au contentieux né à la suite des suicides au sein de l'entreprise Renault. On ne doute pas que M. Iacub invoquerait pour justifier sa « démonstration » qu'ils étaient consentants à travailler dans des conditions de stress extrêmes ce qui, au passage, est l'argument préféré des entreprises pour s'exonérer de leur responsabilité.

On pourrait multiplier les sophismes de ce genre auquel s'ajoutent des phrases qui ignorent tout des règles procédurales. Par exemple, « une jeune fille de quinze ans fit condamner à des peines... (AES, p. 158). Sauf erreur de notre part, il n'y a pas de procès sans condamnation, sauf à estimer que la condamnation n'ayant pas lieu d'être, tout procès devient superfétatoire.

A ces sophismes s'ajoutent les inévitables poncifs sur la sexualité tels que l'identité des modes de contamination du SIDA entre la fellation et la sodomie. Pour un livre qui se veut en rupture avec les préjugés – « on nous enseigne à tous bien des idées fausses sur la réalité de la culture sexuelle dans laquelle nous vivons (AES, p. 9) –, on relèvera également cette phrase « dans les saunas gays et les *back-rooms*, l'usage du préservatif est bien loin d'être systématique » (AES p. 116), assertion impossible à démontrer faute d'enquête sur le sujet. Et même quand l'auteur cite des études (AES p. 145), elle se garde bien d'indiquer une quelconque référence. Enfin, l'auteur écrit en 2004 qu'en Finlande, « le viol simple est puni d'une peine d'intérêt général » (BV, p. 171). Surpris par la différence avec le droit français, nous sommes allés vérifier sur Internet et les sites consultés donnent cependant l'impression que le viol est tout autant condamné dans ce pays qu'en France. Quand on voit l'importance que prend la référence au droit comparé dans ses différents ouvrages, on peut légitimement s'interroger sur la manière dont elle retranscrit les cas dont elle se sert pour rédiger ses « pseudo-démonstrations ». Mais il est vrai que l'idéologie n'a pas besoin d'arguments fiables pour fonder sa véracité.

Nous sommes donc confrontés à un auteur qui se prévaut d'une légitimité institutionnelle pour asséner des sophismes et ressasser des poncifs, voire des choses fausses. Pour quelqu'un qui souhaite faire réfléchir ses lecteurs sur la distinction entre « le permis et l'interdit » (BV, p. 21), c'est quand même surprenant. Avec des mots de droit, on peut faire un discours anti-juridique, tout comme avec des ingrédients de cuisine, on peut réussir un plat immangeable. Nous voudrions donc en conclusion nous interroger sur les facteurs qui aident à nous faire gober ces discours et qui malheureusement, commencent à rencontrer un écho sur le plan jurisprudentiel.

Conclusion

On se contentera de deux facteurs pour tenter d'expliquer la médiatisation d'un tel discours.

En premier lieu, on retiendra, derrière son apparence provocante, son côté éminemment simpliste : tout dépend de ce que veut l'individu et il n'y a pas de raison d'interdire en matière de sexualité, sauf à tracer les voies d'une nouvelle dictature. Comme dirait le Medef, il faut libérer les énergies créatrices et assouplir le droit du travail sauf à laisser perdurer la dictature des syndicats. C'est exactement la même rhétorique : travailler plus pour gagner plus, baiser plus pour jouir plus... Il y a une réversibilité des discours selon les domaines qui est saisissante. Sur le fond, on retrouve une opposition classique entre partisans de la liberté et ceux de l'égalité devant la loi avec une nuance de taille : la liberté de l'individu est conçue d'une façon tellement abstraite qu'elle en arrive à rejeter l'idée même d'égalité. Dans un tel monde, pour reprendre la rhétorique propre au sado-masochisme, il y a nécessairement des gens soumis et l'inégalité devient une composante essentielle de la réalité.

En deuxième lieu, la posture indifférencialiste est foncièrement relativiste, ce qui correspond parfaitement à l'époque actuelle. Il n'est plus légitime d'empêcher la polygamie ; on appellera cela une libre association de personnes consentantes. Les mineurs peuvent se marier en toute liberté. Quant à l'excision, si les personnes sont consentantes, passé un certain âge, cela devrait pouvoir se dérouler sans que l'on ait à s'en offusquer. Le seul problème, c'est que pour vérifier le consentement dans toutes ces hypothèses, il faut multiplier les instances étatiques au risque de porter atteinte aux libertés individuelles. On voit ici se dessiner les contours du nouvel ordre social : on donne l'illusion d'un ordre juridique en mettant l'accent sur la procédure – la mystique du consentement éclairé – et en parallèle, on légitime toutes les pratiques culturelles au nom de l'indifférenciation. Le libéralisme devient ainsi l'instrument de la matérialisation du communautarisme, au nom des droits de l'homme bien sûr.

Par ses excès, les thèses de M. Iacub ne cherchent pas à convaincre ; elle est à la doctrine juridique ce que J. Vergès est à la profession d'avocat : quand il perd, il prétend qu'il a gagné ; quand on la contredit, elle prétend qu'on n'a rien compris. Bref, peut-être n'avons-nous rien compris. Nous espérons seulement avoir essayé de montrer que la provocation n'est en rien gratuite et que l'ordre juridique libre et dépourvu de morale que l'on nous vante n'est rien d'autre qu'un ordre social profondément injuste.