

La prostitution et l'objet du contrat : un échange tabou?
Prostitution and the Object of the Contract: A Taboo Bargain
La prostitución y el objeto del contrato: Un intercambio tabú

Jean Danet

Number 43, January 2007

La vente de soi : du management à la prostitution

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1002482ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1002482ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Liber

ISSN

0831-1048 (print)

1923-5771 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Danet, J. (2007). La prostitution et l'objet du contrat : un échange tabou?

Cahiers de recherche sociologique, (43), 109–120.

<https://doi.org/10.7202/1002482ar>

Article abstract

French law does not incriminate prostitution activities per se. Nevertheless, it considers the prostitution contract to be illicit, thereby equating it with exercising a tolerated liberty that the law refuses to regulate. An analysis of the object of the contract shows that this illicitness cannot be considered to rest on the human body's inalienability. From a legal standpoint, neither the obligations arising from the contract nor the performances expected from the parties present any genuine originality in relation to employment contracts or agreements to provide certain services (massage, breast feeding, etc.). Only the object of the contract, i.e. the nature of the bargain (sexual relations in exchange for money) may find the basis of its illicitness in its disregard for physical public order, the successor of morality.

Jean Danet

La prostitution et l'objet du contrat : un échange tabou ?

Si vous marchez dehors, à cette heure et en ce lieu, c'est que vous désirez quelque chose que vous n'avez pas, et cette chose moi, je peux vous la fournir; car si je suis à cette place depuis plus longtemps que vous...

B.-M. KOLTÈS

Dans la solitude des champs de coton

LA RÉALITÉ DE LA PROSTITUTION N'EST PAS PRISE EN COMPTE PAR LE DROIT français et c'est là sans doute un choix bien commode. Car si elle devait l'être, le juriste découvrirait bien vite la parenté ou, au moins, la proximité qui existe entre les questions soulevées par l'analyse en droit de cette activité et celles posées par le contrat de travail et le contrat de fourniture de services. Mais le discours sur le caractère attentatoire à la dignité de la personne que présente selon certains la prostitution ne s'en trouverait-il pas alors modifié ?

Rappelons que le droit français contemporain est organisé autour d'une position abolitionniste qui est ainsi définie par le législateur : l'« abolitionnisme » consiste à « autoriser la prostitution ou plus exactement à ne pas l'interdire ni la contrôler, en attendant de l'éradiquer par des politiques sociales à long terme ¹ ». L'abolitionnisme s'oppose à l'interdiction, la

1. Rapport d'information de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 30 (2002-2003) pour la sécurité intérieure, par Mme Janine Rozier, sénateur.

prohibition de la prostitution d'un côté et au contrôle et à la réglementation de l'autre. La France fut longtemps la championne du réglementarisme avant d'adopter au sortir de la seconde guerre mondiale la position abolitionniste. Comme soixante-douze pays au total dans le monde, elle a ratifié la convention de l'ONU du 2 décembre 1949 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, ce qui pourrait suffire à la classer dans le camp des pays abolitionnistes, mais il faut ajouter que, au contraire de nombreux des pays européens qui ont aussi ratifié cette convention, elle se refuse à pratiquer comme eux, sous un abolitionnisme théorique, une forme de réglementarisme sur le plan pratique. Sa position est du coup relativement isolée.

En 2003, le législateur français a réaffirmé avec force son choix abolitionniste. Il l'a fait concrètement en incriminant, en plus du proxénétisme, la traite des êtres humains², qui n'est pas nécessairement liée à la prostitution mais qui peut l'être. Il a transformé en délit le fait de racolage, assimilant racolage actif et passif. Le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes vulnérables est également un délit et, en ces cas, le client est poursuivi.

Pour résumer la situation, disons que la personne qui se prostitue est pour le code pénal la victime possible d'un passeur, d'un proxénète, d'un souteneur et, si elle est mineure ou vulnérable, du client qui a recours à elle. Elle n'est auteur d'une infraction que si elle racole sur la voie publique ou s'exhibe. La prostitution n'est pas incriminée en tant que telle et ceux et celles qui s'y livrent sont d'abord posés en victimes par le droit.

À partir de là, comment pourrait-on analyser en droit les pratiques sexuelles tarifées qui ne font tomber personne sous le coup de la loi pénale? Que dire en droit de cette activité qui n'est pas prohibée, et qui donne même lieu à imposition au titre des revenus qui en sont retirés? Comment l'analyser au regard des catégories juridiques classiques? Ou plutôt comment pourrait-on en rendre compte avec les catégories juridiques classiques si le droit cessait l'hypocrisie consistant à l'ignorer lorsqu'elle ne tombe pas indirectement sous le coup de la loi pénale (racolage, exhibition sexuelle), lorsqu'il ne l'analyse pas comme une situation, un état de victime (du proxénétisme, de la traite ou d'une contrainte qui fonde la pénalisation du client d'une personne prostituée mineure ou vulnérable) et lorsqu'il lui applique de manière très pragmatique mais sans la théoriser la loi fiscale?

Comment analyser avec les catégories juridiques l'activité prostitutionnelle qui est tenue par une personne adulte et non vulnérable et qui, sans racoler dans la rue, se prostitue chez elle ou chez ses clients sans être liée ni à un passeur ni à un souteneur, sans être contrainte par un proxé-

2. La traite des êtres humains est le fait, contre rémunération ou tout autre avantage, de recruter une personne, de la transporter, la transférer, l'héberger ou l'accueillir, pour la mettre à disposition d'un tiers, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail contraires à la dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit.

nète? La situation n'a rien de théorique. Elle est même parfaitement banale.

Il est au moins une situation que cet état de notre droit pénal nous amène à écarter d'emblée : une personne qui se prostitue ne peut pas être la salariée d'une entreprise individuelle ou d'une société dont l'objet serait le développement et l'exploitation d'une activité prostitutionnelle sans que nous ne retrouvions aussitôt le champ du droit pénal. Car l'employeur, personne physique ou personne morale, et les dirigeants de celle-ci se rendraient coupables de proxénétisme³. En effet, le droit français incrimine de manière générale le fait de soutenir, c'est-à-dire d'aider, de fournir les moyens matériels (hôtel, caravane, automobile, etc.) de l'activité comme de tirer profit des revenus de la prostitution. Le proxénète est celui qui tire profit, qui soutient ou embauche et organise l'activité de prostitution⁴.

Il n'est donc pas possible de penser la prostitution directement sous la catégorie du salariat dans une entreprise qui aurait pour objet de proposer au public des prestations sexuelles tarifées ni sous la forme de la sous-traitance, car les partenaires des personnes prostituées tomberaient sous le coup de la loi pénale. L'incrimination de proxénétisme limite donc la prostitution à être une activité indépendante ou du moins individuelle.

D'une certaine manière, cet interdit pénal nous invite à ne pas penser immédiatement l'activité prostitutionnelle sous les catégories du droit du travail, mais à faire le détour par les catégories fondamentales du droit civil, de la même manière d'ailleurs que l'on peut rapporter le débat sur l'objet du contrat de travail aux catégories fondatrices du code civil.

L'activité de prostitution consiste à proposer à autrui et exécuter des pratiques sexuelles tarifées. Nous sommes donc en présence d'un contrat. En effet, «la particularité du contrat par rapport aux autres types de convention, c'est-à-dire par rapport à tous les accords entre deux ou plusieurs parties ayant pour objet de créer des effets de droit, est que le contrat a pour but l'obtention d'un effet de droit particulier : la création d'obligations à la charge d'une ou de plusieurs des parties⁵». Le contrat ainsi défini se

3. C'est l'incrimination de proxénétisme qui exclut la prostitution du champ du contrat de travail et non pas la prostitution, qui n'est pas une activité illicite en elle-même contrairement à ce qui peut parfois être dit. En ce sens, J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 2004 (3^e éd.).

4. Article 225-5 du code pénal : «Le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : 1. d'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ; 2. de tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ; 3. d'embaucher d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire.»

5. M. Fabre-Magnan, «Le contrat de travail défini par son objet», dans A. Supiot (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, «Droit et société», 1998, p. 101-124.

distingue d'une part de l'acte juridique unilatéral de volonté tel le testament, et d'autre part de l'accord de volonté non obligatoire tel que l'acte de courtoisie (une invitation), l'acte de complaisance (l'engagement de transporter quelqu'un bénévolement), ou encore l'engagement d'honneur⁶.

À partir de là, les difficultés commencent. Car tout comme pour le contrat de travail, «la question cruciale⁷» est celle de l'objet de ce contrat. Sous cette notion d'objet du contrat, les juristes visent deux, voire trois notions différentes.

L'objet des obligations nées du contrat tout d'abord. Ici, le code civil en son article 1101 nous dit que «le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose». Le client a sans conteste une obligation de donner le prix fixé pour les «pratiques sexuelles tarifées» convenues avec la personne qui se prostitue.

Mais quel est l'objet des obligations de cette dernière? Ici la difficulté n'est pas distincte de celle que la doctrine⁸ a parfaitement repérée à propos du contrat de travail. À première vue, on est tenté de dire que la personne qui se prostitue s'engage à faire quelque chose (obligation de faire) et de la même façon que le code civil dénommait le contrat de travail⁹ louage d'industrie ou louage de services et qu'il en traitait dans le même chapitre que le louage d'ouvrage, on pourrait dire que l'objet des obligations de la personne qui se prostitue s'inscrit parfaitement dans ces notions. Ici le service promis est un acte matériel, et non pas un acte juridique, et on serait donc en présence d'un simple contrat de prestation de service, et plus particulièrement d'un contrat de louage d'ouvrage, appelé contrat d'entreprise.

Ainsi entendues les choses paraissent assez simples: il existe entre le client et la personne qui se prostitue un contrat de louage d'ouvrage, contrat synallagmatique¹⁰ par lequel le client s'oblige à payer un certain prix (obligation de donner) et la personne qui se prostitue s'oblige à pratiquer avec le client un acte sexuel (obligation de faire). Ainsi présenté, le contrat de prostitution soulèverait de la part de nombre de ses détracteurs une immédiate protestation. On nous dirait que la personne qui se prostitue «est autrement engagée, dans sa personne et dans son corps, que ne l'est un entrepreneur¹¹». Cela paraît incontestable puisque la

6. Voir F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, «Précis», 2005 (9^e éd.), n° 45 et suiv.

7. M. Fabre-Magnan, art. cité.

8. M. Fabre-Magnan, art. cité.

9. Cette dénomination n'apparaît sous la plume du législateur en France et pour la première fois que dans une loi du 18 juillet 1901 (A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, «Les voies du droit», 1994, p. 52).

10. Article 1102 du code civil: «Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.»

11. Cette remarque est volontairement reprise de l'article de M. Fabre-Magnan, mais avec cette précision essentielle que, dans ledit article, c'est du salarié qu'il est question. L'auteur rappelle que «cette thèse a surtout été soutenue par

même observation a pu être faite d'une manière générale à propos de l'activité salariée. Ce n'est pas en effet seulement le résultat de l'activité du salarié que l'employeur acquiert, mais « cette activité à la source, pourrions-nous dire¹² », et A. Supiot de préciser : « c'est le travail qui est payé et non son résultat, qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un service¹³ ». Et M. Fabre-Magnan d'ajouter, ce qui constitue une autre preuve de ce que le contrat de travail crée davantage qu'une simple obligation de faire et met en réalité en jeu le corps même du salarié : « une personne morale ne peut en aucun cas être salariée ».

Donc, le contrat portant sur des prestations sexuelles tarifées met bien en cause le corps de la personne qui se prostitue, mais ce n'est aucunement une particularité, il en est également ainsi de tout contrat de travail.

La comparaison entre notre contrat spécifique et les catégories générales du contrat de travail ou d'entreprise peut même être poussée plus loin encore au regard des règles distinctes qui les régissent en cas d'inexécution.

S'agissant du contrat d'entreprise, l'article 1144 du code civil prévoit que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution. » Ici, et bien que le contrat soit conclu *intuitu personæ*, la personne du débiteur ne participe pas de la définition de l'objet du contrat. C'est la raison pour laquelle si la personne avec laquelle il a conclu, et qui en ce sens est bien entrée dans le champ contractuel, qui a bien été choisie, n'exécute pas le contrat, l'objet de celui-ci peut être exécuté aux frais du débiteur par une autre personne.

S'agissant du contrat de travail, au contraire, l'employeur « acquiert » l'activité du salarié, et la prestation promise est indétachable de la personne du salarié¹⁴. Et le civiliste d'en conclure que « le salarié participe de la définition du contrat de travail ; il est, au moins en partie, l'objet du contrat de travail ».

Cette analyse est délicate sur le plan de ses conséquences. En effet, si l'objet du contrat de travail n'est pas seulement une obligation de faire et comme il ne saurait être une obligation de ne pas faire, il serait, si l'on en croit le code civil, une obligation de donner. Mais donner quoi ? Pas le produit de son travail, car le salarié n'en a jamais été propriétaire, et il n'est pas question qu'il le soit. Pas son corps, car l'idée que « l'employeur pourrait acquérir, par le contrat de travail, un droit de propriété sur la personne

A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, thèse Bordeaux, dactyl. 1979 et reprise par cet auteur dans son ouvrage *Critique du droit du travail*, PUF, "Les voies du droit", 1994, spéc. p. 51 s. ».

12. M. Fabre-Magnan (art. cité) renvoie sur ce point à T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Droit social*, 1992, p. 860, § 5.

13. A. Supiot, *op. cit.*, p. 60.

14. M. Fabre-Magnan, art. cité.

du salarié, ou sur l'un des éléments de son corps... est, bien évidemment, inadmissible¹⁵». Le professeur J. Savatier en revient donc pour sa part à l'idée d'une obligation de faire ou de ne pas faire: «Le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur, il se borne à contracter des obligations de faire ou de ne pas faire. Ses droits sur son corps sont inaliénables¹⁶.»

Face à cette conception, qui repose sur l'idée classique selon laquelle le salarié en tant qu'être humain n'est pas propriétaire de son propre corps et ne peut donc transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même, seule une partie minoritaire de la doctrine milite en faveur d'une reconnaissance de la «réalité» du corps et de l'appropriation de celui-ci par la personne¹⁷.

Entre les deux, Fabre-Magnan propose de redécouvrir, comme un juste milieu entre l'obligation de faire et de donner, l'obligation de *proestare* dont l'historien Gazzaniga rappelle qu'elle se définissait en droit romain comme l'obligation de livrer une chose corporelle au créancier sans lui transférer la propriété¹⁸. Certes elle a été oubliée par le code civil mais il est toujours possible de redécouvrir la notion comme fondant, mieux que toute autre, le contrat de travail.

Dans le contrat que passent la personne qui se prostitue et le client, on voit bien qu'il y a aussi peut-être autre chose qu'un contrat d'entreprise conclu *intuitu personæ*. On imagine mal, si la justice civile se prêtait à la régulation de ces relations contractuelles, qu'un client à qui une personne prostituée refuserait d'exécuter les pratiques sexuelles pour lesquelles il a payé demande leur exécution aux frais de la débitrice par une autre personne. Et l'on voit bien que la prestation est indétachable de la personne prostituée. On peut bien, à partir de là, dire que l'obligation n'est pas celle de donner, car une personne qui se prostitue n'entend aucunement vendre son corps¹⁹ en tarifant des pratiques sexuelles qui s'inscrivent d'ailleurs en un temps limité et parce que le corps humain est indisponible. Mais admettrait-on le contraire que l'activité de prostitution ne serait pas davantage analysée comme une obligation de donner, ni par les clients ni

15. *Ibid.*

16. J. Savatier, «La liberté dans le travail», *Droit social*, 1990, p. 56.

17. Notamment J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, p. 228.

18. M. Fabre-Magnan, art. cité. «De la même façon, c'est cette obligation de *proestare* qui nous semble seule de nature à décrire justement les obligations que prend le salarié dans le contrat de travail. Il s'agit d'une obligation certes moins contraignante qu'une obligation de donner, mais bien plus qu'une simple obligation de faire. Il y a mise à disposition d'autrui, obligation de fournir quelque chose à autrui.» J. L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, «Droit fondamental», 1992, p. 12.

19. C'est même l'un des arguments le plus fortement assésés par les prostituées qui revendiquent la reconnaissance de leur activité et sa professionnalisation à leurs adversaires. «Je ne vends pas mon corps qui est parfaitement entier», disait en substance Grisélidis.

par les prostituées. Et si l'on ne veut pas se satisfaire de la définition de l'obligation qui pèse sur la personne qui se prostitue comme une obligation de faire, alors il reste cette obligation de *præstare* qui renvoie au surplus à l'idée de prestation.

Mais quelle est alors cette chose corporelle qui ne peut être le corps et que la personne physique peut avoir à fournir en certains contrats ?

Pour le salarié, à cette question, on connaît la réponse : la force de travail, la capacité de travail est l'objet de la prestation de travail. Et c'est alors un argument de plus aux yeux de ceux qui soutiennent la doctrine favorable à la notion de *præstare* pour dire que le contrat de travail n'est pas un louage de services, variété du louage de choses²⁰. La force de travail ne saurait en effet selon eux être considérée comme un bien²¹, c'est-à-dire comme une chose susceptible d'appropriation puisqu'il s'agit d'un élément de la personne. Les autres voient la liberté du travail comme le succédané de la propriété à propos de la force de travail : « Elle assure sa réservation comme si elle était objet de propriété, tout en consacrant son irréductibilité à la propriété, en raison de son inaliénabilité²² » et parlent alors de « quasi-propriété ».

Le plus intéressant, pour notre contrat spécifique de prostitution, est de noter qu'à propos du contrat de travail une partie de la doctrine ne masque pas l'enjeu que recouvre cette notion de force de travail. La force de travail est une des facettes de la personne salariée. Certes, ce n'est pas toute la personne qui est mise à disposition de l'employeur, mais l'objet du contrat de travail serait une part du sujet²³. Pour cette raison, d'ailleurs, la qualification de louage de services est aussi écartée par cette doctrine. Non seulement il est argué contre cette solution de ce que le louage ne pourrait sans contradiction avoir pour objet un service, mais surtout, la notion de louage de services manquerait le fait que ce n'est pas un simple service qui serait l'objet du contrat de travail mais « la personne dans sa capacité de travail²⁴ ». Cette partie de la doctrine insiste aussi sur le fait que si la volonté du salarié est engagée, cela n'empêche nullement que le contrat de travail ait à voir avec le principe de l'indisponibilité du corps humain et que c'est pour cela que l'employeur ne doit pouvoir exercer une emprise sur le corps du salarié que dans la mesure où celle-ci est nécessaire à l'exécution du contrat de travail. Et qu'elle doit être très strictement encadrée.

20. Cette analyse du contrat de travail comme un louage de services est soutenue par T. Revet, art. cité. Du même auteur, voir *La force de travail. Étude juridique*, Paris, Litec, « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1992.

21. Pour le code civil (article 1713), « on peut louer toutes sortes de biens meubles et immeubles ».

22. T. Revet, *La force de travail*, op. cit., p. 389.

23. M. Fabre-Magnan, art. cité, et A. Supiot, op. cit.

24. Et M. Fabre-Magnan et A. Supiot font d'ailleurs observer « les termes révélateurs utilisés par l'article 1779 du code civil qui parle du "louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un". C'est donc bien les gens qui sont loués », note M. Fabre-Magnan.

Pour le contrat passé entre la personne qui se prostitue et son client, le même débat pourrait surgir.

Les uns peuvent soutenir que la liberté de se prostituer, de disposer de son corps à une telle fin est un succédané de la propriété sur son propre corps. Le client se réserve, le temps des pratiques sexuelles, la capacité de la personne prostituée à fournir une prestation sexuelle comme si cette capacité était objet de propriété. Mais, en même temps, l'inaliénabilité du corps humain, comme pour la force de travail, consacre l'irréductibilité de la liberté de se prostituer à la propriété : la personne qui se prostitue ne peut « se vendre », ni même vendre sa force de travail, sa capacité à fournir une prestation sexuelle. D'où pour ceux-là le recours à la notion de louage de services.

Les autres, intéressés par la notion d'obligation de *praestare*, soucieux d'affirmer que, dans le rapport entre la personne prostituée et le client, l'objet du contrat est la personne dans sa capacité de fournir une pratique sexuelle, convaincus qu'elle y engage un des aspects de la personne humaine, du corps humain, comme dans le contrat de travail ou dans des contrats qui portent sur certains éléments de la personnalité (image), affirmeront haut et fort que ce contrat engage le corps. Mais ils ne feront que rejoindre certaines des analyses les plus rigoureuses menées à propos du travail. Ils acteront d'ailleurs que, dans ce contrat, l'emprise du client sur le corps de la personne qui se prostitue doit être strictement limitée à ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat. Les personnes qui se prostituent et qui militent pour la reconnaissance de la prostitution comme une activité professionnelle insistent d'ailleurs sur le fait que, dans la relation avec le client, ce sont elles qui, en l'absence de toute autre régulation, veillent à définir avec précision les conditions et les limites de cette implication de leur corps dans le contrat.

Enfin certains peuvent, mais l'enjeu dépasse largement la prostitution, militer pour la reconnaissance de la « réalité » du corps et de l'appropriation de celui-ci par la personne²⁵.

Bref, ce n'est pas dans la définition juridique de l'objet des obligations nées du contrat qu'il faut chercher une grande originalité de notre « contrat de prostitution » et qui expliquerait que le droit se refuse à le penser autrement qu'une liberté, liberté tolérée c'est-à-dire abandonnée à elle-même plutôt qu'organisée ou au moins régulée par le droit²⁶.

On peut même aller encore un peu plus loin et noter que la prohibition du marchandage, c'est-à-dire l'interdiction de faire une plus-value sur

25. Voir notamment les travaux de M. Iacub.

26. C'est à notre avis le seul sens dans lequel on peut comprendre cette idée souvent reprise d'une liberté « tolérée », car pour le reste une liberté est ou n'est pas. Ce n'est donc pas sur l'existence de la liberté que porte le mot toléré mais sur son exercice et la protection qu'en assure le droit. La prostitution est, en France, une liberté tolérée par opposition à une liberté dont l'exercice serait protégé par le droit.

le travail d'autrui²⁷, n'est pas sans approcher, si l'on veut bien penser les choses en termes strictement juridiques, l'interdiction de tirer profit de la prostitution si celle-ci est pensée comme un contrat spécifique du même type que le contrat de travail entre le client et la personne prostituée. Il n'y a pas d'obstacle véritable à imaginer que la personne qui se prostitue passerait avec chaque client un contrat de travail, de même qu'un prestataire de services (emplois familiaux ou autre) qui contracte avec de multiples employeurs peut préférer en être le salarié plutôt qu'être à son compte.

Les tenants de l'analyse des obligations du salarié sous l'obligation de *præstare* ajoutent que, dans ce cadre, le critère du contrat de travail, à savoir la subordination, « apparaît comme le substitut de l'absence de dépossession » de la force de travail, « la compensation trouvée à l'absence de dépossession », faute que la force de travail puisse être détachée du corps inaliénable du salarié. De la même manière, les tenants de la reconnaissance d'une professionnalisation de la prostitution pourraient ainsi opter pour la solution du contrat de travail entre client et personne prostituée, trouvant dans l'analyse du contrat de travail et du critère de subordination les arguments pour soutenir que ce contrat n'entraîne pas plus que le contrat de travail une violation de l'indisponibilité du corps humain.

Si l'étude de l'objet des obligations nées du contrat ne nous dit rien d'original sur le contrat passé entre le client et la personne qui se prostitue, reste donc pour expliquer, par les notions de droit civil, le sort particulier réservé à ces contrats l'objet des prestations des parties ou, notion plus discutée en son utilité, l'objet du contrat.

L'objet concret des prestations des parties, il faut bien en convenir, est ici assez varié selon les cas, à en croire l'abondante littérature des prostitué(e)s ou ex-prostitué(e)s sur les demandes de leurs clients. Pour en rester dans les catégories juridiques, on peut, en première approche si l'on ose dire, distinguer les prestations que le client demande à la personne prostituée de subir sur ou en son corps de celles qu'il lui demande de lui faire subir ou d'exécuter sur son corps à lui. Hormis le fait que ces prestations mettent généralement en jeu les organes sexuels, mais ce n'est pas toujours le cas, il n'est guère ici de particularité. Les premières ne sont pas plus intimes que les prestations qu'une nourrice allaitant un enfant devait remplir et il convient de rappeler que, si les articles 16-1 du code civil et L1211-1 du code de la santé publique semblent rendre illicite l'allaitement maternel depuis une date récente en France (1994), c'est à partir de l'idée de prohibition de la cession des éléments et produits du corps humain et non point de la relation corporelle entre la nourrice et l'enfant²⁸. L'objet

27. G. Couturier, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles*, Paris, PUF, «Droit fondamental», 1994 (2^e éd.), p. 108.

28. Sur cette question du contrat d'allaitement, sur son caractère parfaitement licite jusqu'à il y a peu en France et son regain de succès actuellement aux États-Unis, voir M. Herzog-Evans, *Le droit et l'allaitement maternel*, à paraître.

des prestations de massage ou plus largement de soins concerne aussi le corps du client. Dans tous les cas, on peut toujours faire entrer ces prestations concrètes dans les catégories de «force de travail» ou de «capacité de travail». D'autant qu'on dit tout aussi bien à propos des actes sexuels que pour un travail qu'ils peuvent avoir épuisé ceux qui s'y sont livrés! Nul ne contestera le caractère physique de l'activité en cause.

En cela d'ailleurs, J.-P. Baud a raison de souligner le dévoilement de la notion de profession libérale quand on y inclut des activités telles que les massages ou la prostitution²⁹. On peut bien en effet concevoir que le contrat de prostitution soit un contrat de prestation de services passé entre un client et une prostituée qui exerce à son compte cette activité, et il s'agit alors d'une profession indépendante qu'on ne saurait confondre avec une profession libérale au sens premier et authentique de la notion: elle désignait en effet, avant qu'on ne la dénature, une activité intellectuelle. La prostitution pourrait être pensée comme une activité exercée soit de manière indépendante, soit de manière salariée, mais elle resterait une activité physique.

Pourrait-on imaginer à partir de là une discussion pour savoir s'il existe ou non une variété de contrats de prostitution dont les uns seraient des contrats rattachables au contrat de travail et d'autres qui relèveraient de la fourniture de services par une prostituée indépendante? Peut-être, et c'est l'absence d'une sociologie juridique de ces contrats qui fait ici défaut mais une chose est sûre, si la réalité laisse place à un tel débat, alors la prostitution rejoint une discussion juridique aujourd'hui très banale commencée dès les années 1960 avec les agriculteurs intégrés et qui aujourd'hui fait rage dans toutes les secteurs de l'emploi, avocats compris. Et peut-être assisterait-on à la requalification par le juge, s'il acceptait de remplir un rôle régulateur de ces contrats. Requalification en contrats de travail de contrats conclus entre les parties comme étant des contrats de fourniture de services. Cela ne nous éclaire pas sur une quelconque spécificité de ces contrats de nature à expliquer leur illicéité.

Par élimination, c'est sans doute autour de la notion d'objet du contrat que nous découvrirons la seule originalité de la situation qui lie le client et la personne prostituée et qui puisse expliquer la position de notre droit. L'objet du contrat a pu être défini comme «l'opération que les parties cherchent à réaliser³⁰». Et si une partie de la doctrine dénie l'intérêt de cette notion, n'y trouvant aucune utilité propre³¹, un autre auteur la défend en écrivant: «L'objet du contrat est l'opération, le plus souvent l'échange, que les parties cherchent à réaliser et il introduit donc une notion supplémentaire par rapport à l'analyse séparée des prestations échangées. Outre en matière de classification des contrats spéciaux, cette

29. J.-P. Baud, *op. cit.*, p. 198-200.

30. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*

31. J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1993 (3^e éd.), p. 656.

notion peut également avoir un intérêt pour juger par exemple de l'illicéité des contrats³².»

Évidemment, l'objet du contrat en matière de prostitution est bien un échange et un échange spécifique entre d'une part une somme d'argent et d'autre part une prestation recherchée, par celui qui paye, comme lui donnant, selon ses critères, un plaisir de nature sexuelle. Qu'il s'agisse d'un échange n'a rien d'original, mais c'est la nature de cet échange telle que pensée par le client qui fait la spécificité du contrat. Et c'est à notre sens la nature de cet échange qui lui vaut d'être ignoré par le droit. C'est de neutraliser la prise en compte de la nature de cet échange qui permet à l'administration fiscale d'imposer les revenus de la prostitution puisqu'elle se porte en aval de l'échange et ne considère que les revenus encaissés.

Finalement, le civiliste, pour refuser de s'intéresser au contrat de prostitution, pour refuser de protéger l'exercice de cette liberté, pour déclarer le contrat illicite, sans que l'activité ne soit pénalement incriminée, n'a d'autre appui que l'article 6 du code civil qui dit qu'on ne peut « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et c'est en effet sous le visa de cet article que l'on retrouve quelques décisions déclarant nulles « les conventions ayant pour objet des relations sexuelles hors mariage³³ ». Mais en prenant le soin d'interroger les catégories du droit civil, il est clair que ce n'est pas l'indisponibilité du corps humain qui justifie cette solution. La prostitution n'a ni plus ni moins à voir avec ce principe que le travail salarié. On peut tout à fait penser ce contrat comme ne mettant pas en cause l'indisponibilité du corps grâce aux notions mêmes qui épargnent au contrat de travail d'être stigmatisé. Les réponses données dans ce cadre sont parfaitement transposables dans notre domaine.

C'est l'échange en cause (argent contre plaisir sexuel) qui peut seul conduire à écarter ce contrat comme contraire aux « bonnes mœurs » ou si l'on préfère à l'ordre public corporel³⁴ qui s'y substitue peu à peu mais qui sur ce point précis n'a pas modifié notre droit. Non pas parce que cet échange mettrait en jeu l'indisponibilité du corps humain. Nous avons vu que ce n'est pas d'acquisition du corps humain ni même de sa location qu'il s'agit. Tout au plus de fournir cette chose qu'est cette force de travail dont la seule spécificité est d'être appliquée à l'acte sexuel. Ce sont bien plutôt des représentations sur les conditions dans lesquelles la relation sexuelle peut s'instaurer qu'il s'agit. De son strict échange possible ou non avec de l'argent, sans autre obligation, sans autre devoir.

Nous ne prétendons pas pour autant qu'il s'agisse là d'une position du droit qui se fonderait sur des catégories anthropologiques fondamentales.

32. M. Fabre-Magnan, art. cité.

33. Colmar 9 janvier 1958: D; 1958, p. 163.

34. Voir sur ce point B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, PUF et Le Monde, 2004; et J. Danet, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, « Folio actuel », 2006.

Est-il besoin de rappeler à quel point les représentations, s'agissant de ce type d'échanges, ont pu varier y compris par exemple dans la société romaine entre l'époque de Cicéron et le siècle des Antonins³⁵ ?

De nos jours, pour les législations abolitionnistes et prohibitionnistes, la cause est ainsi entendue : hors mariage, pour parler comme la cour de Colmar, point question de réguler de tels échanges. Ils demeureront tabou au sens où le droit n'en parle pas et n'en veut rien savoir, si même il ne les incrimine pas. Les législations réglementaristes ou néoréglementaristes approchent très différemment la question et organisent, encadrent, régulent la relation contractuelle de prostitution. Les secondes ne prétendent pas moins que les premières avoir en tête la dignité humaine. Ne comptons donc pas trop sur les principes du droit civil pour vider ce conflit. Ils nous renvoient in fine à la notion contingente de bonnes mœurs ou à une forme d'ordre public corporel. Et c'est le choix d'un système abolitionniste que de nous dire de manière péremptoire que ce contrat-là leur serait contraire. Le contrat est donc illicite par son objet tandis que l'activité prostitutionnelle n'est pas incriminée. Le droit civil ne connaît pas le contrat et le droit pénal ignore le fait. Un exemple rare de déni juridique de la réalité. Une réalité de la prostitution qui est alors exclue de la sphère du droit, et partant de toute protection. Elle n'assure donc aux personnes qui se prostituent aucune intégrité sociale³⁶. Cet échange doit demeurer invisible, dans l'ombre. Et c'est d'ailleurs le moment de l'échange des consentements à ce contrat qui fournit la meilleure preuve de l'infraction de racolage.

L'instant saisi aussi par Koltès qui ne nous dit pas quel est l'objet du deal dont ses deux personnages s'entretiennent.

35. C'est-à-dire avant même tout processus de christianisation. P. Veyne, *La société romaine*, Paris, Seuil, 1991, p. 88-131, et spécialement p. 102.

36. Voir sur le rapport entre l'intégrité sociale (distincte de l'intégrité physique ou de la dignité) et les relations juridiques, A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, « Passages », 2002, p. 159.