

Huitième séance du premier tour
de l'édition 2019-2020
du concours de la Conférence du Stage
des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Lundi 27 janvier 2020

« L'article 611-1 du code pénal, tel qu'issu de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, qui réprime tout recours à la prostitution, constitue-t-il une violation des garanties constitutionnelles relatives à la liberté sexuelle et au respect de la vie privée ? »

Cons. const., 1^{er} février 2019, décision n° 2018-761 QPC

Rapport

M. Nicolas GUERRERO, quatrième Secrétaire

*
* *

« Source de fantasmes, sujette à caricatures, la prostituée parvient à subvertir les stéréotypes littéraires tant ils se bousculent et, au final, s'annihilent les uns les autres. / La notion même de « prostituée » est polysémique. Rien de commun, en effet, entre une courtisane fortunée et la fille qui arpente le trottoir. À établir un panorama [...] des œuvres dans lesquelles apparaissent les prostituées, l'évidence saute aux yeux : au-delà de la variété des styles et des registres, les représentations oscillent toujours entre deux pôles : figure de luxe ou de misère, de cupidité ou d'abnégation, d'innocence profanée ou de libertinage assumé, esclave sexuelle ou femme libre de ses choix... » /

La journaliste Macha Séry a mis en lumière la représentation complexe de la prostitution à travers les arts en général et la littérature en particulier.

Sans doute le débat sur la prostitution est-il aussi ancien que le phénomène lui-même.

« *Le débat* » ou « *les débats* » ?

L'emploi du pluriel est probablement plus approprié, tant sont nombreux les terrains sur lesquels **abolitionnistes** et **réglementaristes** s'opposent.

Ainsi sont notamment invoqués : l'autonomie personnelle et la liberté sexuelle, le respect de la vie privée, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, la dignité de la personne humaine, la protection de l'égalité entre hommes et femmes, la protection de la santé des personnes, la protection de l'ordre public, la nécessité et la proportionnalité des peines...

*

La question posée ce soir n'embrassait pas l'ensemble du champ des questions dont était saisi le Conseil constitutionnel.

Elle se limitait au point de savoir / si l'article 611-1 du code pénal, tel qu'issu de la loi du 13 avril 2016, qui réprime tout recours à la prostitution, / constitue une violation des **garanties constitutionnelles** relatives à la **liberté sexuelle** et au **respect de la vie privée**. /

La disposition en cause institue une contravention réprimant le fait de **solliciter**, d'**accepter** ou d'**obtenir** des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, / y compris de façon occasionnelle, / en échange d'une rémunération, / d'une promesse de rémunération, / de la fourniture d'un avantage en nature / ou de la promesse d'un tel avantage.

*

Envisagé sur le terrain de la **liberté sexuelle**, le débat sur la prostitution présente un point commun avec celui sur l'euthanasie.

En effet, il conduit à *se demander si les individus ont sur eux-mêmes, sur leur propre existence, / une souveraineté limitée, ou bien une souveraineté absolue.*

Peut-on *entièrement* disposer de son corps, ou existe-t-il des limites et, le cas échéant, lesquelles et au nom de quels impératifs ?

La question est philosophique avant d'être juridique.

Sur le terrain juridique, si la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues de nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne, / dans quelle mesure un État peut-il recourir au droit pénal pour prémunir des personnes contre les **conséquences** du style de vie qu'elles auraient choisi ?

*

La thèse de la **souveraineté absolue** ne pose aucune borne à la liberté.

Elle autorise à s'infliger **tout** traitement, **toute** souffrance.

*« Je suis la plaie et le couteau !
Je suis le soufflet et la joue !
Je suis les membres et la roue,
Et la victime et le bourreau ! »*

Dans son poème *L'Héautontimorouménos*¹, Baudelaire exprime son état intérieur.

¹ BAUDELAIRE (Charles), *Les Fleurs du mal* (1857), « Spleen et idéal », LXXXIII.

Il est le bourreau de lui-même.

Il ne s'en afflige pas.

Il l'a choisi.

*

Dans le cas de la prostitution, un obstacle apparaît d'emblée.

L'expression de « *liberté sexuelle* » suggère, *a priori*, moins une souffrance qu'un plaisir.

Or les études montrent que le phénomène prostitutionnel est largement subi.

Bien sûr, le législateur n'ignore pas que certains actes sexuels tarifés sont accomplis librement entre adultes consentants.

Mais il sait que le phénomène prostitutionnel correspond très majoritairement à des activités fondées sur la contrainte et l'asservissement de personnes fragiles – parfois en situation irrégulière, et dont les proxénètes retiennent les documents d'identité.

En effet, la prostitution s'inscrit principalement dans le cadre de réseaux internationaux de traite des êtres humains.

Il sait que le client est à la base du système prostitutionnel. Il est un maître qui possède un pouvoir magique grâce auquel, en toute impunité, il peut imposer ses fantasmes.

Il sait que les prostituées sont plus particulièrement exposées à la dépression, aux troubles du sommeil, aux crises d'angoisse et au suicide.

Quant à l'accès aux soins, il n'est pas toujours aisé.

Dégoût et destruction de soi caractérisent bien les autobiographies de prostituées parues au XX^e siècle, telles que *Vie d'une prostituée* de Marie-Thérèse, en 1947, ou *Putain* de Nelly Arcan, en 2001.

Selon le docteur Judith Trinquart, les prostituées, pour se protéger, « *s'anesthésient* » inconsciemment.

Or cette « décorporalisation », qui devait être un mécanisme de défense, est extrêmement dangereuse car elle conduit à l'absence de ressenti de la douleur et des symptômes de maladies infectieuses.

L'expression de « *liberté sexuelle* » semble donc largement inadéquate.

Or, nous le savons avec Camus, « *mal nommer les choses ajoute au malheur du monde* ».

Une liberté sexuelle non consentie se nie elle-même.

*

Tout d'abord, c'est vainement que l'on cherchera dans les normes de valeur constitutionnelle un indice de la prétendue existence d'un principe constitutionnel de liberté sexuelle, qui se distinguerait du principe de liberté personnelle et qui protégerait le droit de consommer des actes sexuels.

Mais, ensuite, à supposer même que l'on veuille ériger la liberté sexuelle en principe de valeur constitutionnelle, ce dernier se heurterait à la thèse de la souveraineté limitée qui, reconnue à Paris comme à Strasbourg, repose sur de fortes justifications.

Elle postule que la limitation de la liberté peut être notamment justifiée :

- par la sauvegarde de la dignité de la personne humaine – une discothèque de la commune de Morsang-sur-Orge le sait bien ;
- et par la sauvegarde de l'ordre public et la prévention des infractions.

En 2002, dans l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'ingérence constituée par l'interdiction du suicide assisté pouvait être regardée comme nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui.

En 2005, dans une affaire relative à la question de pratiques sexuelles sadomasochistes, la Cour de Strasbourg a reconnu sans difficulté l'ingérence de l'État par des textes portant incrimination pénale, dans le domaine de la sexualité.

Or précisément, tel est l'objet de la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

En effet, **c'est pour lutter contre le proxénétisme et la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle / que le législateur a décidé de pénaliser les acheteurs de services sexuels.**

Convenons qu'un combat de cette nature ne se livre pas avec des épées en bois.

Aux grands maux, les grands remèdes. /

Nul ne le nie : l'entrave à la liberté personnelle est réelle.

Mais n'est-elle pas à la **mesure même** de l'objectif de politique publique poursuivi ?

La liberté d'un seul ne peut faire tomber la liberté de tous.

En outre, les expériences menées hors de nos frontières montrent le caractère concluant de dispositifs de cette nature.

Ainsi, en Suède, à la suite de l'adoption, en 1999, d'une loi prohibant l'achat d'actes sexuels, le caractère dissuasif de la nouvelle législation a été démontré par des écoutes téléphoniques réalisées par la police suédoise, qui ont souligné le manque de « rentabilité » de l'investissement proxénète sur ce territoire. //

*

Reste à examiner le **droit au respect de la vie privée**.

S'il a été constitutionnellement reconnu, ce droit, pas davantage que la liberté, n'est absolu.

Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement qu'il doit être concilié avec d'autres impératifs, tels que les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

En l'occurrence, à le supposer justifié, le droit au respect de la vie privée se trouverait de surcroît face à deux autres adversaires à peine moins robustes : **la sauvegarde de la dignité de la personne humaine** ainsi que **l'égalité entre les hommes et les femmes**.

Mais son existence même paraît discutable.

D'une part, le droit au respect de la vie privée ne postule pas l'existence d'une liberté constitutionnelle d'acquiescer à titre onéreux des prestations sexuelles.

D'autre part, les dispositions législatives contestées, qui se bornent à entraver l'obtention d'une rémunération en échange de

rapports sexuels, ne limitent d'aucune manière, en dehors de ce cadre, le droit de chacun d'adopter toute pratique sexuelle de son choix, dans un cadre **purement privé**, donc **gratuit**.

Je conclus par la négative.

*
* *