



INSTITUT D'ÉTUDES JUDICIAIRES "Pierre RAYNAUD"

**Examen d'entrée au CRFPA session 2009**  
**Epreuve de note de synthèse**

Mercredi 23 septembre

*Les étudiants devront rédiger une note de synthèse (4 ou 5 pages)  
sur le sujet suivant :*

**LE MORT**

- Doc.1 - X. Labbé, Interdiction de l'exposition « Our body, à corps ouvert » : D. 2009, p. 1192.  
Doc.2 - CE, 22 juillet 2002 : JCP 2003, 1, 150, n°2, obs. B Teyssié.  
Doc.3 - La révision des lois de bioéthique, Etudes du Conseil d'Etat, mai 2009, p. 68 s.  
Doc.4 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 décembre 2000 : D. 2001, p.885 et p. 872, note J.P. Gridel, extrait.  
Doc.5 - La révision des lois de bioéthique, Etudes du Conseil d'Etat, mai 2009, p. 78 s.  
Doc.6 - Code des collectivités territoriales, articles L2223-1 s. et L2223-18-1 s.  
Doc.7 - TGI Lille, 10 novembre 2004 : D. 2005, p. 930, note X. Labbé, extrait.  
Doc.8 - CAA Douai, 24 juillet 2008 : AJDA 2008, p. 1896.  
Doc.9 - G. Loiseau, Mortuorum corpus : une loi pour le respect : D. 2009, p.236 s.  
Doc.10 - Code de la santé publique, articles L1232-1 et L1232-2.  
Doc.11 - TGI Paris, 21 avril 2009 et CA Paris, 30 avril 2009 : D.2009, p. 1278 s., note C. Le Douaron.  
Doc.12 - I. Corpart, Pour un nouvel ordre public funéraire : variation autour de la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 : Dr. famille 2009, Etude 15, extrait.  
Doc.13 - Le Monde 1<sup>er</sup> juillet 2009.  
Doc.14 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 2009 : Légifrance.  
Doc.15 - Code civil, articles 16 à 16-2, 16-5, 16-10 et 16-11.  
Doc.16 - CA Paris, 6 décembre 1997 : Dr. famille 1998, comm. n°93, note B. Beignier, extrait.  
Doc.17 - B. Edelman, Ni chose, ni personne, le corps humain en question, Hermann Philosophie, 2009, p.81 s.  
Doc.18 - X. Labbé, La dévolution successorale des restes mortels : AJfamille avril 2004, p. 123 s, extrait.  
Doc. 19 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 avril 2008 : D. 2008, obs., I. Gallmeister.

# Interdiction de l'exposition

## « Our body, à corps ouvert »

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Document n° 4

Entretien  
Trois questions à  
Xavier Labbée

### Que pensez-vous de la procédure suivie ?

Quel dommage que cette belle décision n'ait pas été rendue à la suite d'une demande du ministère public mais d'une simple association dont l'intérêt à agir a été discuté ! Sur le fond, nous saluons le recours à l'article 16-2 du code civil qui permet au juge de « prescrire les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci ». Il est curieux qu'un article qui aurait dû avoir une vocation universelle n'ait inspiré aux praticiens que des procédures ayant pour objet la dépouille mortelle. Les seules décisions publiées en application de cet article ne concernent que le cadavre. Le juge parisien rappelle que la loi du 19 décembre 2008 a entériné cette jurisprudence et étendu expressément à la dépouille la « protection accordée au corps de la personne vivante » par les « lois bioéthiques ».

### Qu'est-ce que le corps humain ? Et quelle est la nature du droit exercé sur celui-ci ?

Que la dépouille mortelle soit qualifiable de chose n'est plus aujourd'hui contestable. La vraie question tient à la définition de l'étendue du droit réel sur cette chose. S'agit-il d'un droit de propriété ou d'un droit plus restreint à l'image du droit d'usage ? L'ordonnance - qui nous dit que « la vocation d'un cadavre est d'être inhumé ou incinéré ou placé dans une collection scientifique d'une personne morale de droit public » et qui édicte également que « la détention privée de cadavres est illicite » - semble faire du corps mort une sorte de bien du domaine public échappant par nature à l'appropriation privée. Cette décision évoque le statut des vestiges humains figurant dans les collections muséales (TA Rouen 27 déc. 2007, JCP 2008. II. 10041, note C. Saujot ; rapp. G. Nicolas, Les principes de la domanialité publique peuvent-ils être appliqués au corps humain ?, Cah. dr. santé, n° 2, PUAM, 2004). Nous avons pourtant dans cette revue posé la question de la détention privative d'une urne funéraire à domicile (TGI Lille 25 janv. 2001, D. 2001. Jur. 2545) Et nous avons aussi salué les décisions jurisprudentielles faisant de la dépouille mortelle un « objet de propriété familiale » susceptible à ce titre d'être défendu (TGI Lille 5 déc. 1996, D. 1997. Jur. 376). Comment conjuguer tout cela ? En fait, la présente affaire nous oblige à approfondir le raisonnement. Le corps humain, loin de faire l'objet d'une appropriation qui conduirait à le classer selon les cas dans la catégorie des biens du « domaine public » ou dans celle des biens appropriables par l'individu, rejoindrait plutôt la catégorie des « choses communes » qui « n'appartiennent à personne » (art. 714 c. civ.) et sur laquelle l'individu n'aurait qu'un

« droit d'usage ». Le droit d'utiliser une chose dont la propriété appartiendrait à une entité supérieure échappant à l'ordre juridique (à l'image de Dieu, de la Nature ou de l'Humanité) se trouve alors nécessairement encadré : on ne peut pas faire n'importe quoi d'une chose qui appartient à autrui et dont on n'a que la simple détention ou le seul usufruit. D'ailleurs, « les lois de police règlent la manière de jouir » des choses communes (art. 714 c. civ.). Ce qui expliquerait que, lorsque la mort apparaît, les restes mortels de l'individu ne sont appropriables par personne. Les vivants ne pourraient les manipuler ou les détériorer que dans le respect des dernières volontés de celui qui n'est plus, conjugué au respect d'un ordre public du corps humain inspiré de règles supérieures que les dernières volontés ne peuvent en aucun cas contrarier. Il faut rendre hommage au juge parisien et continuer de réfléchir sur l'étendue exacte du droit réel exercé sur les restes mortels.

### Quel serait le fondement de « l'ordre public du corps humain » ?

Les lois bioéthiques nous dictent de « respecter » le corps humain (chap. 2, tit. 1, c. civ.) sans nous dire pourquoi. L'ordonnance nous renseigne peut-être à ce sujet. Il était soutenu qu'en « désacralisant le corps » on « faciliterait le don d'organes » et que l'exposition qui « dévoile ce que les savants se réservent » poursuivrait un objectif pédagogique. Le magistrat n'a pas voulu suivre ce raisonnement et l'on se dit que le corps doit rester sacré. Apparaît alors l'adjectif « sacré » qui n'est pas inconnu du juriste puisqu'il qualifie, dans la Déclaration des droits de l'homme, le droit de propriété avec pour corollaire l'adjectif « inviolable ». Ce dernier adjectif est aussi utilisé par les lois bioéthiques à propos du corps humain. Et si le corps était une chose « inviolable et sacrée » ? Pourquoi ne pas redécouvrir la catégorie des « res sacrae » oubliée du code civil mais qui existait à Rome aux côtés des choses communes (« communia ») ? Pufendorf ne voit « pas de qualité morale ou de sainteté » dans l'épithète « sacré ». Ces choses sont celles dont « les hommes sont tenus de se servir... que d'une certaine manière » (Droit de la Nature et des gens, Lyon, 1771, p. 16). S'il faut encourager le don d'organes, on ne doit pas le dévaloriser en le réduisant à un simple don de pièce détachée car il y a dans le geste beaucoup plus. Et s'il faut encourager la recherche et favoriser « la connaissance de l'anatomie », on ne doit pas pour autant banaliser les secrets du corps humain et de son intimité en l'exposant en dehors des lieux d'enseignement dans des postures provocantes. C'est « indécent » comme le souligne le juge. Et toute référence à l'art est oiseuse. C'est parce que le corps est sacré que le don d'organes est valorisé et qu'il est beau et symbolique. En « donnant » son corps à la science, l'individu ne transfère pas au « donataire » le droit de disposer de ses restes mortels et de les utiliser n'importe comment. Rien ne peut l'autoriser à utiliser un corps à des fins alimentaires ou industrielles (comme dans le film « Soleil vert ») ou encore essentiellement lucratives comme dans la présente affaire. Et d'ailleurs les corps arriveraient de Chine. Et ceci est une autre histoire...

**Décès - Sépulture - Corps humain - Congélation (non)**

- CE, 29 juill. 2002, req. n° 222180 ; Cts Leroy.

2 - Le législateur admet que tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler, par testament ou dans une déclaration effectuée en forme testamentaire, devant notaire ou sous signature privée, les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner ou le mode de sépulture (L. 15 nov. 1887, sur la liberté des funérailles, art. 3). Le choix, sur ce dernier point, n'est toutefois qu'entre la terre (inhumation) et le feu (crémation). À la congélation (qui tend à la perpétuation du corps dans l'espoir que vienne un jour, par la vertu de la science, le temps de la résurrection) aucune place n'est consentie : des dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives au sort de la dépouille, une interprétation stricte est retenue (CE, 29 juill. 2002 : JCP G 2003, IV, 1667, obs. M.-Ch. Rouault ; D. 2002, inf. rap. p. 2583. - TA Saint-Denis de la Réunion, 21 oct. 1999 : JCP G 2000, II, 10287, note F. Lemaire. - TGI Saumur, réf., 13 mars 2002 : D. 2002, inf. rap. p. 1182. - TA Nantes, 5 sept. 2002, Cts Martinot : JCP G 2003, II, 10052, 1<sup>re</sup> esp., note S. Douay ; Juris-Data n° 2002-197717). Sous la réserve précédente, le juge impose le respect de la volonté du défunt même si elle n'a pas été exprimée dans l'une des formes visées par le législateur (Cass.

1<sup>re</sup> civ., 26 avr. 1984 : D. 1985, inf. rap. p. 18, obs. R. Lindon. - CA Lyon, 18 nov. 1981 : JCP G 1983, II, 19956, 2<sup>e</sup> esp., note G. Almairac. - CA Paris, 6 déc. 1997 : D. 1998, inf. rap. p. 40 ; Gaz. Pal. 1999, I, p. 414). Celui qui la méconnaîtrait sciemment s'exposerait au jeu de sanctions pénales (C. pén., art. 433-21-1).

Le silence gardé confère à la famille du mort, singulièrement à son conjoint, sauf mésintelligence (CA Paris, 16 sept. 1993 : D. 1993, inf. rap. p. 223 ; RTD civ. 1994, p. 76, obs. J. Hauser), mais aussi parfois à un concubin (CA Dijon, 2 avr. 1986 : D. 1986, inf. rap. p. 408. - CA Douai, 7 juill. 1998, M<sup>me</sup> Lacquement c/ Cts Walkowiak : JCP G 1998, II, 10173, note X. Labbé. - Rapp. CA Agen, 20 janv. 1999, M<sup>me</sup> R. et a. c/ M<sup>me</sup> P : JCP G 1999, II, 10159, note T. Garé), la responsabilité de régler ses obsèques. Il appartient aux juges du fond - si un différend surgit entre les proches du *de cuius* - de déterminer celui qui apparaît le plus qualifié pour connaître ses *desiderata* et fixer, notamment, le mode et le lieu de la sépulture (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 1970 : Bull. civ. I, n° 265. - CA Riom, 23 juin 1981 : JCP G 1983, II, 19956, 1<sup>re</sup> esp., note G. Almairac. - CA Versailles, 21 janv. 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 350. - CA Paris, 16 sept. 1993 : D. 1993, inf. rap. p. 223).

**Document n° 3****Identification des personnes par empreintes génétiques à des fins d'établissement de la filiation**

L'établissement des empreintes génétiques d'une personne permet son identification par certaines singularités uniques, propres à son génome. L'établissement des empreintes génétiques repose sur l'analyse d'une combinaison de marqueurs génétiques quasi-spécifiques d'un individu donné, transmissibles et stables d'une génération à l'autre. Ces analyses permettent l'établissement d'une filiation biologique, paternelle ou maternelle, à partir de la comparaison entre le profil d'ADN d'une personne et celui de son ou de ses ascendants. Ces analyses donnent des résultats plus précis que l'examen comparatif des sangs, qui permet dans un pourcentage élevé de cas de procéder à une exclusion de paternité ou de maternité, mais ne permet pas de conclure avec une certitude suffisante à l'existence d'un lien de filiation.

Plus délicate est la question des conséquences que la France doit tirer de la jurisprudence *Jaggi c/ Suisse* de la Cour européenne à propos des tests de paternité post mortem. On l'a vu, la logique de la Cour dans ce domaine paraît condamner l'interdiction de principe édictée par la loi française en l'absence de consentement donné du vivant du défunt. Plusieurs options paraissent possibles en cette matière. La première consisterait à conserver le dispositif actuel dans l'attente que la Cour confirme sa jurisprudence, le cas échéant dans une formation supérieure. Il est en effet patent que dans cet arrêt, comme dans la décision *Kresten Mortensen* déjà citée, la Cour ne s'est pas bornée à fixer les limites et les conditions de l'action de l'Etat pour le respect des droits civils et politiques protégés par la Convention, mais qu'elle a pris position sur la valeur respective que doivent se voir attribuer, dans le cadre de litiges de droit privé, des droits subjectifs tels que le droit à la connaissance des origines, le respect du corps du défunt, le respect dû à sa vie privée,

et le respect des situations familiales. Il est permis de se demander si la balance entre ces différents intérêts, qui relèvent de considérations philosophiques, morales et religieuses propres à chaque culture, offre prise à un contrôle de conventionnalité au regard de normes avant tout conçues pour garantir la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux. Autrement dit, si le système français se voyait contesté devant la Cour européenne, il pourrait être possible de plaider que l'équilibre posé par la loi française entre ces différents intérêts, à travers la règle du consentement exprès exprimé du vivant de la personne, correspond à l'exercice par le législateur français de la marge d'appréciation dont dispose chaque Etat compte tenu de l'équilibre des valeurs propre à sa culture. Cet équilibre pourrait être considéré comme conforme à la convention dès lors que, ne fermant pas la possibilité de tests *post mortem*, il se borne à faire primer la volonté expresse du défunt exprimée *ante mortem* sur celle du demandeur.

Si une telle voie paraissait trop risquée, il serait alors nécessaire de modifier le régime français de façon à permettre, dans la lignée de la jurisprudence européenne, un examen au cas par cas des demandes d'identification post mortem. Dans sa précédente étude de 1999, le Conseil d'Etat, à la suite de l'arrêt Montand de la Cour d'appel de Paris, avait proposé d'ajouter à l'article 16-11 une disposition prévoyant que le refus de tests génétiques exprimé par l'intéressé de son vivant faisait obstacle à la mise en œuvre d'une telle mesure après son décès. L'objectif était d'assurer que le désir de garder le secret sur la filiation, exprimé du vivant de la personne, continue à primer après sa mort sur le désir d'accès aux origines manifesté par un enfant. Le projet présenté par le gouvernement en 2004 était conforme à cette proposition, mais on a vu que le Parlement l'a transformé en exigence de consentement exprès, en vue de « faire prévaloir la paix des morts sur les excès de la « vérité » génétique »<sup>72</sup>. Si l'on se situe dans la logique suivie en 1999 en y combinant celle de la Cour européenne des droits de l'homme, il paraît possible de prévoir un mécanisme cumulant un critère négatif et un critère positif. Le critère négatif consisterait dans l'impossibilité de surmonter le refus exprimé par la personne concernée de son vivant ; une telle exigence serait conforme à la jurisprudence nationale, fondée notamment sur l'idée que les principes fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine ne cessent pas de s'appliquer après la mort d'une personne et font obstacle à ce que soient pratiqués sur son corps des actes auxquels, selon le régime applicable, elle n'aurait pas consenti ou se serait opposée de son vivant<sup>73</sup> ; cette exigence ne serait pas non plus excessive au regard de la

<sup>72</sup> Cf. Chronique de D. Berthiau, « L'enterrement prochain de la législation française de l'expertise génétique post mortem dans le cadre d'une action en recherche de paternité ? – A propos de l'arrêt de la CEDH du 13 juillet 2006, aff. *Jaggi c/ Suisse* » (Médecine et Droit, 2007, p. 109-114)

<sup>73</sup> Voir not. CE, Assemblée, 2 juillet 1993, Milhaud, Rec. Lebon p. 194, avec les conclusions de D. Kessler

Convention européenne des droits de l'homme, car la Cour a elle-même déclaré que la publication d'une photographie de la personne ne pouvait se voir opposer un test post mortem de la personne décédée. Le critère positif, mis en œuvre en l'absence d'opposition du vivant de la personne, correspondrait au constat qu'après mise en balance des intérêts en présence, l'intérêt de l'enfant demandeur prime sur les autres et justifie ainsi la réalisation d'un test *post mortem*. Il reviendrait ainsi au juge, selon une méthode qui lui est familière, de procéder à cette mise en balance et de prendre une décision en conséquence.

### Proposition de rédaction

La dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 16-11 du code civil est remplacée par deux phrases ainsi rédigées :

« L'opposition expressément manifestée de son vivant par une personne à une telle identification fait obstacle à toute mise en œuvre de celle-ci après le décès de l'intéressé. En l'absence d'opposition expresse manifestée de son vivant par l'intéressé, le juge statue sur la demande d'identification *post mortem* en tenant compte de l'intérêt invoqué par le demandeur, du respect dû au corps du défunt et de la protection des droits des tiers. »

Document n° 4.

## Est attentatoire à la dignité de la personne la publication de la photographie d'un préfet assassiné

### SOMMAIRE DE LA DECISION

La seule constatation d'une atteinte aux droits de la personne caractérise l'urgence, au sens de l'art. 9 c. civ. ; Une cour d'appel, qui retient que la photographie publiée litigieuse représente distinctement le corps et le visage d'un préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, peut juger, dès lors que cette image est attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication est illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'art. 10 Conv. EDH que de l'art. 16 c. civ.

Cour de cassation, 1re civ.  
20 déc. 2000

LA COUR [...] - Sur le moyen unique, pris en ses trois branches : - Attendu que les sociétés C... et H... font grief à l'arrêt attaqué (CA Paris, 24 févr. 1998) d'avoir ordonné l'insertion dans les hebdomadaires « A... » et « V... », dont elles sont éditrices, d'un communiqué faisant état de l'atteinte à l'intimité de la vie privée de la famille Y... du fait de la publication d'une photographie du corps de Claude Y..., préfet de la République, assassiné à J... le 6 févr. 1998 ; qu'il est fait grief à la cour d'appel (1°) de ne pas avoir constaté l'urgence exigée par l'art. 9 c. civ., (2°) de ne pas avoir relevé une atteinte à l'intimité de la vie privée en ne retenant qu'une atteinte aux « sentiments d'affliction » de la famille, (3°) alors que la publication litigieuse répondait aux exigences de l'information et était donc légitime au regard de la liberté fondamentale consacrée par l'art. 10 de la Convention européenne ;

Mais attendu que la seule constatation d'une atteinte aux droits de la personne caractérise l'urgence, au sens de l'art. 9 c. civ. ; - Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une

rue de J..., la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'art. 10 de la Convention européenne que de l'art. 16 c. civ., indépendamment des motifs critiqués par la deuxième branche du moyen ; - Par ces motifs, rejette [...].

98-13.875 (n° 1977 FS-P) - Composition de la juridiction : MM. Lemontey, prés. - Ansel, rapp. - Sainte-Rose, av. gén. - Me de Nervo, av. - Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1re ch. A, 24 févr. 1998 (Rejet)

Mots-clés : VIE PRIVEE \* Intimité \* Dépouille mortelle \* Photographie \* Dignité de la personne \* Atteinte \* Préfet \* Publication illicite \* Urgence

Note de Jean-Pierre Gridel

V. *supra*, la chronique signée Jean-Pierre Gridel, Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information, *Journal de Droit*, D. 2001, p. 872. ■

# Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

par Jean-Pierre Gridel  
Agrége des Facultés de droit, Conseiller à la Cour de cassation

## L'ESSENTIEL

*Le respect dû à la dignité de l'être humain ne cesse pas avec son décès. Il fait obstacle à la publication par voie de presse de certaines images tirées de l'actualité, si elles sont dégradantes pour la personne et n'ajoutent rien à la libre et nécessaire information délivrée par le texte.*

Deux affirmations judiciaires nous paraissent résulter de cet arrêt *Erignac* : la dignité de la personne humaine ne cesse pas avec son décès (I) ; et une atteinte caractérisée à celle-ci peut constituer une limite à la liberté de l'information journalistique d'actualité (II).

### I - La dignité de la personne humaine survit à la mort de celle-ci

La dignité de la personne humaine est aujourd'hui un prurit de la réflexion juridique (5) : sa sauvegarde contre toute forme de dégradation a été déclarée principe à valeur constitutionnelle (6) et elle figure dans plusieurs instruments internationaux, normatifs ou non (7), ainsi que dans maints textes et décisions juridictionnelles de droit interne. Du reste, la formule, désormais presque aussi galvaudée que celle de *liberté, d'égalité ou d'état de droit*, vise, pêle-mêle, les situations les plus diverses (8) : *humani generis dignitas* ? ou *hominis dignitas* ?...

Quoi qu'il en soit, la plasticité de la notion est telle qu'un mouvement significatif du droit positif, avec des résultats alors moins hétéroclites, l'étend même aux morts, comblant ainsi des lacunes certaines. Rappelons les traits saillants de cette évolution (A) ; elles sont le contexte permettant de s'interroger sur la portée de l'arrêt commenté (B).

(5) B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, Chron. p. 185 ; V. Saint James, Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D. 1997, Chron. p. 61 ; T. Hassler et V. Lapp, Droit à la dignité : le retour !, Petites affiches, 31 janv. 1997 ; B. Mathieu, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire, D. 1996, Chron. p. 282. Adde H. Moutouh, La dignité de l'homme en droit, RD publ. 1999, p. 159, et B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficulté d'insertion d'une règle morale dans le droit positif, *ibid.*, p. 197.

(6) Cons. const., 27 juill. 1994, D. 1995, Jur. p. 237, note B. Mathieu, chron. p. 205, par B. Edelman, et Somm. p. 299, obs. L. Favoreu ; L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 10e éd., 1999, n° 47, p. 879, et les nombreux commentaires cités.

(7) Aux références données par B. Edelman (*supra*, note 5), adde Charte n° 2000/C 634/01 du 18 déc. 2000 des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 7 déc. 2000), proclamant la dignité humaine comme la première des « valeurs indivisibles et universelles » et regroupant là le droit à la vie et à l'intégrité physique et mentale de la personne, l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage et du travail forcé (JOCE C 364/04, 18 déc. 2000 ; D. 2001, p. 183).

### A - Le renouveau de l'attention juridique portée à la dignité des morts

Le code pénal de 1992 a lancé le mouvement lorsqu'il a rangé la section des nouvelles atteintes au respect dû aux morts dans le chapitre *Des atteintes à la dignité de la personne*. Le Conseil d'Etat s'est inspiré de la notion à au moins deux reprises, pour dire que les principes déontologiques fondamentaux survivent au décès du patient et interdisent au médecin de libres expérimentations (9), ou pour stigmatiser les commentaires réjouis et réitérés du journaliste de radio annonçant à l'antenne qu'un policier avait été tué dans une opération contre des malfaiteurs (10). La Cour d'appel de Paris, statuant au pénal et confrontée à la lancinante question de savoir si la photographie de l'image d'un défunt (en l'espèce le président Mitterrand) prise dans son appartement sans son consentement *ante mortem* constitue ou non le délit correctionnel des art. 226-1 et suivants c. pén. (en fixant ou portant à la connaissance du public, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé), avait ingénieusement contourné la querelle exégétique en obser-

(8) Au premier rang, les textes et crimes des régimes de l'axe (Cons. const., 27 juill. 1994) ; mais, aussi, la télésurveillance ou le licenciement brutal des salariés (O. de Tissot, Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié, Dr. soc. 1995, p. 972), l'attraction dite « lancer de nain » (CE, 27 oct. 1995, RFD adm. 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; D. 1996, Jur. p. 177, note G. Lebreton, qui agrège la dignité de la personne humaine à la notion d'ordre public dont les autorités de police doivent assurer le respect), les discriminations opérées sur le sexe, la santé, les mœurs, l'appartenance syndicale, etc. dans l'offre ou le refus d'emploi, biens, services (art. 225-1 et s. c. pén.), le proxénétisme et infractions assimilées (art. 225-5 et s.), certaines conditions de logement (art. 225-13 et s.), ou de bizutage (art. 225-16-1 et s.), voire... les questions et observations faites par le parquet ou les avocats lors de l'instruction (art. 120 c. pr. pén., loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, D. 2000, Lég. p. 253). Aussi la doctrine (B. Mathieu, B. Edelman, *supra* note 5) s'efforce-t-elle de distinguer l'atteinte à la dignité de la personne humaine, qui revient à dénier à l'être son appartenance à l'humanité (esclavage, expérimentations médicales nazies sur déportés) et l'atteinte à la dignité de l'individu en situation, plus proche des droits de l'homme, du contexte, des coutumes et de l'éventuelle efficacité du consentement : dignité de la femme, de l'enfant, du détenu, du malade, de l'ouvrier, du camionneur, etc.) sans oublier toutefois que la dignité peut être aussi un devoir... cf. l'art. 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958, portant statut de la magistrature) ou l'art. 3 de la loi du 31 déc. 1971, relatif aux avocats.

vant que, dans ladite législation, les désignations « d'autrui » ou de « la personne » visent moins le décès ou les ayants-droit que à travers la dépouille présente. Le respect de la dignité humaine. Sur pourvoi, la Chambre criminelle a dit ces énonciations légalement justifiées, « le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante » (11).

(9) CE, 2 juill. 1993, *Milhaud* (validation d'une décision du Conseil national de l'ordre des médecins, D. 1994, Jur. p. 74, note J.-M. Peyricol, et Chron. p. 352, par. G. Lebreton ; RFD adm. 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; AJDA 1993, p. 530, note C. Maugué et L. Touvet ; R. Denoix de Saint Marc, Contributions récentes de la jurisprudence du Conseil d'Etat au statut juridique de la personne humaine, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 537. Cet arrêt est manifestement à l'origine de l'alinéa second dont s'est enrichi le code de déontologie médicale (Décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995) en son art. 2 : *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort.*

(10) CE, 9 oct. 1996, *Association « Ici et maintenant »*, RFD adm. 1996, p. 1269 ; D. 1997, Somm. p. 81, obs. T. Hassler (validation d'une décision du Conseil national de l'audiovisuel).

(11) CA Paris, 2 juill. 1997, D. 1997, Jur. p. 596, note B. Beignier, statuant sur l'appel de TGI Paris, 13 janv. 1997, JCP 1997, II, n° 12845, note M. Serna ; D. 1997, Jur. p. 255, note B. Beignier, et 1998, Somm. p. 87, obs. J. Bigot ; Cass. crim., 20 oct. 1998, D. 1999, Jur. p. 106, note Beignier.

(12) Intransmissibilité du droit de vote, du droit à la vie privée (Cass. 1re civ., 14 déc. 1999, JCP 2000, II, n° 10241, concl. C. Petit), du droit de repentir en matière littéraire ou artistique (Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, JCP 1997, II, n° 22765, note J. Ravanas), du droit de réponse ordinaire, et de l'action en injure ou diffamation (les art. 13 et 34 de la loi de 1881)...

Dans les arrêts *Milhaud* et *Erignac*, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, statuant l'un et l'autre par la substitution du mot "un" à "une", ont validé des condamnations prononcées à l'encontre de professionnels dont les comportements illustraient concrètement la violation du principe ainsi dégagé. S'allonge ainsi la petite liste de quelques attributs extra-patrimoniaux qui, contrairement à la majorité des droits de la personnalité (12), ne disparaissent pas avec le décès de leur titulaire : dignité (art. 16 c. civ.), intégrité corporelle (art. 225-17 c. pén.), droits moraux de l'auteur ou de l'interprète d'une œuvre littéraire ou artistique (art. L 121-1 et s., L 212-2 et s. c. propr. intell.), droit de réponse à des injures ou diffamations faites *post mortem* (art. 34, al. 2, loi du 29 juill. 1881). *La jouissance* de ces droits ressortit à une sorte de personnalité juridique diminuée et résiduelle, leur *exercice* étant abandonné à la discrétion des vivants (personnes privées ayant qualité, voire ministère public) mais pour le compte et dans l'intérêt du défunt (13).

(13) J. Ravanas, note préc., JCP 1997, II, n° 22765 ; F. Ringel et E. Putman, *Après la mort*, D. 1991, Chron. p. 241 ; P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTD civ. 1971, p. 445, not. p. 498 s., où l'auteur distinguait la *succession patrimoniale* et la *succession morale* ; cf. aussi D. 2000, Chron. p. 226-11, § III, « L'hypothèse des droits subjectifs du mort », in *L'individu juridiquement mort*. Il est vrai que l'on peut trouver paradoxal de s'efforcer, d'un côté, de donner l'humanité de l'enfant à naître, et, de l'autre, de prolonger celle de la personne décédée. Le doyen Cornu, conformément à une doctrine certes mieux assise que celle de la personnalité juridique résiduelle des morts, préfère voir dans le respect qui leur est dû un précepte de droit objectif (Droit civil, Introduction. Les personnes, Montchrestien, 9e éd., 1999, n° 527).

## Document n° 5

### Le prélèvement sur personnes décédées : pour un encadrement éthique renforcé

95% des prélèvements intervenant sur des personnes décédées, cette pratique est naturellement au centre du débat sur la transplantation. Elle soulève deux interrogations.

#### La première interrogation porte sur le recueil du consentement

28 % des prélèvements possibles<sup>80</sup> sont refusés, dans 4 cas sur 10 parce que le défunt a déclaré son opposition de son vivant, dans les 6 autres cas parce que l'opposition vient de la famille, qui rapporte l'opposition de la personne de son vivant. Dans la logique du droit d'opposition reconnu à la personne, l'article L. 1232-1 du code de la santé publique se borne à prévoir que « le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée (...) peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement ». Il en est de même pour le prélèvement de tissus et de cellules (L1241-6 du code de la santé publique). Le code précise également que « ce refus (toujours révoquant) peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national

automatisé prévu à cet effet. Les registres de l'Agence de la biomédecine<sup>81</sup> et que « si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté de son patient, il doit recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés ». Autrement dit, il s'agit

pour le médecin de déterminer la volonté de l'intéressé, mais non celle des « proches ». Ne doit être soumis à ces derniers, dont la loi ne propose d'ailleurs aucune définition, que le point de savoir si de son vivant l'intéressé s'était opposé formellement au don.

Dans les faits toutefois, la pratique des équipes médicales revient davantage à rechercher le consentement des proches. Il est certainement difficile pour un médecin, directement confronté à la souffrance de proches devant donner une indication dans de très brefs délais, de passer outre leur refus et de mettre totalement en œuvre la présomption de consentement prévu par la loi. La réponse à l'importance du taux de refus (autour de 30%) n'est pas à chercher dans une modification de la loi – qui pourrait tout de même affirmer davantage que le don *post mortem* est un « devoir envers autrui » – mais dans l'information des familles pour que les positions de chacun soient débattues et connues et qu'elles ne soient ainsi pas confrontées au choix lors du moment le plus difficile. Il est probablement illusoire, compte tenu de la signification de l'acte de prélèvement sur une personne décédée et de l'approche que chacun peut avoir de la mort, qu'un système de recueil non des refus mais des consentements, puisse permettre à un médecin d'aller au-delà de la volonté des proches avec lesquels il est en contact et auprès desquels il doit expliquer ses actes.

<sup>80</sup> Chiffres 2007.

<sup>81</sup> Il s'agit du registre national des refus. Depuis sa création en 1998 et jusqu'au 31 décembre 2007, 70 784 oppositions valides ont été enregistrées.

## Document n°6

### Code général des collectivités territoriales

#### Article L2223-1

Chaque commune consacre à l'inhumation des morts un ou plusieurs terrains spécialement aménagés à cet effet.

La création, l'agrandissement et la translation d'un cimetière sont décidés par le conseil municipal. Toutefois, dans les communes urbaines et à l'intérieur des périmètres d'agglomération, la création, l'agrandissement et la translation d'un cimetière à moins de 35 mètres des habitations sont autorisés par arrêté du représentant de l'Etat dans le département. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.

#### Article L2223-2

Modifié par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008

Le terrain consacré à l'inhumation des morts est cinq fois plus étendu que l'espace nécessaire pour y déposer le nombre présumé des morts qui peuvent y être enterrés chaque année. Le site cinéraire destiné à l'accueil des cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation comprend un espace aménagé pour leur dispersion et doté d'un équipement mentionnant l'identité des défunts, ainsi qu'un columbarium ou des espaces concédés pour l'inhumation des urnes.



Article L2223-4

Modifié par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008  
Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Un arrêté du maire (ou de son délégué, dans le cimetière, un ossuaire aménagé ou les restes exhumés) sont aussitôt réinhumés.

Le maire peut également faire procéder à la crémation des restes exhumés en l'absence d'opposition connue, attestée ou présumée du défunt.

Les restes des personnes qui avaient manifesté leur opposition à la crémation sont distingués au sein de l'ossuaire.

Sous-section 3 : Destination des cendres

Article L2223-18-1

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008

Après la crémation, les cendres sont pulvérisées et recueillies dans une urne cinéraire munie extérieurement d'une plaque portant l'identité du défunt et le nom du crématorium.

Dans l'attente d'une décision relative à la destination des cendres, l'urne cinéraire est conservée au crématorium pendant une période qui ne peut excéder un an. A la demande de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, l'urne peut être conservée, dans les mêmes conditions, dans un lieu de culte, avec l'accord de l'association chargée de l'exercice du culte.

Au terme de ce délai et en l'absence de décision de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, les cendres sont dispersées dans l'espace aménagé à cet effet du cimetière de la commune du lieu du décès ou dans l'espace le plus proche aménagé à cet effet visé à l'article L. 2223-18-2.

Article L2223-18-2

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008

A la demande de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, les cendres sont en leur totalité :

- soit conservées dans l'urne cinéraire, qui peut être inhumée dans une sépulture ou déposée dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire à l'intérieur d'un cimetière ou d'un site cinéraire visé à l'article L. 2223-40 ;
- soit dispersées dans un espace aménagé à cet effet d'un cimetière ou d'un site cinéraire visé à l'article L. 2223-40 ;
- soit dispersées en pleine nature, sauf sur les voies publiques.

Article L2223-18-3

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008

En cas de dispersion des cendres en pleine nature, la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles en fait la déclaration à la mairie de la commune du lieu de naissance du défunt.

L'identité du défunt ainsi que la date et le lieu de dispersion de ses cendres sont inscrits sur un registre créé à cet effet.

Article L2223-18-4

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008

Le fait de créer, de posséder, d'utiliser ou de gérer, à titre onéreux ou gratuit, tout lieu collectif, en dehors d'un cimetière public ou d'un lieu de dépôt ou de sépulture autorisé, destiné au dépôt temporaire ou définitif des urnes ou à la dispersion des cendres, en violation du présent code est puni d'une amende de 15 000 € par infraction. Ces dispositions ne sont pas applicables aux sites cinéraires créés avant le 31 juillet 2005.

# La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels

## SOMMAIRE DE LA DECISION

La dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil: la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, elle garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie.

Le fait pour une municipalité de vider une sépulture de sa dépouille pour la placer dans un ossuaire, de sorte qu'elle est aujourd'hui mélangée avec d'autres dépouilles sans pouvoir être à nouveau individualisée, revêt un caractère définitif et irréversible.

Même s'il s'agit d'une erreur de la ville, ce manquement est suffisamment grave dans ses conséquences vis-à-vis de la famille qui n'a pu que constater la disparition de la tombe, pour être qualifié de voie de fait.

### Tribunal de grande instance de Lille (1re ch. A) 10 nov. 2004

#### LE TRIBUNAL: [...] - Sur le fond

L'existence d'une voie de fait suppose une atteinte grossièrement irrégulière au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, émanant d'un service administratif.

Il ressort des éléments de la cause, non contestés par la Mairie de Roubaix, que, suite à une erreur, les services municipaux, ont retiré la dépouille de Madame K... Aziza de la concession que son gendre possédait à échéance du 4 juillet 1990 renouvelée jusqu'en 2005.

Ces services ont déposé la dépouille dans l'ossuaire et ont enterré une autre dépouille dans la concession.

En ce qui concerne l'emprise, il apparaît que la possession d'une sépulture peut être assimilée à un droit réel immobilier à valeur patrimoniale méritant d'être protégé au même titre que le droit de propriété, l'atteinte à ce droit ne peut toutefois constituer une voie de fait qu'en cas de dépossession due à un agissement de l'administration. En l'espèce, même si Monsieur Hamouche M... s'était vu octroyer la concession, il est aujourd'hui décédé, de sorte que cette concession, droit réel immobilier fait partie de sa succession et est passé à ses héritiers.

Il est par ailleurs évident que le fait de vider une sépulture de sa dépouille pour y placer une autre dépouille constitue bien une véritable emprise de nature à priver les consorts K...-M... de leur droit sur la sépulture: il existe bien une atteinte à la propriété ou même à la simple possession, constitutive de voie de fait.

En ce qui concerne l'atteinte à la liberté, il apparaît que la dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil: la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, elle garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie.

Le fait pour la ville de Roubaix de vider une sépulture de sa dépouille pour la placer dans un ossuaire, de sorte qu'elle est aujourd'hui mélangée avec d'autres dépouilles sans pouvoir être à nouveau individualisée revêt un caractère définitif et irréversible. Même s'il s'agit d'une erreur de la ville, ce manquement est suffisamment grave dans ses conséquences vis-à-vis de la famille qui n'a pu que constater la disparition de la tombe, pour être qualifié de voie de fait. Le manque d'attention apportée par les services concernés à cette dépouille, à cette sépulture et à la concession révèle en effet une négligence importante dans le déroulement de leur mission, de nature à entraîner chez la famille un préjudice certain en ce qu'elle peut apparaître comme la volonté de dénier au mort, à la famille et aux proches, le respect qui leur est dû, même si cela n'a pas été délibéré.

Le Tribunal de grande instance de Lille apparaît en conséquence compétent, cette atteinte étant bien constitutive d'une voie de fait.

[...] Par ces motifs: [...]

Dit que le Tribunal de grande instance est bien compétent s'agissant d'une voie de fait,

Condamne la ville de Roubaix représentée par son Maire à payer à Madame Djouber K... veuve M... la somme de mille cinq cents euros (1 500 euros) en réparation de son préjudice moral,

petits enfants en la cause celle de cinq cents euros (500 euros) en réparation de leur préjudice moral,

Condamne également la Mairie de Roubaix représentée par son Maire à payer aux consorts K...-M... la somme de mille euros (1 000 euros) au titre de l'atteinte à la dépouille mortelle, [...].

03/02059 - Composition de la juridiction: Mme Polle-Senaneuch, prés. et rapp.

Mots-clés: PERSONNE HUMAINE \* Corps humain \* Dépouille mortelle \* Droit de propriété \* Objet sacré \* Dignité \* Sépulture

#### Note de Xavier Labbé

Professeur à l'Université de Lille II

La ville de Roubaix a exhumé par erreur les restes mortels d'une personne de confession musulmane qui avait été inhumée dans le cimetière de la ville. Ces reliques furent portées à l'ossuaire communal... et une autre personne fut inhumée dans l'emplacement que la ville avait cru pouvoir libérer. Or la concession n'était pourtant pas venue à expiration. Et la tombe était très régulièrement entretenue.

C'est sur le terrain de la définition de la dépouille mortelle qualifiée expressément par le tribunal de « chose sacrée » que la décision lilloise nous interpelle<sup>2</sup>: une somme de 1 000 euros est accordée à la famille pour compenser la disparition de cet objet de droit réel particulier.

Les mots les plus nobles sont employés pour qualifier une chose qui ne vaudrait, en fait, que quelques euros. Comme c'est étrange... Quoi qu'il en soit, en employant expressément la qualification de chose sacrée - qui nous paraît fort juste - le tribunal contribue à l'édification du droit sur le corps humain (I). Et, en allouant une somme d'argent aux fins de remplacer l'objet disparu, le tribunal nous fait toucher du doigt une réalité: les choses sacrées, qu'on dit hors du commerce, ont une valeur appréciable en argent même s'il ne s'agit pas d'un prix (II).

(2) Jusqu'à présent, le Tribunal de Lille employait une formule un peu équivoque. Il était, en effet, question de dépouille, objet de droit de propriété inviolable et sacré. La qualification d'« inviolable et sacré » conférée au droit de propriété par la Déclaration des droits de l'homme est désormais attribuée à la chose elle-même, objet de droit.

# I - La dépouille mortelle est une chose sacrée

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo

(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Tout le monde s'accorde aujourd'hui sur le fait qu'il faut dissocier la personne du corps qui l'enveloppe<sup>3</sup>. Et qu'à tout le moins le corps humain redevient une chose lorsqu'il n'abrite plus un sujet de droits. L'expression «*chose humaine*» est d'ailleurs employée en doctrine<sup>4</sup>. Mais s'agit-il d'une chose banale? D'une *res vilis*? Et le droit qu'exerce l'individu sur cette chose est-il bien celui de la propriété? Ne s'agit-il pas, au contraire, d'un droit réel plus réduit? Cette question est actuellement posée par la doctrine qui ressent la nécessité d'expliquer, en ayant recours à des qualifications diverses, que l'individu ne disposerait pas d'un *abusus* complet sur cet objet de droit particulier qu'est son corps. Son droit réel ne serait, en réalité, qu'un démembrement de la propriété dont il resterait à définir l'étendue.

A - Une fraction de la doctrine, s'inspirant du droit public, voit dans le corps humain une chose appartenant à l'Etat<sup>5</sup>. Le régime juridique de cette chose pourrait s'inspirer de celui des biens mobiliers du domaine public, à l'image des tableaux des musées qui ont été ainsi classés. Cette chose serait de ce fait hors du commerce juridique<sup>6</sup>, ce qui veut dire qu'elle ne peut pas changer de propriétaire. Elle ne peut être vendue ou échangée. Elle ne peut même pas

être possédée utilement et ne peut donc être revendiquée. Elle ne peut pas être saisie. Et l'individu n'aurait sur cette chose qu'un simple droit d'usage, étant en quelque sorte l'usager d'un bien appartenant à l'Etat. Cette analyse permet de comprendre pourquoi la collectivité a le droit d'effectuer des prélèvements sur le corps des personnes n'ayant pas, de leur vivant, manifesté de refus à une telle opération. Le recours à une telle analyse ne fait pas non plus obstacle à l'emploi du qualificatif «*sacré*» qui révèle tout à coup son ambiguïté en prenant des échos républicains<sup>7</sup>. Ce sera au nom de l'amour «*sacré*» de la patrie que l'on subira les prélèvements d'organes... comme autrefois nos soldats sacrifiaient leur corps, au champ d'honneur pour la défense du territoire.

Mais réduire le droit de l'individu sur son corps à un simple usage n'explique pas tout: cela n'explique pas le don. On ne peut pas donner ce dont on n'a qu'un simple usage. Et puis pourquoi rendre la Nation française (et elle seule) propriétaire des corps des Français (et pas des autres)? La «*propriété*» des corps ne ressort-elle pas d'une entité universelle, et pas seulement nationale?

B - La doctrine civiliste contemporaine redécouvre, de son côté, l'article 714 du code civil qui nous parle des «*choses communes*» qu'on nommait autrefois «*communia*». Ce sont les choses qui «*n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir*». On donne habituellement en exemple, pour illustrer cette catégorie de biens, l'air, l'eau... et pourquoi pas d'autres notions comme la musique ou la langue. Le droit réel qu'exercerait l'individu sur une chose commune n'est cependant pas facile à définir, même s'il ressemble *a priori* à un droit d'usage ou d'usufruit.

(3) Pour faire le point sur la question, V. A. Leca, *Corpus id est persona? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain*, Cah. dr. santé Sud-Est, n° 2, PUAM, p. 37 s.

(4) E. Bayer, *Les choses humaines*, thèse dactyl., Toulouse I, 2003, sous la dir. de T. Revet. Rapp. B. Beignier, La liberté de concevoir un enfant, Famille févr. 2004: «*Les ossements, les cendres d'un défunt sont bien des choses. Mais dans l'ordre des choses, toutes ne sont pas des biens [...]*»

(5) G. Nicolas, Recherche sur le statut du corps humain: les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain?, Cah. dr. santé Sud-Est, PUAM, n° 2, p. 81 et s. - V., égal., X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003; Lemennicier, *Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi?*, Droits, n° 13, PUF, Paris, 1991.

(6) I. Moine, *Les choses hors du commerce*, LGDJ, 1993.

pape Pie XII disait que l'homme est usufruitier de son corps, Dieu restant en quelque sorte le nu-propriétaire<sup>8</sup>. La notion d'usufruit permettrait de comprendre que l'homme peut user de son corps et utiliser comme il l'entend les produits de celui-ci. Mais elle ne permet pas de comprendre l'impunité du suicide et de sa tentative (on ne peut pas détruire impunément ce qui ne nous appartient pas). Elle ne permet pas non plus de comprendre la finalité que doit poursuivre le don des produits humains pour être valablement effectué. Elle suppose enfin que la loi désigne expressément le nu-propriétaire (car il n'y a pas d'usufruit sans nue-propriété) ou, à tout le moins, en règle le sort. Ce que ne fait évidemment pas le code civil.

Comment définir le droit individuel sur une «*chose commune*»?

Nous comprenons d'abord que cette chose, qui n'appartient à «*personne*», n'appartient à aucune personne physique ou morale de droit privé ou de droit public. Elle n'appartient même pas à l'Etat, ce qui la différencie du bien du domaine public. Mais cela n'exclut pas qu'elle peut «*appartenir*» à une entité supérieure non définie par notre ordonnancement juridique (Dieu pour les uns, la nature ou l'humanité pour les autres). C'est à ce titre qu'elle pourrait être «*sacrée*», le mot pouvant avoir alors une connotation religieuse, mais aussi faire référence à ce qui constitue le fondement de l'humanité.

Quelle est la nature du droit de l'individu sur les «*choses communes*»? Les auteurs remarquent que le mot «*usage*» est assez ambigu, car il ne restitue qu'en partie l'étendue du droit<sup>9</sup>. Prenons l'exemple de l'eau de mer<sup>10</sup>: je peux utiliser gratuitement la mer. Mais je peux aussi m'accaparer - gratuitement - de tel élément composant la masse liquide de la mer, pourvu que cette appropriation ne gêne en rien l'usage des autres. Un commerçant d'une station balnéaire du nord de la France vendait ainsi, il y a quelques années, des bouteilles d'eau de mer portant l'inscription «*Souvenir de Merlimont-Plage*». Et je peux aussi m'accaparer gratuitement - dans le respect des lois de police - des produits de la mer (poissons, coquillages, crustacés) et les revendre par la suite<sup>11</sup>. Le droit réel de l'individu sur la chose commune évoque donc l'usufruit, mais il comprend en outre une petite dose d'*abusus*.

(7) E. Poulat, Une relation d'incertitude: sacré, religieux et pouvoir, *Revue Géopolitique*, mars 2001, PUF.

(8) L'idée a été soutenue par Pie XII le 8 oct. 1953 (cité par Borillo, *De la chair grotesque au corps monumental. Le corps, la science et le droit*, Comité d'éthique à travers le monde, éd. Tierce-Médecine et Inserm, Paris, 1991, p. 311).

(9) Pour Mazeaud (*Introduction à l'étude du droit*, t. 1er, 3e éd., Montchrestien, 1962, p. 242), l'art. 714 c. civ. permet à chacun de s'approprier d'une fraction de la chose commune: «*On conclut généralement que ces choses ne sont pas susceptibles d'appropriation: c'est inexact. La personne qui boit l'eau d'un torrent, la fait boire à son bétail, l'industriel qui fabrique de l'air liquide, font acte de propriétaire. Mais cette appropriation ne doit pas gêner l'usage de tous sur ces choses. Cette limitation apportée aux droits de chacun dans l'intérêt de tous est la caractéristique des choses communes, celles que connaissaient déjà les Romains.*»

(10) S. Caudal, L'eau de mer. Réflexions sur son statut juridique et sa protection, in *Mélanges E. Langavant*, L'Harmattan, p. 59 s.

(11) V. ainsi G. Proutière-Maulion, D. 2000, Chron. p. 647 (nature juridique du poisson de mer); Rémond-Gouilloud, D. 1985, Chron. p. 27 (ressources naturelles et choses sans maître).

Mais on pourrait peut-être aussi - tout en continuant de parler de choses communes dépendant d'une entité supérieure - soutenir une thèse voisine inspirée du droit de la propriété littéraire et artistique. Dieu ne serait pas «nu-propiétaire», mais plutôt «Créateur» d'une œuvre. L'individu serait donc bien titulaire sur son corps d'un droit de propriété, sauf à lui de respecter le droit moral du Créateur. Ce respect ne lui interdit pas de disposer de son corps. Il lui interdit simplement de faire n'importe quoi de celui-ci. Il est vrai qu'une doctrine contemporaine qualifie l'œuvre d'art parce qu'elle est l'expression de la création, de «*chose sacrée*»<sup>12</sup>.

Quoi qu'il en soit, le droit des biens nous offre toute une série de qualifications. Aujourd'hui, c'est moins la nature de «*chose*» que l'étendue du droit sur cette chose qui pose problème. Le caractère sacré de la chose dégagé par le tribunal devrait nous permettre de restreindre le droit qu'exerce le titulaire sur l'objet. Mais il demeure que cet objet a, de toute façon, une valeur, même s'il n'a pas toujours un prix.

(12) G. Lhuillier, Les œuvres d'art, *res sacrae*, RD prospectif, PUAM, 1998, p. 512 s.

(13) La valeur de l'embryon congelé, notre note sous TA Amiens, 9 mars 2004, D. 2004, p. 1051; AJDA 2004, p. 1546, note S. Hennette-Vauchez.

## Document n° 8

### Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ?

**Pour se soustraire, en vue de la restitution d'une tête maorie détenue par le muséum de Rouen, à la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 451-5 du code du patrimoine posant le principe d'un déclassement préalable pour les biens des collections des musées de France, la ville ne peut se prévaloir utilement des dispositions de l'article 16-1 du code civil. Le dispositif défini au code du patrimoine place en effet les biens dont s'agit sous une protection particulière, distincte du droit patrimonial garanti par le droit civil. La loi «bioéthique» du 29 juillet 1994 sur l'inviolabilité du corps humain n'a ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à l'application du régime de la domanialité publique pour un reste humain.**

Cour administrative d'appel de Douai, 24 juillet 2008

#### ARRÊT

Sur la régularité du jugement attaqué :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier de première instance que la minute du jugement contient le visa et l'analyse de la demande et des mémoires des parties; que, par suite, ledit jugement n'a pas méconnu les dispositions de l'article R. 741-2 du code de justice administrative selon lesquelles la décision contient l'analyse des conclusions et mémoires, et n'est pas, dès lors, entaché d'irrégularité;

Sur la légalité de la délibération attaquée :

Considérant que selon l'article L. 1 du code du patrimoine: «Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou

privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique»; que l'article L. 111-1 du même code prévoit que: «Les biens appartenant aux musées de France, [...] sont considérés comme trésors nationaux», qu'aux termes de l'article L. 111-1 dudit code: «Les musées de France ont pour missions permanentes de:/a) Conserver, restaurer, étudier et enrichir leurs collections;/b) Rendre leurs collections accessibles au public le plus large;/c) Concevoir et mettre en œuvre des actions d'éducation et de diffusion visant à assurer l'égal accès de tous à la culture;/d) Contribuer aux progrès de la connaissance et de la recherche ainsi qu'à leur diffusion»; que selon l'article L. 451-3: «Les collections des musées de France sont imprescriptibles» et selon l'article L. 451-4: «Toute cession de tout ou partie d'une collection d'un musée de France intervenue en violation des dispositions de la présente section est nulle. [...]»; qu'en application de l'article L. 451-5: «Les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de leur domaine public et sont, à ce titre, inaliénables./Toute décision de déclassement d'un de ces biens ne peut être prise qu'après avis conforme d'une commission scientifique dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par décret»;

Considérant que le muséum d'histoire naturelle, d'ethnographie et de préhistoire de la ville de Rouen a reçu l'appellation de Musée de France et contient dans ses collections, et depuis 1996 au sein des réserves, une tête dite Maori naturalisée et comportant des tatouages rituels, qui lui a été donnée en 1875 par M. Drouet; que, par délibération du 19 octobre 2007, le conseil municipal de la ville de Rouen a décidé d'autoriser, en vue de son inhumation selon les rites ancestraux, la restitution de la tête Maori à la Nouvelle-Zélande ainsi que la signature de l'accord formalisant les conditions de cette restitution entre la ville de Rouen et le musée Te Papa à Wellington chargé de l'identification de la tribu d'origine et, à défaut, de l'inhumation dans la zone sacrée spécialement aménagée à cet effet au sein de ce musée; qu'il est constant que ce bien, pour lequel l'avis conforme de la commission scientifique nationale des collections des musées de France n'avait été ni obtenu ni même sollicité, n'avait fait, en outre, préalablement à la délibération, l'objet d'aucun déclassement, contrairement aux dispositions de l'article L. 451-5 du code du patrimoine;

Considérant que, pour se soustraire à la mise en œuvre des dispositions précitées du code du patrimoine, la ville de Rouen s'est explicitement fondée sur l'article 16-1 du code civil issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, selon lequel: «Chacun a droit au respect de son corps./Le corps humain est inviolable./Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial»; qu'en outre, en application de l'article 16-5 du même code: «Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles»; que, toutefois, les dispositions sus-rappelées du code du patrimoine, qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des musées de France, placent ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du code civil; que, dès lors, ledit article n'ayant eu ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'exercice d'un régime de domanialité publique sur un reste humain en application des dispositions du code du patrimoine et n'impliquant pas, au demeurant, par lui-même, la restitution de la tête Maori à la Nouvelle-Zélande, la ville de Rouen n'est pas fondée à soutenir qu'elle pouvait autoriser la restitution de ce bien sans respecter la procédure de déclassement prévue par l'article L. 451-5 du code du patrimoine;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la ville de Rouen n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a prononcé l'annulation de sa délibération du 19 octobre 2007; que doivent être rejetées, par voie de conséquence, les conclusions de la ville de Rouen tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

Décide :

Art. 1<sup>er</sup> : La requête de la ville de Rouen est rejetée.

## une loi pour le respect

par Grégoire Loiseau

Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, directeur du master 2 Personne et droit

« Le respect du corps humain  
est un devoir perpétuel »

**E**n introduisant dans notre code civil un nouvel article 16-1-1, la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 complète une réalisation législative qui se destinait jusqu'à présent à la protection du corps humain vivant. Son prolongement après la mort a pris prétexte du règlement particulier de la destination des cendres funéraires ; mais le législateur a su saisir l'occasion pour donner plus globalement à la dépouille mortelle et ce qu'il en advient une condition respectueuse de l'être décédé.

Le nouveau texte trouve tout naturellement sa place, à la suite de l'article 16-1, qui pose en règle que « *chacun a droit au respect de son corps* », en énonçant que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* ». C'est faire entendre au passage que le droit de chacun disparaît au décès et que lui succède un devoir de communauté, qui commande *erga omnes*. La même disposition précise que « *les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». Les termes utilisés – respect, dignité, décence – sont alors ostensiblement la reprise de ceux que l'on emploie à propos de l'être humain vivant. L'orientation n'est évidemment pas neutre. Il ne s'agit pas de partager, à l'identique, la même condition juridique ni de prolonger, après la mort, le statut de personne. La dépouille mortelle et ce qu'il en advient, ossements ou cendres funéraires, sont des choses dans l'ordre binaire du droit. Mais ce sont des choses à part des autres choses, empruntées d'un sacré au sens où l'on exprime ce qui est inviolable et digne d'un respect absolu.

C'est certainement l'apport majeur du nouveau texte. Symboliquement, en concevant la condition *post mortem* du corps en contemplation de l'être qui

a été, c'est l'humain dans son espèce qu'il donne en charge, collectivement, de respecter. Surtout, et de façon plus tangible, la construction a le mérite de mettre les restes des personnes décédées à l'écart des convoitises de la propriété et plus généralement de tout esprit de privatisation. C'en est fini, avec la loi nouvelle, de faire de la dépouille mortelle l'objet d'un droit de copropriété familial ou d'envisager les cendres funéraires comme un bien mobilier indivis. Sans doute, ceux qui ont défendu ces conceptions n'avaient pas toujours en tête le sens précis des qualifications empruntées au droit des biens et leurs implications juridiques. Ils exprimaient – pour certains d'entre eux en tout cas – l'idée que les proches du défunt sont les gardiens naturels de sa dépouille ou de ses cendres et que cette garde est à l'image de la propriété : absolue, exclusive, perpétuelle. Mais il n'en était pas moins laissé libre cours, sur fond d'une telle nature mobilière, à toutes sortes d'errements qui ont essentiellement concerné les cendres funéraires, celles-ci ne faisant l'objet - à la différence du cadavre inhumé - d'aucune règle protectrice. Certains se sont ainsi interrogés, sans particulièrement s'émouvoir, sur la possibilité de procéder à un partage des cendres ; ce à quoi quelques magistrats ont donné suite avec un sens déconcertant de la compassion. Il y eut d'autres destinations aussi, plus triviales encore : transformation des cendres en bijoux ou leur mélange à de la peinture pour en faire des tableaux.

La loi nouvelle met un terme à tout cela. Et elle se donne concrètement les moyens d'empêcher pour l'avenir tout risque de dérive. Le partage des cendres, déjà, est fermement exclu puisque la loi prévoit que celles-ci doivent, « *dans leur totalité* », soit être conservées dans une urne cinéraire, soit être dispersées dans un jardin du souvenir ou encore en pleine nature (CGCT, art. L. 2223-18-2). C'est dans la sensibilité du texte : le respect étant dû au corps du mort et à ce qu'il en reste en quelque état qu'il se trouve, ce respect doit être porté aux cendres en tant qu'elles représentent, résiduellement et indivisiblement, ce que le corps a été. Une répartition matérielle des cendres, pour répondre aux préoccupations particulières des vivants, ne serait pas dès lors un traitement digne des restes du défunt. Ce n'est pas tout. Lorsque le choix est fait que les cendres soient conservées dans une urne, il n'est désormais plus possible de la laisser aux mains de la famille, du moins de certains de ses membres,

tel un objet dont ils seraient rendus dépositaires au même titre qu'un souvenir de famille.

**Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)**

Alors que le décret n° 2007-328 du 11 mars 2007 relatif à la protection des cendres funéraires, avait laissé la possibilité de conserver l'urne dans un lieu privé lorsque le défunt en avait exprimé la volonté, la loi nouvelle ne le permet plus en aucun cas. Ses prescriptions sont claires : l'urne cinéraire peut être inhumée dans une sépulture, déposée dans une case de *columbarium* ou scellée sur un monument funéraire à l'intérieur d'un cimetière ou d'un site cinéraire ; rien d'autre. Cette détermination autoritaire des lieux de conservation des cendres peut sembler rigoureuse ; mais c'est la garantie que les cendres soient traitées avec respect, dignité et décence, ce qui n'est jamais sûr à l'abri des rideaux. Il s'agit aussi, lorsque la volonté s'est exprimée de conserver les cendres plutôt que de les disperser, d'assurer l'accès de tous dans un lieu public, un lieu ouvert au recueillement, à ce qui contient les restes mortels, ce qui peut aider à la représentation du défunt et à l'évocation de son souvenir. Dira-t-on qu'une personne peut être enterrée sur une propriété particulière (CGCT, art. L. 2223-9 et R. 2213-32) ; que l'on refuse pour les cendres funéraires ce que la loi envisage pour l'inhumation du corps d'une personne décédée. Une chose est cependant d'autoriser, par la voix du préfet, une sépulture sur un terrain privé ; autre chose de laisser l'urne cinéraire et les cendres qu'elle contient à la libre disposition de celui à qui elle a été remise. La sépulture est attachée au sol à perpétuelle demeure ; l'urne peut changer de mains, de place, sans garantie, au gré de ceux qui la recueillent ou de ses déplacements, d'un emplacement qui soit décent pour des restes humains. Tout au plus aurait-on pu, puisque la loi permet que l'urne cinéraire soit inhumée dans une sépulture, prévoir que cette sépulture puisse être établie sur une propriété particulière dans les mêmes conditions que lorsque y est inhumé le corps de la personne décédée. Si lacune il y a, elle est toutefois modeste et pourrait être corrigée.

L'essentiel n'est en tout cas pas là. Il est dans la volonté exprimée de façon égale par la loi, quoique devienne le corps après la mort – dépouille en désagrégation ou cendres conservées – de ne jamais l'exposer à un traitement qui ne soit pas respectueux de sa nature humaine. Le temps, là-dessus, ne joue pas ; l'oubli n'affecte pas davantage le respect : c'est ce

qu'illustre un autre passage du texte en prévoyant d'affecter dans les cimetières un ossuaire aménagé où les restes exhumés devront être déposés (art. L. 2223-9). Et pour que les règles de protection s'accordent à leur tour à cette condition égale du corps après la mort – que la dépouille soit enterrée ou fasse l'objet d'une crémation – la loi étend au plan pénal l'incrimination de la violation ou de la profanation de tombeaux ou de sépultures en réprimant les mêmes agissements lorsque l'atteinte est portée à une urne cinéraire (c. pén., art. 225-17).

Un tel alignement était au vrai indispensable, qui plus est à présent que l'urne cinéraire ne peut plus être considérée comme un objet parmi d'autres dans l'enceinte discrète d'un domicile privé. Sur le terrain civil, enfin, un complément de protection est assuré par les nouvelles prévisions de l'article 16-2 du code civil, suivant lesquelles « *le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort* ». Nul doute que, pour le sens du texte ainsi complété, le corps humain doit se comprendre comme pouvant être à l'état d'ossements ou de cendres dans la mesure où les restes mortels ne sont pas assimilables à des éléments ou des produits du corps dont ils ne sont pas séparés. Parce qu'humain, c'est le corps dans son unité qui est respectable et protégeable, continuum du vivant de la personne, infiniment après sa mort.

C'est d'ailleurs, à nos yeux, tout le mérite du nouveau texte que d'avoir su, ainsi, fondre les éléments d'un statut du corps humain après la mort parmi les règles déjà conçues se destinant au corps vivant. Leur articulation sous l'autorité de principes communs donne alors le sentiment d'une continuité qui passe outre la disparition de l'être. Il n'est certes plus question de droit, mais de devoir. Il n'est plus non plus question d'en appeler à la considération de la personne et au respect de sa dignité pour fonder la protection du corps humain ; après la mort, le corps est une chose et il n'est en vue que de le traiter avec dignité en mémoire de son humanité. Les actions du droit ne sont donc pas exactement les mêmes et ne pouvaient être confondues. On en mesure que mieux l'apport de la loi du 19 décembre 2008 qui, par une simple extension des règles existantes, assemble en quelques mots les éléments d'une condition posthume du corps humain. ■

Document n° 10

Code de la santé publique

Article L1232-1

Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révoquant à tout moment.

- 13 -

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par le biais des prélevements envisagés.

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.

L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques.

Article L1232-2

Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit.

Document n° 44

Famille-Personne-Succession  
Tribunal de grande instance de Paris, ord. réf., 21 avril 2009, n° 09/53100  
Demandeur: Solidarité Chine (Assoc.) - Défendeur: Encore events (Sté)  
Cour d'appel de Paris, pôle 1, ch. 3, 30 avril 2009, n° 09/09515  
Demandeur: Encore events (Sté) - Défendeur: Association Ensemble contre la peine de mort - Décision attaquée: Tribunal de grande instance de Paris, ord., 21 avr. 2009 (Confirmation)

### Interdiction de l'exposition « Our body, à corps ouvert »

Une exposition présente des cadavres et des organes humains dans des attitudes censées en permettre l'étude anatomique: jouant au basket, au football, lançant le disque, courant, à vélo... Les coupes ou découpes privilégient le spectacle, la virtuosité: sujet anatomique avec la peau et les muscles partiellement disséqués. Le catalogue se donne pour un exposé scientifique de « l'exposition anatomique avec de vrais corps humains ». Une association œuvrant pour le don d'organe, grande cause nationale 2009, soutient cette opération qui en modifiant le rapport du sujet à son corps, en le « désacralisant » faciliterait le don. Ainsi la justification est celle de l'accès au savoir.

Les parties placent dans le débat juridique la discussion éthique de l'événement, les demanderesse faisant valoir un avis négatif du Comité national d'éthique sur une saisine du 29 juin 2007 concernant un projet d'exposition voisin. La défenderesse souligne l'incertitude qui affecte les normes régissant le statut de l'être et du corps en début et en fin de vie, l'évolution des préoccupations éthiques et politiques relatives au cadavre traduite en particulier dans le domaine de la muséographie.

Si la délibération du Comité national d'éthique relève évidemment de l'ordre juridique et du droit souple, il ne peut être pris en considération par le juge des référés que si la reconnaissance du droit « dur » le requiert.

Les cadavres et leurs démembrements ont d'abord vocation à être inhumés ou incinérés ou placés dans des collections scientifiques de personnes morales de droit public. La détention privée de cadavres est illicite. La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire a étendu, explicitement, au cadavre la protection accordée au corps de la personne vivante par les articles 16-1, 16-2 et 16-5 du code civil. La loi, d'ordre public, ne fait place au consentement qu'en cas de nécessité médicale avérée; elle prohibe les conventions ayant pour effet de marchandiser le corps. Ainsi la loi ne prend pas en compte l'utilisation des cadavres dans un but de formation ou d'information du public.

L'espace assigné par la loi au cadavre est celui du cimetière, la commercialisation des corps par leur exposition porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû. Il ne peut être revendiqué l'insertion de la manifestation dans un courant artistique ancien et constant: le transi, l'écorché, la leçon d'anatomie (...) alors que l'exposition épuise le mouvement artistique dans lequel elle prétend se situer en substituant à la représentation de la chose, la chose même. Condamnée, dès lors, à l'esthétisme, la présentation des cadavres et organes met en œuvre des découpages qui ne sont pas scientifiquement légitimes, des colorations arbitraires, des mises en scènes déréalisantes. Il est manifestement manqué à cet égard à la décence.

La visée pédagogique, étrangère à la prévision de la loi, ne peut absoudre une illicéité manifeste. La modalité même de l'exposition est incompatible avec un objectif scientifique, en réalité simulé par le travail technique opéré sur les corps. L'article 16-2 du code de procédure civile autorise le juge à prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain (...) y compris après la mort. Il est donc fait interdiction de poursuivre l'exposition de cadavres et de pièces anatomiques d'origine chinoise [1<sup>re</sup> espèce].



Il ressort des dispositions de l'article 16-1 du code civil, l'ordre public que le législateur, qui prescrit la même protection aux corps vivants et aux dépouilles mortelles, a voulu réserver à celles-ci un caractère inviolable et digne d'un respect absolu, conformément à un principe fondamental de toute société humaine. Cette protection et ce caractère n'excluent pas cependant l'utilisation des cadavres à des fins scientifiques ou pédagogiques.

Le respect n'interdit pas le regard de la société sur la mort, et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures, ce qui permet de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public. Outre le champ de la connaissance, notamment grâce aux techniques modernes, s'est également élargi. Il n'est plus seulement réservé aux seuls spécialistes et savants et devient désormais accessible au grand public de plus en plus curieux et soucieux d'accroître son niveau de connaissances.

La société organisatrice ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, de l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux et de l'existence des consentements autorisés alors même que les sociétés intimées mettent en cause, pièces à l'appui, la crédibilité de cette fondation (fondation de Hong Kong) et cette origine.

L'exposition en cause, organisée dans ces conditions, caractérise donc une violation manifeste de l'article 16-1 du code civil.

C'est donc à juste titre que le premier juge en a ordonné l'interdiction selon les modalités qu'il a définies, et ce, sans qu'il soit besoin d'examiner les conditions dans lesquelles les corps sont présentés au public.

En revanche, la demande tendant à l'interdiction d'une exposition, la constitution de séquestre, l'inventaire et la représentation des corps aux autorités françaises que le premier juge a ordonnés ne s'imposent pas [2<sup>e</sup> espèce].

Mots-clés : PERSONNE HUMAINE \* Corps humain \* Cadavre \* Pièce anatomique \* Exposition publique \* Interdiction

**NDLR** (1) L'exposition « Our body, à corps ouverts », qui présente une vingtaine de corps et organes humains conservés par plastination (procédé de conservation rendant les corps imputrescibles), a été interdite par le tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé, le 21 avril 2009, puis à nouveau par la cour d'appel de Paris le 30 avril 2009 (V. déjà, F. Rome, D. 2009. Edito. 1129 ; et X. Labbé, D. 2009. Entretien. 1192 ; V. égal. blog Dalloz, <http://blog.dalloz.fr> : A. Cheynet de Beaupré, 27 avr. 2009, et A. Astaix, 12 juin 2008).

Les associations demanderesses ont profité de l'adoption le 19 décembre dernier de la loi sur la législation funéraire pour obtenir ce qui avait été refusé lors du passage de l'exposition à Lyon puis Marseille en 2008. En effet, la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 a eu, entre autres, pour but de renforcer la protection du corps humain après la mort en créant, dans le code civil, un article 16-1-1 selon lequel : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées (...) doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

Si les juridictions se fondent naturellement toutes deux sur le nouvel article 16-1-1, leur raisonnement est radicalement différent.

En première instance, le tribunal ne s'était pas préoccupé de la provenance licite ou non des cadavres - bien que cette question soit l'unique point qui confère aux associations demanderesses un intérêt à agir - ni pris en compte le consentement éventuel des personnes de leur vivant (la loi, d'ordre public, ne fait place au consentement qu'en cas de nécessité médicale avérée).

En revanche, les premiers juges s'étaient penchés avec attention sur la conformité ou non de l'exposition à l'article 16-1-1 du code civil. Partant du principe que les cadavres et leurs démembrements ont d'abord vocation à être inhumés ou incinérés ou placés dans des collections scientifiques de personnes morales de droit public, et que la détention privée de cadavres est illicite, ils avaient passé en revue les différents motifs qui selon eux auraient pu légitimer l'atteinte. Notamment, le tribunal avait déclaré que l'exposition ne présentait aucun intérêt scientifique (la présentation des cadavres et organes met en œuvre des découpages qui ne sont pas scientifiquement légitimes, des colorations arbitraires, des mises en scènes déréalisantes), et que si visée pédagogique il y avait, étant étrangère à la prévision de la loi, elle ne pouvait absoudre une illicéité manifeste. Pour conclure, le tribunal affirmait que l'espace assigné par la loi au cadavre est celui du cimetière, la commercialisation des corps par leur exposition porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû.

Le résultat, l'interdiction de l'exposition, devait probablement être approuvé. L'exposition - ou des expositions similaires - avait été refusée par le Musée de l'homme et la Cité des sciences de la Villette, et reçu un avis négatif du Comité national d'éthique, qui tous

considéraient que l'exposition posait de trop gros problèmes éthiques, et surtout que la provenance des corps était douteuse.

La solution ne manquait pourtant pas de soulever des questions importantes. En effet, les multiples pincettes qu'a prises le tribunal, et qui visaient notamment à protéger les momies préhistoriques, têtes maories, foetus dansant la gigue ou cavaliers de l'apocalypse présents dans les musées de France (V., par ex., les écorchés du Musée Fragonard à Maison-Alfort), n'étaient pas suffisantes.

En définitive, selon les premiers juges, qu'est-ce qui permettrait à ces momies d'être conservées dans nos musées? La domanialité publique? Cette idée est aujourd'hui très controversée (V. J. Lepers, Un reste humain peut-il appartenir au domaine public?, AJDA 2008. 1896; V. aussi le symposium organisé par le Musée du quai Branly en février 2008, « Des collections anatomiques aux objets de culte: conservation et exposition des restes humains dans les musées »). L'absence de commercialisation? Mais à quel tarif d'entrée commence la commercialisation? L'objectif scientifique? Et où s'achève la visée scientifique et où commence la visée pédagogique?

La cour d'appel a donc sagement opté pour une solution relativement peu contestable, en prenant le raisonnement exactement inverse. En effet, elle a statué uniquement sur la provenance des cadavres. Les associations ayant justifié, pièces à l'appui, le doute pesant sur cette provenance et sur le consentement donné par les personnes, il revenait à l'exposant d'apporter la preuve contraire. Celle-ci n'étant pas rapportée, la cour ne se penche pas sur l'exposition en elle-même: la protection du cadavre et le respect dû à celui-ci commandent d'abord de rechercher si les corps ainsi exposés ont une origine licite et s'il existe un consentement donné par les personnes de leur vivant sur l'utilisation de leur cadavre.

Mais la cour d'appel précise quand même, au passage et en prenant le contre-pied de la première instance, que si le respect absolu qui doit être conféré au corps humain même après la mort est un principe fondamental de toute société humaine, il n'exclut pas l'utilisation des cadavres à des fins scientifiques ou pédagogiques et que le respect n'interdit pas le regard de la société sur la mort (...), ce qui permet de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public.

La défenderesse souligne, nous dit l'ordonnance de première instance, l'incertitude qui affecte les normes régissant le statut de l'être et du corps en début et en fin de vie, l'évolution des préoccupations éthiques et politiques relatives au cadavre traduite en particulier dans le domaine de la muséographie. La défenderesse a bien raison, et force est de constater que cette incertitude demeure.

C. Le Douaron,

► Décisions *in extenso* sur DALLAZ



# Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008

Isabelle CORPART,

maître de conférences à l'université de Haute Alsace,  
centre européen de recherches sur le droit des accidents collectifs  
et des catastrophes

Alors qu'un décret de 2007 était parvenu à une solution d'équilibre entre les libertés individuelles et le respect de l'ordre public pour appréhender le sort des cendres après crémation, la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire pose de nouveaux interdits. Cette réforme s'intègre dans une approche plus générale du droit funéraire.

1 - Il aura fallu près de deux ans pour que soit modernisée la législation relative aux sépultures<sup>1</sup> avec d'importantes retouches apportées au Code général des collectivités territoriales et un nouveau principe posé dans le Code civil à propos du statut juridique des cendres. Cette réforme était attendue afin de moraliser la profession d'opérateur funéraire, de mieux accompagner les familles lors du décès tout en sécurisant leurs démarches, de revoir les prérogatives accordées aux maires en matière de gestion des cimetières et, enfin, de prendre la juste mesure de la crémation de plus en plus prisée par les Français. Une proposition de loi avait été déposée par M. Jean-Pierre Sueur, sénateur du Loiret en 2006<sup>2</sup>, à la suite des recommandations faites par la mission d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire<sup>3</sup>. Elle avait été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale en première lecture le 22 juin 2006, mais les débats parlementaires n'avaient pas pu être poursuivis.

2 - Pour parer au plus pressé, le gouvernement avait, entre-temps, fait paraître un décret qui traitait de la destination du résidu de la crémation. Le décret du 12 mars 2007 relatif à la protection des cendres funéraires encadrait les pratiques dans le respect de l'ordre public mais en laissant une large part à la liberté individuelle<sup>4</sup>. Conformément à ces dispositions, plusieurs choix s'offraient aux parents : déposer l'urne et son contenu dans un cimetière, répandre les cendres dans un jardin du souvenir, dans un lieu public ou

dans un lieu privé, voire les conserver privativement en les répartissant entre plusieurs urnes, le cas échéant.

3 - La loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire<sup>5</sup> revient sur cette question en introduisant des règles plus strictes par faveur pour le respect dû aux défunts et en encadrant étroitement la destination des cendres. Cette question traitée dans le chapitre III de la loi ne représente toutefois qu'un des aspects de la réforme. D'autres points importants tiennent à l'exigence de nouvelles qualités professionnelles dans le secteur funéraire, à une volonté affirmée de mieux accueillir les familles pendant ce temps de deuil et à une extension des attributions accordées aux maires pour concevoir, développer et agencer cimetières et crématoriums.

4 - Intervenant sur un sujet grave et quelque peu polémique, l'idée force de la proposition de loi était d'assurer la sérénité des vivants et le respect des défunts<sup>6</sup>. Mort ou vif, chacun a droit au respect, ce qui revient, pour les vivants à faciliter les démarches des familles, notamment quant à l'organisation des funérailles et à revoir toute l'organisation des lieux de recueillement. Quant aux morts, on leur doit une protection outre-tombe qui justifie l'interdiction de toute appropriation des urnes funéraires. Pour y parvenir, le législateur introduit dans le Code civil un nouveau principe prolongeant le respect dû au corps humain du vivant de la personne, étendu désormais aux cendres funéraires *post-mortem*.

5 - Le droit funéraire réformé s'attache à la paix des vivants en modifiant plusieurs dispositions du Code général des collectivités territoriales (1) et à celle des morts, par un principe exposé dans le Code civil et sanctionné par le Code pénal (2).

1. P. Berchon, *Sépulture* : Encyl. Dalloz, 2005. - C. d'Abbadie et C. Bouriot, *Code pratique des opérations funéraires* : Le Moniteur, 2<sup>e</sup> éd. 2000. - D. Dutrieux, *Droit funéraire* : MB éditions, 2004. - G. et M. Sénac Monsebernard, R. Vidal, *Guide de législation funéraire* : LexisNexis, Litec, 6<sup>e</sup> éd. 2003.

2. Après une première proposition de loi n° 161 (2002-2003) relative aux opérations funéraires, à la protection des familles à la suite d'un décès et à l'habilitation des opérateurs funéraires en 2003 devenue caduque faute d'avoir été inscrite à l'ordre du jour du Sénat dans les délais requis. - Sur la question : J.-Ph. Feldman, *Un Parlement en cendres : De la proposition de loi « sur le statut et la destination des cendres des personnes dont le corps a fait l'objet d'une crémation »* : D. 2006, p. 92.

3. Sérénité des vivants et respect des défunts - bilan et perspectives de la législation funéraire : rapport n° 372 (Sénat, 2005-2006) de MM. Jean-Pierre Sueur et Jean-René Leckerf au nom de la mission d'information de la commission des lois du Sénat sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire : [www.senat.fr/rap/r05-372/r05-372.html](http://www.senat.fr/rap/r05-372/r05-372.html).

4. D. n° 2007-328, 12 mars 2007 : JO 13 mars 2007, p. 4736. - A. Cheynet de Beaupré, *Le retour des cendres* : D. 2007, p. 1212. - I. Corpant, *La destination des cendres funéraires après crémation* : RLDC 2007, n° 42, p. 47 ; D. Dutrieux, *Crémation et destination des cendres*, JCP N 2007, act. 311. - A. Peri, *Le statut des cendres funéraires : un vide juridique* : LPA 31 août 2007, p. 3. - H. Popu,

5. L. 2008-1350, 19 déc. 2008 : JO 20 déc. 2008, p. 19538. - D. Dutrieux, *La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire. La fin d'un long processus législatif* : JCP A 2009, act. 2. - X. Labbée, *Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 19 décembre 2008* : JCP G 2009, act. 34. - G. Loiseau, *Mortuorum corpus : une loi pour le respect* : D. 2009, point de vue n° 4. - H. Popu, *Destination et protection des cendres funéraires* : *Defrénois* 2009, p. 411.

6. Rapp. n° 372 (Sénat, 2005-2006), préc.

## 2. Le droit funéraire au service des morts

17 - Le respect dû aux morts, l'attente de la résurrection de la chair et le culte de la mémoire des disparus ont longtemps freiné le développement de la crémation<sup>13</sup>. Reconnue depuis quelques années comme un mode de sépulture officiel, cette pratique s'est largement répandue comme alternative à l'inhumation, préférée à celle-ci pour environ un quart des décès. Elle doit cependant être réclamée : « le maire fait procéder à la crémation du corps lorsque le défunt en a exprimé la volonté » (CGCT, art. L. 2223-27)<sup>14</sup>. Son développement est dû pour partie à la diminution des pratiques religieuses, à l'urbanisation, à l'éclatement des familles, à la mobilité professionnelle et au spectre du délaissement des pierres tombales par les descendants.

18 - Si la crémation est largement admise, en revanche, la destination des cendres funéraires a suscité des questionnements. Si le cercueil n'a qu'une seule destination possible<sup>15</sup>, il en va tout autrement pour les cendres funéraires<sup>16</sup>. Dès la mort, la dépouille humaine n'est plus considérée comme une personne juridique, la personnalité juridique disparaît avec la constatation du décès<sup>17</sup>. Chose, le cadavre ne peut toutefois pas être traité comme n'importe quelle autre chose. Cette chose sacralisée doit être appréhendée avec décence et dignité<sup>18</sup>. Seules des mesures compatibles avec le respect dû aux morts peuvent être autorisées. Dès lors, on se demandait quel sort pouvait être réservé aux cendres<sup>19</sup>. La loi prend ici le contre-pied du décret du 12 mars 2007 relatif à la

protection des cendres funéraires qui n'interdisait pas les appropriations mais les encadrait par faveur pour la liberté funéraire<sup>20</sup>. Désormais les cendres ne peuvent plus être remises aux familles pour qu'elles les conservent et se les approprient. Par un renvoi au respect dû à la personne, à la dignité et à la décence, le législateur revient sur les valeurs à retenir en matière de funérailles et de crémation<sup>21</sup>. Par un article inséré dans le Code civil, le respect dû aux morts passe à leurs cendres. Diverses sanctions garantissent ce nouveau principe.

19 - Par la loi du 19 décembre 2008, le législateur entend renforcer la protection due au corps humain et à la dépouille mortelle. Le Code civil impose désormais le respect des restes des personnes décédées, débris humains ou cendres. La réforme s'accompagne de modifications substantielles des questions réservées à la crémation dans le Code général des collectivités territoriales.

### 1° Les cendres funéraires appréhendées par le Code civil

20 - La question des cendres des personnes défunt est à présent abordée dans le Code civil. Elle se rattache à la protection offerte au corps humain. On pouvait lire déjà dans l'article 16-1 du Code civil que « chacun a droit au respect de son corps ». Ce droit s'étendait *post-mortem* aux dépouilles mortelles et aux monuments dans lesquels elles étaient inhumées. Désormais, cette protection vise également les cendres car le nouvel article 16-1-1 du Code civil prévoit que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Shakespeare avait gravé sur sa tombe avant sa mort « Et maudit celui qui dérange mes os ! ». On pourra désormais se prévaloir d'un « Maudit celui qui dérange mes cendres ! ».

Alors que le décret avait permis, sous réserve d'un souhait exprimé par le défunt<sup>22</sup>, une privatisation de l'urne et de son contenu, le législateur invoque la décence pour arriver à une solution contraire. L'urne funéraire ne peut plus faire l'objet d'une appropriation privée et les familles ne pourront ni se partager les cendres<sup>23</sup>, ni conserver les urnes à leur domicile. Aucun membre de la famille ne sera plus dépositaire des cendres du défunt et on peut espérer mettre ainsi fin à de nombreux contentieux familiaux et aux convoitises que la privatisation des urnes suscitait<sup>24</sup>. Certains litiges étaient insolubles : l'épouse avait conservé à son domicile l'urne, empêchant la maîtresse de se recueillir ; des enfants de lits différents se voyaient privés d'accès à la propriété dans laquelle l'urne était enterrée...

### 2° Les cendres funéraires appréhendées par le Code général des collectivités territoriales

21 - Conformément à l'article L. 2223-18-2 du Code général des collectivités territoriales, plusieurs solutions s'offrent à la personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles, laquelle peut toutefois se ménager un temps de réflexion. En effet, dans l'attente d'une décision relative à la destination des cendres, l'urne cinéraire peut être conservée au crématorium pendant une période qui ne peut excéder un an ou dans un lieu de culte, avec l'accord de l'association chargée de l'exercice du culte. Par la suite, elle peut décider

13. B. Py (ss dir.), *La crémation et le droit en Europe, Actes du colloque La crémation et le droit*, Nancy 30 oct. 2007 : PU Nancy, 2008, en particulier B. Py, *La crémation sépulture moderne*, p. 117. - I. Corpart, *Crémation et valeurs sociales*, p. 143. - *Esprit du temps, La crémation : Revue Étude sur la mort* avr. 2008, n° 132.

14. Lorsqu'il a exhumé des restes humains dans un cimetière, le maire peut les déposer à perpétuité dans un ossuaire prévu à cet effet ou procéder à leur crémation en l'absence d'opposition connue, attestée ou présumée du défunt (CGCT, art. L. 2223-4).

15. Faute pour le Conseil d'État, dans l'affaire *Martinot*, de faire droit à une demande de congélation de la dépouille mortelle : CE, 6 janv. 2006 : D. 2006, p. 1875, note I. Corpart ; AJDA 2006, p. 757, obs. L. Burgogue-Larsen ; *Defrénois* 2006, p. 502, note H. Popu.

16. D. Dutrieux, *Liberté des funérailles, crémation et destination des cendres : Dr. et patrimoine* févr. 2000, p. 29. - J.-CL. Woog, *Le sort des cendres*, Gaz. Pal. 1999, 2, doct. p. 1067.

17. B. Calais, *La mort et le droit* : D. 1985, chron. p. 73.

18. X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort* : PU Lille, 1990. - H. Popu, *La dépouille mortelle, chose sacrée. A la découverte d'une catégorie juridique oubliée* : Thèse dactyl., Lille, juill. 2008 et biblio. citée.

19. L'ordonnance n° 2005-855 du 28 juillet 2005 relative aux opérations funéraires vise les sites cinéraires, le dépôt ou l'inhumation des urnes et la dispersion

des cendres dans les cimetières mais ne se préoccupe nullement de la question du statut juridique des cendres funéraires.

20. D. n° 2007-328, 12 mars 2007 : JO 13 mars 2007, p. 4736.

21. V. déjà, I. Corpart, *Crémation et valeurs sociales*, préc.

22. En vertu du décret de 2007, l'urne ne pouvait être confiée aux familles que si elles justifiaient d'une volonté concordante du défunt (CGCT, art. R. 2213-39, al. 3).

23. Les cendres sont appréhendées « dans leur totalité » : CGCT, art. L. 2223-18-2.

24. J. Segura, *La crémation, objet de conflits familiaux* in B. Py (ss dir.), *La crémation et le droit en Europe*, préc., p. 129.

de conserver l'urne ou de répandre les cendres dans un cimetière ou un site cinéraire communal (la loi maintient l'interdiction des sites privés<sup>25</sup>, dans un caveau ou un columbarium, mais elles pourront aussi être inhumées dans une sépulture ou scellées sur un monument funéraire. Dans le second, la liberté est plus grande car les cendres peuvent être dispersées soit dans l'enceinte d'un cimetière ou d'un site cinéraire (jardin du souvenir), soit en pleine nature<sup>26</sup>. Il peut alors s'agir d'un lieu public ou privé<sup>27</sup>. Il faudra que les détenteurs de l'urne fassent une déclaration à la mairie de la commune du lieu de naissance du défunt pour indiquer le sort qu'ils réservent aux cendres<sup>28</sup> (CGCT, art. L. 2223-18). L'identité du défunt ainsi que la date et le lieu de dispersion de ses cendres seront inscrits sur un registre municipal créé à cet effet. Cela permettra de conserver la mémoire du défunt et donnera aux proches un lieu de recueillement. Lorsque les familles choisissent le cimetière ou le site funéraire, une trace des défunts est également aménagée. Tout contrevenant peut être poursuivi.

## **B. - Le respect des cendres funéraires sanctionné**

22 - Nouveau principe, nouvelles sanctions. La protection du corps humain au-delà de la mort est assurée civilement et pénalement.

### **1° Un principe sanctionné civilement**

23 - L'article 16-2 du Code civil qui autorise le juge à prescrire toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou produits a été modifié. Il permet au magistrat civil de l'ordre judiciaire, gardien des libertés individuelles et de la propriété, de prendre les mesures imposées par la situation et s'applique maintenant « y compris après la mort ».

24 - Le juge pourrait dès lors être saisi d'une question liée à la conservation d'une urne et de son contenu par les familles ou de toute utilisation atypique qui en serait faite. On sait que des urnes sont parfois exposées par des proches parents au milieu de leur salon, mais que d'autres sont abandonnées dans des décharges publiques ou des brocantes. Certaines personnes vont même jusqu'à insérer les cendres du défunt dans un pendentif ou envisagent de les faire transformer en diamants, technique qui connaît des

25. Il est entendu que la privatisation des sites cinéraires conduirait, tôt ou tard, aux cimetières privés et risquerait que l'on empêche chacun de venir se recueillir devant les restes d'un proche.

26. « Sauf sur les voies publiques » (CGCT, art. L. 2223-18-2).

27. Ce qui ne règle pas la question des contentieux familiaux car, pour pouvoir se recueillir à l'endroit où les cendres ont été déversées, il faut pouvoir pénétrer dans une propriété privée. Répandre les restes d'une personne décédée chez soi peut aussi avoir des retombées psychologiques importantes dont il faut mesurer la portée.

28. Et non du lieu du décès comme cela avait été proposé. C'est tout de même curieux que l'on n'ait pas associé l'acte de décès, dernier acte de l'état civil de l'intéressé, à la mention de la dispersion des cendres.

seront plus possibles car le suivi de l'urne sera mieux encadré, le Code général des collectivités territoriales imposant notamment une déclaration à la mairie du lieu de naissance du défunt. Encore faut-il avoir conscience que des débordements restent possibles. Dès lors qu'une personne aura annoncé son intention de répandre les cendres hors d'un cimetière, il sera très difficile de s'assurer qu'elle n'a pas, au contraire, conservé privativement l'urne et son contenu ou au moins une partie ! Elle pourrait être sanctionnée à tout moment mais le législateur est impuissant si elle dissimule habilement ses agissements.

### **2° Un principe sanctionné pénalement**

25 - Peu de textes de droit pénal étaient invocables avant la loi du 19 décembre 2008. On pouvait, tout au plus, mettre en œuvre l'article 433-21-1 du Code pénal lorsqu'un proche avait programmé une crémation en contrevenant à la volonté du défunt. En effet, toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt – et dont elle a connaissance – doit être punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

Pour le reste, alors qu'un emprisonnement d'un an et une amende de 15 000 euros sanctionnaient la violation ou la profanation de tombeaux ou de sépultures (C. pén., art. 225-17), aucune disposition ne s'attachait au sort des cendres funéraires. Le législateur revient sur cet article pour l'étendre aux cas de crémation. Selon son nouveau libellé, « la violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

26 - S'agissant des sanctions encourues, on notera aussi que « le fait de créer, de posséder, d'utiliser ou de gérer, à titre onéreux ou gratuit, tout lieu collectif, en dehors d'un cimetière public ou d'un lieu de dépôt ou de sépulture autorisé, destiné au dépôt temporaire ou définitif des urnes ou à la dispersion des cendres, en violation du présent code est puni d'une amende de 15 000 € par infraction » (CGCT, art. L. 2223-18-4).

27 - La réforme qui était en germe depuis la proposition déposée par M. Sueur satisfait les défenseurs de l'ordre public mais ne sacrifie-t-elle pas le principe de libre organisation des funérailles ? Cette liberté prévue par la loi du 15 novembre 1887 est relayée par les articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Chacun a droit d'avoir une sépulture et de régler librement les conditions de ses funérailles. Néanmoins, ce droit doit s'exercer dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. Il faudra donc tenir compte des nouveaux interdits et du respect dû aux restes mortels. La mort véhicule des angoisses, des attentes que la société doit respecter, mais en même temps il faut trouver un équilibre entre la liberté des personnes et l'ordre social, ce que cette réforme parvient à réaliser. La messe est dite : paix aux cendres ! ■

Mots-Clés : Droit funéraire - Ordre public funéraire - Respect du corps humain - Cendres

Textes : L. n° 2008-1350, 19 déc. 2008

29. Renaître de ses cendres en bijou de famille : un diamant est fabriqué à partir des cendres du défunt par un procédé technique utilisé par une société suisse et ensuite inséré dans un pendentif ou une broche : *Libération*, 22 juin 2006.

## Une proposition de loi visant à restituer des têtes maori inquiète les musées

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Catherine Morin-Desailly est une sénatrice "émue". Elle a réussi à faire voter à l'unanimité du Sénat, lundi 29 juin, sa proposition de loi visant à restituer à la Nouvelle-Zélande les têtes maori momifiées, ramenées au XIX<sup>e</sup> siècle, qui figurent dans les musées.

Frédéric Mitterrand, à l'unisson du texte, a profité de son premier discours de ministre de la culture, pour étaler sa verve, qui dénotait avec la retenue de M<sup>me</sup> Albanel : "On ne construit pas une culture sur un trafic, sur un crime. On construit une culture sur le respect et l'échange."

### Sur le même sujet

Cette proposition de loi, qui sera soumise aux députés à partir d'octobre, vise d'abord à régler un cas qui a fait polémique à Rouen en 2007, ville où la centriste Catherine Morin-Desailly, était adjointe à la culture. Rouen possède un important musée d'histoire naturelle, où se trouve une tête maori, coupée, momifiée, ornée de savants tatouages - probablement celle d'un guerrier mort au combat. Jusqu'en 1996, cette tête était exposée, avant d'être cachée dans les réserves.

Parce que les temps ont changé. Il y a une dizaine d'années, explique un patron de musée, pour faire la promotion des Journées du Patrimoine, l'Etat avait affiché en tête du programme une tête maori qui figure dans les collections de l'Etat - une vingtaine entre Paris, Marseille, Nantes, La Rochelle ou Lyon. "Aujourd'hui tout le monde les cache." Car exposer un reste humain comme un Vermeer est jugé indécent. D'autant que nombre de Maori ont été tués, au XVIII<sup>e</sup> siècle, pour alimenter un commerce alors en vogue. Jusqu'à ce que ce commerce soit interdit par le colonisateur britannique en 1831.

La tendance, en Europe et aux Etats-Unis, est de restituer ces têtes aux tribus qui vont ensuite les inhumer. 322 têtes sur les 500 répertoriées dans le monde auraient été rendues depuis vingt ans.

### OSSEMENTS OU SQUELETTES

Rouen a voulu restituer sa tête à la Nouvelle-Zélande en octobre 2007. Mais cette décision a été retoquée deux mois plus tard par le tribunal administratif, au motif que la ville n'a pas suivi la procédure : cette tête fait partie des collections de l'Etat, qui sont inaliénables (on ne peut s'en séparer), sauf avis favorable d'une commission scientifique, mise en place par la loi de 2002 sur les musées.

Or Rouen n'a pas saisi cette commission. Il est vrai que ladite commission n'a jamais fonctionné et que les gens de musées qui la composent sont réputés réfractaires à toute restitution. On ne connaît qu'un précédent : en 2002, quand le Musée de l'homme a voulu restituer à l'Afrique du Sud la dépouille de Saartje "Sarah" Baartman, dite "la Vénus hottentote", il a fallu un vote favorable - unanime déjà - de l'Assemblée nationale et du Sénat.

La proposition de loi concerne uniquement les têtes maori, et pas d'autres objets ou restes humains. D'où l'écho favorable de responsables de musées. "Les musées doivent s'adapter aux pratiques des pays d'origine", déclare, par exemple, Stéphane Martin, président du musée du Quai Branly, à Paris, qui détient huit têtes maori, sans qu'elles soient montrées.

Ce qui inquiète les musées, ce sont les articles 2, 3 et 4 de la proposition de loi, qui réactive la fameuse commission chargée d'examiner des objets faisant partie des collections de la France, et qui pourraient être restitués. Cette commission sera à l'avenir élargie aux élus ou "personnalités qualifiées", qui pourraient être bien plus souples que les conservateurs de musée.

Beaucoup de chercheurs craignent que ce texte ouvre une brèche dans la sacro-sainte règle de l'inaliénabilité. Un colloque, qui a eu lieu en février 2008 au musée du Quai Branly, montrait que depuis dix ans, les musées européens et américains ont fait face à des demandes croissantes de restitution de restes humains : ossements ou squelettes ayant appartenu à des ancêtres, crânes de chefs défunts, et des maori... L'anthropologue Maurice Godelier expliquait : "Pour de nombreuses cultures, la mort n'est pas la fin de la vie. La personne continue de vivre par les ossements." D'où les demandes de restitution.

Plusieurs chercheurs s'inquiètent enfin d'entendre des responsables politiques, y compris dans l'entourage de Frédéric Mitterrand, dire que ces objets ont "un intérêt historique relatif pour la France". Bertrand-Pierre Galey, directeur général du Muséum d'histoire naturelle, à Paris, rappelle que ces "objets font avancer la connaissance, ils permettent d'étudier l'homme, son alimentation, ses modes de vie, ses mouvements, etc."

**Michel Guerrin**

Document n° 44

**Cour de cassation  
chambre civile 1  
Audience publique du mercredi 27 mai 2009  
N° de pourvoi: 09-66589  
Publié au bulletin**

Sur le moyen unique :

Attendu que Michelle Y... épouse X... étant décédée le 29 avril 2009, ses père et mère, M. et Mme Y..., ont saisi en référé le président du tribunal d'instance du 18e arrondissement de Paris aux fins d'être autorisés à organiser ses funérailles, le mari de celle-ci souhaitant lui-même y pourvoir selon le rite musulman ;

Attendu que M. et Mme Y... font grief à l'ordonnance attaquée (Paris, 19 mai 2009) d'avoir dit que la personne qualifiée pour transmettre les intentions de Michelle Y... quant à ses funérailles était Mme Z..., amie de la défunte, qui a clairement exprimé que Michelle Y... aurait souhaité des funérailles selon le rite musulman, et d'avoir autorisé M. X... à procéder aux funérailles de Michelle Y... selon ce rite, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient au juge de rechercher par tous moyens quelles avaient été les intentions du défunt, et à défaut de désigner la personne la mieux qualifiée pour décider des modalités des funérailles ; que la détermination de l'intention du défunt appartient donc directement au juge et que celui-ci ne peut déléguer ce pouvoir à un tiers ; qu'en décidant qu'une amie de la défunte était la "mieux qualifiée" pour exprimer ce qui aurait pu être l'intention de celle-ci, sans rechercher ni définir lui-même cette intention, le juge d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et délégué à un tiers un pouvoir qui lui est propre, en violant les articles 3 et 4 de la loi du 15 novembre 1887 ;

2°/ que, contrairement à ce qu'écrit l'ordonnance attaquée, l'attestation de Mme Z... est muette sur les intentions éventuelles de Mme Michelle Y... quant à ses funérailles, et elle n'y exprime donc aucune expression claire à ce sujet ; que l'ordonnance attaquée a dénaturé cette attestation et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu'à défaut d'intention déterminable du défunt quant à l'organisation de ses funérailles, le juge doit non pas désigner la personne "la mieux qualifiée" pour suppléer une intention réputée inconnue, mais désigner la personne "la mieux qualifiée" pour décider des modalités des funérailles, lesquelles modalités sont alors choisies par cette personne la mieux qualifiée ; qu'en désignant une personne "la mieux qualifiée pour transmettre les intentions de Michelle Y... quant à ses funérailles", autrement dit pour exprimer une prétendue intention à la place du défunt, et non comme étant la mieux qualifiée pour décider des modalités des funérailles, le premier président a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé les articles 3 et 4 de la loi du 15 novembre 1887 ;

4°/ qu'à défaut d'intention déterminable de la défunte, il appartenait au juge, non pas de laisser un tiers exprimer une intention supposée de celle-ci, mais, après avoir constaté l'absence d'intention exprimée par la défunte, et l'impossibilité de la déterminer directement, de désigner la personne la mieux qualifiée pour procéder aux funérailles en abandonnant à la sagesse de celle-ci la détermination des modalités et de leur organisation ; que le premier président a violé les articles 3 et 4 de la loi du 15 novembre 1887 ;

5°/ que le premier président ne pouvait à la fois reconnaître expressément que M. Larbi X... n'était pas qualifié pour transmettre les intentions de Michelle Y... quant à ses funérailles, dire qu'il lui appartenait de désigner la personne la mieux qualifiée pour décider de leurs modalités et confier néanmoins à M. X... le soin d'organiser les funérailles, sans lui reconnaître la qualité de personne la mieux qualifiée pour le faire ; qu'en statuant ainsi le premier président a :

- d'une part violé les articles 3 et 4 de la loi du 15 novembre 1887 ;
- d'autre part statué par contradiction entre ses motifs et son dispositif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que la circonstance à la supposer avérée, que Michelle Y... ait eu l'intention d'avoir des funérailles selon le rite musulman, ne faisait pas pour autant et automatiquement de M. Larbi X..., mari dont elle voulait divorcer, avec lequel elle n'avait jamais eu de vie commune, et qui du propre aveu de la cour d'appel, n'avait aucune qualité pour rapporter les intentions de son épouse, la personne "la mieux qualifiée" pour organiser les funérailles ; qu'en lui confiant ce soin sans justifier en aucune manière de ce que M. X... aurait eu cette "qualification", la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 15 novembre 1887 ;

Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé qu'il convenait de rechercher par tous moyens quelles avaient été les intentions de la défunte en ce qui concerne ses funérailles et, à défaut, de désigner la personne la mieux qualifiée pour décider de leurs modalités, l'ordonnance, sans dénaturer de l'attestation de Mme Z..., ni délégation de ses pouvoirs par le juge en faveur de cette dernière, a, au vu des éléments de preuve produits, pu, d'une part, retenir que celle-ci, compte tenu de la durée de leurs liens d'amitié, était la personne la mieux placée pour rapporter l'intention de Michelle Y... quant à ses funérailles et, d'autre part, confier, sans se contredire ni violer les dispositions de l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887, l'organisation des obsèques selon le rite musulman à M. X... dont la qualification pour ce faire n'était pas contestée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 45

Code civil

Chapitre II : Du respect du corps humain.

Article 16

La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Article 16-1

Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

Article 16-1-1

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008 - art. 11

Le respect dû au corps humain, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.

Article 16-2

Modifié par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008 - art. 12

Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort.

Article 16-5

Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

Chapitre III : De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques

Article 16-10

L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Article 16-11

L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique ou d'identification d'un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

## SÉPULTURE

93

Divergence sur le lieu de sépulture :  
interprétation des dernières  
volontés du défunt

**1<sup>er</sup> ARRÊT :** En cas d'opposition entre la famille et l'épouse, quant au mode de sépulture désiré par le défunt, il y a lieu de faire prévaloir l'opinion qui rapporte le plus fidèlement le sentiment de ce dernier.

M. Vincenzo C. est décédé à Créteil le 29 novembre 1997. Son épouse en secondes noces, Mme Giovanna S., a exprimé l'intention de faire procéder à l'incinération de la dépouille de son mari. Mme Christine U., veuve C., mère du défunt, MM. Calogero, Giuseppe et Antonio, frères du défunt, se sont opposés à cette décision estimant que celui-ci devait être inhumé dans le caveau familial situé au cimetière municipal de Liège (Belgique).

Le Tribunal d'instance de Saint-Maur-des-Fossés a été saisi de ce différend par Mme U. veuve C., MM. Calogero, Giuseppe et Antonio C.

Par jugement du 5 décembre 1997 ce tribunal a :

- rejeté les demandes des personnes sus-nommées ;
- dit que les obsèques de feu Vincenzo (Vincent) C. se dérouleront le 8 décembre 1997 conformément au programme établi par les Pompes Funèbres Générales d'Ile de France et que le corps du défunt sera incinéré à 10 h 30 au Crématorium de Valenton, avenue de la Fontaine Saint-Martin ;

- donné acte à Mme S. veuve C. de ce qu'elle s'engage à demander aux services des Pompes Funèbres chargés de la crémation de recueillir les cendres dans deux urnes distinctes, l'une lui étant remise à la fin de la cérémonie et l'autre étant remise aux frais de Mme S. à la fin de la cérémonie à un représentant de la famille du défunt ou remise à Mme S. à charge pour elle de tenir l'urne à la disposition de la famille du défunt ;

- dit que sa décision était exécutoire sur minute en application de l'article R. 321-12 du Code de l'organisation judiciaire.

Il a estimé au vu des documents et témoignages produits que la volonté du défunt était d'être incinéré (...).

*Cela étant exposé,*

- Attendu que le sort réservé à la dépouille d'une personne décédée doit suivre la volonté exprimée par celle-ci de son vivant ;

- Attendu qu'il n'est produit aucun document émanant de feu M. Vincenzo C. mentionnant son intention à ce sujet ;

- Attendu que les consorts C. estiment que la volonté du défunt était d'être inhumé dans le cimetière de Liège ; qu'ils se fondent pour cela sur le sens de la famille de feu M. C., sur ses origines et sur les traditions siciliennes, sur ses croyances religieuses et sur l'existence d'un caveau familial au cimetière de Liège ;

- Attendu que Mme Giovanna S. déclare que son mari lui a manifesté son intention d'être incinéré ; qu'elle produit plusieurs attestations émanant d'amis ou de collègues de travail de son mari aux termes desquelles M. C. a déclaré à ceux-ci au cours de diverses discussions qu'il voulait être incinéré ;

- Attendu que les attestations produites font référence à des propos tenus directement par M. C. à leurs auteurs ; que Mme S. rapporte

également la volonté directement exprimée par l'intéressé ; que l'attestation versée par les appelants et signée par plusieurs membres de la famille du défunt ou dans le caveau de sépulture de M. C. était d'être inhumé ; qu'il « persuadés » que « l'intention de M. C. était d'être inhumé ; qu'il en résulte que la préférence doit être donnée à son intention directement exprimée par feu M. C., soit aux documents produits par Mme S ; que c'est ainsi à bon droit, par des motifs que nous adoptons, que le premier juge a rendu la décision déferée ;

- Attendu que le jugement du tribunal d'instance doit en conséquence être confirmé ;

- Attendu que la présente décision étant rendue avant la date prévue pour les obsèques il n'y a pas lieu de prévoir de surseoir à celles-ci ;

- Attendu que les appelants devront les dépens.

*Par ces motifs,*

· Confirmons en toutes ses dispositions le jugement rendu le 5 décembre 1997 par le Tribunal d'instance de Saint-Maur-des-Fossés ;

Déboutons Mme U., veuve C., MM. Calogero, Giuseppe et Antonio C. de toutes leurs demandes ;

**Référence :** CA Paris, ord. réf., 6 déc. 1997 : Juris-Data n° 024378

**NOTE :** Les deux ordonnances rendues par le conseiller chargé des référés sont un exemple de ce contentieux naguère exceptionnel mais qui va augmentant, celui de l'interprétation des dernières volontés (*J.-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-12, Fasc. 72, n° 10 s).

Rappelons tout d'abord qu'une fameuse loi républicaine du 15 novembre 1887 fixe dans notre pays le principe de la liberté complète des funérailles. C'est une liberté civile (et non pas publique) de premier ordre (*M. Grimaldi, Les dernières volontés, Mélanges Cornu, PUF, Paris, 1994, p. 177 s.*). Texte qui, indiscutablement, doit être tenu au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » prévoyant à son article 3 que « tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture ».

Le contentieux relatif à l'interprétation des dernières volontés, devant par nature être réglé le plus vite possible, suit une procédure particulière exposée à l'article R. 321-12 du Code de l'organisation judiciaire :

Le tribunal d'instance connaît des contestations sur les conditions des funérailles.

Il est statué dans le jour, sur assignation de la partie la plus diligente. Appel peut être interjeté dans les vingt-quatre heures de la décision devant le premier président de la cour d'appel, qui doit statuer immédiatement.

La décision exécutoire sur minute est notifiée au maire chargé de l'exécution sans qu'il soit porté atteinte aux attributions de ce dernier, concernant les mesures à prendre dans l'intérêt de la salubrité publique.

La juridiction compétente *rationa loci* est celle du lieu du décès, ou, si le décès est survenu à l'étranger, celle du dernier domicile (*C. org. jud., art. R. 321-12*).

Il n'en demeure pas moins que cette loi est insuffisante, dans sa lettre. En effet, le texte cité se poursuit :

Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions.

Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens ; elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation.

Quid lorsque le défunt n'a pas couché par écrit cette volonté ? La loi française ne dit rien contrairement au Code civil du Québec (*art. 42*) : « Le majeur peut régler ses funérailles et le mode de disposition de son corps ; le mineur le peut également avec le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur. À défaut de volontés exprimées par le défunt, on s'en



remet à la volonté des héritiers ou des successibles. Dans l'un et l'autre cas, les héritiers ou les successibles sont tenus d'agir ; les frais sont à la charge de la succession. »

La jurisprudence en déduit depuis longtemps que « les modalités des obsèques d'une personne doivent être déterminées conformément à la volonté du défunt, même si celle-ci n'a pas été exprimée en la forme prévue par la loi » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 avr. 1912 : DP 1913, 1, p. 41, note H. Capitant. — Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 avr. 1984 : D. 1985, inf. rap. p. 18).

Elle déclare également qu'à défaut de toute expression précise, il reviendra aux proches de fixer l'ordre des funérailles. Tout en respectant au mieux les souhaits du défunt. Ainsi « le juge doit s'assurer que la solution choisie, en l'absence de volonté exprimée par le défunt n'est pas en opposition manifeste avec ce qu'aurait pu souhaiter la personne décédée » (CA Aix-en-Provence, 10 sept. 1990 : *Juris-Data* n° 051366).

La première ordonnance ici rapportée, du 6 décembre 1997, se situe donc parfaitement dans la ligne de cette jurisprudence. Notons qu'elle paraît être la première décision publiée à traduire une sensible évolution des rituels mortuaires dans notre pays (*Histoire des mœurs, Encyclopédie de la Pléiade, t. II, 1991, L'homme et la mort, par L.-V. Thomas, p. 803 s. spécialement p. 843 s.*) et la lecture de l'arrêt est un bel exemple de ce que le droit traduit toujours excellemment les conflits entre les civilisations et les générations.

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

## Document n° 47

### II. De la sacralité de la mort

#### 1. Le cadavre vous salue bien

Qu'est-ce qu'un cadavre ? Une chose, peut-être, parce que la vie l'a déserté, mais une chose qui a vécu, une chose qui fut un être humain ; pas n'importe quelle chose, donc, car son histoire ne fut pas celle d'une chose. Certes, les choses simplement chose peuvent avoir « vécu » elles aussi ; elles sont parfois chargées du poids des ans, des siècles, ou même des millénaires, et on en découvre tous les jours, au fond des océans, des pyramides ou des sites archéologiques ; mais leur « vie » fut celle de chose, alors que le cadavre, lui, a bel et bien été vivant, et c'est cette vie passée qui en fait un objet étrange, paradoxal. Et la question, complexe par excellence, s'est posée : comment concilier, dans ce corps mort la vie qu'il a vécue et la vie qui l'a abandonné ? La vie *pré-mortem* et la vie *post-mortem* ?

Et les juristes, saisis de panique, ont déployé des trésors d'imagination. Peut-être, ont-ils soutenu, faudrait-il assimiler le cadavre à l'embryon ; de même, en effet, qu'on respecterait l'embryon en sa qualité de « personne potentielle », de même on devrait respecter le corps mort en sa qualité de « personne résiduelle » ;

ici, il était en attente de vie, là, la vie l'avait quitté. Mais il était quelque peu périlleux d'établir une équivalence entre un être qui n'a pas vécu et un être qui a terminé sa vie ; la vie était mise entre parenthèses. On a alors songé à élargir la notion de « personne juridique ». Traditionnellement, on entendait par là une fonction, une capacité à être titulaire de droits ; la personne juridique désignait l'homme en soi, l'homme abstrait, et la meilleure illustration en était l'homme des droits de l'homme, un être universel. Or, désormais, cet homme-là devait, aussi, être saisi dans son corps, et on avança l'idée de « personne humaine » qui conjuguaient l'homme abstrait et son corps - esprit

1. J.-P. Gridel, *L'individu juridiquement mort*, Rec. Dalloz, 2000, Chr. p. 266.

et corps étaient mis sur le même pied et respecter l'un c'était respecter l'autre. Et le Conseil d'État avait accepté cette thèse; il jugeait qu'un médecin qui avait conduit, par pure curiosité scientifique, des expériences scientifiques sur un individu cérébralement mort, méritait d'être sanctionné: « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec le patient, disait-il, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci<sup>1</sup> ». En d'autres termes, le corps mort avait droit à « une » dignité de même nature que celle qui était due au corps vivant. Certes, ce n'était pas la même dignité; c'était, plutôt, une dignité nostalgique, une sorte de réminiscence, mais il n'empêche; le cadavre n'était plus de la simple chose puisqu'en lui de l'humain se survivait. Et la doctrine a subtilement glosé cette décision. « Le corps mort est une chose humaine digne de protection, cette dignité survivante apparaissait comme le corollaire d'humanité subsistante [...]. La catégorie de personne humaine transcende la distinction traditionnelle entre les personnes juridiques et les choses. Dans ce cas, le corps vivant comme le corps mort reçoivent la qualification juridique de personne humaine, dès lors que l'humanité du corps et la dignité inhérente à l'être humain existent pendant la vie et subsistent après la mort<sup>2</sup> ». L'humanité, par la grâce du corps, devenait immortelle, aussi immortelle que l'homme des droits de l'homme qui, enfin, aurait été pourvu d'un corps.

Et on a été plus loin encore, jusqu'aux frontières de la théologie: si le cadavre doit être respecté, s'il n'est pas un simple « meuble » c'est, peut-être, qu'il est l'expression d'une œuvre dont l'homme n'est pas le seul auteur: « le juriste est incapable de répondre à cette question fondamentale qui correspond pourtant à un besoin transcendantal de tout individu. Tout au plus peut-il dire que l'homme ne s'est pas créé tout seul. Et que la raison qui incite à respecter ce qui n'est pas encore la personne ou encore ce qu'il en reste, tiendrait à son caractère sacré. Et l'on se plaît à imaginer une entité qui nous dépasse... et qui garderait en quelque sorte la nue-propriété du corps dont elle ne nous confierait que le seul usufruit. L'individu ne serait qu'un simple usager du corps qu'il occupe. Le corps humain ne ferait finalement l'objet que d'un droit réel très réduit<sup>3</sup> ». Le corps mort serait un « objet sacré ».

1. C. E., 2 juillet 1993, Milhaud, Rec. Dalloz, 1994, 74, Note Peyrical.

2. Saint Pricur, « La disposition par l'individu de son corps », Ed. Les Études Hospitalières, Coll. Thèses, n° 3, p. 98.

Et les tribunaux se sont engouffrés dans la brèche. Lorsque, par erreur, la ville de Roubaix exhume les restes d'une personne pour les déposer à l'ossuaire communal et qu'elle inhumait au même endroit la tombe laissée vacante, elle est condamnée aux motifs que « la dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du Code Civil: la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci; elle garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie<sup>4</sup> ». La dignité qui est due à l'être humain vivant s'est transformée en sacralité du cadavre: la mort est sanctificatrice. Et lorsque le même tribunal décida que des débris humains, dispersés par une pelleuse dans un tumulus, dès lors qu'ils proviennent du « corps désagrégé, sont respectables, quand bien même ils n'abriteraient aucune personne » et que, par conséquent, « ils doivent être conservés, dans le respect dû aux morts et aux familles, dans une boîte aux ossements », il passe, là encore, du respect dû aux vivants au respect dû aux « restes » des morts, puisqu'il se réfère à l'article 16-2 du Code Civil qui prévoit que « le juge peut prescrire toute mesure propre à empêcher ou à faire cesser une atteinte illicite au corps humain, ou des agissements illicites portant sur des éléments ou produits de celui-ci<sup>5</sup> ».

Et le corps a même été institué « domaine public ». En 1875, un particulier offrait à la ville de Rouen la tête d'un guerrier Maori; elle fut déposée au Muséum d'Histoire Naturelle, d'Ethnographie et de Préhistoire, classé depuis 2003 « Musée de France ». Saisi en 2007 par la Nouvelle-Zélande qui demandait le retour de la tête dans son « pays natal » pour que soient accomplis les rites funéraires traditionnels, le conseil municipal, compréhensif, ordonna la restitution. Bien mal lui en prit! Puisque la tête faisait désormais partie des Musées de France, elle était un « bien », intégré dans le « domaine public » et, à ce titre, « inaliénable »; à moins qu'une demande de déclassement ne soit faite auprès de la Commission Scientifique Nationale des Musées de France qui doit rendre un avis conforme

1. X. Labbé, *Le chef de Saint Yves*, Rec. Dalloz, 2006, p. 1833.

2. TGI Lille, 10 novembre 2004, Rec. Dalloz, 2005, 930, Note Labbé.

1. TGI Lille, 5 décembre 1996, Rec. Dalloz, 1997, 376, Note X. Labbé.

(articles L 451-3 à L 451-5 C. du Patrimoine). Dès lors, faute d'avoir obtenu cet avis, la décision du Conseil municipal n'avait pas de base légale. Certes, mais pour sa défense la ville imagina un syllogisme, *a priori*, imparable: le corps humain est inaliénable; or, une tête fait partie du corps; donc elle ne peut constituer un « bien ». En d'autres termes, le musée n'aurait été que le simple dépositaire de la tête et il aurait été tenu de la restituer à son légitime « propriétaire », le pays natal. Sophisme, lui répondit le tribunal administratif de Rouen: ce que la loi interdit c'est l'appropriation du corps humain à des fins mercantiles, au nom du respect de la dignité et de la personne humaine; or, la tête Maori est soigneusement conservée; donc, sa dignité est respectée<sup>1</sup>. Et, soit dit en passant, quelle plus belle sépulture que... le domaine public! À quoi on a rétorqué: « la paix des morts est-elle compatible avec l'exposition permanente dans la vitrine d'un musée? Le défunt Maori y aurait-il consenti de son vivant? Et sa famille?<sup>2</sup> » Pourquoi pas? Mais, surtout on peut rester perplexe devant l'étonnant transfert qu'a effectué le tribunal; tout se passe comme si la dignité de la personne humaine se transmettait du corps vivant au cadavre sans solution de continuité, comme si elle se perpétuait au-delà de la mort. Le cadavre, on le voit, aussi sacré fût-il, peut devenir bien encombrant et même susciter des incidents diplomatiques<sup>3</sup>. Les morts ont la peau dure!

1. T. A. Rouen, 27 décembre 2007, JCP 2008, II, 10041, Note C. Saujot.

2. C. Galloux et H. Gaumont-Prat, D, 2008, Panorama, p. 1445.

3. Ce fut le cas de la « Vénus Hottentote » - dénommée Saartje Baarmann - réclamée par l'Afrique du Sud; il fallut une loi (6 mars 2002)

Le cadavre n'est donc pas une « chose tout court », il est non seulement un « objet » - catégorie intermédiaire entre une chose purement chose (cette lampe est un bel objet) et la personne (tu es l'objet de mon amour) - mais encore un objet « sacré » qui présente la particularité d'exister dans un « ailleurs », intermédiaire lui-même entre la vie et l'au-delà de la vie. Il est allégorique, au sens où l'œuvre d'art est allégorique car, disait Heidegger dans *Chemins qui ne mènent nulle part*, « elle est bien une chose, chose amenée à sa finition, mais elle dit quelque chose d'autre qu'une chose qui n'est que chose ». Le cadavre est devenu l'allégorie d'une vie qu'on aurait aimé vivre, digne, respectable, sacrée, hors marché, hors commerce. Tout se passe comme si sa sacralité était une dénonciation posthume des « outrages » que la science et le marché font subir au corps vivant. Dans ce retour du refoulé, dans cette célébration païenne qui récuse notre utilitarisme, on peut voir surgir l'horreur que suscite en nous une certaine modernité: qu'un embryon soit de la chose, nous l'admettons, au nom de la science et du progrès; qu'un fœtus n'accède pas encore au rang des humains, nous l'admettons encore; que les éléments et produits du corps humain soient mis à l'encan, nous le supportons avec fatalisme - ainsi va le monde, se dit-on; mais qu'au moins, au moins, on nous laisse reposer en paix dans notre « demeure éternelle »! Qu'on nous pleure et qu'on nous respecte! Le cadavre est devenu la commémoration d'une vie qu'on aurait aimé avoir mieux vécue.

pour la déclasser et la restituer; cf. J. Y. Morin, *Le patrimoine culturel religieux*, L'harmattan, 2006, p. 337; C. Saujot, *Le droit français de l'Archéologie*, Cujas, 2007.

# La dévolution successorale des restes mortels

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h56 par Xavier Tuffigo

par Xavier LABBÉE (identifiant: 111724 :: email: xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp: sapincorporate)  
 Professeur des Universités, Directeur de l'Institut du droit et de l'Éthique de Lille II,  
 Avocat au Barreau de Lille

Il est devenu banal de dire que la dépouille mortelle n'est plus juridiquement soumise au droit des personnes car elle n'est plus qu'une chose: la personne est l'alliance d'un élément matériel qui est le corps et d'un élément spirituel qui est l'âme<sup>1</sup>. Lorsque l'âme quitte le corps, il ne reste plus qu'un matériau (objet de droit) dont il reste à définir le régime juridique<sup>2</sup>. Chevandier disait, lors des travaux préliminaires à la loi de 1887<sup>3</sup> sur la liberté des funérailles, que «le cadavre de l'individu est le premier de ses biens». Si tout individu a selon Aubry et Rau nécessairement un patrimoine, le cadavre de l'individu figurerait nécessairement dans le patrimoine successoral et constituerait son premier élément d'actif.

Ce postulat posé, comment régler la dévolution successorale des restes mortels? Cette question prend aujourd'hui un relief particulier à l'heure où se développent avec la crémation de nouveaux rites funéraires. Que faire de l'urne contenant les cendres de l'individu? Mais parler de dévolution des restes mortels conduit irrésistiblement à évoquer la nature et surtout l'étendue du droit sur la dépouille mortelle: quelle est-elle précisément?

## La dévolution des restes mortels

La dévolution des restes mortels peut être testamentaire. Mais existe-t-il des règles légales applicables en l'absence de testament? La réponse est négative. En l'absence de volonté clairement exprimée, la dévolution des restes mortels n'obéit qu'à des principes jurisprudentiels assez éloignés des règles de la dévolution légale.

## La dévolution testamentaire

Le testament reste pour la personne le moyen privilégié de régler le sort de sa dépouille: l'individu indiquera par écrit s'il entend léguer tout ou partie de son corps «à la Science». Mais peut-il le léguer à une entreprise industrielle ou alimentaire? Puis-je léguer mon corps à un artiste pour qu'il l'expose après l'avoir momifié<sup>4</sup>? Le legs ne doit-il pas répondre à une certaine finalité<sup>5</sup>? Mais sans aller jusqu'au legs, l'individu pourra plus simplement régler ses funérailles. La loi du 15 novembre 1887 est très nette: «Tout majeur ou mineur émancipé, en état de

tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture. Il peut charger une ou deux personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté [...] exprimée dans un testament [...] a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation».

Le texte de la loi de 1887 rattache la dévolution des restes mortels au droit des biens: «la volonté a la même force qu'une disposition relative aux biens [...] elle est soumise aux mêmes règles».

La volonté doit-elle être impérativement exprimée par un testament répondant au formalisme du droit successoral? La jurisprudence admet qu'en matière de funérailles la volonté peut être exprimée très librement<sup>6</sup> même si l'écrit demeure l'instrument d'expression privilégié. En tout cas, la liberté des funérailles résulte d'un principe à ce point absolu que des peines d'amende et d'emprisonnement sont prévues à l'article 433-21-1 du code pénal, pour qui donnerait aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt. Il faut respecter les dernières volontés de celui qui n'est plus, comme si la personnalité de l'individu se prolongeait après la mort. On place habituellement la faculté de choisir librement ses funérailles parmi les libertés publiques. Mais ceci ne règle pas tout: sous couvert du mot «liberté» l'individu peut-il régler n'importe comment le sort de sa dépouille? Et l'exécuteur testamentaire est-il tenu d'obéir aveuglément aux dispositions contenues dans le testament?

La réalité croise souvent la fiction: il est parfois difficile de discerner le monde du réel de celui de l'imaginaire. L'actualité juridique récente nous l'a rappelé: un médecin - qui s'est illustré dans le monde scientifique par des travaux sur la cryogénie - peut-il valablement souhaiter se faire congeler après sa mort dans un congélateur spécialement aménagé dans la cave de son château<sup>7</sup>?

(6) «Les modalités des obsèques d'une personne doivent être déterminées conformément à la volonté du défunt même si celle-ci n'a pas été exprimée en la forme prévue par l'article 3 de la loi de 1887». Cass. civ., 23 avr. 1912, DP 1913, 1, p. 41, note Capitant. V. également Cass. 1re civ., 26 avr. 1984, D. 1985, IR p. 18; CA Toulouse, 6 mars 1996, Juris-Data, n° 042889: «attendu que les appelants produisent une multitude d'attestations dont il résulte que la défunte [...] a fait savoir aux attestants sa ferme intention [...] d'être inhumée [...] dans le caveau de sa sœur...».

(7) Affaire *Martinot*. V. *Paris Match* 10 août 1984 «les photos de la crypte où la châtelaine dort dans un cercueil à moins 65°». Pour la jurisprudence, la conservation du corps d'une personne décédée par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par les textes en vigueur. CE, 29 juill. 2002, D. 2002, IR p. 2583; RJPFF 2002 12/21, obs. Putman; Dr. et patrimoine, déc 2002, p. 85, obs. Loiseau. V. également TA Saint-Denis de la Réunion, 21 oct. 1999, JCP 2000, II, n° 10287, note Lemaire. Dans le même sens, TGI Saumur, 13 mars 2002, Petites affiches, 4 oct. 2002, note Rolland et en appel CA Angers, 9 sept. 2002, JCP 2003, II, n° 10052, note Douay (sursis à statuer).

(1) V. colloque «La vie humaine mise sur le marché?», Lille II, Petites affiches, 5 sept. 2002, spéc. J.-J. Taisne, La vie protégée hors du droit des personnes.

(2) X. Labbé, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort. PU Lille, 1990; B. Beignier, J.-Cl. Civil, art. 16, fasc. 70 et 72.

(3) Sur les travaux préparatoires de la loi de 1887, V. DP 1887, 4, p. 101.

(4) Un artiste allemand a pu ainsi exposer publiquement des dépouilles de personnes dans un but «artistique». Cela aurait-il été possible en France?

(5) La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, op. cit. p. 295 et s.



porte quoi dans un testament: on ne peut souhaiter des funérailles qui obéiraient à un régime inaccepté par la loi française. Pour reprendre nos exemples, on ne peut incinérer un corps ailleurs que dans un crématorium et le verbe «inhumer» ne veut rien dire d'autre que «mettre en terre». L'autorisation valablement donnée par un préfet pour «inhumer» un corps dans une propriété particulière ne peut être utilisée sans abus pour placer en fait un corps dans un congélateur situé dans la cave d'un château<sup>16</sup>. Mais il demeure que certains modes de funérailles ne paraissent pas interdits même s'ils ne sont pas expressément visés par les textes<sup>17</sup>. La coutume ou l'habitude peuvent alors devenir source de droit<sup>18</sup>.

### La dévolution jurisprudentielle

En l'absence de manifestation expresse de volonté exprimée dans un testament, les funérailles de l'individu sont organisées selon un processus original dérogeant au droit successoral des biens. Le droit des funérailles n'a pas pour objectif d'organiser le partage ou l'attribution de la dépouille (car celle-ci échappe au partage comme nous le verrons). Il a pour objectif de régler la cérémonie et le sort de la dépouille.

public [...] ou en violation des dispositions [...] relatives aux délais prévus en cette matière est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.»

(16) CGCT, art. R. 2223-3 «chaque inhumation a lieu dans une fosse séparée. Chaque fosse a 1,50 mètre de profondeur, sur 80 centimètres de largeur. Elle est ensuite remplie de terre bien foulée.»

En l'absence d'intentions clairement exprimées, il convient de rechercher quelle aurait été la volonté du défunt. Si elle n'est pas exprimée, il faut trouver la personne la plus à même de dire ce qu'il aurait voulu le défunt. On comprend qu'il ne peut pas y avoir d'ordre successoral comme en matière patrimoniale. Il n'est pas question d'interroger en priorité les descendants puis les ascendants selon un ordre préétabli. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. La préférence peut être donnée selon le cas à l'épouse ou à la concubine<sup>19</sup>, aux enfants ou aux parents. Il appartient au tribunal d'instance<sup>20</sup> en cas de conflit, de désigner dans la famille le dernier

«porte-parole» du défunt qui pourra organiser les funérailles.

(17) On peut jeter en mer les cendres d'une personne ou même une urne biodégradable. Mais peut-on immerger la dépouille d'un individu? Paul Emile Victor aurait-il dit - émit un tel vœu qui aurait été exaucé car la mer n'est pas un lieu de sépulture incongru. C'est souvent la dernière demeure des marins disparus. Mais il reste que la réglementation est muette sur cette question. On peut aussi se demander si la pratique des «enfeux» (qui sont des «sépultures familiales en élévation» qui ont tendance à se multiplier du fait de la saturation des cimetières) est bien valable. Il ressort de circulaires ministérielles (Circ. n° 79-141 2 avril 1979, circ. 22 nov. 1985) qu'il «appartient au maire de la commune de décider ou de s'opposer à leur création». S'il existe une coutume reconnue par l'autorité municipale, la création d'un enfeu peut donc être autorisée.

(18) Sur l'absence de «rituel crématoire» V. O. Gehin, *Funéraire magazine* n° 109 sept. 2000 qui souhaite «créer des références d'éthique pour la crémation, lancer un chantier sur une symbolique adaptée, imaginer un véritable accompagnement des familles et des cendres à la sortie du crématorium...».

(19) «La préférence devant être donnée en raison du caractère très stable du concubinage, aux liens d'intimité par rapport aux droits successoraux», CA Dijon, 22 avr. 1986, *Juris-Data*, n° 042827, D. 1986 IR, p. 408; ou encore «cette volonté trouve son meilleur interprète dans les liens affectifs résultant de cette vie commune», CA Bordeaux, 10 avr. 1984, *Juris-Data*, n° 040799.

(20) COJ, art R. 321-12.

Document n° 49

### Famille - Personne - Succession

Cour de cassation, 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 2008 - 06-10-256 (n° 391 FS-P+B+I) - *Décision attaquée*: Cour d'appel de Toulouse, 1<sup>er</sup> ch., 15 mars 2005 (Rejet)

### Consentement et identification par empreintes génétiques

L'article 16-11 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, selon lequel sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort, est immédiatement applicable aux situations en cours.

Ayant relevé que la preuve du consentement du défunt à ce que les échantillons déposés auprès du CECOS, dans un but d'auto-conservation, puissent servir à son identification par empreintes génétiques, n'était pas rapportée, et que celui-ci n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une expertise génétique quels qu'en soient le procédé et la forme, une cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la demande en recherche de paternité devait être écartée<sup>1</sup>.

**Mots-clés:** FILIATION NATURELLE \* Recherche de paternité \* Preuve \* Examen des sangs \* Communication d'échantillon \* Empreinte génétique \* Défunt \* Consentement préalable \* Loi nouvelle \* Application de la loi dans le temps - PERSONNE HUMAINE \* Corps humain \* Prélèvement biologique \* Echantillon sanguin \* Défunt \* Communication \* Empreinte génétique \* Identification \* Consentement préalable \* Loi nouvelle \* Application de la loi dans le temps

- 29 -

**NDLR** (1) Dans cet arrêt, la Cour de cassation se prononce en faveur de l'application immédiate aux situations en cours de l'article 16-11 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, selon lequel « sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ».

Une femme avait intenté en 2003 une action pour faire reconnaître la paternité sur son enfant de son compagnon, décédé en 2001. A cette fin, elle sollicitait le recours à une expertise génétique sur les échantillons de sperme déposés auprès du CECOS, avant son décès, par le défunt, ainsi que sur le corps de ce dernier. Déboutée par les juges du fond, elle s'est pourvue en cassation en invoquant, notamment, la violation des articles 2 et 16-11 du code civil. Pour l'auteur du pourvoi, la cour d'appel n'aurait pas dû appliquer ce dernier article, qui subordonne, depuis la loi du 6 août 2004, l'identification par empreintes génétiques réalisée *post-mortem* au consentement exprès de la personne manifesté de son vivant. En l'espèce, le compagnon de la demanderesse était décédé en 2001, donc avant l'entrée en vigueur de la loi de 2004. Par conséquent, en vertu du principe de non-rétroactivité des lois, l'action tendant à faire reconnaître sa paternité n'aurait pas dû être soumise à ce texte.

Cette argumentation est rejetée. Ainsi que le rappelle le communiqué relatif à cet arrêt publié sur le site de la Cour de cassation, le législateur est intervenu sur la question du consentement de l'intéressé en matière d'identification par empreintes génétiques à la suite de l'affaire *Montand* (Paris, 6 nov. 1997, D. 1998. Jur. 122, note Malaurie, Somm. 161, obs. Gaumont-Prat, et 296, obs. Nevejans; RTD civ. 1998. 87, obs. Hauser; Gaz. Pal. 1997. 2. 703, note Garé; Defrénois 1998. 314, obs. Massip; JCP 1998. I. 101, n° 3, obs. Rubellin-Devichi;

Dr. fam 1997 Chron. 12, par P. Catala; LPA 20 mai 1998, étude Pech-Le Gac), « dans laquelle le défunt, qui s'était toujours opposé à un prélèvement, avait pourtant été exhumé ». En imposant le consentement de l'intéressé, même après son décès, la loi du 6 août 2004 condamne cette jurisprudence et indique, plus généralement, que l'encadrement des empreintes génétiques procède du double souci de protéger l'intégrité physique et la vie privée de la personne.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation juge que l'article 16-11, dans sa nouvelle rédaction, s'applique même lorsque la personne est décédée avant son entrée en vigueur. Elle approuve par conséquent « la cour d'appel d'avoir refusé d'ordonner l'expertise génétique sollicitée dans la mesure où le défunt n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une telle mesure » (V. communiqué préc.). Cette solution ne contredit pas le principe de non-rétroactivité des lois, puisqu'il est admis qu'en matière extracontractuelle, la loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations existantes, peu important que ces situations résultent de faits antérieurs à son entrée en vigueur.

Si cette solution est protectrice de l'intérêt du défunt, la question de sa conformité au droit européen reste entière, en particulier depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le refus opposé au requérant d'autoriser une expertise d'ADN *post-mortem* a constitué, au regard de l'intérêt prépondérant de celui-ci à connaître son ascendance, une violation de l'article 8 de la convention, le respect de la vie privée du défunt ne pouvant être atteint par un prélèvement *post-mortem* (CEDH 13 juill. 2006, *Jäggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00, RTD civ. 2006. 727, obs. Marguénaud ; *ibid.* 2007. 99, obs. Hauser).

I. Gallmeister