



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit Privé Général  
Dirigé par Laurent Leveneur  
2022**

***Le statut juridique du cadavre***

**Mathilde Folco**

**Sous la direction de Cécile Pérès**

## **Avertissement**

La faculté n'entend donner aucune approbation ni désapprobation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à ma directrice de mémoire, Madame le professeur Cécile Pérès, pour son aide et ses précieux conseils.

Mes remerciements s'adressent également à ma famille et mes amis, pour leur soutien sans faille tout au long de la rédaction de ce mémoire.

# Sommaire

<i>Sommaire</i> .....	<b>III</b>
<i>Table des abréviations</i> .....	<b>IV</b>
<i>Introduction</i> .....	<b>1</b>
<b><i>PARTIE 1 : L'EXPLOITATION DU CADAVRE</i></b> .....	<b>5</b>
Titre 1 : La préservation de la dépouille au nom du principe de dignité .....	<b>5</b>
Chapitre 1 : La prolongation du principe de dignité après la mort .....	6
Chapitre 2 : La mobilisation par le juge du principe de dignité après la mort .....	12
Titre 2 : Les atteintes à la dépouille au nom de l'intérêt général .....	<b>22</b>
Chapitre 1 : Le cadavre face aux besoins administratifs et judiciaires .....	22
Chapitre 2 : Le cadavre face aux besoins de la médecine.....	28
<b><i>PARTIE 2 : LA SÉPULTURE DU CADAVRE</i></b> .....	<b>40</b>
Titre 1 : La sépulture face à la volonté du défunt .....	<b>40</b>
Chapitre 1 : Le principe de liberté des funérailles .....	40
Chapitre 2 : La persistance de la volonté du défunt après la mort.....	45
Titre 2 : La sépulture face à l'ordre public .....	<b>50</b>
Chapitre 1 : Le renforcement de l'encadrement de la sépulture .....	50
Chapitre 2 : L'espoir d'un assouplissement futur.....	61
<i>Conclusion</i> .....	<b>68</b>
<i>Bibliographie</i> .....	<b>IX</b>
<i>Table des matières</i> .....	<b>XIX</b>

## Table des abréviations

A.	Arrêté
Acad. Natle Méd.	Académie nationale de médecine
act.	Actualité
ADN	Acide désoxyribonucléique
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJ Fam.	Actualité juridique famille
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Ann.	Annexe
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. req	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil

CCNE	Comité consultatif national de l'éthique
CE	Conseil d'État
C. éduc.	Code de l'éducation
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Charte UE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la cassation
CM	Conseil municipal
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Comm. com. électr.	Communication - Commerce électronique
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv.	Convention
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. patr.	Code du patrimoine
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Cassation, chambre criminelle
C. serv. nat.	Code du service national

CSNC	Commission scientifique nationale des collections
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D.	Décret
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Déf. droits	Défenseur des droits
délib.	Délibération
Doc. fr.	Documentation française
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
Dr. Fam.	Droit de la famille
éd.	Édition
FAED	Fichier automatisé des empreintes digitales
Fasc.	Fascicule
FNAEG	Fichier national des empreintes génétiques
Gaz. Pal.	Gazette du palais
JCP	La Semaine juridique
JCP G	La Semaine juridique générale
JCP N	La Semaine juridique Notariale et Immobilière
JCP A	La Semaine juridique - Administration et collectivités territoriales
JCl. Notarial Formulaire	JurisClasseur Notarial Formulaire
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro

not.	Notamment
ord. réf.	Ordonnance de référé
p.	Page
pp.	Pages
préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. pén. Dalloz	Répertoire de droit pénal Dalloz
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. civ.	Tribunal civil
V.	Voir
vol.	Volume

## Introduction

« Et j'ai ordonné par un édit qu'on enfermât dans un tombeau Etéocle qui, en combattant pour cette ville, est mort bravement, et qu'on lui rendît les honneurs funèbres dus aux ombres des vaillants hommes. Mais, pour son frère Polynice qui, revenu de l'exil, a voulu détruire par la flamme sa patrie et les Dieux de sa patrie, qui a voulu boire le sang de ses proches et réduire les citoyens en servitude, je veux que nul ne lui donne un tombeau, ni ne le pleure, mais qu'on le laisse non enseveli, et qu'il soit honteusement déchiré par les oiseaux carnassiers et par les chiens. Telle est ma volonté »

Créon, *Antigone* – Sophocle

Le cadavre porte la marque de la personne. Telle était l'idée dans l'esprit du juge, sous l'Ancien Régime, lorsqu'il statuait dans le cadre d'un des nombreux procès faits à l'encontre de cadavres. Aujourd'hui encore, c'est le souvenir du défunt qui guide le devenir de la dépouille mortelle.

Le terme cadavre, formé sur la racine *cadere* qui signifie tomber<sup>1</sup>, désigne désormais le « corps d'un homme ou d'un animal privé de vie »<sup>2</sup>. Toutefois, dans le cadre de ce mémoire, nous préférons retenir la position des anciennes éditions du *Dictionnaire de l'Académie*, selon laquelle le vocable cadavre devrait surtout être utilisé pour parler des humains<sup>3</sup>, afin d'écartier de notre sujet les animaux. Bien que le mot cadavre semble avoir une nuance péjorative, en ce qu'il déshumaniserait dans une certaine mesure le défunt<sup>4</sup>, force est de constater que le corps humain, tombé devant la mort, devient nécessairement un cadavre. Il sera alors tantôt réduit à des résidus (on parlera de restes humains, d'ossements et de cendres), tantôt à une enveloppe vide (on évoquera la dépouille mortelle)<sup>5</sup>.

Afin de connaître l'instant exact à compter duquel le corps humain laisse place au cadavre, il faut déterminer le moment de la mort. Or, pas plus qu'il ne définit la vie, le droit se refuse encore aujourd'hui, sûrement dans un souci de pudeur (notamment lorsqu'il y préfère l'euphémisme « fin de vie »<sup>6</sup>), mais aussi à cause d'une certaine incertitude scientifique, à définir de manière générale la mort. Depuis 1854<sup>7</sup>, l'institution de la mort civile a été abolie. Cette forme de décès, essentiellement juridique, privait autrefois les religieux ayant prononcé les vœux monastiques et certains condamnés à des peines de mort ou perpétuelles de leur personnalité aux yeux du monde<sup>8</sup>. Désormais, seule la fin de la vie physique est prise en compte, excluant implicitement de ce domaine la personne morale (bien que certains auteurs n'hésitent pas à utiliser cette notion pour parler de la disparition d'une entreprise). Toutefois, la mort devra parfois être présumée, dès lors

---

<sup>1</sup> M. COURTOIS, « Parler du cadavre », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 17.

<sup>2</sup> Larousse.

<sup>3</sup> M. COURTOIS, « Parler du cadavre », préc., p. 19.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>6</sup> L., 22 avr. 2005, n° 2005-370, relative aux droits des malades et à la fin de vie.

<sup>7</sup> L., 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile.

<sup>8</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1976, pp. 15-16.

que la dépouille ne pourra être retrouvée. Pour appréhender ces situations particulières, le droit a créé les notions d'absence et de disparition. Tandis que l'absence est prononcée « lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles »<sup>9</sup>, la disparition est quant à elle déclarée si une personne est disparue « dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé »<sup>10</sup>. Dans ces situations qui restent rares, on considérera, à l'issue d'une certaine période, qu'une mort a bien eu lieu, produisant alors toutes ses conséquences juridiques.

Outre ces hypothèses subsidiaires de « mort » sans cadavre qui ne sauraient intéresser ce mémoire, la majorité des décès laissent derrière eux un corps, aussi encombrant soit-il. L'étude de ce dernier permettra de constater médicalement si nous sommes en présence d'un être vivant ou mort. La mort biologique, autrefois conçue comme un événement unique et instantané, au regard de l'arrêt soudain du cœur, s'apparente désormais davantage à un processus, qui peut s'avérer particulièrement lent<sup>11</sup>. À défaut d'une cessation simultanée des fonctions vitales cardiaques et celles cérébrales, le droit penche, dans le cadre de la réglementation relative aux prélèvements d'organes *post-mortem*, en faveur d'une mort cérébrale, qui entraîne l'abolition irréversible de toute fonction cérébrale, malgré la persistance d'une activité cardiaque grâce à des mesures artificielles. Elle est constatée dès lors que trois éléments seront réunis (une absence totale de conscience, une abolition des réflexes du tronc cérébral et une absence de ventilation spontanée<sup>12</sup>) et confirmée par deux électroencéphalogrammes plats de 30 minutes, réalisés à 4 heures d'intervalle ou par une angiographie<sup>13</sup>. Ainsi, une personne se trouvant dans un état végétatif chronique, qui se manifeste par une altération des hémisphères cérébraux sans que le tronc cérébral soit nécessairement atteint, ne saurait être assimilée à une personne morte. Au contraire, le corps d'une personne dont le cœur bat encore peut être juridiquement considéré comme un cadavre, ce qui, aux yeux de certains, constitue un risque de dévoiement trop grand<sup>14</sup>.

À la suite du constat de la mort par un médecin, un certificat médical devra préciser l'identité de la personne, le lieu et la cause de son décès<sup>15</sup>. Le droit s'efforce de favoriser la découverte de ces éléments qui peuvent être à l'origine inconnus, par le biais de techniques d'identification et d'autopsies de plus en plus perfectionnées. Par la suite, un acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil de la commune où le décès a eu lieu, ou de la commune où le corps a été découvert<sup>16</sup>. L'exactitude des actes d'état civil étant d'ordre public, il est impératif que le décès soit mentionné en marge de l'acte de naissance de la personne décédée<sup>17</sup>, l'acte contenant toutes mentions

---

<sup>9</sup> C. civ., art. 112.

<sup>10</sup> C. civ., art. 88, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>11</sup> A. MARAIS, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, Le Cours Dalloz, 2021, pp. 64-65.

<sup>12</sup> CSP, art. R. 1232-1.

<sup>13</sup> CSP, art. R. 1232-2.

<sup>14</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, 23<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Paris, Manuel, 2021, p. 274.

<sup>15</sup> CGCT, art. L. 2223-42 ; CGCT, art. R. 2213-1-1.

<sup>16</sup> C. civ., art. 78.

<sup>17</sup> C. civ., art. 79.

nécessaires à l'identification de la personne ainsi que sur son livret de famille<sup>18</sup>. Une procédure spéciale est prévue par les articles 79-1 et suivants pour les nouveau-nés, et notamment les enfants nés sans vie, dont la mort soulève des questions particulièrement délicates, que nous n'aborderons pas dans ce mémoire.

Une fois la mort juridiquement constatée et le corps devenu aux yeux du droit un cadavre, qu'advient-il de la dépouille du défunt ? Comment le droit choisit-il de l'appréhender ? En réalité, la question, qui se résume au fait de savoir quel est le statut juridique du cadavre, s'avère épineuse.

Le statut juridique est l'ensemble des règles de droit qui régissent une matière. Or, il est en majeure partie directement lié à la qualification de l'entité concernée. Ainsi, on parle de statut personnel lorsqu'on désigne les normes concernant l'état et la capacité des personnes, tandis qu'on parle de statut réel lorsqu'on désigne les normes portant sur la condition des biens<sup>19</sup>. Le cadavre ne saurait rentrer dans la première catégorie, en ce que la majorité de la doctrine considère que le décès fait perdre à la personne sa qualité. La personne disparaît au moment de la mort : sa succession est ouverte, son patrimoine est transmis, son mariage est dissous. Marcel PLANIOL l'a dit de la manière la plus brutale qu'il soit dans son *Traité élémentaire de droit civil* : « La personnalité se perd avec la vie. Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien »<sup>20</sup>. À défaut de pouvoir être une personne, la *summa divisio*, distinction millénaire héritée du droit romain, fondatrice de notre système juridique et conçue de manière exclusive, exige qu'il soit une chose. Toutefois, le fait que le doyen Georges RIPERT soit par la suite revenu sur les derniers mots de son confrère dans les éditions suivantes<sup>21</sup> révèle que la dépouille mortelle, en raison de sa nature éminemment particulière, en tant qu'elle représente encore l'espèce humaine dans la dernière étape de son existence charnelle, ne doit pas être juridiquement réduite à néant. Certes, c'est une chose, mais une chose qui ne saurait être banalisée et qui doit appeler à une protection particulière au nom de la mémoire du défunt. Aux yeux des profanes, le décès d'une personne qui leur était si chère ne saurait transformer cette dernière en un simple objet. La société trouverait inacceptable une telle démarche, d'autant plus qu'elle a vocation à concerner tous ses membres, voués à mourir un jour. Ainsi, le cadavre bénéficie d'un statut spécifique, dérogeant en partie à celui des biens, et se rapprochant sur certains points de celui des personnes.

Pendant longtemps, le législateur ne s'est guère soucié du cadavre, qu'il choisissait d'abandonner aux mains des médecins et des religieux<sup>22</sup>. Toutefois, les progrès scientifiques majeurs réalisés au cours du dernier siècle ont relancé le débat autour du traitement du corps, des limites de la mort

---

<sup>18</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épilogue, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014, p. 204.

<sup>19</sup> T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridique 2021-2022*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2021, pp. 1002-1003.

<sup>20</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie général de droit & de jurisprudence, Paris, 1904, p. 145.

<sup>21</sup> P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.*, 2010, p. 2044.

<sup>22</sup> H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée - À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, thèse de doctorat (sous la direction de X. LABBÉE), L'Harmattan, Paris, Logiques juridiques, 2009, p. 23.

qui sont constamment repoussées (ou bien même hâtées lorsqu'il est question de recourir à l'euthanasie) et, par voie de conséquence, du sort du cadavre. Aujourd'hui, la dépouille mortelle, contrairement au corps, fait l'objet d'un encadrement encore lacunaire et fragmentaire, à la fois ancien et récent, dispersé entre plusieurs codes, dont le code civil, le code pénal, le code de procédure pénale (CPP), le code général des collectivités territoriales (CGCT) et le code de la santé publique (CSP). Afin de pouvoir aborder de manière relativement complète le régime, aussi complexe soit-il, du cadavre, il paraît opportun de distinguer deux périodes.

Si, à l'origine, le cadavre était surtout considéré comme un objet incommode et sordide, qu'il fallait éloigner le plus rapidement possible de la cité afin de le soustraire au regard des vivants qui risquaient d'être offensés par l'image de sa putréfaction et dérangés par ses effets nocifs, il est désormais appréhendé comme un objet de ressources. La société ne souhaite plus s'en débarrasser immédiatement, elle entend d'abord en tirer profit. En raison de la disparition de la personnalité, la protection accordée à la personne humaine et notamment à son corps, par le biais de droits subjectifs, n'est pas directement transposable à la dépouille mortelle. Les vivants seraient donc, en principe, libres d'utiliser le mort. Une telle logique autoriserait que le cadavre soit pris en photo, exposé, étudié, ou encore découpé, afin de satisfaire toutes sortes d'aspirations, aussi contestables soient-elles. Le droit permettrait ainsi d'utiliser une dépouille qui présente encore de nombreuses caractéristiques communes avec le corps humain, tout en contournant le régime protecteur de ce dernier. Mais, parce que le cadavre était autrefois une personne, le législateur ne saurait accepter une exploitation totalement débridée de celui-ci, le réduisant à une simple marchandise. Ainsi, par le biais de droits objectifs, il fait obstacle à la possibilité d'utiliser librement le cadavre. À ce titre, la loi du 19 décembre 2008, en ce qu'elle consacre explicitement la dignité du cadavre, représente une avancée majeure. Cette dignité est opposable aux tiers, mais également au défunt lui-même, qui ne peut exiger que l'on porte une trop grande atteinte à son corps après sa mort, en tant que représentant de l'humanité tout entière. Néanmoins, le respect, la dignité et la décence dus par la société à toutes les dépouilles mortelles céderont systématiquement devant les impératifs de l'intérêt général. Le droit va avoir tendance à faire prévaloir les besoins des vivants, dès lors qu'ils sont réels et justifiés, sur le souci de préserver le cadavre.

Une fois l'éventuelle période d'exploitation achevée, le cadavre a le droit de reposer en paix. Notre culture a toujours fait de la destination finale de la dépouille mortelle une sépulture, devant aboutir, le cas échéant, à une disparition de la chair. Le monde des vivants doit être débarrassé définitivement de la corporéité du mort, pour n'en garder que son souvenir. À cet égard, le mythe d'Antigone témoigne de l'importance antique de l'accomplissement des rites funéraires. En droit romain, les sépultures faisaient partie des *res divini iuris* (c'est-à-dire les choses relevant du droit divin) et plus particulièrement des *res religiosae* (qui sont les choses laissées aux dieux mânes), notions révélatrices du caractère « sacré » du dernier lieu de repos du défunt. Aujourd'hui, le cadavre, après avoir été mis en bière, doit impérativement être inhumé ou incinéré. Alors qu'au stade de l'utilisation du cadavre, la volonté du défunt est généralement reléguée au second plan, que ce soit au nom de sa dignité ou bien au nom de l'intérêt général, celle-ci joue, au contraire, un rôle majeur au stade de sa sépulture. Motivé par un souci de laïcisation des funérailles, le législateur

a consacré très tôt une liberté, en apparence absolue, d'organisation des obsèques. Des difficultés sont alors susceptibles de naître si le défunt n'a pas exprimé de manière claire ses derniers souhaits, portant sur les moindres aspects du traitement de sa dépouille. Mais au-delà de ces simples complications se trouve l'obstacle de l'ordre public. Dès lors que la volonté individuelle y porte atteinte, le droit n'hésite pas à venir limiter considérablement sa portée, allant jusqu'à la rendre parfois même illusoire. De surcroît, les juges et les praticiens ne sauraient rester totalement insensibles aux revendications de l'entourage endeuillé du *de cuius*, même si elles vont à l'encontre de ses souhaits, car « il y a dans la révérence gardée à la dépouille du défunt à la fois une ultime manifestation de piété envers la personne et un hommage rendu à la douleur de ses proches »<sup>23</sup>.

Tirailé entre les impératifs de respect de la volonté du défunt, préservation de la dignité du cadavre, satisfaction de l'intérêt général et protection de l'ordre public, le droit semble peiner à former un régime cohérent. Il faut par conséquent s'intéresser à la manière dont le législateur entend conjuguer ces principes, souvent antagonistes. Il est également nécessaire de se demander si le statut juridique actuel du cadavre révèle un mouvement de rapprochement de celui-ci à la catégorie des personnes ou bien, au contraire, une tendance au renforcement de sa qualification de chose.

Pour répondre à ces questions, nous procéderons à un raisonnement chronologique, commençant par l'exploitation du cadavre (Partie 1), période au cours de laquelle le droit doit mettre en balance le principe de dignité du cadavre (Titre 1) et les besoins de l'intérêt général (Titre 2), et finissant par la sépulture du cadavre (Partie 2), étape qui nécessite d'articuler la volonté du défunt (Titre 1) avec l'ordre public (Titre 2).

## **PARTIE 1 : L'EXPLOITATION DU CADAVRE**

Ce n'est qu'à compter de la sépulture que le cadavre quitte définitivement le monde des vivants. Avant cette étape, la dépouille mortelle, restant à la portée de la société, s'apparente à une précieuse ressource. Afin de lutter contre la tentation de l'utilitarisme, le droit a entendu préserver le cadavre par le biais du principe de dignité humaine (Titre 1). Toutefois, certaines atteintes à son intégrité, dès lors qu'elles sont réalisées au nom de l'intérêt général, devront être autorisées (Titre 2).

### **Titre 1 : La préservation de la dépouille au nom du principe de dignité**

Le principe de dignité humaine va se prolonger au-delà de la mort (Chapitre 1) et être mobilisé par le juge pour censurer certaines atteintes excessives à l'intégrité du cadavre (Chapitre 2).

---

<sup>23</sup> P. CATALA, « La jeune fille et la mort », *Dr. Fam.*, déc. 1997, chron. 12, p. 6.

## Chapitre 1 : La prolongation du principe de dignité après la mort

Le principe de dignité humaine présente des intérêts tels (Section 1) que le droit a entendu consacrer graduellement une dignité du cadavre (Section 2).

### *Section 1 : L'intérêt de la survie du principe de dignité après la mort*

Le principe de dignité permet de remédier à l'extinction des droits de la personnalité du défunt au moment de sa mort (I) et de pallier l'impossibilité du cadavre de s'exprimer sur son sort (II).

#### I. Le remède à l'extinction des droits de la personnalité

À la venue au monde de chaque être humain apparaît une nouvelle personne juridique qui sera reconnue par le droit<sup>24</sup>. La seule condition pour se voir attribuer une personnalité juridique est de naître vivant et viable<sup>25</sup>, peu importe désormais la classe sociale, la place dans la famille, le sexe, l'âge et l'origine de l'individu. De la personnalité juridique découleront des droits et des devoirs consacrés par la loi, qui assureront une protection du corps humain tout au long de sa vie.

Corrélativement, le décès d'un être humain entraîne la disparition d'une personne juridique<sup>26</sup>. La personnalité juridique ne se prolongera pas au-delà du dernier souffle du défunt. L'enveloppe charnelle, qui était autrefois indissociable de la personne, devient, du jour au lendemain, une chose<sup>27</sup>. Par conséquent, le cadavre ne pourra plus bénéficier des droits dits « de la personnalité », qui sont notamment le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image et le droit moral de l'auteur. En raison de leur caractère exclusivement extrapatrimonial, désormais largement reconnu par la doctrine, ils ne seront pas transmis aux héritiers du défunt, dans l'espoir qu'ils les exercent en son nom. La plupart des tentatives de solutions à cette absence de protection développées par les auteurs et les juges se sont soldées par des échecs : la prolongation jurisprudentielle de la vie privée au-delà de la mort<sup>28</sup> a été abandonnée<sup>29</sup> et la conception duale du droit à l'image, à la fois patrimonial et extrapatrimonial<sup>30</sup>, n'a pas vraiment réussi à séduire<sup>31</sup>. Une exception majeure à l'intransmissibilité a toutefois été faite par la loi au sujet du droit moral de l'auteur : étant reconnu comme perpétuel<sup>32</sup>, il survivra au décès de la personne.

---

<sup>24</sup> J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, sept. 2012, n° 9, dossier 4.

<sup>25</sup> C. civ., art. 318 ; C. civ., art. 725, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>26</sup> J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », préc.

<sup>27</sup> A. MARAIS, *Droit des personnes*, préc., p. 68.

<sup>28</sup> V. not. TGI Paris, ord. réf., 11 janv. 1977.

<sup>29</sup> V. not. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 1999, n° 97-15756.

<sup>30</sup> V. not. E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.*, 1984, p. 161 ; TGI Aix-en-Provence, 24 nov. 1988.

<sup>31</sup> V. not. C. BIGOT, « La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers », *LEGICOM*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 28 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 oct. 1995.

<sup>32</sup> CPI, art. L. 121-1, al. 3 : « Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. »

## II. Le remède à l'impossibilité d'exprimer une volonté

Le défunt laisse derrière lui, outre son souvenir dans l'esprit de ses proches, une dernière trace de sa personne qui aura vocation à produire des effets juridiques par-delà la mort : sa volonté<sup>33</sup>.

Toutefois, l'idée de la mort étant, pour la plupart d'entre nous, terrifiante, il est rare que la personne ait minutieusement organisé de son vivant les jours où il ne sera plus. La réticence à exprimer sa volonté se fait encore plus forte lorsqu'il s'agit, non plus de penser aux seuls aspects patrimoniaux de sa succession, mais au sort même de sa dépouille mortelle, envisagée dans son aspect charnel. Quand bien même le défunt aurait eu le courage de prévoir le devenir de son cadavre, ses dispositions, en l'absence de conseils juridiques, risquent d'être imprécises, incomplètes, contradictoires, impossibles ou bien même inacceptables au regard de l'ordre public.

Mais la mort ne prévient pas et le décès peut-être soudain. Elle fera obstacle à toute nouvelle expression de volonté, non seulement car il n'y aura plus de personne juridiquement reconnue dotée d'une volonté, mais encore parce qu'il n'y aura même plus d'être vivant en mesure de s'exprimer. S'il est regrettable que le défunt n'ait pas pu dire « oui », il est bien plus problématique qu'il n'ait pas pu dire « non ». Il serait inacceptable de voir le cadavre totalement abandonné au bon vouloir des vivants, parfois animés par des désirs égoïstes ou des fins utilitaristes, les poussant à voir le cadavre comme un bien au service de leurs intérêts.

C'est dans la notion de dignité humaine que le législateur est finalement parvenu à trouver un fondement juridique à la protection, se faisant de plus en plus nécessaire, du cadavre.

### ***Section 2 : Le passage graduel de la dignité de l'être humain à la dignité du cadavre***

Si, dans un premier temps, la dignité du cadavre n'était qu'un principe d'ordre public virtuel (I), le législateur a, par la suite, choisi de le transformer en principe d'ordre public textuel (II).

#### I. Le développement d'un principe d'ordre public virtuel

Le principe d'ordre public virtuel de dignité du cadavre a été construit par la jurisprudence (B), à partir du principe de dignité de la personne humaine expressément consacré par la loi (A).

##### A. La consécration de la dignité de la personne humaine

Le principe de dignité de la personne humaine constitue un des principes cardinaux des droits de l'Homme, et même, pour certains auteurs, le socle de tous les autres<sup>34</sup>. Sa consécration légale n'est toutefois apparue indispensable qu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, à la suite des barbaries nazies niant radicalement la dignité humaine de certains groupes de personnes. La Charte des

---

<sup>33</sup> B. TEYSSIE, *Droit des personnes*, préc., p. 218.

<sup>34</sup> B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in *Le Droit, la Médecine et l'Être Humain*, P.U., Aix-Marseille, 1996, p. 230.

Nations unies, signée le 26 juin 1945<sup>35</sup>, fut le point de départ d'une multitude de reconnaissances. Les sources ont, dans un premier temps, été internationales<sup>36</sup>, puis, dans un second temps, européennes<sup>37</sup>. La Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH), qui constitue aujourd'hui la source première des droits et libertés fondamentaux, n'utilise pas expressément la notion de dignité. Toutefois, la doctrine s'accorde à voir derrière ses articles 2 (sur le droit à la vie), 3 (prohibant les tortures) et 4 (prohibant l'esclavage), une nouvelle reconnaissance par le Conseil de l'Europe de la dignité de la personne humaine<sup>38</sup>.

La consécration expresse du principe de dignité de la personne humaine au niveau national s'est faite davantage attendre. Après avoir fait l'objet d'un chapitre du code pénal dès 1992, il a fait son entrée dans le code civil à l'occasion de la première loi de bioéthique du 29 juillet 1994<sup>39</sup>. Dans sa décision du 27 juillet 1994<sup>40</sup>, le Conseil constitutionnel, saisi au sujet de la constitutionnalité de cette dernière, a reconnu, sur le fondement du premier alinéa du Préambule de 1946, l'existence d'un principe de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation », donnant ainsi au principe de dignité de la personne humaine une valeur constitutionnelle. Depuis, l'article 16 du code civil dispose que « 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 ». Cependant, la loi n'a jamais défini la notion de dignité. Cette lacune a inévitablement donné lieu à des débats, qu'ils soient juridiques, ou bien encore philosophiques. Le Conseil d'État considère que « le respect de la dignité réside d'abord dans le regard porté sur autrui, considéré comme une fin et non comme un moyen. Ce respect interdit qu'une personne soit instrumentalisée, humiliée, exploitée ou, *a fortiori*, niée dans sa qualité de membre de la communauté humaine »<sup>41</sup>. Le juge administratif n'a pas tardé pour interdire un spectacle de « lancer de nains » sur ce fondement<sup>42</sup>. On considère que la primauté de la personne

---

<sup>35</sup> Charte des Nations Unies, préambule : « Nous, peuples des nations unies, résolus [...] à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites [...] ».

<sup>36</sup> V. not. DUDH, préambule, al. 1<sup>er</sup> : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. » ; art. 1<sup>er</sup> : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits [...] ».

<sup>37</sup> V. not. Conv. pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 4 avr. 1997, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> : « Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité [...] » ; V. aussi Charte UE, 7 déc. 2000, art. 1<sup>er</sup> : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »

<sup>38</sup> H. OBENDORFF, « La dignité de la personne humaine, fondement des droits de l'homme », in *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, Manuel, 2021.

<sup>39</sup> L., 29 juill. 1994, n° 94-654, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

<sup>40</sup> Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

<sup>41</sup> CE, *La révision des lois de bioéthique*, Doc. fr., Paris, 2009, p. 7.

<sup>42</sup> CE, 27 oct. 1995, n° 136727, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence.

humaine, le respect de l'être humain, l'inviolabilité, l'intégrité et la non-patrimonialité du corps humain consacrés par l'article 16-1 du code civil<sup>43</sup> découlent directement de la dignité<sup>44</sup>.

Si le point de départ de la dignité humaine était clair (« le commencement de sa vie »), son terme restait quant à lui incertain. L'absence de précision du législateur et l'utilisation des vocables « personne » et « chacun » représentaient des obstacles de taille à la volonté exprimée par une partie de la doctrine de prolonger le principe de dignité au-delà de la mort. Grégoire LOISEAU estimait par conséquent qu'à cette époque, « considérer que la condition juridique du cadavre était déjà charpentée [...] par des principes d'ordre public relatifs à la dignité et au respect de l'être humain relev[ait] de la paramnésie »<sup>45</sup>. La question de la dignité du mort restait en suspens.

#### B. L'extension du principe de dignité au cadavre par le recours à l'ordre public virtuel

Avant 2008, en l'absence de tout fondement textuel assurant expressément la dignité de la dépouille mortelle, le juge judiciaire, mais aussi le juge administratif, avaient trouvé un moyen pour lutter contre les atteintes au cadavre : « découvrir » un principe d'ordre public virtuel, existant déjà de manière sous-jacente dans les textes légaux en vigueur. La reconnaissance d'un tel principe permettait alors de corriger l'absence criante de protection des restes humains<sup>46</sup> et, de manière plus discutable, de se soustraire aux difficultés posées par les règles du droit transitoire<sup>47</sup>.

Ainsi, quelques décisions « démontrent que le principe du prolongement *post-mortem* du respect dû au corps humain a largement été théorisé avant [2008] »<sup>48</sup>. À ce titre, il faut notamment mentionner l'arrêt Milhaud de 1993 du Conseil d'État, selon lequel « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer après la mort de celui-ci »<sup>49</sup>.

À l'occasion d'un des arrêts rendus au sujet de l'affaire *Our Body*, la Cour de cassation a expressément considéré que « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil »<sup>50</sup>. Ainsi, tout en coupant court à l'interprétation large retenue par la cour d'appel<sup>51</sup> de la loi de bioéthique de 1994, qui ne concerne *in fine* que les vivants<sup>52</sup>, la

---

<sup>43</sup> C. civ., art. 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. »

<sup>44</sup> AN, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 20 janv. 2010, n° 2235, p. 18.

<sup>45</sup> G. LOISEAU, « Exposition de cadavres : les contrats d'assurances sont aussi illicites », *JCP G*, 8 avr. 2013, n° 15, p. 716.

<sup>46</sup> D. MAINGUY, « À propos d'un "principe" préexistant à une loi », *D.*, 2015, p. 246.

<sup>47</sup> C. PÉRÈS, « Les suites de l'affaire *Our Body* : nullité du contrat d'assurance pour cause illicite », *RDC*, 15 juin 2015, n° 2, p. 370.

<sup>48</sup> S. CACCIPOPO, « Ultime épilogue de l'affaire *Our Body* : l'article 16-1-1 du Code civil comme normalisation textuelle d'un principe d'ordre public virtuel », *LPA*, 30 janv. 2015, p. 8.

<sup>49</sup> CE, 2 juill. 1993, n° 124960, Milhaud.

<sup>50</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 oct. 2014, n° 13-19729.

<sup>51</sup> CA Paris, 5 févr. 2013.

<sup>52</sup> C. PÉRÈS, « Les suites de l'affaire *Our Body* : nullité du contrat d'assurance pour cause illicite », préc.

juridiction suprême vient pour la première fois reconnaître explicitement l'existence d'un principe d'ordre public virtuel, qui concerne bien, quant à lui, les morts.

## II. La consécration d'un principe d'ordre public textuel

Afin de donner une assise textuelle à la dignité du cadavre, un nouvel article 16-1-1 a été créé (A), tandis que plusieurs autres articles ont été complétés pour créer un réel régime de protection (B).

### A. La création d'un nouvel article 16-1-1

Bien que la jurisprudence prétende que la protection du cadavre était déjà totalement assurée via ce principe d'ordre public virtuel, il était nécessaire de le transformer en principe d'ordre public textuel pour la renforcer et la compléter. Ainsi, sur proposition du sénateur Jean-Pierre Sueur, la loi du 19 décembre 2008<sup>53</sup> a créé un article 16-1-1, en vertu duquel « 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 ».

L'intégration de cette disposition, en partie préexistante dans le code de la santé publique<sup>54</sup>, au sein du code civil est « symbolique de l'influence qu'exerce encore le respect dû à la personne au-delà de la mort »<sup>55</sup>. Désormais, plus personne ne peut ignorer que la dignité humaine transcende la condition de personne, et qu'à la disparition de celle-ci au jour du décès, elle vient se rattacher au cadavre, qui ne peut être traité comme une simple chose. C'est l'humanité elle-même qui est visée.

Afin d'assurer une protection optimale, le législateur a pris le soin de consacrer aux côtés de cette dignité, non seulement le principe de respect, déjà énoncé au sujet du corps humain vivant, mais également celui de décence, qui n'apparaissait pas auparavant dans le code civil. En réalité, « la notion de décence s'impose traditionnellement en matière de traitement des corps morts »<sup>56</sup>.

L'apport majeur de cet article, en comparaison avec le principe d'ordre textuel aux contours incertains, est de ne pas limiter la protection à la seule dépouille mortelle conservée dans son intégralité, mais de l'étendre aux cendres d'une personne décédée, qui ne pouvaient auparavant être assimilées aux éléments ou produits du corps humain et donc bénéficier de leur régime<sup>57</sup>.

### B. La modification d'articles préexistants

Selon le rapport du député Philippe GOSSELIN, « la notion de respect garantit que les règles prévues par [le] code civil en matière d'inviolabilité, d'intégrité et d'extrapatrimonialité du corps s'appliqueront intégralement aux restes mortels »<sup>58</sup>. La majorité de la doctrine et de la

---

<sup>53</sup> L., 19 déc. 2008, n° 2008-1350, *relative à la législation funéraire*.

<sup>54</sup> CSP, art. R. 4127-2, al. 2 : « Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. »

<sup>55</sup> M. BACACHE, « Corps humain - Têtes maories », *RTD Civ.*, 2010, p. 626.

<sup>56</sup> AN, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, préc., p. 423.

<sup>57</sup> A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », *LPA*, 31 août 2007, n° 175, p. 3.

<sup>58</sup> AN, *Rapport sur la proposition de loi relative à la législation funéraire*, 30 janv. 2008, n° 664, p. 65.

jurisprudence<sup>59</sup> considèrent ainsi que la protection accordée au corps de la personne vivante est transposée dans son intégralité à la dépouille mortelle. Mais, en réalité, il ne saurait s'agir d'une simple extension<sup>60</sup>, une adaptation est nécessaire en raison de la différence de nature juridique<sup>61</sup>.

Par ailleurs, pour garantir l'effectivité de ces nouvelles règles, l'article 16-2 a été modifié afin que le juge puisse 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 ». Il faut toutefois noter que le TGI de Lille avait déjà admis une telle solution en l'absence de fondement textuel<sup>62</sup>. Dans ce même souci d'assurer la tranquillité du défunt, l'article 225-17 du code pénal, placé dans une Section 4 consacrée aux atteintes au respect dû aux morts, a lui aussi été réécrit afin de pouvoir sanctionner, non seulement les violations et les profanations de sa sépulture (domaine initial) et les atteintes à l'intégrité du cadavre (domaine élargi), mais également les violations et les profanations de son urne cinéraire (nouveau domaine). Pour que cette infraction soit constituée, il faut que l'auteur ait eu l'intention de porter atteinte à la dignité du défunt. Les cendres, qui avaient été jusqu'ici écartées en raison de leur « absence d'humanité alléguée »<sup>63</sup> du fait de leur pulvérisation, sont désormais protégées pénalement, mais seulement par le biais de leur contenant. Ainsi, alors que l'urne est aujourd'hui assimilable à la sépulture, il semblerait que les cendres ne soient toujours pas tout à fait confondues avec le cadavre.

Même si ces dispositions d'ordre public<sup>64</sup> risquent de dépasser les objectifs poursuivis si elles deviennent un trop grand obstacle à la volonté du défunt de décider du traitement posthume de son corps, on ne peut nier l'intérêt du principe de dignité lorsque le défunt n'est plus capable de se prononcer sur son sort et requiert une protection particulière<sup>65</sup>. « Le droit de chacun disparaît au décès et [...] lui succède un devoir de communauté, qui commande *erga omnes* »<sup>66</sup>. Par conséquent, le cadavre, à défaut d'être sujet de droits, est objet de dignité<sup>67</sup>.

---

<sup>59</sup> CA Paris, 30 avr. 2009 : « [...] le législateur, qui prescrit la même protection aux corps humains vivants et aux dépouilles mortelles [...] ».

<sup>60</sup> G. LOISEAU, « Mortuorum corpus : une loi pour le respect », *D.*, 2009, p. 236.

<sup>61</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », préc., p. 204.

<sup>62</sup> TGI Lille, 5 déc. 1996 : « [...] tout élément du corps humain en état de désagrégation, qui provient d'une sépulture fut-elle abandonnée, est digne de protection ».

<sup>63</sup> X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 19 décembre 2008 », *JCP G*, 21 janv. 2009, n° 4, act. 34.

<sup>64</sup> C. civ., art. 16-9 : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

<sup>65</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Le droit du défunt », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 34.

<sup>66</sup> G. LOISEAU, « Mortuorum corpus : une loi pour le respect », préc.

<sup>67</sup> X. BIOY, D. FALLON, « Statut du cadavre (II) : point de vue publiciste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 236.

## Chapitre 2 : La mobilisation par le juge du principe de dignité après la mort

Le principe de dignité du cadavre va être mobilisé par la jurisprudence afin de faire obstacle à certaines pratiques commerciales inacceptables. Il s'agit non seulement de la diffusion d'images de cadavres (Section 1), mais également de l'exposition des cadavres eux-mêmes (Section 2).

### *Section 1 : L'encadrement de la diffusion d'images de cadavres*

Depuis l'invention de la photographie, le cadavre n'est plus seulement peint, il est également photographié. L'image du défunt était autrefois capturée dans le cadre de la pratique de la photographie funéraire, qui consistait à mettre en scène son cadavre de manière à laisser penser qu'il était seulement assoupi, afin que ses proches puissent garder de lui un souvenir paisible<sup>68</sup>. Désormais, sa photo est prise à des fins d'information du public, ne gommant aucun des détails les plus sordides. La tendance à l'exploitation par les médias de l'image du défunt sans vie semblait *a priori* soulever une question de la conciliation entre, d'une part, la liberté d'expression et le droit à l'information et, d'autre part, le droit à l'image et le respect de la vie privée. Si la jurisprudence avait autrefois protégé l'image du cadavre sur le fondement des droits de la personnalité, tantôt du défunt, tantôt de la famille, elle a été contrainte d'abandonner en partie cette position (I). Elle a alors pu trouver refuge dans le principe de dignité du cadavre (II).

#### I. La fin de la protection de l'image sur le fondement des droits de la personnalité

Si, à l'origine, le juge invoquait le droit à l'image ou le droit au respect de la vie privée du défunt pour empêcher que l'image de son cadavre ne soit diffusée (A), il a dû rapidement se rattacher au droit au respect de la vie privée familiale en raison des critiques grandissantes (B).

##### A. Le fondement d'origine : l'image et la vie privée du défunt

Il a été unanimement convenu par la jurisprudence que le cadavre, en ce qu'il était autrefois le corps d'une personne, méritait d'avoir son image protégée, mais la recherche d'un fondement satisfaisant à l'interdiction d'utiliser l'image d'une dépouille mortelle a divisé. En effet, la mort mettant fin aux droits de la personnalité, la protection conférée par l'article 9 du code civil<sup>69</sup> est normalement inopérante. En ce qui concerne l'article 226-1 du code pénal<sup>70</sup>, tout dépend de l'individu auquel le terme « autrui » fait référence lorsqu'il condamne l'atteinte à son intimité.

---

<sup>68</sup> B. BERTHERAT, « La dame au chapeau. La photographie des femmes mortes en France à l'époque de Bertillon », *Corps*, 2013, vol. 11, n° 1, pp. 98-99.

<sup>69</sup> C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. »

<sup>70</sup> C. pén., art. 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : [...] 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. »

Dans un premier temps, le juge a choisi de recourir à une fiction juridique grossière : celle de prolonger la personnalité juridique de la personne décédée pour fonder l'interdiction d'utilisation de l'image de son cadavre sur son droit au respect de sa vie privée, ou, plus rarement, sur son droit à l'image. À propos de la diffusion de l'image de Jean Gabin sur son lit de mort, le tribunal de grande instance de Paris est même allé jusqu'à considérer que « le droit au respect de la vie privée s'étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle »<sup>71</sup>, affirmation qui a par la suite été implicitement reprise par la Cour de cassation<sup>72</sup>. S'en sont suivis plusieurs décisions fondant leur censure sur le respect de la vie privée posthume du défunt<sup>73</sup>. Or, selon la formule désormais célèbre de Bernard BEIGNIER, « qu'on le veuille ou non, c'est faire jurer les mots que de parler d'une "vie privée" d'un "mort" »<sup>74</sup>, le défunt étant par définition dépourvu de vie.

Cette position se faisant de plus en plus intenable, les motivations de la Cour de cassation étaient devenues obscures, de sorte qu'il était difficile de savoir quelle vie privée était en question entre celle du défunt et celle de ses proches<sup>75</sup>. La juridiction suprême a finalement brisé sa jurisprudence dans un domaine voisin en 1999, à l'occasion de la publication du livre du docteur Gubler, révélant, non pas l'image du cadavre de François Mitterrand, mais des informations sur sa santé. Elle a jugé une fois pour toutes que « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit »<sup>76</sup>.

#### B. Le fondement de substitution : la vie privée familiale

Si la vie privée du défunt ne peut plus être troublée étant donné son inexistence, celle des proches ne doit pas pour autant être ignorée. Les membres de la famille du défunt, en ce qu'ils ont souffert personnellement de la publication de l'image d'un être qui leur était cher, disposent d'un droit propre, en tant que victimes et non pas en tant qu'héritiers.

Dès 1858, le tribunal civil de la Seine avait condamné le journal qui avait publié le portrait du corps sans vie de l'actrice Rachel, au nom du « respect que commande la douleur des familles »<sup>77</sup>. L'atteinte portée aux sentiments d'affliction des proches du défunt suffit-elle à caractériser une

---

<sup>71</sup> TGI Paris, ord. réf., 11 janv. 1977.

<sup>72</sup> Cass. crim., 21 oct. 1980, n° 80-90.146.

<sup>73</sup> V. not. TGI Paris, 13 janv. 1997 : « On ne peut soutenir [...] que le droit au respect de l'intimité de la vie privée prend fin à la date du décès ».

<sup>74</sup> B. BEIGNIER, « Vie privée posthume et paix des morts », *D.*, 1997, p. 255.

<sup>75</sup> V. not. Cass. crim., 24 oct. 1998, n° 97-84.621 : « [...] le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante, et quel que soit son statut [...] ».

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 1999, n° 97-15756.

<sup>77</sup> Trib. civ. Seine, 16 juin 1858.

violation de leur droit au respect de leur vie privée ? La doctrine est divisée sur le point de savoir si l'une entraîne nécessairement l'autre<sup>78</sup>, mais le juge n'hésite pas à emprunter ce raccourci<sup>79</sup>.

Fut un temps, un autre fondement que les articles 9 du code civil et 226-1 du code pénal pouvait être invoqué par les proches du défunt pour obtenir réparation de leur souffrance : celle de la responsabilité civile de l'ancien article 1382. Mais cela supposait d'apporter la preuve de l'existence d'un préjudice moral causé par la publication de l'image, portant atteinte à la mémoire du défunt<sup>80</sup>. Après plusieurs tentatives jurisprudentielles de restriction du recours à ce fondement, la voie a finalement été fermée par deux arrêts d'Assemblée plénière du 12 juillet 2000<sup>81</sup>.

Ainsi, le cadavre peut être protégé par le truchement de ses proches, dont le sort est, aux yeux de certains<sup>82</sup>, le seul à importer. Mais en l'absence d'un tel entourage, il serait inadmissible de laisser impunie l'atteinte à la dépouille mortelle du défunt. Une protection directe a donc été admise par la jurisprudence postérieure, via la mobilisation du principe de dignité.

## II. Le renouveau de la protection de l'image sur le fondement de la dignité

Au nom du principe de dignité du cadavre, le juge va pouvoir directement sanctionner la publication de son image (A). Toutefois, l'interdiction, loin d'être générale, connaît des limites (B).

### A. La possible sanction de la publication de l'image du cadavre au nom de la dignité

À la suite de la publication de la photographie du corps sans vie de Claude Érignac, préfet de Corse, gisant sur la chaussée juste après son assassinat, sa veuve et ses deux enfants ont agi en référé aux fins de condamnation de deux hebdomadaires, en réparation du préjudice qu'ils avaient personnellement subi. Alors que l'arrêt de la cour d'appel<sup>83</sup> se situait dans la lignée de la jurisprudence se focalisant sur l'atteinte à la vie privée des proches du défunt pendant leur deuil, celui de la Cour de cassation mobilisa un autre fondement, celui de la dignité humaine, pour condamner l'atteinte dirigée contre le défunt lui-même<sup>84</sup>. L'invocation de ce principe n'était toutefois pas vraiment novatrice, étant donné que la cour d'appel de Paris l'avait déjà mentionné en 1997 au sujet de la publication de la photographie de la dépouille mortelle de François Mitterrand<sup>85</sup>. De surcroît, on peut soupçonner la juridiction suprême d'avoir choisi de se conformer à l'avis de Jean HAUSER qui, dans un article en partie consacré à l'affaire Érignac, avait justement proposé de recourir à la « dignité de la personne humaine consacré[e] par l'article 16 du code

---

<sup>78</sup> V. not. J. RAVANAS, « Image ou crime "indigne" ? », *JCP G*, 14 mars 2001, n° 11, : « [...] il n'est pas douteux que la douleur des proches relève de l'aspect le plus intime de leur vie privée [...] » ; G. LOISEAU, « L'autonomie du droit à l'image », *LEGICOM*, 1999, vol. 20, n° 4, p. 76 : « [...] la publication de l'image d'un mort ne révèle rien, en soi, de la vie privée de ses proches, qui n'est donc pas directement atteinte [...] ».

<sup>79</sup> V. not. CA Paris, 24 févr. 1998.

<sup>80</sup> A. LEPAGE, « Le droit au respect de la vie privée, droit des vivants », *Comm. com. électr.*, mars 2000, n° 3.

<sup>81</sup> Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 et n° 98-11.155.

<sup>82</sup> V. not. P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », préc.

<sup>83</sup> CA Paris, 24 févr. 1998.

<sup>84</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 2000, n° 98-13.875.

<sup>85</sup> CA Paris, 2 juill. 1997.

civil »<sup>86</sup>. Enfin, il ne faut pas oublier que la notion de dignité constituait d'ores et déjà le fondement de l'interdiction pénale de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, dont la victime peut être décédée<sup>87</sup>. Ainsi, ce nouveau fondement, parfaitement satisfaisant, n'est pas pour autant surprenant.

La Cour de cassation a précisé que la photographie était attentatoire à la dignité de la personne humaine parce qu'elle « représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée de la rue d'Ajaccio »<sup>88</sup>. Ainsi, certaines circonstances semblent être exigées pour caractériser l'atteinte : le corps sans vie doit être celui d'une personne identifiable et doit se trouver dans une situation dégradante ou humiliante<sup>89</sup>. « Il s'agira, selon les espèces, des gros plans sur les blessures [...], sur les traits figés sous le choc d'un coup mortel [...] »<sup>90</sup>.

Depuis, la dignité du mort, désormais légalement consacrée par l'article 16-1-1, est fréquemment mobilisée par la jurisprudence<sup>91</sup>. Pour autant, elle ne remplace pas la vie privée des vivants de l'article 9. Au contraire, elle se juxtapose à celle-ci pour permettre une meilleure protection du cadavre. Ainsi, « aux vivants, l'intimité, aux morts, l'éternité »<sup>92</sup>.

#### B. Les limites à la possibilité de sanctionner la publication de l'image du cadavre

Nombreux sont ceux qui se sont inquiétés de la portée de l'arrêt Érignac. Fallait-il craindre la censure de toute publication d'image d'un cadavre, aussi légitime soit-elle, notamment lorsqu'elle vise à dénoncer la barbarie ? La réponse est évidemment négative. L'interdiction de diffuser la photographie d'une dépouille mortelle constitue une restriction de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Conv. EDH<sup>93</sup>, admise à la condition qu'elle soit nécessaire et proportionnée.

Comme vu précédemment, l'atteinte à la dignité ne sera établie qu'en cas de photographie dégradante d'un cadavre reconnaissable. Ensuite, quand bien même l'atteinte serait caractérisée, il faudra apprécier les situations au cas par cas pour procéder à une balance des intérêts et établir si, en l'espèce, la dignité de la personne humaine doit prévaloir sur l'information du public. Le simple

---

<sup>86</sup> J. HAUSER, « Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information », *RTD Civ.*, 2000, p. 291.

<sup>87</sup> L., 29 juill. 1881, *sur la liberté de la presse*, art. 35 quater : « La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie [...] ».

<sup>88</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 2000, préc.

<sup>89</sup> J.-P. GRIDEL, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.*, 2001, p. 872.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> V. not. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 nov. 2004, n° 03-15.397 (photographie d'un jeune homme mort dans un accident de la route) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1 juill. 2010, n° 09-15.479 (photographie d'un jeune homme séquestré et torturé, quelques instants avant sa mort) ; confirmé par Cour EDH 25 févr. 2016, Société de Conception de Presse et d'Édition c/ France.

<sup>92</sup> B. BEIGNIER, « A propos de la "vie privée posthume" », *D.*, 1997, p. 596.

<sup>93</sup> Conv. EDH, art. 10 : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. [...] 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

fait que l'image soit au cœur de l'actualité ne suffit pas à faire tomber le principe de dignité. Plusieurs circonstances devront être prises en compte dont, notamment, la notoriété du défunt, le lieu où la photographie a été prise, la destination et le moment de la publication<sup>94</sup>. Ainsi, on peut imaginer que la censure sera encourue en cas de diffusion immédiate, dans la presse à sensation, de l'image d'un anonyme dans son intimité. Au contraire, la condamnation sera évitée si, le temps du deuil écoulé, la publication de l'image d'un personnage public, décédé sur la voie publique, se fait dans un but purement historique.

Par ailleurs, les sanctions retenues, qui sont généralement celles de la diffusion d'un communiqué ou de l'ajout d'un bandeau sur la photographie litigieuse, plutôt que de son interdiction totale, apparaissent comme des entraves plus que raisonnables à la liberté d'expression<sup>95</sup>.

Une question reste en suspens : les proches du défunt peuvent-ils autoriser la diffusion de l'image de son cadavre ? Sûrement, si l'on se réfère à l'article 226-1 du code pénal qui subordonne le déclenchement de l'action publique à leur plainte, ce qui leur permet de donner leur autorisation implicite en restant inactifs<sup>96</sup>. Il faut toutefois noter que la mise en œuvre de ce droit d'autorisation soulèvera des difficultés d'identification des personnes aptes à donner leur consentement et créera des conflits en cas de désaccord de ces dernières<sup>97</sup>. De plus, il n'est pas souhaitable que ce droit se retourne contre la dignité du défunt. Ainsi, il doit davantage être conçu comme un devoir de mémoire, réalisé dans le respect du disparu<sup>98</sup>.

Finalement, loin de constituer une censure absolue, menaçant la totalité des reportages sur des événements violents tels que des guerres ou des attentats, la restriction de la diffusion d'images de cadavres sur le fondement de la dignité appelle seulement les journalistes à avoir « un minimum de délicatesse et de respect humain »<sup>99</sup>.

## ***Section 2 : L'encadrement de l'exposition de cadavres***

Faire entrer des cadavres au musée est une pratique ancienne, à laquelle nous sommes aujourd'hui tous familiers. Plus personne ne s'étonne de voir des momies au Muséum national d'Histoire naturelle, des corps surpris par l'éruption du Vésuve à Pompéi ou encore des reliques de saints dans les églises. Les dépouilles mortelles, dont l'exposition revêt des intérêts scientifique, historique et

---

<sup>94</sup> G. LOISEAU, « Statut du cadavre (I) : point de vue privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 225.

<sup>95</sup> A. MÂZOUZ, « L'image de la mort et le regard des vivants », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2016, n° 15.

<sup>96</sup> J.-P. GRIDEL, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », préc.

<sup>97</sup> J. CAYRON, « Voulez-vous voir le corps ? Statut juridique de l'image du cadavre », *Rencontre autour du cadavre, Actes du colloque de Marseille*, Publications du Gaaf, 15 déc. 2010, p. 224.

<sup>98</sup> G. LOISEAU, « Le mort et son image », *JCP G*, 8 mars 1999, n° 10.

<sup>99</sup> B. BEIGNIER, « Tempus lugendi ; respect du deuil et respect de l'intimité », *D.*, 1998, p. 225.

culturel, fascineront toujours<sup>100</sup>. Mais, si le cadavre a été jusqu'ici omniprésent au musée (I), la tendance est aujourd'hui aux tentatives de restriction de son exposition (II).

### I. L'omniprésence du cadavre au musée

Dans les musées, aux côtés des restes humains anciens, considérés comme des biens culturels à part entière (A), apparaissent désormais des restes humains récents, envisagés comme de nouveaux matériaux de création (B).

#### A. Les restes humains anciens : des biens culturels particuliers

Bien que l'article 16-1 du code civil s'oppose à l'existence de droits patrimoniaux sur le corps humain, et ce même après le décès, il est largement admis qu'il ne fait pas obstacle à la naissance d'un droit de propriété. En effet, si le cadavre ne peut pas faire l'objet d'un commerce lucratif, il peut toujours être approprié<sup>101</sup>. Ainsi, à défaut de figure plus adaptée, une partie de la doctrine<sup>102</sup> et de la jurisprudence<sup>103</sup> considéraient que le cadavre faisait, dans un premier temps, l'objet d'une sorte de copropriété familiale, inviolable et sacrée. Cette dernière allait toutefois s'évanouir avec le souvenir du défunt et éventuellement laisser place, dans un second temps, à une autre forme de propriété plus classique. Pour certains auteurs, à l'instar de Marie CORNU, alors que le temps s'écoule, la protection du cadavre perd de son intensité et la charge juridique du principe de dignité devient moindre. Ainsi, la « patrimonialisation » des restes humains anciens par leur exposition n'apparaît plus tellement comme une atteinte à la dignité de la personne humaine, pourtant censée être perpétuelle en ce qu'elle a pour but de protéger l'humanité elle-même.

À compter de cette seconde période, l'État peut devenir le propriétaire de cadavres, qu'il conservera précieusement loin du public ou, au contraire, qu'il exposera. Ceux-ci seront toutefois un régime très particulier, en ce qu'ils appartiendront au patrimoine national et, plus précisément, au domaine public mobilier regroupant « les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'art, de l'histoire, de l'archéologie, de la science ou de la technique »<sup>104</sup>. Dérogeant au droit commun des biens publics, exigeant pour procéder à leur déclassement la seule cessation de leur affectation à l'utilité publique<sup>105</sup>, la sortie des biens constituant les collections des musées de France requiert un avis conforme, émis autrefois par une commission<sup>106</sup> qui était restée totalement inactive. Par ailleurs, depuis 2002<sup>107</sup>, la protection contre l'aliénation des dépouilles mortelles données ou léguées (ce qui représente aujourd'hui la totalité des hypothèses en raison de la prohibition de

---

<sup>100</sup> M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.*, 2009, p. 1907.

<sup>101</sup> M. CORNU, « Les restes humains "patrimonialisés" et la loi », *Technè*, 1<sup>er</sup> nov. 2016, n° 44.

<sup>102</sup> X. LABBÉ, « La dévolution successorale des restes mortels », *AJ Fam*, 2004, p. 124.

<sup>103</sup> CA Bordeaux, 24 févr. 1890 : « Attendu que la famille a un droit de propriété sur les dépouilles de ses membres décédés [...] » ; TGI Lille, Ord., 5 déc. 1996 : « La dépouille mortelle d'un individu fait l'objet d'un droit de copropriété familial, inviolable et sacré, rendant recevable une demande de constat sur le fondement de l'art. 16-2 du code civil ».

<sup>104</sup> CGPPP, art. L. 2112-1.

<sup>105</sup> CGPPP, art. L. 2141-1.

<sup>106</sup> C. patr., art. L. 451-5, anc.

<sup>107</sup> L. 4 janv. 2002, n° 2002-5, *relative aux musées de France*.

l'acquisition à titre onéreux de restes humains) est devenue absolue<sup>108</sup>. Le principe d'inaliénabilité étant doté d'une valeur légale, la seule possibilité restante pour procéder au déclassement en cas de don ou de legs est celle de l'adoption d'une loi<sup>109</sup>. Cette procédure, ayant pour but d'assurer l'intégrité du patrimoine national, dans le souci de satisfaire l'intérêt public de la connaissance, a finalement dépassé son objectif et abouti à figer les collections muséales<sup>110</sup>.

## B. Les restes humains récents : un nouveau matériau de création

Le cadavre a toujours été un thème récurrent dans l'histoire de l'art. Il suffit, à ce titre, de songer au nombre colossal de tableaux représentant le Christ sur la croix. Mais, de manière assez récente, ce thème a pris une ampleur et une tournure nouvelles. Nombreux sont les artistes qui ne souhaitent plus se réfugier derrière une représentation édulcorée et exclusivement symbolique de la mort. Ils optent désormais davantage pour le réalisme, ou bien même le réel. Ainsi, le « faux mort » laisse place, dans des cas qui restent toutefois assez rares, au « vrai cadavre ». La dépouille mortelle, autrefois simple sujet de représentation, devient un véritable matériau de création<sup>111</sup>.

Plusieurs entreprises artistiques puisent leurs ressources dans le corps humain sans vie. On peut notamment citer le groupe chinois Cadavre qui a utilisé des cendres, de la graisse humaine, mais surtout des enfants mort-nés, pour réaliser ses œuvres. Cette tendance actuelle de spectacularisation du cadavre n'est pourtant pas totalement nouvelle. En effet, l'anatomiste Honoré Fragonard avait déjà, au cours de la seconde moitié du XVIIIe siècle, procédé à des dissections de cadavres humains, qu'il avait par la suite figés pour créer des « Écorchés », mis en scène et exposés encore aujourd'hui au musée de l'École nationale vétérinaire d'Alfort, sans que cela prête à débat<sup>112</sup>.

L'utilisation, inédite au regard de son ampleur, de dépouilles, alors même qu'elles étaient encore en vie il y a peu et que le souvenir du défunt est toujours frais dans les mémoires, dans le but de créer des œuvres artistiques destinées à être vues par un large public, a renouvelé la question de la dignité du corps humain exposé au musée<sup>113</sup>. Dans un avis de 2010<sup>114</sup>, le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) insiste sur le paradoxe que crée ce type de production artistique : notre société admet l'exposition de cadavres, pourtant elle s'efforce de garder la dépouille mortelle dans des lieux spécialement dédiés, loin du regard des vivants. Toutefois, « le paradoxe se dénoue lorsqu'on observe l'absence de proximité des cadavres exhibés, leur caractère lointain, sinon "exotique" »<sup>115</sup>. Nous ne tolérons de donner en spectacle des morts que parce qu'ils ne viennent

---

<sup>108</sup> C. patr., art. L. 451-7.

<sup>109</sup> H. BERTAUX, E. JEANNETEAU, « Le corps humain à l'épreuve de l'exposition », *LPA*, 16 oct. 2015, n° 207, p. 21.

<sup>110</sup> SÉNAT, *Rapport d'information sur la proposition de loi de visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories*, 23 juin 2009, n° 482, pp. 22 et 37.

<sup>111</sup> S. GIREL, « L'art du cadavre », *Communications*, vol. 97, n° 2, 2015, pp. 81-92.

<sup>112</sup> G. LOISEAU, « Le corps, objet de création », *Juris art etc.*, 2015, n° 22, p. 30.

<sup>113</sup> S. GIREL, « L'art du cadavre », préc.

<sup>114</sup> CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exploitation muséale*, 7 janv. 2010, n° 111, p. 4.

<sup>115</sup> *Ibid.*

pas de notre environnement proche, qu'ils nous sont totalement inconnus. L'intensité du principe de dignité semble donc dépendre en large partie de l'intensité du souvenir du défunt.

## II. Les tentatives de restriction de la présence du cadavre au musée

Dans un souci éthique, le droit souhaite désormais réduire le nombre de dépouilles mortelles exhibées à la vue de tous. S'agissant des restes humains nouveaux, leur exposition, dès lors qu'elle poursuit un but commercial, sera interdite (A). En ce qui concerne les restes humains anciens, un large processus de restitution aux communautés d'origine a déjà été entamé (B).

### A. L'interdiction des expositions à but commercial

La question qui reste, encore aujourd'hui, pour partie en suspens est celle de savoir si la création de nouvelles œuvres d'art à partir de cadavres ne contrevient pas inévitablement au principe de dignité humaine. À l'occasion de l'affaire « *Our Body*, à corps ouvert », le juge a su, en appliquant pour la première fois l'article 16-1-1, donner quelques pistes de réponses.

En 2008 et 2009, des cadavres écorchés, afin que l'on puisse voir leurs organes internes, et « polymérisés » (aussi dits « plastinés »), afin de permettre leur conservation, avaient été mis en scène en train de réaliser des activités de la vie courante. Deux associations avaient alors saisi le juge des référés pour que l'exposition parisienne soit interdite. La décision de procéder à la fermeture de l'exposition a été unanime, mais ses fondements ont fait l'objet de discussions. Tandis que le tribunal de grande instance de Paris choisissait d'invoquer une atteinte manifeste au respect dû aux cadavres constituée par leur commercialisation via leur exposition<sup>116</sup>, la cour d'appel de Paris préférait se focaliser sur le défaut de preuve de l'origine licite des cadavres et de l'existence d'un consentement *ante-mortem* des intéressés à voir leur cadavre exposé<sup>117</sup>. La Cour de cassation a tranché le débat<sup>118</sup> en faveur de la conception objective du principe de respect du corps humain adoptée par le juge de première instance, mettant ainsi à l'écart la conception volontariste, et donc plus permissive, de ce même principe proposée par le juge d'appel. Le caractère commercial de l'exposition, et non pas l'exposition en soi, rend le traitement du cadavre irrespectueux, quand bien même les intéressés y auraient consenti de leur vivant. « Des cadavres "consentants", voilà ce dont les juges de cassation ne voulaient pas entendre plaider. »<sup>119</sup> Ainsi, la juridiction suprême refuse de laisser le traitement de la dépouille mortelle à la merci de la volonté du défunt<sup>120</sup>, qui ne saurait venir à bout de la dignité du corps humain après la mort. On comprend alors qu'il n'existe pas de liberté absolue de disposer de son cadavre.

---

<sup>116</sup> TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009.

<sup>117</sup> CA Paris, 30 avr. 2009.

<sup>118</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 sept. 2010, n° 09-67.456.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> G. LOISEAU, « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.*, 2010, p. 2750.

Dans un second opus, cette fois-ci assurantiel, la Cour de cassation a prononcé la nullité des contrats d'assurance pour illicéité de leur cause, qui était de garantir les conséquences de l'annulation de l'exposition en question<sup>121</sup>.

Néanmoins, la portée de l'interdiction d'exposer des cadavres dans un but commercial demeure incertaine. En effet, le maniement du critère de commercialité peut se révéler malaisé. Comment distinguer une exposition à but commercial d'une exposition à but pédagogique, dès lors que l'entrée est presque toujours payante ? Bien que la démarche ne soit pas totalement désintéressée, elle n'est pas pour autant nécessairement lucrative. Il faudra alors se pencher sur les circonstances de l'organisation de l'exposition (notamment sa présentation et les explications fournies) pour révéler, ou non, l'existence d'une recherche de profit<sup>122</sup>. En l'espèce, le choix des organisateurs de recourir à des mises en scène « déréalisantes »<sup>123</sup> dévoilait leur volonté de faire des cadavres de simples objets de spectacle et non de connaissance. Finalement, on peut espérer que l'atteinte à la dignité du cadavre ne sera pas constituée si les intérêts pédagogiques, scientifiques, historiques, théologiques et culturels prennent le dessus sur l'intérêt commercial.

## B. L'essor des processus de restitution

Seules les expositions de cadavres à visée commerciale étant censurées, les musées nationaux, poursuivant des fins purement pédagogiques, devraient s'en voir rassurés. Toutefois, ces derniers font l'objet d'une multiplication des demandes de restitutions de biens se trouvant dans leurs collections, et notamment de restes humains. Le juge invoque systématiquement le principe d'inaliénabilité pour faire échec à ces revendications, émanant de communautés souvent autochtones, qui se prévalent d'une propriété collective sur les cadavres de leurs ancêtres et d'une atteinte à la dignité de ceux-ci. Néanmoins, le législateur n'a pas pu rester pas totalement insensible à ces demandes qui lui sont apparues légitimes. Pour la première fois en 2002, une loi<sup>124</sup> a été adoptée afin de permettre la restitution à l'Afrique du Sud du corps de Saartje Baartman, aussi dite « Vénus Hottentote », datant du début du XIXe siècle, conservé par le Muséum national d'Histoire naturelle. Mais cette intervention ponctuelle ne réglait nullement la question générale de fond portant sur le statut des restes humains des collections muséales.

Le débat a pu être relancé par une décision du conseil municipal de Rouen qui, dans une démarche éthique, avait décidé le 19 octobre 2007<sup>125</sup> de remettre une tête maorie à la Nouvelle-Zélande. Selon une tradition des Maoris, peuple autochtone originaire de Polynésie, les chefs guerriers morts au combat voyaient leur tête tatouée et momifiée pour qu'elles puissent être exposées brièvement puis inhumées. Mais, par l'effet de la colonisation, ce rite funéraire a été détourné et un trafic s'est

---

<sup>121</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729.

<sup>122</sup> J. HAUSER, « La mort en ce jardin : suite et fin », *RTD Civ.*, 2010, p. 760.

<sup>123</sup> TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009, préc.

<sup>124</sup> L., 6 mars 2002, n° 2002-323, *relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud*.

<sup>125</sup> CM Rouen, délib. 2-8, 19 oct. 2007.

développé, d'où la présence de nombreuses têtes dans les collections françaises<sup>126</sup>. À défaut d'avoir respecté la procédure de déclassement (qui était de toute manière vouée à l'échec, la tête ayant été donnée à la Ville de Rouen), le tribunal administratif de Rouen<sup>127</sup>, puis la cour d'appel de Douai<sup>128</sup>, ont fait obstacle à la restitution en question. Le juge d'appel a considéré que les dispositions du code du patrimoine « qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des musées de France placent ses biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du code civil »<sup>129</sup>. Non seulement le droit administratif est applicable au cadavre, mais il exclut totalement le jeu de l'article 16-1. « D'une certaine façon, le régime de domanialité publique impliquant les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité répond à cette exigence d'extracommercialité du Code civil. »<sup>130</sup> Mais cette solution laisse entendre que la nature particulière du cadavre, impliquant un certain respect au regard de sa dignité, n'est pas prise en compte. Il est traité comme n'importe quelle pièce des collections publiques.

Le principe même de la restitution n'étant pas contesté, il a fallu à nouveau emprunter l'issue de secours législative pour contourner l'impossibilité technique de déclassement. Bien qu'au premier abord, l'on peut croire que la loi du 18 mai 2010<sup>131</sup> n'a fait qu'apporter une nouvelle solution ponctuelle en prévoyant que les têtes maories cesseront de faire partie des collections pour être remises à la Nouvelle-Zélande<sup>132</sup>, « on ne peut s'empêcher de relever [s]a valeur symbolique [...] en ce qu'elle reconnaît, ne serait-ce que dans un cas précis, la primauté du respect du corps sur le statut des biens culturels. »<sup>133</sup> Contrairement au juge administratif, le législateur reconnaît que le corps humain mort ne saurait être regardé comme un bien culturel banal.

Les parlementaires, dans le souci d'éviter de futures interventions législatives, ont décidé de réformer la procédure de déclassement, mais surtout la commission qui en était chargée. La nouvelle Commission scientifique nationale des collections (CSNC), bien qu'elle ait dû être remplacée par le Haut conseil des musées de France en 2010, en raison « de son maigre bilan [...] et des difficultés de fonctionnement qu'elle a rencontrées »<sup>134</sup>, a permis d'entamer une réflexion éthique globale significative<sup>135</sup>, visant à mettre en balance la protection de la domanialité publique et le respect de la dignité humaine. Dans son rapport<sup>136</sup>, elle indique que les critères à prendre en compte pour apprécier la nécessité d'un déclassement sont notamment l'absence d'intérêt public,

---

<sup>126</sup> M. BACACHE, « Corps humain - Têtes maories », préc.

<sup>127</sup> TA Rouen, 27 déc. 2007, n° 0702737, *D.*, 2008, p. 1444.

<sup>128</sup> CAA Douai, 24 juill. 2008.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> CNSC, *Rapport au parlement prévu par l'article 4 de la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010*, 11 févr. 2015, ann., p. 101.

<sup>131</sup> L., 18 mai 2010, n° 2010-50, *visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*.

<sup>132</sup> L., 18 mai 2010, préc., art. 1<sup>er</sup>.

<sup>133</sup> M. BACACHE, « Corps humain - Têtes maories », préc.

<sup>134</sup> SÉNAT, *Rapport d'information sur les restitutions des biens culturels appartenant aux collections publiques*, 16 déc. 2020, n° 239, p. 16.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

<sup>136</sup> CNSC, *Rapport au parlement prévu par l'article 4 de la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010*, ann., préc., pp. 106-107.

qu'il soit scientifique ou pédagogique, l'intensité et la réalité du lien communautaire, la proximité temporelle et la destination de la dépouille après restitution.

L'essor des procédures de restitution, qui revêt un caractère non seulement éthique, mais aussi diplomatique, est donc loin d'être parvenu à son terme, d'autant plus qu'au niveau international, la France a pris du retard<sup>137</sup>. Par ailleurs, ces refus constants de faire droit aux demandes de restitutions peuvent apparaître, dans certains cas, comme une violation des obligations découlant de la ratification de la Déclaration sur les Droits des Peuples Autochtones<sup>138</sup>.

Pour conclure, le droit entend soustraire le cadavre aux désirs superficiels des vivants. Ainsi, au nom de la dignité humaine, ni la dépouille mortelle, ni son image ne sauraient être la source de divertissement, d'autant plus si se cache derrière celui-ci la recherche d'un profit commercial. En réalité, seules des finalités pédagogiques et scientifiques, respectant la mémoire du défunt, peuvent légitimer la présentation du cadavre au public. Au-delà des seules reproduction et exposition, ce seront notamment ces mêmes objectifs qui pourront justifier d'autres atteintes au cadavre.

## **Titre 2 : Les atteintes à la dépouille au nom de l'intérêt général**

Certaines atteintes au cadavre, en ce qu'elles sont nécessaires pour assurer la satisfaction des besoins impérieux de la société tout entière, doivent être admises par le droit. Ces besoins sont tantôt administratifs et judiciaires (Chapitre 1), tantôt médicaux (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Le cadavre face aux besoins administratifs et judiciaires**

Il est impératif que le cadavre puisse être identifié afin que les actes d'état civil soient actualisés (Section 1). Il est également nécessaire que la réelle cause de son décès, si elle semble suspecte, soit découverte, pour que la sécurité intérieure puisse être rétablie (Section 2).

#### ***Section 1 : La nécessité d'identification du défunt***

La loi encadre le procédé d'identification du défunt (I), qui fait appel à des techniques de plus en plus perfectionnées (II), de nature à porter atteinte à l'intégrité de la dépouille mortelle.

##### **I. L'encadrement légal de l'établissement de l'identité du défunt**

Lorsqu'un cadavre est découvert, il est nécessaire de procéder à une déclaration de décès. Toutefois, celle-ci suppose que le défunt à qui appartenait le corps soit identifié, chose qui ne

---

<sup>137</sup> CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exploitation muséale*, préc., pp. 10-11.

<sup>138</sup> Déclaration sur les Droits des Peuples Autochtones, 13 sept. 2007, art. 12 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit [...] le droit au rapatriement de leurs restes humains. 2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés ».

s'avère pas toujours aisée, notamment lorsque la dépouille mortelle est méconnaissable en raison de lésions importantes ou qu'aucun membre de la famille ne se manifeste. L'exactitude des actes d'état civil, relevant de l'ordre public, légitime l'examen des restes humains dans le but de les attribuer à une personne, quitte à porter atteinte à son intégrité, et ce, sans que le consentement du défunt soit requis (qui serait de toute manière impossible à rechercher étant donné l'anonymat)<sup>139</sup>. Dans cette optique, l'article 16-11 du code civil admet que « l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques [soit] recherchée [...] aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées »<sup>140</sup>.

Toutefois, dans certaines hypothèses, le corps retrouvé ne pourra toujours pas être identifié, du moins pas de manière assez rapide. Le second alinéa de l'article 87 du code civil prévoit que l'acte de décès devra alors comporter un signalement le plus complet possible, mentionnant notamment le sexe, la tranche d'âge estimée et l'apparence physique de la personne décédée. Si l'identification de la personne redevient par la suite possible, les actes d'état civil pourront être rectifiés par ordonnance du président du tribunal judiciaire<sup>141</sup>.

Par ailleurs, l'article 16-11 autorise aussi désormais, dans un domaine voisin, le prélèvement *post-mortem* des empreintes génétiques du défunt pour les analyser en vue d'établir, ou non, une parenté biologique à l'égard du demandeur. Mais cette atteinte est cette fois-ci strictement soumise à l'autorisation *ante-mortem* du défunt<sup>142</sup>, ce que le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution<sup>143</sup>. Néanmoins, cette exigence est menacée par la jurisprudence de la Cour EDH<sup>144</sup>, qui n'hésite pas à faire prévaloir le droit à connaître ses origines sur le respect dû aux morts, même si cela suppose une exhumation comme dans l'affaire Yves Montand<sup>145</sup> (affaire qui avait ému l'opinion publique et justement incité le législateur à adopter l'amendement exigeant le consentement de l'intéressé pour procéder à un test de paternité *post-mortem*).

## II. L'amélioration des techniques d'établissement de l'identité du défunt

Il n'a jamais été nécessaire de disposer de la totalité du cadavre pour identifier la personne décédée. Seules quelques caractéristiques corporelles déterminantes peuvent suffire, comme le visage ou des parties du corps recouvertes de tâches de naissance ou de tatouages. Des pratiques dérivées directement de l'anthropologie funéraire, comme l'anthropométrie (consistant en la mesure des

---

<sup>139</sup> M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Recherche(s) & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 297.

<sup>140</sup> C. civ., art. 16, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>141</sup> C. civ., art. 99, al. 1<sup>er</sup> : « La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. »

<sup>142</sup> C. civ., art. 16, al. 2 : « 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. »

<sup>143</sup> Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC.

<sup>144</sup> Cour EDH, 16 juin 2011, Pascaud c/ France.

<sup>145</sup> CA Paris, 6 nov. 1997.

parties du corps), peuvent également être mobilisées<sup>146</sup>. Ces techniques ont toutefois été largement détrônées par le recours aux empreintes digitales et génétiques. Depuis sa découverte en 1985, l'utilisation de la caractérisation des régions variables de l'ADN à des fins d'identification a connu un essor significatif<sup>147</sup>. En ce qu'elle permet de découvrir l'identité du défunt à partir d'une quantité de matière infime, elle est désormais considérée comme la technique la plus efficace.

Toutefois, le prélèvement, l'utilisation et la conservation des empreintes soulèvent des questions cruciales quant à la protection de la vie privée des proches du défunt et nécessitent, à ce titre, un cadre juridique précis, assortis de garanties fortes. Par conséquent, le développement du fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) et du fichier national des empreintes génétiques (FNAEG) est sujet à discussions. Alors qu'ils étaient originellement conçus pour poursuivre plus facilement les auteurs de crimes et de délits, leur finalité a été étendue afin de permettre une identification plus aisée des personnes décédées dont l'identité n'a pas pu être établie<sup>148</sup>. Dans cette optique, les empreintes du cadavre non identifié peuvent être comparées à celles contenues dans les bases. Malgré les garanties actuelles, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) émet des réserves quant au dernier projet de décret, dans sa dernière délibération en date du 7 janvier 2021<sup>149</sup>. Elle s'oppose plus précisément à l'utilisation des données procurées par les proches qui recherchent une personne disparue à d'autres fins, rendant le cloisonnement entre les finalités illusoire. La Commission reconnaît toutefois la pertinence de conserver les empreintes obtenues dans le cadre de l'identification d'un cadavre pendant plusieurs dizaines d'années.

Bien que l'on soit parvenu à répondre à la question « qui est mort ? », celle « pourquoi est-il mort ? » reste encore en suspens.

## ***Section 2 : La nécessité de découverte de la cause de mort***

Il faudra recourir à une enquête particulière, celle aux fins de recherches des causes de la mort, pour révéler les raisons du décès de la personne (I). Toutefois, cette procédure suppose qu'une dépouille ait été retrouvée, ce qui ne sera pas le cas dans les hypothèses de recel de cadavre (II).

### **I. L'enquête aux fins de recherche des causes de la mort**

Dans le cadre d'une enquête aux fins de recherches des causes de mort, une autopsie judiciaire devra être effectuée (A). Le corps sera alors soustrait aux proches du défunt, qui chercheront dans la plupart des cas à en obtenir la restitution, mais non sans difficulté (B).

---

<sup>146</sup> A. FROMENT, P. CHARLIER, « Anthropologie & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 57.

<sup>147</sup> O. PASCAL, A. SCHLENK, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal*, 2004, p. 24.

<sup>148</sup> D., 8 avr. 1987, n° 87-249, *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*, art. 1<sup>er</sup> ; CPP, art. 706-54.

<sup>149</sup> CNIL, délib. 7 janv. 2021, n° 2021-009, *portant avis sur un projet de décret relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « Fichier national automatisé des empreintes génétiques » et modifiant les dispositions du code de procédure pénale*.

## A. Le recours à l'autopsie judiciaire

Selon l'article 230-28 du CPP, créé par la loi du 17 mai 2011<sup>150</sup>, « une autopsie judiciaire, aussi dite médico-légale, peut être ordonnée dans le cadre d'une enquête judiciaire en application des articles 60, 74 et 77-1 ou d'une information judiciaire en application des articles 156 et suivants ». Ainsi, en cas de découverte d'un cadavre dont la cause de mort est inconnue ou suspecte, celui-ci doit être conservé afin de procéder à son autopsie, dans le but d'obtenir des précisions sur les raisons de son décès. La réalisation des opérations funéraires doit alors impérativement être repoussée, d'autant plus si une crémation, détruisant irréversiblement le corps, était envisagée<sup>151</sup>.

La dépouille va faire l'objet d'un examen complet, interne et externe<sup>152</sup>, réalisé par, au minimum, un praticien (bien qu'il soit recommandé qu'il y en ait deux au regard de l'importance décisive de cette expertise particulière<sup>153</sup>) « titulaire d'un diplôme attestant de sa formation en médecine légale ou d'un titre justifiant de son expérience en médecine légale »<sup>154</sup> afin d'effectuer des « prélèvements biologiques [...] nécessaires aux besoins de l'enquête »<sup>155</sup>.

« Le conjoint, le concubin, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, les ascendants ou les descendants en ligne directe du défunt sont informés »<sup>156</sup> de la réalisation d'un tel examen, mais ne peuvent pas pour autant s'y opposer. Quand bien même le défunt aurait exprimé un refus de son vivant de voir son corps faire l'objet d'une autopsie, l'ordre public va prévaloir. Le besoin de découverte de la vérité est tel qu'il peut même légitimer le recours à l'exhumation d'une dépouille mortelle enterrée depuis déjà plusieurs années, troublant alors la paix des morts<sup>157</sup>. La nécessité de découvrir la cause de décès dans le cadre d'une procédure pénale justifie donc qu'il y ait une atteinte non consentie au cadavre, dont l'existence sera parfois même niée par les juges du fond<sup>158</sup>.

## B. La question de la restitution du corps et des prélèvements

En l'absence de disposition légale précise sur la façon de traiter les prélèvements réalisés au cours d'une autopsie médico-légale, la jurisprudence française<sup>159</sup> refusait de manière constante de procéder à la restitution des restes humains mis sous scellés, au motif qu'elle était seulement admise pour les « objets »<sup>160</sup>, ce qui excluait le cadavre au regard de son caractère extrapatrimonial.

---

<sup>150</sup> L., 17 mai 2011, n° 2011-525, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

<sup>151</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », préc., p. 196.

<sup>152</sup> G. VIBRAC, L. MARTRILLE, « Le corps médico-légal : une nécessaire modification des pratiques de mises sous scellés », *AJ Pénal*, 2017, p. 275.

<sup>153</sup> A. GALLOIS, « L'autopsie judiciaire réalisée par un seul praticien : une méthode singulière ? », *Procédures*, déc. 2013, n° 12, alerte 63.

<sup>154</sup> C. pén., art. 230-28.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », préc., p. 208.

<sup>158</sup> TA Nantes, 6 janv. 2000.

<sup>159</sup> Cass crim., 3 avr. 2002, n° 01-81.592; Cass crim., 3 févr. 2010, n° 09-83.468.

<sup>160</sup> CPP, art. 41-4 : « Lorsqu'aucune juridiction n'a été saisie ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur la restitution des objets, le procureur de la République ou le procureur général est compétent pour décider, d'office ou sur requête, de la restitution de ces objets [...] ».

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné une telle solution, au motif que le retard excessif dans la restitution du corps d'un enfant autopsié à ses parents constituait une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale de ces derniers<sup>161</sup>.

Face à cet « entêtement »<sup>162</sup> de la Chambre criminelle, empêchant les familles de donner à leurs proches une sépulture décente en présence d'un obstacle médico-légal, un groupe interministériel avait été créé<sup>163</sup> et le médiateur de la République avait formulé certaines recommandations<sup>164</sup>. Après le dépôt de plusieurs propositions de loi, le législateur a finalement comblé le vide juridique en 2011<sup>165</sup>. Désormais, le premier alinéa de l'article 230-29 du CPP dispose que « lorsqu'une autopsie judiciaire a été réalisée dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire et que la conservation du corps du défunt n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, l'autorité judiciaire compétente délivre dans les meilleurs délais l'autorisation de remise du corps et le permis d'inhumer ». À défaut de délivrance spontanée d'une autorisation, le deuxième alinéa prévoit qu'« à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'autopsie, les proches du défunt ayant qualité pour pourvoir aux funérailles peuvent demander la restitution du corps auprès du procureur de la République ou du juge d'instruction, qui doit y répondre par une décision écrite dans un délai de quinze jours ». Dans l'optique de présenter le corps aux proches avant sa mise en bière et leur épargner une vision choquante, le praticien doit s'assurer de la meilleure restauration possible de celui-ci<sup>166</sup> (même si le corps n'est pas présenté, sa restauration relève du respect dû aux morts). S'agissant plus précisément des prélèvements qui sont détachés du corps, ceux-ci seront détruits à moins qu'ils ne constituent « les seuls éléments ayant permis l'identification du défunt, l'autorité judiciaire compétente [pouvant alors] autoriser leur restitution en vue d'une inhumation ou d'une crémation »<sup>167</sup>.

Dans l'optique de valider une pratique actuelle consistant à profiter de l'autopsie judiciaire pour procéder à des recherches scientifiques, certains auteurs militent en faveur de la création d'un article supplémentaire, prévoyant la possibilité d'utiliser les prélèvements judiciaires à des fins scientifiques, dès lors qu'ils ne présentent plus d'utilité pour la manifestation de la vérité et que la procédure prévue pour un tel usage est respectée<sup>168</sup> (notamment au regard du consentement).

---

<sup>161</sup> Cour EDH, 30 oct. 2001, n° 37794/97, Pannullo et Forte c/ France.

<sup>162</sup> G. LOISEAU, « Statut du cadavre (I) : point de vue privatiste », préc., p. 221.

<sup>163</sup> Rép. min., 9 déc. 2008, n° 28544.

<sup>164</sup> S. LAVRIC, « Des prélèvements humains ne sont pas des objets susceptibles de restitution », *Dalloz actualité*, 11 mars 2010.

<sup>165</sup> L., 17 mai 2011, préc.

<sup>166</sup> CPP, art. 230-29, al. 2 et 3 : « Le praticien ayant procédé à une autopsie judiciaire est tenu de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps avant sa remise aux proches du défunt. Il ne peut être refusé aux proches du défunt qui le souhaitent d'avoir accès au corps avant sa mise en bière, sauf pour des raisons de santé publique. L'accès au corps se déroule dans des conditions qui leur garantissent respect, dignité, décence et humanité. Une charte de bonnes pratiques, dont le contenu est défini par voie réglementaire, informe les familles de leurs droits et devoirs. Elle est obligatoirement affichée en un lieu visible. »

<sup>167</sup> CPP, art. 230-30.

<sup>168</sup> M. BOUTEILLE BRIGANT, « Recherche(s) & cadavre(s) », préc., pp. 302-303.

La découverte de l'identité et de la cause de mort de la personne décédée suppose l'existence d'un cadavre. Or, il arrive que la dépouille mortelle soit introuvable, soit pour des raisons fortuites, soit parce que celle-ci a été volontairement cachée.

## II. L'obstacle résiduel de la dissimulation de cadavres

Selon l'article 434-7 du code pénal, « le fait de receler ou de cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédée des suites de violences est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Ainsi, l'infraction de recel, qui est définie comme « le crime ou le délit consistant à dissimuler, détenir ou transmettre [...] une chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit »<sup>169</sup>, concerne aussi le cadavre, ce qui vient renforcer sa qualification de chose.

Comme l'indique la place occupée par cette disposition au sein de la Section 1 intitulée « Des entraves à la saisine de la justice », du Chapitre IV relatif aux « atteintes à l'action de la justice », le but du délit de recel de cadavre est de répondre aux impératifs judiciaires de manifestation de la vérité et non pas de sanctionner l'atteinte à l'intégrité du cadavre comme le fait déjà l'article 225-17 (mais la Chambre criminelle admet le cumul des infractions de recel et d'atteinte à l'intégrité du cadavre lorsque ce dernier a été démembré afin d'être plus facilement caché<sup>170</sup>).

Pour que l'infraction soit caractérisée, l'auteur doit avoir recelé ou caché un cadavre, c'est-à-dire l'avoir fait disparaître par tout moyen. Il peut s'agir d'une simple dissimulation (par exemple par inhumation ou immersion), ou d'une véritable destruction (par incinération). De plus, le cadavre doit impérativement être celui de la victime d'un homicide (sans distinction entre celui volontaire et celui involontaire) ou de violences ayant donné la mort. Ainsi, la dissimulation d'un cadavre mort d'une maladie ou d'un suicide ne pourra être sanctionnée sur ce fondement. Enfin, étant donné que l'article 121-3 du code pénal<sup>171</sup> requiert en principe une intention coupable pour tous les crimes et les délits, la jurisprudence exige que l'auteur du recel ait su qu'il détenait ou cachait le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou morte des suites de violence<sup>172</sup>.

Si des atteintes à l'intégrité du cadavre vont s'avérer nécessaires pour répondre aux besoins administratifs d'exactitude des actes d'état civil et judiciaires de poursuite des auteurs d'infractions, d'autres seront également admises au nom des besoins de la médecine.

---

<sup>169</sup> T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridique 2021-2022*, préc., p. 871.

<sup>170</sup> Cass. crim., 10 févr. 2016, n° 15-87211.

<sup>171</sup> C. pén., art. 121-3 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui [...] ».

<sup>172</sup> Cass. crim., 9 janv. 1997, n° 96-85.017.

## Chapitre 2 : Le cadavre face aux besoins de la médecine

Le corps mort, en ce qu'il présente encore de nombreuses caractéristiques communes avec le corps vivant, constitue une véritable ressource pour répondre aux besoins médicaux. L'utilisation du cadavre va poursuivre des fins tantôt thérapeutiques, venant en aide aux malades dans l'immédiat (Section 1), tantôt scientifiques, visant à faire progresser la médecine à long terme (Section 2).

### *Section 1 : La poursuite de fins thérapeutiques*

Le droit admet que des prélèvements soient effectués sur un cadavre pour venir ensuite les greffer sur une personne vivante dans l'optique de la soigner (I). Le besoin impérieux de recourir à de tels procédés pour sauver les vivants justifie un régime spécial en matière de consentement (II).

#### I. L'admission des prélèvements d'éléments du corps humain *post-mortem*

Afin d'empêcher toute dérive indésirable, les prélèvements d'éléments du corps humain *post-mortem* sont soumis à de grands principes directeurs (A) et nécessitent la réunion de certaines conditions matérielles (B).

##### A. Les principes directeurs du prélèvement *post-mortem*

Les progrès techniques majeurs réalisés à la suite de la Seconde Guerre mondiale ont permis d'envisager le transfert d'éléments d'un corps d'une personne décédée vers celui d'une personne vivante souffrante. On considère que les prélèvements d'organes et de tissus sont faits à des fins thérapeutiques dès lors que le but est de pratiquer ensuite une greffe sur un receveur vivant<sup>173</sup>. Aujourd'hui, la majorité des donneurs sont des personnes décédées, les prélèvements d'organes sur les personnes vivantes restant extrêmement minoritaires, en raison de l'atteinte corporelle majeure qu'ils constituent<sup>174</sup>. Le don d'éléments du corps humain *post-mortem*, qui n'est en réalité pas un don, représente par conséquent un enjeu considérable.

La première loi à autoriser expressément ce genre d'actes fut celle du 7 juillet 1949<sup>175</sup>, portant sur la cornée. Par la suite, le législateur est intervenu en 1976 via la loi Caillavet<sup>176</sup> pour régir de manière globale les dons d'organes, qu'ils soient effectués sur des vivants ou sur des morts. Afin que les prélèvements des autres éléments du corps humain, tels que les tissus, fassent eux aussi

---

<sup>173</sup> S. PORCHY-SIMON, « Prélèvements d'organes et de tissus », *Le Lamy Droit de la santé*, 2021, étude 370.

<sup>174</sup> *Ibid* : « En 2015, concernant [le rein], seuls 15,7 % des prélèvements étaient réalisés sur un donneur vivant. »

<sup>175</sup> L., 7 juill. 1949, n° 49-890, *permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires*.

<sup>176</sup> L., 22 déc. 1976, n° 76-1181, *relative aux prélèvements d'organes*.

l'objet d'une réglementation, une des deux lois bioéthiques du 29 juillet 1994<sup>177</sup> a posé un cadre général. Plusieurs ajustements significatifs ont été réalisés en 2004<sup>178</sup>, en 2011<sup>179</sup> et en 2016<sup>180</sup>.

Ces prélèvements soulèvent depuis toujours de sérieuses problématiques d'équilibre entre des intérêts concurrents. Face à la nécessité de favoriser les prélèvements d'organes, indispensables à la survie de certains patients, se trouve l'impératif de respect et de non-patrimonialité du corps humain, même après la mort<sup>181</sup>. Le risque est donc celui de la « nationalisation »<sup>182</sup> des cadavres et de « l'appropriation collective »<sup>183</sup> de leurs éléments.

Afin d'assurer la préservation des intérêts du donneur décédé et empêcher toute dérive commerciale aboutissant à l'assimiler à un simple « gisement de ressources biologiques »<sup>184</sup>, plusieurs principes éthiques cardinaux, préexistants dans le code civil, ont été réaffirmés, par la loi bioéthique, quitte à faire preuve de redondance. Ainsi, l'article L. 1211-4 du CSP interdit tout paiement du donneur (conformément à la notion de don), sous peine de se voir infliger une sanction pénale<sup>185</sup>. L'article L. 1211-5 exige, quant à lui, que le donneur reste anonyme, sauf nécessité thérapeutique. S'il a pour but de favoriser le respect de la gratuité, cet article vise également à « représenter [l]es organes comme objet neutre et nier par là toute la relation symbolique possible avec le receveur »<sup>186</sup>. Enfin, l'article L. 1211-3 dispose que « la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite », dans l'optique d'assurer la gratuité du don, mais aussi l'anonymat du donneur. Quant à la nécessité de proportionnalité entre les risques pris par le donneur et les bénéfices obtenus par le receveur de l'article L. 1211-6, celle-ci disparaît nécessairement lorsqu'il s'agit d'un donneur mort, qui ne saurait encourir de risques pour sa santé.

---

<sup>177</sup> L., 29 juill. 1994, préc.

<sup>178</sup> L., 6 août 2004, n° 2004-800, *relative à la bioéthique*.

<sup>179</sup> L., 7 juill. 2011, n° 2011-814, *relative à la bioéthique*.

<sup>180</sup> L., 26 janv. 2016, n° 2016-41, *de modernisation de notre système de santé*.

<sup>181</sup> J.-R. BINET, « Refus des prélèvements d'organes post mortem : comment l'exprimer ? », *JCP N*, 28 oct. 2016, n° 43-44, p. 1307.

<sup>182</sup> A. MIRKOVIC, « L'apport au droit de la biomédecine de la loi Santé du 26 janvier 2016 », *Dr. Fam.*, oct. 2016, n° 10, dossier 38.

<sup>183</sup> J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA*, 14 déc. 1994, n° 149.

<sup>184</sup> J.-R. BINET, « Le prélèvement d'organes post mortem en droit français : un équilibre incertain », *Dr. Fam.*, 10 oct. 2014, n° 10, dossier 15.

<sup>185</sup> C. pén., art. 511-2 : « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende [...] » ; C. pén., art. 511-4 : « Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende [...] ».

<sup>186</sup> J.-H. PARK, E.-S. JI, « Rapport imaginaire du donneur et du receveur dans le don d'organes post mortem », *Sociétés*, 2018, vol. 139, n° 1, p. 125.

## B. Les conditions matérielles du prélèvement *post-mortem*

Le prélèvement *post-mortem* suppose évidemment que le donneur soit décédé. Le législateur a préféré confier la tâche de fixer les critères de la mort à des décrets d'application. Désormais, le CSP distingue deux types de donneurs : ceux à « cœur battant » et ceux à « cœur arrêté »<sup>187</sup>.

Les premiers sont ceux en état de mort encéphalique, c'est-à-dire ceux dont le cerveau a subi une nécrose du fait de l'arrêt de la circulation sanguine, bien que l'activité cardiaque n'ait pas été interrompue. La plupart des dons proviennent de ces patients, qui peuvent alors voir leur cœur, leurs poumons, leur foie, leur rein, leur pancréas et leur intestin et certains tissus prélevés<sup>188</sup>, à condition toutefois qu'ils soient assistés par ventilation mécanique et conservent une fonction hémodynamique<sup>189</sup>. Par ailleurs, on remarquera que ces personnes en état de mort cérébrale sont, depuis 2004, les seuls défunts susceptibles de faire l'objet de recherches biomédicales, à condition toutefois qu'ils y aient consenti directement ou via le témoignage de leur famille<sup>190</sup>.

Les seconds sont ceux faisant l'objet d'un arrêt cardiaque et respiratoire persistant. Dans ces hypothèses de décès les plus fréquentes, des arrêts successifs n'ont fait qu'élargir la liste des organes pouvant tout de même être prélevés. Ainsi, au foie et au rein en 2005<sup>191</sup> ont été ajoutés le poumon en 2014<sup>192</sup> et le pancréas en 2018<sup>193</sup>. Les personnes décédées à la suite d'un arrêt cardiaque contrôlé, c'est-à-dire un arrêt des soins, peuvent, elles aussi, être la source de prélèvements depuis la loi Léonetti du 22 avril 2005<sup>194</sup>, mais ces derniers sont soumis à des conditions différentes qui ne feront pas l'objet de développement dans le cadre de ce mémoire.

Plusieurs organes peuvent être prélevés à la fois, bien que cela rende beaucoup plus compliquée la restauration décente du corps du défunt par les médecins<sup>195</sup>, exigée par l'article L. 1232-5 du CSP<sup>196</sup>. Par ailleurs, le prélèvement d'organes aux fins thérapeutiques est soumis à des règles sanitaires strictes<sup>197</sup> (que nous ne détaillerons pas), afin d'assurer surtout la sécurité des receveurs.

L'aspect le plus délicat du régime des prélèvements *post-mortem* réside dans le consentement de l'intéressé, ce dernier n'étant plus en mesure de s'exprimer au moment où ils sont réalisés.

---

<sup>187</sup> J. COELHO, « Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques », *AJ Fam.*, 2007, p. 308.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> CSP, art. R. 1232-2.

<sup>190</sup> CSP, art. L. 1121-14.

<sup>191</sup> A., 2 août 2005, *fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>192</sup> A., 1<sup>er</sup> août 2014, *modifiant l'arrêté du 2 août 2005 fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé*.

<sup>193</sup> A., 13 avr. 2018, *modifiant l'arrêté du 2 août 2005 modifié fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé*.

<sup>194</sup> L., 22 avr. 2005, n° 2005-370, *relative aux droits des malades et à la fin de vie*.

<sup>195</sup> J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », préc.

<sup>196</sup> CSP, art. L. 1232-5 : « Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou à une autopsie médicale sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps. »

<sup>197</sup> CSP, art. L. 1211-6, al. 2 : « Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques [...] sont soumis aux règles de sécurité sanitaire en vigueur, concernant notamment les tests de dépistage des maladies transmissibles ».

## II. Le consentement aux prélèvements d'éléments du corps humain *post-mortem*

Alors même que le principe dans le domaine médical est celui d'un consentement exprès, le droit déroge à cette exigence afin de favoriser les dons. Le consentement sera donc présumé (A), à moins que le défunt ait pris la peine d'exprimer de son vivant son refus (B).

### A. Le principe exorbitant du consentement présumé

Depuis la loi Caillavet<sup>198</sup>, le législateur français a choisi d'abandonner l'exigence d'un consentement explicite prévue pour la cornée pour instaurer une présomption de consentement au prélèvement *post-mortem* d'éléments du corps humain, ne concernant toutefois que les majeurs capables. Ainsi, à moins que le défunt ait exprimé son opposition à une telle pratique de son vivant<sup>199</sup>, ses organes et ses tissus pourront être prélevés à des fins thérapeutiques. « On a l'étrange impression de retrouver l'adage qui ne dit mot consent. »<sup>200</sup>

Pourtant, dans le domaine médical, la tendance actuelle est au renforcement de l'exigence d'un consentement libre et éclairé, assuré par une information extensive, indispensable pour légitimer une atteinte au corps humain. À ce titre, l'article 16-3 du code civil admet qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique du corps humain dans l'intérêt d'autrui, mais seulement à condition que la personne y ait consenti préalablement. Comment justifier cette présomption, dérogeant, dans une certaine mesure, à l'inviolabilité du corps humain ? Il semblerait que les raisons soient essentiellement pratiques. En effet, la France connaît depuis toujours une pénurie de greffons, susceptible d'être à l'origine d'un trafic d'organes<sup>201</sup>. Les besoins médicaux sont tels que l'article L. 1231 A du CSP fait du prélèvement et de la greffe d'organes une « priorité nationale ». Or, il est rare que la personne prévoie de son vivant que ses organes et tissus pourront être prélevés au moment de sa mort. L'exigence d'un consentement exprès aurait sans doute empêché la réalisation de nombreux prélèvements. Ainsi, sans aller jusqu'à s'affranchir totalement de la nécessité d'un consentement, indispensable pour assurer une légitimité minimale, le législateur atténue sa force en se contentant d'une présomption, favorisant indéniablement les possibilités de don<sup>202</sup>. Finalement, l'intérêt du receveur, élevé au rang de l'intérêt général, doit prévaloir sur celui du donneur, qui n'est plus<sup>203</sup>.

Toutefois, deux catégories de personnes, méritant une protection accrue en raison de leur plus grande faiblesse, ne sont pas soumises à cette présomption de consentement : les mineurs et certains

---

<sup>198</sup> L., 22 déc. 1976, préc.

<sup>199</sup> CSP, art. L. 1232-1, al. 3 : « Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment. »

<sup>200</sup> A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Que votre oui soit oui : plaider pour un registre des acceptations de prélèvement d'organes », *RSDD*, 2000, p. 339.

<sup>201</sup> CCNE, *Avis sur les questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, 7 avr. 2011, n° 115, p. 7.

<sup>202</sup> P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis"... », *Droit et société*, 2005, vol. 61, n° 3, p. 824.

<sup>203</sup> *Ibid*, p. 827.

majeurs incapables. S'agissant des mineurs, la loi requiert le consentement écrit des deux titulaires de l'autorité parentale, qui sont généralement ses parents<sup>204</sup>. Rien ne semble faire allusion au consentement du mineur lui-même. Pourtant, il lui est possible, à compter de ses 13 ans, de s'inscrire sur un registre national contenant tous les refus aux prélèvements d'organes<sup>205</sup>. Dans ce cas, la doctrine considère que le prélèvement sera subordonné, non seulement à l'existence des consentements des titulaires de l'autorité parentale, mais aussi à l'absence d'opposition du mineur d'au moins 13 ans<sup>206</sup>. S'agissant des majeurs incapables, seuls ceux sous tutelle sont soumis à un régime dérogatoire pour les prélèvements *post-mortem* (alors même que tous les majeurs incapables sont soumis à un régime identique pour les prélèvements de leur vivant). Le consentement du tuteur sera requis. Toutefois, il semblerait que l'article R. 1232-6, à défaut de distinguer expressément les personnes majeures, admette que le majeur sous tutelle puisse lui aussi s'inscrire sur le registre, sous réserve qu'il soit en mesure d'exprimer sa volonté<sup>207</sup>. Ainsi, les mêmes vérifications que celles prévues pour l'enfant de 13 ans devront être faites.

## B. Les modalités d'expression du refus

Dès lors que la présomption joue, comment l'écarter ? Depuis la réforme opérée en 2016<sup>208</sup>, portant principalement sur les modalités d'expression du refus de prélèvement<sup>209</sup>, l'alinéa 3 de l'article L. 1232-1 du CSP prévoit la possibilité de « fai[re] connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet ».

Ainsi, le législateur, en remplaçant l'adverbe « notamment » par celui « principalement », incite ceux qui ne veulent pas devenir donneurs après leur mort à s'inscrire sur un registre, organisé par un décret du 30 mai 1997<sup>210</sup>. Les propositions répétées de simplification de l'inscription via le recours à d'autres documents tels que la carte vitale et le dossier médical ont toujours été rejetées<sup>211</sup>. Le registre devra impérativement être consulté par le médecin avant de procéder à tout prélèvement<sup>212</sup>. L'inscription, qui peut toujours être révoquée, a donc pour avantage majeur de rendre l'opposition claire et accessible. Rien ne pourra aller à l'encontre de la volonté de préserver l'intégrité de son corps après sa mort. Le refus, qui est toujours révocable, peut porter sur toutes

---

<sup>204</sup> CSP, art. L. 1232-2, al. 1<sup>er</sup> : « Si la personne décédée était un mineur, 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 chacune des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit. »

<sup>205</sup> CSP, art. R. 1232-6, al. 1<sup>er</sup> : « Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès [...] ».

<sup>206</sup> C. BERNARD-XEMARD, « Prélèvements d'organes post mortem et incapacité juridique », *Dr. Fam.*, juill. 2012, n°7-8, étude 14.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> L., 26 janv. 2016, préc.

<sup>209</sup> A. MIRKOVIC, « L'apport au droit de la biomédecine de la loi Santé du 26 janvier 2016 », préc.

<sup>210</sup> D., 30 mai 1997, n° 97-704, *relatif au registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes, de tissus et de cellules et modifiant le code de la santé publique.*

<sup>211</sup> J.-R. BINET, « Le prélèvement d'organes post mortem en droit français : un équilibre incertain », préc.

<sup>212</sup> CSP, art. R. 1232-10 : « [...] aucun prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques [...] ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de treize ans sans interrogation obligatoire et préalable du registre sur l'existence éventuelle d'un refus de prélèvement formulé par la personne décédée ».

les finalités envisageables ou seulement certaines d'entre elles<sup>213</sup>. Au vu du formulaire d'inscription sur le registre, il semblerait que l'opposition puisse même viser des organes précis<sup>214</sup>.

Cette incitation à l'inscription sur le registre n'empêche pas pour autant les intéressés d'exprimer leur refus, non plus par tout moyen comme le prévoyait le décret du 31 mars 1978<sup>215</sup>, mais selon les modalités prévues par l'article R. 1232-4-4, qui sont au nombre de deux : l'écrit remis à un proche et la manifestation orale auprès d'un proche. Il est toutefois évident que, dans ces hypothèses, il y a davantage de risques que la volonté du défunt ne soit pas entendue. En effet, elles supposent de passer par l'intermédiaire des proches (catégorie plus large que celle autrefois retenue de la famille, intégrant notamment le partenaire et le concubin), qui ne sont plus obligatoirement consultés afin de rechercher la volonté de la personne décédée<sup>216</sup> mais seulement informés des prélèvements envisagés<sup>217</sup>. Il revient donc à eux de prendre l'initiative de témoigner de l'opposition *ante-mortem* du défunt. Or, le depositaire peut faillir à remplir son rôle, que ce soit involontairement (il ne faisait pas partie des personnes qui ont été prévenues, la catégorie des proches restant assez floue<sup>218</sup>), ou volontairement (il a fait prévaloir sa volonté sur celle du défunt dès lors qu'elles étaient divergentes). Ainsi, le consentement des proches, bien qu'il ne devrait théoriquement jouer plus aucun rôle, revêt en pratique une importance considérable.

Réciproquement, il est aisé d'imaginer une mère qui, face à la mort subite de son enfant, en pleine période de deuil, refuse, prétendument au nom de ce dernier, que l'intégrité de son cadavre soit atteinte alors même qu'il y était favorable de son vivant. Alors que l'opposition expresse est protégée, le consentement exprès ne l'est pas. Outre le recours au port d'une carte de donneur, la création d'un registre d'acceptations s'ajoutant à celui de refus, de plus en plus sollicitée, pourrait assurer le respect du vœu du défunt de donner ses organes lorsque ses proches y sont réfractaires. Cette voie n'a pour l'instant pas encore séduit le législateur, qui y voit une source d'affaiblissement de la présomption de consentement<sup>219</sup> et un système peu utile au regard du faible nombre d'inscriptions dans les pays qui l'ont adopté<sup>220</sup>.

---

<sup>213</sup> CSP, art. R. 1232-6.

<sup>214</sup> S. PORCHY-SIMON, « Prélèvements d'organes et de tissus », préc.

<sup>215</sup> D., 31 mars 1978, n° 78-501, *pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes*.

<sup>216</sup> CSP, art. L. 1232-1, al. 3, anc. : « 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 tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés. »

<sup>217</sup> CSP, art. L. 1232-1, al. 2 : « Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine. »

<sup>218</sup> J.-R. BINET, « Refus des prélèvements d'organes post mortem : comment l'exprimer ? », préc.

<sup>219</sup> A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Que votre oui soit oui : plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvement d'organes », préc.

<sup>220</sup> P. PETITGAS, « Un registre national du don d'organes *post-mortem* », *Humanisme*, 2009, vol. 286, n° 3, p. 59.

Actuellement, la politique mise en œuvre par le législateur aux fins de réduire le nombre de refus injustifiés (qui sont déjà en diminution<sup>221</sup>) se limite à une meilleure information du public sur la législation en vigueur. En effet, l'avis du Comité consultatif national d'éthique du 7 avril 2011<sup>222</sup> a révélé que le taux anormalement élevé des refus était surtout dû à l'ignorance par les Français du régime des prélèvements *post-mortem*. Le sentiment de voir son consentement extorqué au nom d'une solidarité sociale forcée et d'un utilitarisme dissimulé incite à la désapprobation<sup>223</sup>. Pour que la présomption puisse être véritablement réfragable, des campagnes d'information sont réalisées. Si elles informent sur la possibilité de refus, elles se prononcent clairement en faveur du don.

Non seulement la dépouille mortelle peut être exploitée pour venir au secours d'une personne souffrante, mais elle peut aussi être étudiée pour faire progresser la science à une plus large échelle.

## ***Section 2 : La poursuite de fins scientifiques***

Afin d'améliorer nos connaissances sur le fonctionnement du corps humain et, notamment, la manière dont il répond aux bactéries et virus, des prélèvements de toutes sortes pourront être effectués sur le cadavre (I). Le désir de participer aux avancées de la médecine est tel chez certaines personnes qu'elles iront jusqu'à totalement abandonner leur corps à la science (II).

### **I. Les prélèvements effectués dans un but scientifique**

Deux types de prélèvements scientifiques peuvent être réalisés sur un cadavre : ceux aux fins de connaître la cause de décès (A) et ceux aux fins d'expérimentation (B).

#### **A. Les prélèvements aux fins de connaître la cause du décès**

Les autopsies médicales se distinguent des autopsies judiciaires par le fait qu'elles sont « pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès »<sup>224</sup>. Ainsi, pour connaître les raisons du décès, certains prélèvements pourront être réalisés sur le cadavre, notamment à la demande du préfet « lorsque le décès paraît résulter d'une maladie suspecte »<sup>225</sup>. Mais cette pratique « est en voie de disparition en France chez l'adulte et l'enfant »<sup>226</sup> depuis plusieurs années, non seulement à cause des refus, mais aussi en raison de son coût élevé et du manque d'équipement et de personnel<sup>227</sup>. Pourtant, le juge considère que le directeur d'un centre

---

<sup>221</sup> AN, Communication, « Mission « flash » relative aux conditions de prélèvement d'organes et du refus de tels prélèvements », 20 déc. 2017, p. 13 : « [...] le taux de refus, qui était de 32 % en 2015 et 33 % en 2016, est tombé à 29,6 % en 2017 ».

<sup>222</sup> CCNE, *Avis sur les questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, préc.

<sup>223</sup> J.-R. BINET, « Le prélèvement d'organes post mortem en droit français : un équilibre incertain », préc.

<sup>224</sup> CSP, art. L. 1211-2, al. 3.

<sup>225</sup> CGCT, art. R. 2213-19.

<sup>226</sup> Acad. Natle Méd., *Les autopsies médico-scientifiques sont indispensables au progrès médical*, 7 avr. 2015.

<sup>227</sup> *Ibid.*

hospitalier ne peut pas invoquer l'absence d'un service spécialisé et d'une équipe formée dans ce domaine pour faire finalement obstacle à une autopsie qui avait été initialement demandée par un médecin<sup>228</sup>, ce qui risque de soulever des doutes quant à la qualité de cette expertise<sup>229</sup>.

Avant 2004<sup>230</sup>, l'encadrement relatif au consentement restait incertain. Dans un premier temps, à défaut de toute disposition spéciale, le Conseil d'État avait considéré que le consentement des parents pour procéder à l'autopsie d'un enfant mineur n'était pas requis<sup>231</sup>. Par la suite, la première loi bioéthique<sup>232</sup> a exigé un consentement exprès dans tous les cas. Désormais, l'alinéa 3 de l'article L. 1211-2 du CSP renvoie au « chapitre II du titre III du [...] livre [II de la première partie] », c'est-à-dire aux dispositions relatives aux prélèvements d'organes *post-mortem*. Ainsi, la présomption de consentement a également vocation à jouer en matière d'autopsie médicale et la volonté des proches ne doit pas être prise en compte. Dans ce sens, le Conseil d'État a jugé que si le médecin estimait qu'il n'était pas utile de procéder à une telle expertise bien que la cause du décès soit inconnue, l'époux de la défunte n'était pas en mesure de l'exiger<sup>233</sup>.

Néanmoins, quelques dérogations spéciales ont été prévues en la matière. En effet, le refus exprimé par le défunt de son vivant de voir son cadavre soumis à de telles pratiques pourra être surmonté « en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort »<sup>234</sup>. Les maladies et les situations justifiant de passer outre la nécessité d'un consentement, même implicite, seront listées par un arrêté ministériel, qui n'a toujours pas été publié à ce jour. C'est donc pour les besoins de l'ordre public, cette fois-ci sanitaire, que l'on retrouvera le régime de l'autopsie médico-légale.

L'exigence de restauration tégumentaire du cadavre s'applique également à l'autopsie médicale<sup>235</sup>, toujours dans le souci d'assurer le respect et la dignité du cadavre.

## B. Les prélèvements aux fins d'expérimentation

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 1232-1 du CSP admet que des prélèvements soient réalisés sur un cadavre, non seulement à des fins thérapeutiques, mais également à des fins de recherche scientifique, distincts de ceux à des fins de recherche de la cause de la mort. La délimitation entre l'autopsie médicale et le prélèvement scientifique a toutefois été progressivement floutée, en raison des difficultés pratiques que posait l'existence de différents régimes aux médecins (généralement, la recherche de la cause de mort contribuait aussi aux progrès scientifiques)<sup>236</sup>.

---

<sup>228</sup> CE, 31 mars 2017, n° 393155.

<sup>229</sup> C. PAILLARD, « Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2016 à mars 2017 », *JCP A*, 31 juill. 2017, n° 30-34, pp. 7-8.

<sup>230</sup> L., 6 août 2004, préc.

<sup>231</sup> CE, 17 févr. 1988, n° 65436, Camara.

<sup>232</sup> L., 29 juill. 1994, préc.

<sup>233</sup> CE, 31 mars 2017, préc.

<sup>234</sup> CSP, art. L. 1211-2, al. 3.

<sup>235</sup> CSP, art. L. 1232-5.

<sup>236</sup> C. MANAOUIL, « La nouvelle législation concernant les prélèvements d'organes à visée thérapeutique et à visée scientifique », *LPA*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 43.

En 1994, la loi exigeait en matière de prélèvements scientifiques le consentement exprimé directement par le défunt ou via un témoignage de la famille<sup>237</sup>, ce qui faisait obstacle à de nombreux dons. Depuis 2004, la présomption de consentement, ainsi que tout le régime qui l'entoure (notamment la nécessité d'information des proches), a été également étendue à cette pratique<sup>238</sup>. Il faut préciser qu'il est possible de limiter son refus aux seuls prélèvements à des fins scientifiques (comme il est d'ailleurs admis de le faire s'agissant de l'autopsie médicale) ou de l'étendre aux trois pratiques.

Quelques précautions supplémentaires ont toutefois été prises en la matière. Ainsi, à la nécessité de prévenir l'Agence de biomédecine de tous les prélèvements<sup>239</sup>, s'ajoute l'exigence de la rédaction d'un protocole qui devra préciser le « programme de recherche ainsi que la nature et le nombre des prélèvements envisagés »<sup>240</sup>, transmis au préalable à cette même agence<sup>241</sup> pour qu'elle le valide, sous peine de sanction pénale<sup>242</sup>. Le ministre de la Recherche pourra suspendre ou totalement interdire le protocole lorsque le prélèvement n'est plus nécessaire ou même pertinent<sup>243</sup>. Si l'autorisation est maintenue, l'établissement devra pouvoir être capable de justifier de tous les prélèvements effectués<sup>244</sup>, assurant ainsi un contrôle accru et continu des pratiques. À l'issue de la période de prélèvement, le corps devra faire l'objet de la restauration tégumentaire habituelle<sup>245</sup>.

Aux yeux de certains, ces autopsies et prélèvements ne suffisent pas à faire réellement progresser la médecine. Une autre possibilité s'offre alors à eux : celle de léguer leur corps à la science.

## II. Le don du corps à la science

S'agissant du don du corps à la science (bien que le terme de legs soit plus adapté, étant donné que cette pratique s'apparente davantage à un acte de disposition de biens futurs), l'encadrement général a été renouvelé à l'occasion de la dernière loi bioéthique (A) et les conséquences ont enfin été précisées par un décret de 2022 (B).

### A. Le renouvellement de l'encadrement général d'accès au don du corps

Avant même l'adoption de toute législation, une pratique consistant à utiliser les cadavres à des fins pédagogiques et médicales, dès lors qu'ils n'étaient pas réclamés par leurs proches, s'était développée<sup>246</sup>. Par la suite, la mise à disposition forcée du corps à la science a laissé place à une

---

<sup>237</sup> CSP, art. L. 1232-3, anc.

<sup>238</sup> M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Recherche(s) & cadavre(s) », préc., pp. 295-296.

<sup>239</sup> CSP, art. L. 1232-1, al. 4.

<sup>240</sup> CSP, art. R. 1232-15, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>241</sup> CSP, art. L. 1232-3.

<sup>242</sup> C. pén., art. 511-5-1 : « Le fait de procéder à des prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu à l'article L. 1232-3 du code de la santé publique est puni [...] ».

<sup>243</sup> CSP, art. R. 1232-21, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>244</sup> CSP, art. R. 1232-20.

<sup>245</sup> CSP, art. L. 1232-5.

<sup>246</sup> L. CARAYON, « "Prenez, ceci est mon cadavre". Sur une réforme attendue du don du corps à la recherche et à l'enseignement », *RDSS*, 2021, p. 819.

mise à disposition volontaire par legs, reconnue par la jurisprudence<sup>247</sup>, s'inscrivant dans le cadre de la liberté des funérailles<sup>248</sup>. Bien que les progrès techniques aient permis de créer d'autres méthodes permettant de répondre à ces finalités, notamment celles consistant dans des simulations, le rare don du corps à la science reste irremplaçable et mérite, à ce titre, un encadrement précis. Jusqu'à encore récemment, la législation relative au corps légué se limitait à l'article R. 2213-13 du CGCT qui posait seulement quelques principes : la nécessité du consentement exprès de l'intéressé, la désignation d'un établissement précis pour recueillir le corps, le transport du corps dans un certain délai et la prise en charge des frais d'inhumation et de crémation par l'établissement. Cet encadrement plus que sommaire laissait place à des pratiques variant d'un établissement à l'autre, ne procurant pas le même niveau de protection du cadavre. Ce n'est qu'au lendemain du scandale de l'Université Paris-Descartes, dont l'enquête est encore en cours, que le législateur a pris conscience de la nécessité de légiférer en la matière<sup>249</sup>. À l'occasion de la loi bioéthique de 2021<sup>250</sup>, un titre VI consacré au « don de corps à des fins d'enseignement médical et de recherche », composé d'un article unique a été inséré dans le CSP.

L'alinéa 4 de l'article L. 1261-1 du CSP réaffirme, une énième fois, l'exigence de respect et de dignité des corps confiés aux établissements<sup>251</sup>. On considère que les principes éthiques énoncés au sujet des prélèvements aux fins thérapeutiques et scientifiques, qui sont la gratuité<sup>252</sup>, l'anonymat<sup>253</sup> et le consentement, ont également vocation à s'appliquer au don du corps<sup>254</sup>.

Toutefois, à la différence de ces actes reléguant au second plan la volonté altruiste du défunt via une présomption de consentement, le don du corps à la science remet l'intention libérale sur le devant de la scène. Ainsi, la loi a toujours exigé la rédaction d'un acte écrit, daté et signé<sup>255</sup>, matérialisant formellement la volonté certaine, bien que révocable, du défunt de mettre son cadavre à disposition de la science, en échange de laquelle une carte de donneur est remise<sup>256</sup>. Le premier alinéa du nouvel article L. 1261-1 est venu préciser que seul un majeur ne faisant pas l'objet d'une « mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne » pouvait faire un tel don. Ainsi, le souhait d'aider à la formation des professions médicales et au progrès de la médecine est bien présent chez la personne décédée<sup>257</sup>, et ce de manière totalement personnelle étant donné

---

<sup>247</sup> Cass. civ., 30 mai 1886.

<sup>248</sup> M. DUPONT, « Décès en établissement de santé », *Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier*, 1<sup>er</sup> févr. 2021, Fasc. 40-10.

<sup>249</sup> L. CARAYON, « "Prenez, ceci est mon cadavre". Sur une réforme attendue du don du corps à la recherche et à l'enseignement », préc.

<sup>250</sup> L., 2 août 2021, n° 2021-1017, *relative à la bioéthique*.

<sup>251</sup> CSP, art. L. 1261-1, al. 4 : « Les établissements de santé, de formation ou de recherche s'engagent à apporter respect et dignité aux corps qui leur sont confiés. »

<sup>252</sup> CSP, art. R. 1261-1, V.

<sup>253</sup> CSP, art. R. 1261-4, al. 2 : « Un numéro identifiant est attribué afin de garantir la confidentialité de l'identité du donneur pendant la durée des activités d'enseignement médical et de recherche [...] ».

<sup>254</sup> Groupe de travail, *Le don du corps à des fins d'enseignement médical et de recherche*, juin 2021, pp. 11-12.

<sup>255</sup> CGCT, art. R. 2213-13.

<sup>256</sup> CSP, art. R. 1261-1, III.

<sup>257</sup> J. BERNARD, « Pourquoi donner son corps à la science ? Les donateurs et le récit des motifs », *Ethnologie française*, 2018, vol. 48, n° 2, p. 32.

que la famille et l'éventuel représentant n'ont aucun rôle. Mais, la motivation du défunt est parfois bien différente, notamment lorsqu'il cherche en réalité à échapper aux funérailles et à leur coût<sup>258</sup>.

## B. La clarification des conséquences du don du corps

Le don du corps à la science emporte de lourdes conséquences qui n'ont été précisées et harmonisées au niveau national que très récemment, par un décret en Conseil d'État du 28 avril 2022<sup>259</sup>, qui risque toutefois d'être difficile à mettre en œuvre, en ce qu'il impose aux établissements de respecter les choix des donneurs, aussi différents soient-ils les uns des autres.

Désormais, un document d'information doit être remis à la personne qui souhaite léguer son corps<sup>260</sup>. Quand bien même le défunt consentira alors de manière éclairée, l'autonomie de la volonté ne pourra pas venir à bout du respect du cadavre. Pour l'assurer efficacement, le décret prévoit la possibilité pour le donneur de désigner une personne référente, qui pourra, dans une certaine mesure, superviser l'utilisation de la dépouille<sup>261</sup>. Il exige également la création d'un comité d'éthique, scientifique et pédagogique au sein de chaque établissement, qui émettra des avis<sup>262</sup> sur les programmes et projets envisagés, surtout lorsqu'ils dérogent exceptionnellement à certaines règles<sup>263</sup>.

Dès le transport de la dépouille du lieu de la mort à l'établissement désigné, était soulevée la question du prix du don. Celui-ci s'avérait rarement gratuit pour le donneur, à la charge duquel étaient souvent mis les frais de transport, de dossier et parfois même de crémation ou d'inhumation. Désormais, le décret prévoit qu'« aucune somme d'argent ne peut lui être demandée par l'établissement »<sup>264</sup> et précise que « les frais afférents à l'acheminement du corps sont intégralement pris en charge par l'établissement »<sup>265</sup>, ce qui redonne son attractivité au don.

Une fois le cadavre parvenu à l'établissement, il sera mis à la disposition des étudiants et chercheurs, qui pourront notamment le disséquer<sup>266</sup>. Le nouvel article R. 1261-6 met fin à la pratique de la segmentation, qui ne peut désormais être autorisée qu'à titre exceptionnel, après avis du comité. L'exigence de restauration tégumentaire a été expressément étendue à la matière<sup>267</sup>.

La période durant laquelle le cadavre pouvait être utilisé restait jusqu'ici incertaine. Le rapport d'un groupe de travail datant de juin 2021 exigeait qu'elle soit limitée à deux ans, au motif qu'« il n'est pas éthique, ni par rapport à la volonté du donneur, ni, le cas échéant, par rapport aux familles de garder des corps "par précaution", pour une durée indéterminée, et de constituer ainsi une forme

---

<sup>258</sup> *Ibid*, pp. 37-38.

<sup>259</sup> D., 27 avr. 2022, n° 2022-719, *relatif au don de corps à des fins d'enseignement médical et de recherche*.

<sup>260</sup> CSP, art. R. 1261-1, II.

<sup>261</sup> CSP, art. R. 1261-1, IV.

<sup>262</sup> CSP, art. R. 1261-18.

<sup>263</sup> CSP, art. R. 1261-17.

<sup>264</sup> CSP, art. R. 1261-1, V.

<sup>265</sup> CSP, art. R. 1261-3, al. 2.

<sup>266</sup> M. DUPONT, « Décès en établissement de santé », préc.

<sup>267</sup> CSP, art. R. 1261-6.

de "stock" »<sup>268</sup>. Cette recommandation a été entendue par le législateur qui prévoit désormais que les recherches « doivent être réalisées dans un délai maximal de deux ans suivant l'accueil du corps dans l'établissement »<sup>269</sup>.

Enfin, à l'issue de cette période de recherches, la restitution de la dépouille ou de ces cendres (selon le type d'opération funéraire retenu par l'établissement en fonction de l'activité pratiquée sur le corps et la volonté du défunt<sup>270</sup>), en vue d'octroyer au défunt une sépulture digne de ce nom, faisait l'objet de discussions. Certains auteurs n'y étaient pas favorables<sup>271</sup> et les refus des établissements se faisaient nombreux, rendant alors ce don particulièrement difficile à vivre pour la famille, qui devait continuer à vivre son deuil en l'absence des restes de l'être qui leur était cher<sup>272</sup>. L'espoir d'un essor des restitutions, ravivé par l'adoption de l'article 1261-1 du CSP, a finalement été consacré par le décret qui admet qu'elle puisse être demandée par la personne référente ou, à défaut, la famille, à moins qu'elle ne soit impossible ou que le donneur s'y soit opposé<sup>273</sup>.

Il faut toutefois rappeler que le choix de léguer son corps à la science peut finalement ne pas produire les effets escomptés. En réalité, il n'existe pas de droit au don<sup>274</sup>. Ainsi, la cause de la mort (par exemple une maladie contagieuse<sup>275</sup>) ou le lieu de la mort (notamment s'il se situe à plus de 48 heures de trajet<sup>276</sup>) du défunt, ainsi que l'organisation de l'établissement (qui peut venir à manquer de place), peuvent constituer autant d'obstacles à la réalisation d'un tel acte<sup>277</sup>.

Pour conclure, la dignité du cadavre, en ce qu'elle est opposable, non seulement aux tiers animés de désirs futiles, mais également au défunt qui entendrait disposer de sa dépouille de manière totalement libre, quitte à lui nuire, permet de faire obstacle aux atteintes injustifiées à l'intégrité du cadavre. En revanche, dès lors que l'exploitation de la dépouille s'avère indispensable au quotidien des vivants, et plus précisément à leur sécurité et à leur santé, le rempart de la dignité cédera systématiquement, avec l'idée sous-jacente qu'il n'y a rien de plus digne que de venir en aide à sa communauté. Quant à la volonté du défunt, elle ne saurait alors vraiment pallier la disparition de la protection, en ce qu'elle sera le plus souvent présumée ou parfois même totalement ignorée. En réalité, la tentation du législateur et du juge de faire pencher la balance des intérêts en faveur de la satisfaction des besoins impérieux de notre société, au détriment de la protection du défunt qui n'est plus de ce monde, se fait toujours plus grande. Finalement, les vivants passent avant les morts.

---

<sup>268</sup> Groupe de travail, *Le don du corps à des fins d'enseignement médical et de recherche*, préc., p. 18.

<sup>269</sup> CSP, art. R. 1261-5.

<sup>270</sup> CSP, art. R. 1261-7.

<sup>271</sup> V. not. D. DUTRIEUX, « Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA*, 13 févr. 2015, n° 32, p. 6 : les raisons avancées étaient notamment celle de la nature du don, de l'anonymat de la dépouille et de l'absence de disposition légale la prévoyant.

<sup>272</sup> J. BERNARD, « Adieu au rituel ? Les obsèques et le don du corps à la science », *Ethnologie française*, 2018, vol. 48, n° 2, pp. 345-358.

<sup>273</sup> CSP, art. R. 1261-8.

<sup>274</sup> Groupe de travail, *Le don du corps à des fins d'enseignement médical et de recherche*, préc., p. 13.

<sup>275</sup> M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Recherche(s) & cadavre(s) », préc., p. 293.

<sup>276</sup> CGCT, art. R. 2213-11 : « Sauf dispositions dérogatoires, les opérations de transport de corps avant mise en bière du corps d'une personne décédée sont achevées dans un délai maximum de quarante-huit heures à compter du décès. »

<sup>277</sup> CSP, art. R. 1261-1, III.

## **PARTIE 2 : LA SÉPULTURE DU CADAVRE**

Le cadavre, après avoir largement contribué à l'amélioration de la vie des personnes, a le droit au repos éternel. Ainsi, il devra impérativement se voir attribuer une sépulture. Celle-ci dépendra, en apparence, exclusivement de la volonté exprimée par le défunt avant sa mort (Titre 1) mais, en réalité, en grande partie de l'ordre public, extrêmement présent en la matière (Titre 2).

### **Titre 1 : La sépulture face à la volonté du défunt**

L'expression de la volonté du défunt quant au devenir de sa dépouille mortelle s'inscrit dans le cadre d'un principe de liberté des funérailles (Chapitre 1), et a vocation à produire ses effets après sa mort (Chapitre 2).

#### **Chapitre 1 : Le principe de liberté des funérailles**

La liberté des funérailles a non seulement une force considérable (Section 1), mais également un large domaine d'application (Section 2).

##### ***Section 1 : La force considérable de la liberté des funérailles***

« La liberté des funérailles - c'est-à-dire la liberté d'exprimer ses dernières volontés concernant ses obsèques - est la plus précieuse et la plus grave des libertés, puisque c'est la dernière, celle de déterminer son ultime demeure ici-bas »<sup>278</sup>. Très tôt, le législateur a jugé nécessaire de la consacrer expressément (I) et d'assurer son respect en érigeant sa violation en infraction pénale (II).

##### **I. La consécration d'une liberté d'organiser ses funérailles**

La liberté des funérailles a été consacrée par une des grandes lois de la III<sup>e</sup> République, celle du 15 novembre 1887<sup>279</sup>, et complétée deux ans plus tard par un décret du 27 avril 1889 déterminant les conditions applicables aux différents modes de sépulture<sup>280</sup>. Le premier alinéa de l'article 3 de cette loi dispose 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 sa sépulture ». En ce que cette liberté serait directement liée à celle de pensée, de

---

<sup>278</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », *AJ Fam.*, 2022, p. 68.

<sup>279</sup> L., 15 nov. 1887, *sur la liberté des funérailles*.

<sup>280</sup> H. POPU, « Le respect des dernières volontés », *Défrenois*, 30 nov. 2005, n° 22, p. 1770.

conscience et de religion<sup>281</sup> et au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>282</sup>, elle est protégée par les articles 8 et 9 de la Conv. EDH<sup>283</sup>.

Qu'elle soit considérée comme publique ou bien individuelle, la liberté des funérailles a une valeur particulière. Au-delà d'être d'ordre public<sup>284</sup>, la loi de 1887 est une loi de police, écartant le jeu de la règle de conflit de lois, et ayant par conséquent vocation à s'appliquer à toute personne décédée sur le territoire français. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans un arrêt de 2018<sup>285</sup>, rendu au sujet d'un ressortissant marocain, afin de permettre son incinération, qui aurait été interdite, quel qu'aurait été son choix, si le droit marocain avait eu vocation à s'appliquer<sup>286</sup>. Ainsi, la loi de 1887 consacrant la liberté des funérailles est jugée si importante que son observation est « nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique [du pays] »<sup>287</sup>. De plus, à défaut de réponse claire du Conseil constitutionnel, la plupart des auteurs considèrent que la liberté funéraire a une valeur constitutionnelle<sup>288</sup>. Certains la déduisent du fait qu'elle découle de la liberté de conscience (qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République) et du droit au respect de la vie privée (qui est à valeur constitutionnelle)<sup>289</sup>.

## II. La violation pénalement sanctionnée de la liberté des funérailles

Afin d'assurer le respect de cette liberté des funérailles, le législateur a jugé nécessaire de sanctionner pénalement ses violations. Ainsi, l'article 433-21-1 du code pénal, reprenant en grande partie l'article 5 de la loi de 1887, dispose que « toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance, sera punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». Ce délit est désormais étrangement situé dans la section « Des atteintes à l'état civil des personnes ».

Cette infraction peut être commise par « toute personne », que ce soit la famille du défunt (et notamment le membre chargé de l'organisation des funérailles), le ministre du Culte, ou encore le maire de la commune lorsqu'il accorde une autorisation<sup>290</sup>. Pour qu'elle soit constituée, il faut qu'une décision de justice ou que la volonté du défunt n'ait pas été respectée : il a été incinéré alors qu'il souhaitait être inhumé, son enterrement a été civil alors qu'il souhaitait qu'il ait un caractère religieux, ou encore ses cendres n'ont pas été dispersées comme il l'avait exigé<sup>291</sup>. Mais le

---

<sup>281</sup> V. not. CE, 6 janv. 2006, n° 260307, Martinot : « Cette volonté doit être regardée comme une manifestation de conviction, au sens des stipulations précitées, entrant dans le champ d'application de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] ».

<sup>282</sup> Cour EDH, 10 mars 1981, n° 8741/79, X. c/ RFA.

<sup>283</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA*, 2006, p. 757

<sup>284</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 févr. 1957.

<sup>285</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 sept. 2018, n° 18-20693.

<sup>286</sup> J. HOUSIER, « Retour sur la nature et le domaine de la loi sur la liberté des funérailles », *AJ Fam.*, 2019, p. 167.

<sup>287</sup> Ass. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2022, p. 629.

<sup>288</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>289</sup> R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2012, p. 5.

<sup>290</sup> M. VIENNOIS, « Atteinte à la liberté des funérailles », *JCl. Pénal Code*, 21 janv. 2019, Fasc. 20.

<sup>291</sup> V. not. Cass. crim., 11 sept. 2001, n° 01-82.135.

manquement le plus minime qui soit, portant sur des détails en l'apparence négligeables, peut aussi être de nature à constituer l'infraction, dès lors qu'il donne aux funérailles « un caractère contraire à la volonté du défunt » : « il y a non-respect de celle-ci à ne pas décorer le lieu des funérailles avec des voiles roses à pois verts si c'est cela qu'il souhaitait »<sup>292</sup>. Toutefois, dans un arrêt de 2006<sup>293</sup>, la Chambre criminelle a considéré que cette disposition pénale était étrangère à la question du transfert d'une sépulture à la demande des acquéreurs d'un terrain sur lequel celle-ci se trouvait. À défaut de précision contraire, le délit d'atteinte à la liberté de funérailles est intentionnel<sup>294</sup>. Par conséquent, l'auteur doit avoir eu l'intention coupable de ne pas respecter la décision de justice ou les dernières volontés du défunt. Néanmoins, il existe deux obstacles majeurs à la condamnation : aucune volonté n'a été exprimée ou la volonté qui a été exprimée est contraire à l'ordre public.

## ***Section 2 : Le large champ d'application de la liberté des funérailles***

Les funérailles sont, au sens strict du terme, « les cérémonies solennelles accomplies pour rendre les honneurs à la dépouille de quelqu'un »<sup>295</sup>. Toutefois, le domaine de la loi du 15 novembre 1887 a été étendu bien au-delà de ce seul aspect de l'ultime traitement du cadavre et notamment de son caractère civil ou religieux<sup>296</sup> (I), afin de permettre au défunt de décider des moindres détails (II).

### **I. Le choix du caractère civil ou religieux des funérailles**

La loi du 15 novembre 1887 avait été initialement présentée à la Chambre des députés sous l'intitulé « Loi sur les enterrements civils »<sup>297</sup>. L'unique but de cette loi, par la suite renommée sous le titre plus neutre de « Loi sur la liberté des funérailles »<sup>298</sup>, était alors de lutter contre l'influence de l'Église. Son article 2 disposait qu'« il ne pourra[it] jamais être établi, même par voie d'arrêté, des prescriptions particulières applicables aux funérailles, en raison de leur caractère civil ou religieux ». Il s'agissait donc d'assurer la possibilité d'organiser librement des cérémonies civiles, dès lors que celles-ci répondaient aux souhaits du défunt, qui pouvaient les préférer aux rites catholiques habituels. Par ailleurs, le caractère confessionnel du cimetière public avait déjà été supprimé par les lois du 14 novembre 1881 et du 5 avril 1884, sans pour autant interdire le maintien des cimetières confessionnels privés<sup>299</sup> (qui aujourd'hui ne peuvent plus être créés ni développés davantage<sup>300</sup>). En 1904<sup>301</sup>, le législateur est allé encore plus loin en transférant aux

---

<sup>292</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, Précis, 2018, p. 566.

<sup>293</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 05-11.327.

<sup>294</sup> C. pén., art. 121-3.

<sup>295</sup> Larousse.

<sup>296</sup> H. POPU, « Le respect des dernières volontés », préc.

<sup>297</sup> C. LACROIX, « Sépulture », *Rép. pén. Dalloz*, mai 2019.

<sup>298</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », *AJDA*, 2008, p. 1310.

<sup>299</sup> D. DUTRIEUX, « L'inhumation en terrain privé », *JCP N*, 8 déc. 2006, n° 49.

<sup>300</sup> L., 14 nov. 1881, *sur la neutralité des cimetières* ; CE, 17 juin 1938, Dame veuve Rode.

<sup>301</sup> L., 28 déc. 1904, *portant abrogation des lois conférant aux fabriques des églises et aux consistoires le monopole des inhumations*.

communes le service des pompes funèbres, autrefois confié exclusivement aux églises<sup>302</sup>. Ce monopole communal a toutefois été aboli depuis<sup>303</sup>. Ces lois s'inscrivaient alors dans « un large mouvement anticlérical »<sup>304</sup> de laïcisation des funérailles.

Cette hostilité initiale à l'égard de l'Église catholique a laissé par la suite place au besoin de répondre aux revendications visant à permettre à toute religion de s'exprimer à travers les rites funéraires. Aux yeux de nombreuses personnes, la mort, au regard de sa dimension spirituelle, doit nécessairement être accompagnée par la religion. Aujourd'hui, bien que le nombre de personnes pratiquantes ait considérablement réduit, une majorité des Français souhaitent toujours des funérailles religieuses<sup>305</sup>. Sauf risque de trouble à l'ordre public, les pouvoirs de police du maire ne lui permettent pas de s'opposer aux manifestations d'attachement à une religion, en ce qu'il ne peut traiter différemment les personnes décédées à raison de leurs croyances<sup>306</sup>. Selon l'article L. 2213-11 du CGCT, « il est procédé aux cérémonies conformément aux coutumes et suivant les différents cultes ; il est libre aux familles d'en régler la dépense selon leurs moyens et facultés ». De surcroît, la neutralité des cimetières publics n'a jamais empêché d'apposer un signe religieux sur la dernière demeure de la dépouille mortelle<sup>307</sup>, admettant ainsi que le religieux pénètre le droit des sépultures<sup>308</sup>. Mais plus récemment, « l'espace cemeteral a changé, il est devenu une place neutre, laïque, respectueuse de toutes les confessions »<sup>309</sup>. Face à l'impossibilité de trouver une place dans les rares cimetières confessionnels, la pratique des carrés confessionnels dans les cimetières publics, regroupant les dépouilles mortelles de défunts qui étaient d'une même religion, s'est développée *contra legem*<sup>310</sup>. Pourtant, elle est tolérée, et même encouragée par les pouvoirs publics<sup>311</sup>, en ce qu'elle assure un certain équilibre entre la neutralité des cimetières publics et la liberté de conscience<sup>312</sup>. Cette contradiction du droit avec les faits crée toutefois un certain malaise chez les élus, qui réclament un alignement législatif<sup>313</sup>.

---

<sup>302</sup> D. impérial, 23 prairial an XII.

<sup>303</sup> L., 8 janv. 1993, n° 93-23, *modifiant le titre VI du livre III du code des communes et relative à la législation dans le domaine funéraire*.

<sup>304</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>305</sup> CSNAF-CREDOC, 5<sup>ème</sup> baromètre, 2019.

<sup>306</sup> CGCT, art. L. 2213-9 : « Sont soumis au pouvoir de police du maire le mode de transport des personnes décédées, le maintien de l'ordre et de la décence dans les cimetières, les inhumations et les exhumations, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt ou des circonstances qui ont accompagné sa mort. »

<sup>307</sup> L., 9 déc. 1905, *concernant la séparation des Églises et de l'État*, art. 28 : « Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions. » ; CGCT, art. L. 2223-12 : « Tout particulier peut, sans autorisation, faire placer sur la fosse d'un parent ou d'un ami une pierre sépulcrale ou autre signe indicatif de sépulture. »

<sup>308</sup> A.-F. ZATTARA-GROS, « Les clauses testamentaires "religion compatible" », *LPA*, 31 mars 2017, n° 65.

<sup>309</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>310</sup> CGCT, art. L. 2213-9, préc.

<sup>311</sup> Circ., 14 févr. 1991, n° 91-30 ; Circ., 19 févr. 2008, NOR/INT/A/08/00038/C.

<sup>312</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>313</sup> S. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA*, 2007, p. 1968.

Il avait semblé que le mouvement de laïcisation des funérailles était en train de connaître un certain regain d'intérêt, avec l'adoption en première lecture en 2016 d'une proposition de loi visant à permettre, au niveau national, le déroulement de cérémonies laïques et gratuites, dans une salle municipale, animées par un officier d'état civil<sup>314</sup>. Cependant, ce projet a finalement été abandonné.

Si, à l'origine, le texte avait essentiellement pour objectif de limiter l'influence de l'Église catholique sur les cérémonies funéraires, il a servi, dès son adoption, comme fondement du droit de choisir tous les détails relatifs au sort définitif de sa dépouille mortelle.

## II. La possibilité d'organisation complète des funérailles

La liberté des funérailles « porte tout à la fois sur l'organisation de la cérémonie, le choix du cimetière comme du monument, sur ce qu'il adviendra de la dépouille [...], et sur les personnes auprès desquelles on souhaite reposer »<sup>315</sup>.

Sont tout d'abord visés les rites funéraires, qui sont considérés comme incontournables par les psychiatres<sup>316</sup>, en ce qu'ils permettent au défunt de recevoir un dernier hommage et aux proches d'appréhender au mieux leur deuil. Ces rites, essentiellement d'ordre religieux, consistent généralement dans le fait de purifier le cadavre, en le lavant, le parfumant et l'enveloppant dans des tissus particuliers<sup>317</sup>. Toutefois, à l'heure de l'individualisme, on observe une tendance actuelle au remplacement des rites traditionnels par des rites plus personnalisés<sup>318</sup>.

Sont ensuite concernées les modes de funérailles, aspect qui est susceptible de toucher directement à l'intégrité de la dépouille mortelle. L'inhumation, aussi appelée enterrement, a été le mode préféré en Occident pendant plusieurs siècles. Venant du latin *humus*, signifiant la terre, elle est définie comme l'acte de « mettre un mort en terre avec les cérémonies ordinaires »<sup>319</sup>. Mais la crémation, dénomination préférée à celle d'incinération en ce que cette dernière fait aussi référence au processus de destruction de déchets<sup>320</sup>, représente désormais une concurrence non négligeable. Particulièrement populaire en Europe du Nord et au contraire peu mobilisée par les pays méditerranéens<sup>321</sup>, la pratique crématoire, admise implicitement dès la loi de 1887, a connu une progression fulgurante : elle concerne aujourd'hui 40% des décès en France<sup>322</sup> (alors qu'elle n'en concernait que 1% en 1980<sup>323</sup>) et touchera sûrement plus de la moitié de la population sous peu<sup>324</sup>.

---

<sup>314</sup> V. not. A. GAILLIARD, « Funérailles républicaines, inhumation d'un terroriste : les nouvelles figures du sacré laïc », *D.*, 2017, p. 654.

<sup>315</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », *Dr. adm.*, juill. 2006, n° 7, étude 13.

<sup>316</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », *Études sur la mort*, 2006, vol. 129, n° 1, p. 137.

<sup>317</sup> A.-F. ZATTARA-GROS, « Les clauses testamentaires "religion compatible" », préc.

<sup>318</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>319</sup> Larousse.

<sup>320</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », préc., p. 198.

<sup>321</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., p. 134.

<sup>322</sup> Fédération Française de Crémation.

<sup>323</sup> A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », préc.

<sup>324</sup> CSNAF-CREDOC, 5<sup>ème</sup> baromètre, 2019 : 51% des français envisagent une crémation.

Elle pourra être choisie pour des raisons écologiques ou économiques<sup>325</sup>, la crémation étant *a priori* moins polluante et moins coûteuse. Outre l'effet de mode, le facteur déterminant sera surtout philosophique : souhaiter voir son cadavre « purifié »<sup>326</sup>, ne pas vouloir imposer à sa famille les visites et l'entretien d'une tombe, désirer disparaître le plus rapidement possible et ne plus prendre de place, craindre l'idée d'être enfermé sous terre, etc<sup>327</sup>. La crémation sera néanmoins régulièrement écartée pour des raisons religieuses, le judaïsme, l'islam et la religion orthodoxe l'interdisant<sup>328</sup>. S'agissant du catholicisme, l'interdit n'a été levé qu'en 1963. Toutefois, l'article R. 2213-34 du CGCT précise que ce mode ne pourra être mobilisé que si le maire l'a autorisé, aux vues de l'expression écrite des dernières volontés du défunt ou à défaut, à la demande de toute personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles. Ainsi, juridiquement, l'inhumation reste le principe et la crémation l'exception.

Est enfin dans le domaine de cette liberté le choix du lieu où reposera éternellement la dépouille mortelle. Le défunt peut avoir décidé que son cadavre ou ses cendres seraient déposés à un endroit précis, ou encore que ses cendres soient dispersées. Le lieu funéraire pourra en principe être aménagé et décoré à la guise du défunt. Dans ce sens, l'article L. 2223-13 du CGCT reconnaît au concessionnaire le droit de construire des caveaux et d'élever le monument funéraire de son choix.

Ainsi, tous les aspects du traitement du cadavre peuvent être dictés par la volonté du défunt, qui ne saurait s'évanouir à son décès.

## **Chapitre 2 : La persistance de la volonté du défunt après la mort**

La mort ne vide pas la volonté du défunt exprimée de son vivant de tout effet. Bien au contraire, la volonté survit à la personne. S'il est aisé de respecter la dernière volonté du défunt lorsqu'elle est expresse (Section 1), cela s'avère plus difficile lorsqu'elle est tacite. Néanmoins, il est de l'office du juge de s'efforcer de la rechercher afin de pouvoir l'honorer (Section 2).

### ***Section 1 : Le respect de la dernière volonté expresse***

Très vite, le juge a choisi de s'affranchir de l'exigence légale d'une volonté exprimée dans des dispositions testamentaires, pour se contenter d'une volonté exprimée d'une quelconque manière (I). Toutefois, dans un souci de sécurité juridique, on observe une tendance actuelle à la mobilisation de mécanismes de prévision (II).

#### **I. L'affranchissement de l'exigence de dispositions testamentaires**

---

<sup>325</sup> B. PY, « Le droit & la pratique crématisiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 186.

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., pp. 133-134.

<sup>328</sup> A.-F. ZATTARA-GROS, « Les clauses testamentaires "religion compatible" », préc.

Avant même que la loi de 1887 ne soit adoptée, la juge considérait que le sort de sa dépouille mortelle ne pouvait être organisé que sous la forme testamentaire<sup>329</sup>. Cette exigence fut reprise par l’alinéa 3 de l’article 3 qui dispose que « [l]a volonté [du défunt] exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu’une disposition testamentaire relative aux biens ». Ce formalisme, qui avait aussi vocation à s’appliquer aux modifications des prévisions, constituait la manière la plus sûre de respecter la volonté réelle du défunt<sup>330</sup>, empêchant tout détournement de celle-ci par ses proches<sup>331</sup>, le testament étant un acte éminemment personnel, excluant toute intervention d’une personne extérieure. Toutefois, les inconvénients du formalisme s’étaient fait ressentir dès l’origine. Dans un nombre de cas significatif, le défunt ne prenait pas la peine de réaliser un tel acte et sa volonté exprimée dans d’autres formes était vouée à l’oubli en cas de désaccord familial. De plus, la sécurité n’était qu’apparente au regard du risque bien réel que le notaire n’ait pas pris connaissance des dispositions testamentaires à temps<sup>332</sup>. Dans le meilleur des cas, les choix effectués étaient difficilement remis en cause. Mais dans le pire des cas, ces choix étaient irréversibles : telle est la situation lorsque le cadavre a été incinéré au lieu d’être inhumé, comme le défunt le souhaitait.

Très rapidement, la jurisprudence s’est affranchie du formalisme pour opter pour le consensualisme<sup>333</sup>. Ainsi, dès 1912, la Chambre des requêtes a estimé 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 l’article 3 de la loi de 1887 »<sup>334</sup>. Une réponse ministérielle de 2009<sup>335</sup> est venue confirmer cette position en admettant que les intéressés expriment leur volonté différemment. Désormais, la jurisprudence considère que la volonté réelle du défunt concernant le sort définitif de son cadavre peut être rapportée par tout mode de preuve. Dans un arrêt du 11 février 2003<sup>336</sup>, la preuve consistait dans une lettre faisant valoir l’adhésion du défunt à une association crémaliste et dans laquelle il demandait que cette dernière soit prévenue à son décès afin que son corps soit incinéré. Outre les écrits, la preuve peut également consister dans un témoignage, rapportant une déclaration faite par le défunt à l’oral. L’expression de la volonté peut donc prendre n’importe quelle forme, tant qu’elle est explicite et non contestée<sup>337</sup>.

Une fois l’exigence du formalisme abandonnée, se sont développés certains mécanismes, autres que le testament, assurant le respect des dernières volontés de manière presque certaine.

## II. Le développement de mécanismes de prévision

---

<sup>329</sup> Cass. civ., 31 mars 1886.

<sup>330</sup> H. POPU, « Le respect des dernières volontés », préc.

<sup>331</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> *Ibid.*

<sup>334</sup> Cass. req., 23 avr. 1912.

<sup>335</sup> Rép. min., 3 nov. 2009, n° 51059.

<sup>336</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 févr. 2003, n° 00-21.546.

<sup>337</sup> A.-F. ZATTARA-GROS, « Principe de liberté des funérailles », *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, 2021, étude 340-70.

Ne pouvant plus défendre lui-même ses choix juste au moment où ceux-ci doivent impérativement être respectés, la meilleure solution qui s'offre au défunt est de s'en remettre à une personne faisant encore partie du monde des vivants<sup>338</sup>. Telle était déjà la suggestion de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi de 1887, en vertu duquel « [tout majeur ou mineur émancipé] peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions ». Ainsi, la personne décédée pourra désigner elle-même, de son vivant, par testament, un ou des tiers en qui il a parfaitement confiance pour remplir la mission de réaliser ses dernières volontés. Il pourra s'agir de son conjoint, son partenaire, son concubin, un membre de sa famille, mais encore un simple ami à qui il peut se fier<sup>339</sup>. Le porteparole du défunt sera le seul chargé d'organiser les obsèques du défunt, excluant l'interférence de ses autres proches. Cela suppose toutefois que celui-ci soit au courant de l'existence d'une telle disposition testamentaire et qu'il en informe les autres<sup>340</sup>, à défaut de quoi un contentieux judiciaire est susceptible de naître, au cours duquel quelqu'un d'autre pourra être jugé plus qualifié pour décider de l'avenir de la dépouille mortelle (v. infra, p. 49).

Aux côtés de la voie testamentaire, existe également une voie contractuelle. Elle peut sembler préférable au défunt, en ce qu'elle évite de faire peser le fardeau d'une organisation rapide de funérailles sur des proches, dont le deuil peut avoir amoindri la fiabilité<sup>341</sup>. Dans cette optique, le recours à un tiers neutre permet de s'assurer qu'aucun facteur sentimental n'influera sur le sort final de la dépouille mortelle. Le non-respect des obligations contractuelles sera susceptible d'engager, non seulement la responsabilité pénale du cocontractant, mais également sa responsabilité contractuelle, gage supplémentaire de voir ses dernières volontés honorées<sup>342</sup>. Ainsi, s'est développé significativement ces dernières années le recours aux « contrats obsèques, appelés également contrats de prévoyance funéraire ou convention obsèques [qui] sont des contrats d'assurance-vie qui permettent de garantir à l'avance le financement des obsèques et, éventuellement, lorsqu'un contrat de prestation funéraire y est associé, leur organisation »<sup>343</sup>. C'est cette dernière forme, qui peut désormais être contractée même par un majeur sous tutelle<sup>344</sup>, qui doit retenir notre attention. Elle permet non seulement au « souscripteur [de] fai[re] le choix de toutes les étapes de ses funérailles et de sa sépulture, et souvent jusque dans les détails »<sup>345</sup> mais aussi de s'assurer par avance de leur financement. Dans le but d'« endiguer la commercialisation des prestations funéraires et [de] respecter l'ordre public »<sup>346</sup>, le législateur a prévu un encadrement

---

<sup>338</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>339</sup> N. COUZIGOU-SUHAS, « La liberté des funérailles », *AJ Fam.*, 2022, p. 70.

<sup>340</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>341</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., p. 135.

<sup>342</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, « Droit des activités funéraires », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, activité(s) juridique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 1, vol. 11, 2014, p. 177.

<sup>343</sup> S. HOCQUET-BERG, « Clarification des règles pour les contrats obsèques ». *Resp. civ. et assur.*, janv. 2005, n° 1, alerte 9.

<sup>344</sup> C. assur., art. L. 132-3 (L., 23 mars 2019, n° 2019-222).

<sup>345</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., p. 135.

<sup>346</sup> I. CORPART, « Sépulture », *JCl. Notarial Formulaire*, 24 juin 2019, Fasc. 10.

strict de ces contrats à l'article L. 2223-34-1 du CGCT<sup>347</sup>. Par ailleurs, afin de régler la difficulté de connaître à temps les dernières volontés, l'article L. 2223-34-2 du CGCT prévoit la mise en place d'un fichier national que les ayants-droits pourront consulter dans un court délai.

Aux côtés de ces hypothèses de volonté expresse qu'il suffira de respecter existent des hypothèses de volonté tacite qu'il faudra rechercher.

## ***Section 2 : La recherche de la dernière volonté tacite***

L'idée effrayante de la mort peut avoir dissuadé le défunt d'aborder ce sujet clairement. On doit également faire remarquer que l'encadrement accru de l'accès aux hôpitaux pendant la Covid-19 a certainement limité la capacité de faire connaître ses dernières volontés à sa famille. À défaut, de volonté explicite du défunt quant au sort de son cadavre, il reviendra au juge de rechercher sa volonté tacite, d'abord par une interprétation du comportement *ante-mortem* du *de cuius* (I), et, le cas échéant, par une désignation de la personne la mieux qualifiée pour connaître ses souhaits (II).

### **I. La tentative d'interprétation de la volonté du défunt par le juge**

Devant le moindre doute relatif au respect des souhaits de la personne décédée, les administrations communales, qui craignent de voir leur responsabilité pénale engagée, demandent systématiquement aux proches de saisir le juge judiciaire, avant de pouvoir accorder toute autorisation<sup>348</sup>. Dans ce sens, une circulaire de 2008 rappelle la compétence exclusive du juge civil en cas de mécontentement<sup>349</sup>. L'article 1061-1 du code de procédure civile dispose que « le tribunal judiciaire [sera] saisi à la requête de la partie la plus diligente ». Étant donné le court délai imposé entre la mort et les funérailles, il devra statuer sous 24 heures.

Le juge doit rechercher la volonté tacite du défunt, qui pourra être établie par voie de présomption<sup>350</sup>, à l'aide de toute sorte d'indices<sup>351</sup>. S'agissant du mode de sépulture, le juge doit être particulièrement vigilant, non seulement parce que la crémation est irréversible, mais

---

<sup>347</sup> CGCT, art. L. 2223-34-1 : « Toute clause d'un contrat prévoyant des prestations d'obsèques à l'avance sans que le contenu détaillé et personnalisé de ces prestations soit défini est réputée non écrite. Tout contrat prévoyant des prestations d'obsèques à l'avance précise les conditions d'affectation des bénéfices techniques et financiers, conformément à l'article L. 132-5 du code des assurances. Il lui est affecté chaque année, lorsqu'il est positif, un montant correspondant à une quote-part du solde créditeur du compte financier, au moins égale à 85 % de ce solde multiplié par le rapport entre les provisions mathématiques relatives à ce contrat et le total des provisions mathématiques, diminuée des intérêts crédités aux provisions mathématiques relatives à ce même contrat au cours de l'exercice. Il fait aussi l'objet d'une information annuelle conformément à l'article L. 132-22 du même code. Un arrêté précise les modalités de calcul et d'affectation de cette quote-part. »

<sup>348</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, 27 oct. 2021, p. 5.

<sup>349</sup> Circ., 19 févr. 2008, préc.

<sup>350</sup> J. JULIEN, « La dernière demeure... », *Dr. Fam.*, sept. 2004, n° 9, étude 21.

<sup>351</sup> CA Grenoble, 20 févr. 1931 : « [...] la volonté d'une personne relative à ses funérailles et à sa sépulture peut s'induire d'indices de toutes sortes dont l'appréciation est abandonnée à la prudence du juge qui devra s'efforcer, soit par témoignages recueillis, soit de toute autre manière, de découvrir quelle a été l'intention du défunt ».

également parce qu'elle est strictement interdite par certaines religions<sup>352</sup>. La confession du défunt doit alors être prise en compte<sup>353</sup>. Quant au lieu de sépulture, il peut être déduit « [du] mode de vie, [des] habitudes et [des] attaches [du défunt] avec un territoire »<sup>354</sup>. Par ailleurs, on peut présumer que la personne qui acquiert une concession, juste après avoir appris que sa mort était proche, souhaitait y reposer<sup>355</sup>. Mais le travail d'interprétation devient particulièrement difficile lorsque les propos et les attitudes de la personne décédée étaient antagonistes. Dans une telle hypothèse, la cour d'appel de Paris avait prononcé, à l'époque où cela était encore possible, le partage des cendres du défunt, dès lors qu'il avait émis le souhait de reposer dans le caveau familial au lieu de son enfance mais aussi celui de demeurer auprès des siens<sup>356</sup>.

Toutefois, en l'absence de tout élément probant, l'interprétation est évidemment vouée à l'échec. Le cas échéant, le juge devra se référer à une des personnes de l'entourage du défunt.

## II. La désignation de la personne la plus qualifiée en cas d'incertitude

Dès lors qu'il s'avère totalement impossible de découvrir la volonté implicite du défunt par l'observation de son comportement *ante-mortem*, le juge doit, en dernier recours, « désigner la personne la mieux qualifiée pour décider de[s] modalités »<sup>357</sup> des funérailles. Elle est censée, non pas faire prévaloir ses propres choix, mais reconstituer le plus fidèlement possible ceux que la personne décédée aurait faits s'il avait été encore en mesure de s'exprimer. Son rôle se limite donc à celui d'un « porte-parole ».

La difficulté réside alors dans le choix de la personne la plus à même à révéler ce que le défunt aurait voulu, difficulté rendue d'autant plus importante par « la complexité croissante des modèles familiaux »<sup>358</sup>, multipliant les occurrences de désaccords sur un sujet aussi sensible. À qui doit-on se fier ? À défaut d'une sorte « d'ordre successoral comme en matière patrimoniale »<sup>359</sup>, le juge apprécie souverainement quelle est la personne à privilégier au regard des circonstances de fait. En pratique, le conjoint survivant (auquel on assimile désormais le partenaire, mais aussi le concubin dès lors que la relation est suffisamment stable<sup>360</sup>) est généralement préféré<sup>361</sup>, compte tenu de la « vie commune et des liens affectifs »<sup>362</sup>. La solution sera certainement différente si par exemple les époux étaient séparés de fait<sup>363</sup>, séparé de corps<sup>364</sup>, ou en instance de divorce<sup>365</sup>. À la place,

---

<sup>352</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>353</sup> CA Pau, 25 janv. 2002.

<sup>354</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 avr. 2016, n° 15-14.296.

<sup>355</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 avr. 1933.

<sup>356</sup> CA Paris, 27 mars 1998.

<sup>357</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 2009, n° 09-66.589.

<sup>358</sup> J. HAUSER, « Bataille autour du feu : le partage des cendres », *RTD Civ.*, 2014, p. 619.

<sup>359</sup> X. LABBÉE, « La dévolution successorale des restes mortels », *AJ Fam.*, 2004, p. 123.

<sup>360</sup> CA Douai, 7 juill. 1998.

<sup>361</sup> A. SAPORITO, « À propos des contestations sur les conditions des funérailles », *AJ Fam.*, 2022, p. 74.

<sup>362</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 févr. 2010, n° 10-11295.

<sup>363</sup> CA Angers, 26 avr. 2019.

<sup>364</sup> CA Dijon, 22 avr. 1986.

<sup>365</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 oct. 1970, n° 69-12.083.

pourront être choisis un enfant<sup>366</sup>, un parent<sup>367</sup>, un frère, une sœur<sup>368</sup>, etc. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce qu'un ami soit désigné s'il était particulièrement proche du défunt<sup>369</sup>. L'intensité et la permanence des liens, en ce qu'elle suppose une connaissance des convictions profondes du *de cuius*, devront donc dicter le choix du magistrat.

Pour autant, on ne peut nier l'influence des désirs des endeuillés sur la décision de justice, dès lors que ceux-ci ne contredisent pas manifestement la volonté présumée du défunt<sup>370</sup>. En réalité, il sera extrêmement difficile pour le juge de différencier les souhaits du *de cuius* de ceux du porte-parole et la bonne foi de la mauvaise foi<sup>371</sup>, qui se laissera finalement tenter par un compromis.

Ainsi, on ne soulignera jamais assez l'intérêt de prévoir à l'avance le sort de son cadavre, que ce soit de manière souple, formelle ou même contractuelle, si l'on ne souhaite pas le voir « errer provisoirement sans rivage »<sup>372</sup>, dans le tourbillon du deuil dicté par les sentiments de l'entourage. Un risque encore plus grand est encouru à défaut de dernières dispositions claires : celui de découvrir, après les funérailles, la volonté contraire du défunt. Dans ce cas, la jurisprudence refuse souvent, au nom de la paix des morts<sup>373</sup>, de rectifier l'erreur commise<sup>374</sup>, la rendant ainsi éternelle.

## **Titre 2 : La sépulture face à l'ordre public**

Le défunt ne saurait toutefois invoquer sa liberté de funérailles pour imposer tous ses désirs. En effet, il ne peut en aucun cas contrevenir à l'ordre public, dont la présence est encore prépondérante dans le droit funéraire. À ce titre, le législateur ne cesse de renforcer l'encadrement relatif à la sépulture (Chapitre 1). Ces restrictions sont telles qu'aux yeux de certains, elles réduisent la portée de la volonté du défunt à néant. L'essor des contestations de la place qu'occupe l'ordre public en matière de traitement du cadavre a fait naître l'espoir d'un assouplissement futur (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Le renforcement de l'encadrement de la sépulture**

À la seconde même où la personne rend son dernier souffle, l'ordre public commence à jouer un rôle majeur. Tout d'abord, la possibilité de recourir à des soins de thanatopraxie<sup>375</sup>, ayant pour but la conservation du cadavre dans un état convenable le temps de la veille, est exclue en présence de

---

<sup>366</sup> CA Poitiers, 16 févr. 2021 (d'autant plus que la fille avait été désignée personne de confiance).

<sup>367</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 avr. 2014, 13-18.951.

<sup>368</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 oct. 1970, préc.

<sup>369</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 2009, n° 09-66.589.

<sup>370</sup> J. JULIEN, « La dernière demeure... », préc.

<sup>371</sup> *Ibid.*

<sup>372</sup> A. SAPORITO, « À propos des contestations sur les conditions des funérailles », préc.

<sup>373</sup> V. not. CA Paris, 10 déc. 2001.

<sup>374</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 avr. 2010, n° 09-65720.

<sup>375</sup> CGCT, art. L. 2223-19-1.

certaines maladies<sup>376</sup> (le VIH et les hépatites B et C n'étant plus concernées depuis 2017<sup>377</sup>). Ensuite, la mise en bière, c'est-à-dire le dépôt de la dépouille dans un cercueil, est exigée dans tous les cas<sup>378</sup>, et fait donc obstacle aux demandes d'enterrement à même le sol ou dans un simple suaire. En outre, cette mise en bière doit être immédiate lorsque le défunt est atteint de certaines pathologies<sup>379</sup>. Ainsi, durant les pires heures de la crise sanitaire due à la Covid-19, un décret avait prévu que toutes les personnes décédées devaient faire l'objet d'une mise en bière immédiate, quitte à empêcher les proches de les voir une dernière fois, alors même que le risque de contamination n'était pas toujours avéré. Le Conseil d'État a toutefois jugé qu'une telle prohibition générale et absolue portait une atteinte manifestement disproportionnée au droit à une vie privée et familiale normale<sup>380</sup>. Aux côtés de ces limitations, qui sont tantôt minimales, tantôt circonstanciées, la liberté de funérailles fait l'objet de restrictions bien plus flagrantes : celles touchant au choix du mode de sépulture (Section 1) et au choix de la dernière demeure (Section 2).

### ***Section 1 : L'exhaustivité des modes de sépulture***

L'expression « mode de sépulture » fait référence à la manière dont la dépouille mortelle est traitée matériellement, dans son aspect charnel, dans le but d'en disposer définitivement. Aujourd'hui, les seuls modes de sépulture admis en France sont l'inhumation et la crémation (I), tout autre mode étant obligatoirement voué à la censure du juge (II).

#### **I. Le diptyque restrictif inhumation-crémation**

En droit positif, il n'existe pas d'autres modes de sépulture que l'inhumation et la crémation. Cette affirmation a été déduite par le juge d'une lecture littérale de l'article R. 2215 du CGCT, qui fait de la mise en bière un préalable commun à toutes les sépultures, tout en ne renvoyant qu'à ces deux seuls procédés<sup>381</sup>. En raison du caractère d'ordre public de la réglementation funéraire, en ce qu'elle entend assurer la protection de la salubrité et de la santé publiques, on considère que les procédés de sépulture permis sont énoncés de manière exhaustive, rendant, par voie de conséquence, tous les autres illicites. Le principe de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme selon lequel tout ce qui n'est pas expressément prohibé est autorisé n'a donc pas vocation à s'appliquer ici<sup>382</sup>.

Ce diptyque inhumation-crémation répond à une finalité précise : celle de disparition à terme de la dépouille mortelle. Alors que le cadavre inhumé fera l'objet d'une putréfaction lente mais inéluctable, le cadavre incinéré sera détruit en seulement quelques heures. Le devenir physique du

---

<sup>376</sup> CGCT, art. R. 2213-2-1.

<sup>377</sup> A., 12 juill. 2017, *fixant les listes des infections transmissibles prescrivant ou portant interdiction de certaines opérations funéraires mentionnées à l'article R. 2213-2-1 du code général des collectivités territoriales*.

<sup>378</sup> CGCT, art. R. 2215.

<sup>379</sup> CGCT, art. R. 2213-2-1.

<sup>380</sup> CE, 22 déc. 2020, n° 439804.

<sup>381</sup> I. CORPART, « Sépulture », préc.

<sup>382</sup> J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *D.*, 2005, p. 1742.

cadavre doit finalement se résumer à des calcins. Ainsi, le droit ne laisse aucune possibilité d'échapper à l'éternelle sentence biblique « Tu es poussière et tu retourneras dans la poussière ».

Somme toute, la liberté de choix du sort définitif de sa dépouille se limite à une option à seulement deux branches : la terre ou le feu<sup>383</sup>. Si la Cour EDH<sup>384</sup> considère que la liberté de choisir sa sépulture est saine et sauve du fait de l'existence d'une dualité de solutions<sup>385</sup>, cet avis n'est pas nécessairement partagé par la doctrine. L'aspect le plus important de la liberté des funérailles ne devrait-il pas être celui lié au traitement de la corporéité de la dépouille ? À quoi bon organiser la cérémonie entourant la disparition de son corps, si l'on ne peut pas vraiment choisir le procédé aboutissant à cette dernière ? « Réduite au dilemme, la liberté en reste-t-elle encore une ? »<sup>386</sup> Le néant remplacera même le dilemme dans certaines circonstances exceptionnelles. Par exemple, en cas de don du corps à la science (qui n'est pas en soi un mode de sépulture contrairement à ce que peuvent écrire certains<sup>387</sup>), l'incinération pourra être imposée après l'utilisation du cadavre (v. supra, p. 39). Par ailleurs, il sera possible de procéder à une crémation administrative<sup>388</sup> à l'occasion du transfert d'une dépouille reposant initialement sous terre (v. infra, p. 58).

Il semblerait toutefois que certains procédés, en grande partie tombés en désuétude, soient tolérés. Il s'agirait tout d'abord des enfeus, qui sont des « des édifices, niches ou tombeaux hors-sols ou intégrés à un mur »<sup>389</sup>, représentant seulement 1,5% des sépultures<sup>390</sup>. La création de ces sépultures, dans le cadre desquelles le cadavre n'est pas à proprement dit enterré, dépendrait de la décision du maire<sup>391</sup>, prise en fonction des coutumes locales, notamment liées à la difficulté de creuser le sol. La solution est encore moins certaine s'agissant de l'immersion en haute mer, qui était surtout pratiquée lorsque des marins mouraient à bord de navires, en l'absence, autrefois, de moyens de conservation de la dépouille. Certains considèrent que celle-ci est toujours exceptionnellement possible<sup>392</sup>, notamment au regard de l'immersion tolérée de l'explorateur Paul-Émile Victor en 1995<sup>393</sup>, d'autres estiment au contraire qu'elle est désormais interdite<sup>394</sup>, à défaut de la mise en bière explicitement requise par l'article R. 2213-23 du CGCT s'agissant des morts en mer<sup>395</sup>.

---

<sup>383</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>384</sup> Cour EDH, 10 mars 1981, préc.

<sup>385</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>386</sup> R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », préc.

<sup>387</sup> V. not. concl. J.-F. MILLET, CA Nantes, 27 juin 2003, *AJDA*, 2003, p. 1872.

<sup>388</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 29.

<sup>389</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, « Droit(s), Mort(s) & Mémoire(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, activité(s) juridique(s)*, préc., p. 45.

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>391</sup> Rép. min., 12 juill. 1996, n° 37899.

<sup>392</sup> V. not. H. POPU, « La destination des cendres funéraires », *Deffrénois*, 15 sept. 2007 ; R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », préc.

<sup>393</sup> P. BERCHON, « Sépulture », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 2016.

<sup>394</sup> V. not. I. CORPART, « Sépulture », préc. ; J.-F. BOUDET, « Opérations funéraires : modes de sépulture et concessions » in *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, nov. 2018.

<sup>395</sup> I. CORPART, « Sépulture », préc.

## II. Les censures systématiques des autres modes de sépulture

Alors même que le juge se trouve en mesure d'écarter le règlement restreignant les modes de sépulture possibles afin d'admettre de nouveaux procédés, au motif que celui-ci n'est pas conforme à la loi consacrant la liberté, étant donné que celle-ci est de valeur supérieure dans la hiérarchie des normes, le juge s'y refuse systématiquement.

Sont par conséquent interdites les pratiques anciennes comme la momification et l'embaumement, dès lors qu'elles n'ont pas pour but de conserver le cadavre quelques semaines avant son inhumation ou son incinération, mais de constituer son traitement définitif<sup>396</sup>. Sont aussi vouées à la censure des pratiques plus novatrices. Outre la plastination (v. supra, p. 19), on peut citer la technique de la « promession », qui consiste en la congélation du cadavre par immersion dans le nitrogène liquide, puis son fractionnement mécanique par vibration pour finalement obtenir une poudre, dont la prohibition a été confirmée par une réponse ministérielle de 2016<sup>397</sup>.

Mais le mode de sépulture illégal qui a fait couler le plus d'encre ces dernières années est la cryogénéisation, aussi appelée cryonie, apparue pour la première fois en 1965 dans les travaux de Robert Ettinger<sup>398</sup>. Il s'agit d'une « technique consistant à conserver à très basse température (inférieure à -190 °C) des cadavres d'humains dans l'espoir que la médecine parviendra ultérieurement à les ressusciter »<sup>399</sup>. En 1994, le Gouvernement avait considéré que ce procédé de « longue conservation des morts », bien que sujet à une curiosité de plus en plus importante, ne devait pas susciter d'inquiétudes, étant implicitement interdit par les textes<sup>400</sup>. Pourtant, à l'occasion de deux affaires, désormais célèbres, le Conseil d'État a dû exprimer clairement sa désapprobation de cette « version modernisée de l'embaumement égyptien »<sup>401</sup>.

Dans un arrêt Leroy, en date du 29 juillet 2002<sup>402</sup>, des enfants, souhaitant conserver auprès d'eux le corps de leur mère, dont ils étaient particulièrement proches, envisageaient de le congeler. Le Conseil d'État a considéré que « le préfet ne [peut] autoriser l'exercice [de la liberté des funérailles] en dehors du cadre législatif et réglementaire existant », or « la conservation du corps d'une personne décédée par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par les dispositions législatives ou réglementaires ».

L'affaire Martinot a, quant à elle, été la source d'un débat d'une plus grande ampleur, en ce qu'elle a donné lieu à un procès acharné sur plusieurs années et que la cryogénéisation, envisagée ici comme le préalable d'une éventuelle résurrection future, avait bien eu lieu. À la demande du Docteur Martinot, convaincu de l'avenir prometteur de la cryopréservation et décédé en 2002, ses enfants ont congelé et déposé son cadavre auprès de sa défunte femme qui avait déjà subi un tel traitement

---

<sup>396</sup> *Ibid.*

<sup>397</sup> Rép. min., 5 juill. 2016, n° 79887.

<sup>398</sup> A.-B. CAIRE, « La cryogénéisation », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2018, vol. 29, n° 3-4, p. 57.

<sup>399</sup> Larousse.

<sup>400</sup> Rép. min., 14 févr. 1994, n° 11071.

<sup>401</sup> H. POPU, « La conservation d'un défunt par cryogénéisation (suite) », *Deffrénois*, 30 mars 2006, p. 500.

<sup>402</sup> CE, 29 juill. 2002, n° 222180, Leroy.

en 1984. Le préfet, qui a cette fois-ci décidé d'intervenir au nom d'un trouble manifestement illicite, a été autorisé à pénétrer dans la demeure familiale pour récupérer les dépouilles mortelles et procéder à leur inhumation<sup>403</sup>. Toutefois, dans un souci d'apaisement<sup>404</sup>, mais aussi de peur de voir la responsabilité de l'État engagée du fait de la rupture de la chaîne du froid en cas de décision favorable aux demandeurs<sup>405</sup>, il a été jugé plus sage d'attendre le terme de la procédure pour stopper la congélation. Finalement, le Conseil d'État, dans son arrêt du 6 janvier 2006<sup>406</sup>, après avoir considéré que « le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics », a réitéré son interdiction de la cryogénéisation. Le non-respect de l'impératif de mise en bière<sup>407</sup> et du délai maximal de conservation avant inhumation ou crémation<sup>408</sup> justifie une telle décision. En réalité, la cryogénéisation, en ce qu'elle vise à la conservation *ad vitam æternam* du cadavre, vient contredire le but même des modes de sépulture, qui est la disparition<sup>409</sup>. Bien que les avocats des demandeurs aient souhaité amener l'affaire devant la Cour EDH<sup>410</sup>, une panne des caissons réfrigérés a forcé les enfants à procéder à l'incinération des dépouilles<sup>411</sup>.

Serait-il possible de contourner la prohibition en enterrant l'appareil de congélation, de la même manière qu'une urne cinéraire peut être enterrée ? Dans l'affaire Martinot, les caissons étaient installés dans la crypte de leur château, conformément aux distances et conditions prévues par la réglementation<sup>412</sup>. La réponse est négative : « les prescriptions de la réglementation funéraire concernant notamment les soins pouvant être effectués sur le corps du défunt et le placement du corps de la personne décédée dans une housse puis un cercueil rendent toute autre modalité de mise en terre illégale »<sup>413</sup>. Ainsi, « un congélateur n'est pas un tombeau »<sup>414</sup>, et ce où qu'il se trouve.

Bien que les censures soient désormais assez prévisibles, il serait souhaitable que le législateur vienne fixer une liste expressément exhaustive des modes de sépulture possibles, ne devant faire l'objet d'aucune exception, aussi minimes soient-elles.

Le cadavre, une fois inhumé ou incinéré, devra être emmené dans un lieu dédié à sa sépulture.

---

<sup>403</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », préc.

<sup>404</sup> I. CORPART, « Feu la cryogénéisation », *D.*, 2006, p. 1875.

<sup>405</sup> H. POPU, « Le respect des dernières volontés », préc.

<sup>406</sup> CE, 6 janv. 2006, n° 260307, Martinot.

<sup>407</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », préc.

<sup>408</sup> R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », préc.

<sup>409</sup> J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », préc.

<sup>410</sup> H. POPU, « La conservation d'un défunt par cryogénéisation (suite) », préc.

<sup>411</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », préc.

<sup>412</sup> *Ibid.*

<sup>413</sup> Rép. min., 13 juin 2006, n° 96477.

<sup>414</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », préc.

## ***Section 2 : La limitation du choix de la dernière demeure***

Pendant longtemps, le droit a traité de manière drastiquement différente le cadavre inhumé et le cadavre incinéré. Ce dernier, en raison de sa « dématérialisation » et de sa « purification », pouvait être non seulement dispersé, mais également privatisé, déplacé, partagé, et mélangé<sup>415</sup>, ce qui était source d'une forte insécurité. Au contraire, la dépouille enterrée se voyait attribuer une demeure précise afin qu'elle y repose en paix. Toutefois, le législateur a tenté de procéder à un alignement des régimes des restes humains, qu'ils soient incinérés ou inhumés, au-delà de la seule possibilité commune de recourir à des mesures civiles ou pénales (v. supra, p. 11). Aujourd'hui, il semblerait que la protection ait, dans une certaine mesure, changé de cible. En effet, malgré une illusion de stabilité, la destination du cadavre inhumé est seulement temporaire (I). En revanche, le sort du cadavre incinéré a été récemment précisé (II).

### **I. La destination temporaire du cadavre inhumé**

Le défunt qui a choisi d'être inhumé verra son corps enterré entre les 24 heures et 6 jours suivant son décès<sup>416</sup>. Outre ce délai imparti, de nouvelles limitations de la liberté des funérailles se manifesteront à ce stade. Quand bien même le *de cuius* aurait expressément demandé que la dépouille de son animal de compagnie soit enterrée auprès de lui, la dignité des morts y fait strictement obstacle<sup>417</sup>. Par ailleurs, s'agissant de l'apparence de la sépulture, toute inscription doit être soumise à l'approbation préalable du maire<sup>418</sup>, « qui pourra interdire ou supprimer toute expression injurieuse, inconvenante ou de nature à troubler l'ordre public »<sup>419</sup>. Mais la difficulté majeure que pose le cadavre inhumé réside dans son lieu de repos, en ce que la réglementation funéraire l'encadre étroitement (A), sans pour autant réduire le risque d'exhumation (B).

#### **A. L'encadrement étroit du lieu d'inhumation**

Le nombre de lieux où une inhumation peut être réalisée est en réalité extrêmement réduit. En principe, le cadavre doit être enterré dans un cimetière communal ou un des rares cimetières confessionnels existants. Il est formellement interdit par la législation funéraire de procéder à une inhumation dans un lieu de culte ou un hôpital<sup>420</sup>. Même si la majorité des emplacements des cimetières sont aujourd'hui concédés à des particuliers en vertu de l'article L. 2223-13 du CGCT, la commune est obligée de conserver une parcelle de terrain commun (autrefois appelée « carré des indigents »<sup>421</sup>) où pourront toujours être enterrées les seules personnes ayant droit à une sépulture

---

<sup>415</sup> A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », préc.

<sup>416</sup> CGCT, art. R. 2213-33.

<sup>417</sup> CE, 17 avr. 1963, Blois ; Rép. min., 22 mai 2018, n° 5929.

<sup>418</sup> CGCT, art. R. 2223-8.

<sup>419</sup> M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », préc.

<sup>420</sup> CGCT, art. L. 2223-10.

<sup>421</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 7.

au sens de l'article L. 2223-3 de ce même code<sup>422</sup>. Les critères d'accès à un tel droit, bien qu'étendus par la jurisprudence<sup>423</sup>, sont encore incertains et aboutissent parfois à écarter des défunts ayant pourtant eu des attaches géographiques incontestables avec la commune<sup>424</sup>.

Le contrat de concession est « le contrat par lequel une commune attribue à un individu un terrain nu pour s'y faire inhumer »<sup>425</sup>. Toutefois, elle n'est aucunement obligée à cette attribution<sup>426</sup>. Son refus pourra donc faire échec à la volonté du défunt d'être enterré à l'endroit qu'il avait initialement désigné. Par ailleurs, il n'est pas rare que le contrat soit rédigé de manière équivoque, laissant alors planer un doute sur le caractère collectif ou familial de la concession. Dans ce cas, le défunt qui pensait avoir le droit d'être inhumé auprès de sa famille ne pourra finalement pas avoir accès à une telle sépulture s'il n'a pas été expressément désigné par l'acte. Pour pallier cette insécurité, le défenseur des droits recommande une présomption de caractère familial en l'absence de mention particulière<sup>427</sup>. Mais la définition de la notion de la famille soulève encore des difficultés<sup>428</sup>.

Par exception, la législation funéraire admet qu'un cadavre puisse être inhumé en terrain privé. Les conditions sont toutefois de nature à faire échec à la plupart des demandes. Tout d'abord, la propriété concernée doit se situer « hors de l'enceinte des villes et des bourgs et à la distance prescrite »<sup>429</sup>. Ensuite, l'avis favorable d'un hydrologue agréé est requis<sup>430</sup>. Enfin, quand bien même ces exigences seraient remplies, le préfet pourra toujours refuser d'accorder l'autorisation requise<sup>431</sup>, notamment s'il considère qu'il y a des risques d'atteintes à l'ordre public<sup>432</sup>. L'autorisation étant individuelle, elle ne vaudra pas pour tous les membres de la famille<sup>433</sup> qui pourront finalement voir leurs dépouilles séparées contre leur volonté.

Quand bien même l'on parviendrait dès le départ à respecter la volonté du défunt en ce qui concerne le lieu de son inhumation, il ne faut pas se réjouir de sitôt.

---

<sup>422</sup> CGCT, art. L. 2223-3 : « La sépulture dans un cimetière d'une commune est due : 1° Aux personnes décédées sur son territoire, quel que soit leur domicile ; 2° Aux personnes domiciliées sur son territoire, alors même qu'elles seraient décédées dans une autre commune ; 3° Aux personnes non domiciliées dans la commune mais qui y ont droit à une sépulture de famille ; 4° Aux Français établis hors de France n'ayant pas une sépulture de famille dans la commune et qui sont inscrits ou remplissent les conditions pour être inscrits sur la liste électorale de celle-ci en application des articles L. 12 et L. 14 du code électoral. »

<sup>423</sup> V. not. CE, 25 juin 1948, Dame Plisson.

<sup>424</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., pp. 7-8.

<sup>425</sup> A. MUNCK BARRAUD, « La concession funéraire », *AJ Fam.*, 2022, p. 76.

<sup>426</sup> V. not. CE, 25 juin 2008, n° 297914 : « [...] un maire [...], peut, lorsqu'il se prononce sur une demande de concession, prendre en considération un ensemble de critères, parmi lesquels figurent notamment les emplacements disponibles, la superficie de la concession sollicitée au regard de celle du cimetière, les liens du demandeur avec la commune ou encore son absence actuelle de descendance ».

<sup>427</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 17.

<sup>428</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>429</sup> CGCT, art. L. 2223-9.

<sup>430</sup> CGCT, art. R. 2512-34.

<sup>431</sup> CGCT, art. R. 2213-32.

<sup>432</sup> D. DUTRIEUX, « L'inhumation en terrain privé », préc.

<sup>433</sup> N. COUZIGOU-SUHAS, « La liberté des funérailles », préc.

## B. Le risque subsistant d'exhumation

Si la sépulture doit en principe être définitive, nombreux sont les cas où le défunt a été troublé dans son sommeil éternel pour voir sa dépouille exhumée. Outre les hypothèses d'exhumation en vue de réaliser une autopsie, des recherches scientifiques ou en paternité, ce sont les cas d'exhumation pour procéder à un transfert de la dépouille qui « nourri[ssent] la majeure partie du contentieux »<sup>434</sup>.

Lorsque l'inhumation a lieu en terrain commun, sa stabilité n'est assurée que durant 5 ans. Au-delà de cette période, la commune est autorisée à reprendre l'emplacement pour y enterrer quelqu'un d'autre, sous réserve qu'au minimum un arrêté municipal soit pris<sup>435</sup> afin que l'infraction de violation de sépulture ne soit pas constituée<sup>436</sup>. Le cadavre inhumé dans une concession temporaire n'échappe pas non plus à la précarité : à l'expiration du délai fixé par le contrat<sup>437</sup>, et à défaut de renouvellement dans les deux ans qui suivent par les ayants-droits qui, selon la jurisprudence<sup>438</sup>, doivent en avoir été informés, la dépouille pourra être exhumée<sup>439</sup>. Malgré son appellation, la concession perpétuelle ne garantit pas totalement le défunt contre le risque d'exhumation. Si une concession, en principe accordée à perpétuité, existe depuis plus de 30 ans, qu'aucune inhumation n'a eu lieu durant les 10 dernières années, et qu'elle est abandonnée, c'est-à-dire qu'elle présente des « signes extérieurs nuisibles au bon ordre et à la décence du cimetière »<sup>440</sup>, bien que les ayants-droits aient été notifiés, elle pourra être reprise<sup>441</sup>. Enfin, les sépultures en terrain privé sont plus stables, la procédure de reprise n'ayant pas vocation à s'appliquer, mais leur avenir n'est pas pour autant assuré<sup>442</sup>. Le risque pourra resurgir en cas de vente de la propriété ou d'expropriation.

Lorsque l'exhumation a été réalisée de manière irrégulière, hypothèses rendues fréquentes par le dysfonctionnement des registres communaux et la perte des actes de concessions<sup>443</sup>, le lot de consolation des proches est faible. Les restes humains ayant été, soit transférés à l'ossuaire communal où ils seront confondus avec les autres ossements<sup>444</sup>, soit crématisés en l'absence d'opposition « connue ou attestée du défunt »<sup>445</sup> (ce qui n'équivaut pas aux exigences requises lors d'une crémation initiale), leur réinhumation à l'endroit initial est « quasiment impossible »<sup>446</sup>. Ainsi, seuls des dommages-intérêts pourront être espérés.

---

<sup>434</sup> J. JULIEN, « La dernière demeure... », préc.

<sup>435</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 9.

<sup>436</sup> Cass. crim., 3 oct. 1862, Chapuy.

<sup>437</sup> CGCT, art. L. 2223-14.

<sup>438</sup> CE, 11 mars 2020, n° 436693.

<sup>439</sup> CGCT, art. L. 2223-15.

<sup>440</sup> Rép. min., 11 nov. 2010, n° 12072.

<sup>441</sup> CGCT, art. L. 2223-17.

<sup>442</sup> V. not. D. DUTRIEUX, « L'inhumation en terrain privé », préc.

<sup>443</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 14.

<sup>444</sup> CE, 21 nov. 2016, n° 390298.

<sup>445</sup> CGCT, art. L. 2223-4.

<sup>446</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 21. .

En outre, aux côtés de la pratique de l'exhumation, existe celle non réglementée de la « réduction », qui, « pour libérer de la place dans un caveau, rassemble, dans une boîte à ossements les restes mortels d'au moins deux défunts »<sup>447</sup>, contredisant par conséquent le principe selon lequel il ne doit y avoir qu'un seul cadavre par cercueil.

Finalement, les cadavres inhumés ne peuvent pas reposer en paix, et ce à cause de la réglementation funéraire, motivée en réalité, non pas seulement par un souci de protection de l'ordre public, mais également par un souci pratique d'espace. Si l'encadrement strict a longtemps été réservé à la dépouille enterrée, il a été récemment étendu au corps crématisé.

## II. La destination précisée du cadavre incinéré

Si le défunt a opté pour une crémation, ses cendres seront « pulvérisées et recueillies dans une urne cinéraire munie extérieurement d'une plaque portant l'identité du défunt et le nom du crématorium »<sup>448</sup>. Jusqu'à récemment, l'avenir de ces cendres n'était pas précisé. Face à un vide législatif manifeste malgré l'essor de la crémation, le besoin d'accorder aux cendres la même protection que celle prévue pour les restes humains inhumés s'est fait ressentir. Bien qu'elle ait été adoptée à l'unanimité en première lecture, la proposition de loi déposée en 2006 n'a finalement pas pu voir le jour en raison de la fin de la législature. Si l'on s'est d'abord contenté d'un décret en date du 12 mars 2007<sup>449</sup> consacré à la seule destination des cendres, le législateur a finalement jugé nécessaire d'intervenir plus largement par le biais de la loi du 19 décembre 2008<sup>450</sup>, créant alors un véritable statut des cendres. Désormais, le nombre de destinations possibles pour les cendres est réduit (A) et leur partage est strictement prohibé (B).

### A. La restriction de la destination des cendres

Si la destination des cendres fut à l'origine calquée sur celle des restes humains inhumés, elle n'a cessé de faire l'objet d'assouplissements au profit d'une liberté la plus totale<sup>451</sup>. Le sort des cendres était alors abandonné soit à la seule volonté du défunt, soit, à défaut, à la seule volonté de membres de sa famille qui en étaient les « copropriétaires »<sup>452</sup>. La combinaison de la possibilité d'appropriation privée avec la nature mobilière de l'urne et des cendres avait donné lieu à des dérives manifestement incompatibles avec le respect dû aux morts : les cendres pouvaient tantôt être utilisées à des fins artistiques (mélangées à de la peinture ou portées en bijoux) ou commerciales (vendues dans des vide-greniers ou des ventes aux enchères d'immeubles), tantôt être abandonnées (déposées dans des décharges ou laissées indéfiniment au crématorium)<sup>453</sup>.

---

<sup>447</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », préc., pp. 207-208.

<sup>448</sup> CGCT, art. L. 2223-18-1.

<sup>449</sup> D., 12 mars 2007, n° 2007-328, *relatif à la protection des cendres funéraires*.

<sup>450</sup> L., 19 déc. 2008, n° 2008-1350, *relative à la législation funéraire*.

<sup>451</sup> D., 18 mai 1976, n° 76-435 ; D., 20 août 1976, n° 76-812 ; D., 20 juill. 1998, n° 98-635.

<sup>452</sup> B. MORY, X. LABBÉE, « Le statut juridique de l'urne funéraire et des cendres qu'elle contient », LPA, 27 janv. 1999, n° 19, p. 17.

<sup>453</sup> A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », préc.

Le décret de 2007 avait mis en place un encadrement assez souple, dont l'intensité dépendait de l'existence d'une volonté exprimée par le défunt. En effet, selon son article 1, si le défunt l'avait prévu, ses cendres pouvaient être déposées ou inhumées dans une propriété privée ou dispersées en pleine nature (y compris en mer, à l'exception faite des voies publiques, entendues comme toute voie ouverte à la circulation publique, dont font partie les cours d'eau<sup>454</sup>). À défaut, la « personne qui a[vait] qualité pour pourvoir aux funérailles »<sup>455</sup> (et non plus la seule famille<sup>456</sup>) ne pouvait choisir de déposer, inhumer ou disperser les cendres que dans des espaces publics prévus à cet effet. Dans la majorité des cas, l'urne était ramenée à la maison du dépositaire<sup>457</sup>. En outre, selon son article 2, le choix de destination initiale, ainsi que son changement, devaient impérativement être déclarés auprès du maire, afin d'assurer une traçabilité des cendres<sup>458</sup> et lutter contre les abandons systématiques<sup>459</sup> lorsque, une fois le temps du deuil passé, l'urne devenait un réel embarras<sup>460</sup>. Ces règles assuraient donc un certain équilibre entre liberté individuelle et ordre public<sup>461</sup>.

Mais par la suite, la loi de 2008 a choisi de faire pencher significativement la balance en faveur de l'ordre public. En effet, elle est venue restreindre davantage les destinations autorisées, en supprimant totalement la possibilité de déposer l'urne cinéraire dans un espace privé, alors même que le rapporteur n'avait pas jugé une telle interdiction absolue opportune<sup>462</sup>. Grégoire LOISEAU fait très justement remarquer qu'il aurait été possible de procéder à un alignement plus poussé des régimes du cadavre incinéré sur celui du cadavre inhumé, en autorisant l'inhumation de l'urne en terrain privé dans les mêmes conditions<sup>463</sup>. L'adoption de ces dispositions n'a toutefois pas eu pour effet de mettre un terme aux situations anciennes valablement constituées<sup>464</sup>.

Cette nouvelle limite a pour but de mettre fin aux conflits familiaux nés d'une captation des cendres par son dépositaire, « au détriment de la sphère sociale »<sup>465</sup>, en assurant que tout le monde puisse accéder au lieu de recueillement (même en cas de dispersion puisque le lieu de celle-ci devra être déclaré, bien qu'une difficulté d'accès subsiste lorsqu'il s'agit valablement d'un terrain privé<sup>466</sup>). Elle permet également de « garanti[r] que les cendres soient traitées avec respect, dignité et

---

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> D. 12 mars 2007, préc., art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>; Rép. min., 17 déc. 2009, n° 09198 : « toute personne qui, par le lien stable et permanent qui l'unissait à la personne défunte, peut être présumée la meilleure interprète des volontés du défunt ».

<sup>456</sup> CA Douai, 7 juill. 1998.

<sup>457</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., p. 140.

<sup>458</sup> H. POPU, « La destination des cendres funéraires », préc.

<sup>459</sup> A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », préc.

<sup>460</sup> M. HANUS, « Le cadavre crématisé », préc., p. 141.

<sup>461</sup> I. CORPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. Fam.*, mars 2009, n° 3, étude 15.

<sup>462</sup> AN, *Rapport sur la proposition de loi relative à la législation funéraire*, préc., p. 21.

<sup>463</sup> G. LOISEAU, « Mortuorum corpus : une loi pour le respect », préc.

<sup>464</sup> X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 19 décembre 2008 », préc.

<sup>465</sup> AN, *Rapport sur la proposition de loi relative à la législation funéraire*, préc., p. 14

<sup>466</sup> I. CORPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », préc.

décence, ce qui n'est jamais sûr à l'abri des rideaux »<sup>467</sup>. Ainsi, elle tente de transposer à l'urne « la quiétude publique offerte par le cimetière à la suite d'inhumations »<sup>468</sup>, aussi relative soit-elle, surtout au regard de la possibilité subsistante de déplacement de l'urne.

Par ailleurs, pour laisser le temps à la famille de décider du sort final des cendres, la loi de 2008 a permis de déposer temporairement l'urne dans un crématorium (ou exceptionnellement un lieu de culte)<sup>469</sup>. À l'issue d'un délai d'un an, et à défaut de choix, les cendres seront dispersées dans l'espace aménagé à cet effet par la commune ou dans un jardin du souvenir.

L'interdiction de la privatisation a été logiquement accompagnée de la prohibition du partage des cendres, qui aboutissait à des appropriations privées multiples dans le but d'apaiser des familles, souvent recomposées ou dispersées<sup>470</sup>.

## B. L'interdiction du partage des cendres

En l'absence de dispositions légales à ce sujet, la jurisprudence avait admis de partager les cendres, pratique auquel le Gouvernement ne voyait aucun inconvénient. La logique était alors la suivante : « si les cendres ne sont qu'une propriété familiale indivise, leur partage doit être possible si cette décision est prise à l'unanimité des indivisaires »<sup>471</sup>. Pourtant, il ne viendrait à l'esprit de personne de découper une dépouille mortelle afin de procéder à son attribution aux proches<sup>472</sup>, comme l'avait si bien démontré Philippe MALAURIE<sup>473</sup>. En réalité, l'absence d'alignement du statut des cendres sur celui du cadavre empêchait d'invoquer le principe l'indivisibilité du corps humain pour faire échec aux demandes de partage. Les cendres sont par nature divisibles<sup>474</sup>, elles sont souvent vouées à être dispersées<sup>475</sup>, sans qu'il y ait besoin de passer par un démembrement à l'effet traumatisant<sup>476</sup>.

Si le partage des cendres pouvait apparaître légitime lorsque le défunt l'avait expressément demandé, il devenait plus discutable lorsqu'il répondait seulement aux revendications des membres d'une famille déchirée<sup>477</sup>. Les juges réticents se fondaient notamment sur une analyse exégétique des textes qui font référence à « une urne »<sup>478</sup> ou sur la préservation de la mémoire du défunt<sup>479</sup>, pour refuser une telle pratique<sup>480</sup>.

---

<sup>467</sup> G. LOISEAU, « Mortuorum corpus : une loi pour le respect », préc.

<sup>468</sup> X. LABBÉE, « Les dieux lares ou l'urne cinéraire à domicile », *D.*, 2001, p. 2545.

<sup>469</sup> CGCT, art. L. 2223-18-1.

<sup>470</sup> H. POPU, « Le partage des cendres », *Deffrénois*, 15 oct. 2004, n° 19, p. 1285.

<sup>471</sup> AN, *Rapport sur la proposition de loi relative à la législation funéraire*, préc., p. 17.

<sup>472</sup> J. HAUSER, « Les cendres sont-elles divisibles ? », *RTD Civ.*, 1998, p. 655.

<sup>473</sup> P. MALAURIE, « Le partage des cendres et les familles recomposées », *D.*, 1998, p. 383.

<sup>474</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>475</sup> J. HAUSER, « Les cendres sont-elles divisibles ? », préc.

<sup>476</sup> H. POPU, « Le partage des cendres », préc.

<sup>477</sup> CA Paris, 27 mars 1998.

<sup>478</sup> CA Douai, 7 juill. 1998.

<sup>479</sup> CA Montpellier, 23 nov. 2001.

<sup>480</sup> H. POPU, « Le partage des cendres », préc.

Alors que le décret de 2007 restait muet au sujet du partage des cendres, la loi de 2008 a mis un coup d'arrêt à la jurisprudence fluctuante en la matière. Désormais, l'article L. 2223-18-2 du CGCT considère que la destination choisie des cendres doit les concerner dans « leur totalité ». Cette interdiction partage la doctrine : certains la considère injustifiée au motif que le partage des cendres « s'inscrit dans la logique même de [la crémation] »<sup>481</sup> qui vise à l'anéantissement du corps et qui fait de l'urne un simple mémorial<sup>482</sup>, au contraire, d'autres la jugent opportune en ce qu'ils voient dans le partage un traitement indigne du mort aux seuls fins de satisfaire les désirs des vivants ou encore même un résultat absurde et douloureux<sup>483</sup>. Le législateur aurait pu adopter une position intermédiaire, en n'admettant le partage que dans les cas où le défunt l'avait lui-même expressément exigé et le refusant face à de simples caprices de l'entourage. Par ailleurs, on peut regretter l'absence de clarification législative s'agissant de la pratique de mélange des cendres, admise par le gouvernement<sup>484</sup> et permettant « de reconstituer notamment, suivant une logique symbolique, l'unité d'un couple désuni de manière provisoire par la mort »<sup>485</sup>.

Il semblerait, au regard de ces nouvelles dispositions, qu'on ne puisse plus considérer que le cadavre crématisé fait l'objet d'une copropriété familiale indivise<sup>486</sup>, laquelle était, aux yeux de Grégoire LOISEAU, « au mieux, une qualification emblématique ; sinon, une qualification tragique s'il fallait, réellement, lui appliquer les règles sur l'indivision »<sup>487</sup>.

Finalement, l'étendue de la possibilité de chacun de disposer comme il l'entend de son cadavre est si restreinte que l'on peut se demander si l'ordre public n'est pas devenu le principe. En définitive, « le bilan jurisprudentiel, outre-tombe, ne plaide guère en faveur de la liberté »<sup>488</sup> et rend la portée de la volonté du défunt illusoire.

## Chapitre 2 : L'espoir d'un assouplissement futur

Bien que l'encadrement du traitement du corps humain *post-mortem* se soit renforcé ces dernières années, on peut souhaiter un assouplissement de celui-ci sur certains points. Tout d'abord, on ne saurait ignorer le retard qu'a pris la réglementation française sur les progrès scientifiques en la matière et qu'elle pourrait souhaiter rattraper (Section 1). Ensuite, le traitement inadapté du cadavre est en réalité lié à des facteurs qui pourraient être, dans une certaine mesure, minimisés (Section 2). Ainsi, l'espoir d'une large réforme, si faible soit-il, doit faire l'objet de réflexions.

---

<sup>481</sup> C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », préc.

<sup>482</sup> *Ibid.*

<sup>483</sup> P. MALAURIE, « Le partage des cendres et les familles recomposées », préc.

<sup>484</sup> Rép. min., 7 juin 1999, n° 26704.

<sup>485</sup> B. MORY, X. LABBÉE, « Le statut juridique de l'urne funéraire et des cendres qu'elle contient », préc.

<sup>486</sup> H. POPU, « Destination et protection des cendres », *Deffrénois*, 28 févr. 2009, n° 4, p. 410.

<sup>487</sup> G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.*, 2006, p. 3015.

<sup>488</sup> R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », préc.

## ***Section 1 : Le retard de la réglementation sur les progrès scientifiques***

Comme dans de nombreux autres domaines, le droit français tarde à reconnaître les nouvelles techniques scientifiques développées pour appréhender différemment la dépouille mortelle (I). Ce refus persistant de prendre en compte les progrès scientifiques est d'autant plus frappant que d'autres pays plus permissifs les ont déjà intégrés dans leur ordre juridique (II).

### **I. La négation des nouvelles techniques scientifiques**

Alors qu'au stade de l'exploitation du cadavre, la plupart des progrès techniques sont pris en compte par le droit afin d'améliorer le quotidien des vivants (sous réserve toutefois des pratiques aux finalités commerciales), au stade de la sépulture de la dépouille mortelle, les avancées scientifiques sont en large partie niées, notamment au nom du diptyque restrictif inhumation-crémation. Pourtant, le droit funéraire ne saurait rester indéfiniment coincé en 1887 : l'inhumation ne répond plus aux attentes de la moitié de la population française et la crémation s'avère en partie défailante. En effet, il a été mis en évidence « un certain nombre de problèmes de normes de sécurité des installations »<sup>489</sup>. En réalité, l'incinération, en ce qu'elle émet des gaz nocifs pour l'environnement, représente aujourd'hui un futur facteur de pollution. Bien que le système crémaliste puisse faire l'objet d'améliorations, cette situation appelle également à reconsidérer les autres modes de disparition du corps offerts aujourd'hui par la science.

Outre les nouveaux outils relatifs à l'inhumation et la crémation (comme les urnes et les cercueils biodégradables<sup>490</sup>), d'autres procédés de sépultures ont fait leur apparition. Aux côtés de la promession (expressément désapprouvée par le Gouvernement, v. supra. p. 53), se sont notamment développées l'humusation (technique de compostage des corps avec des couches de feuilles et de bois) et l'aquamation (technique d'hydrolyse alcaline à l'intérieur d'une grande cuve en inox). Ces pratiques, pour l'instant embryonnaires, pourraient être perfectionnées afin de proposer des funérailles respectueuses de la nature, conformes à l'hygiène publique, répondant au souci du manque d'espace et assurant la disparition du corps. Elles devraient donc faire l'objet d'une « réflexion approfondie qui pourrait se poursuivre dans le cadre du Conseil national des opérations funéraires (CNOF) »<sup>491</sup>, d'autant plus que leur symbolique paraît conforme à la dignité.

Au-delà de cette volonté honorable de protection de l'environnement, existent des désirs moins nobles comme celui irrépensible d'atteindre l'immortalité par le biais de la cryogénéisation. Dès lors que le juge a reconnu un droit de croire à sa résurrection<sup>492</sup> grâce à des techniques futuristes, comme le clonage ou les nanotechnologies, rien ne peut empêcher les scientifiques d'étudier ce sujet, en attendant une éventuelle reconnaissance législative ou jurisprudentielle. Si le ton utilisé

---

<sup>489</sup> B. PY, « Le droit & la pratique crémaliste », préc., p. 189.

<sup>490</sup> E. ANSTETT, « Les funérailles "bio". La mort et les idéologies environnementales au XXI<sup>e</sup> siècle », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 149.

<sup>491</sup> Rép. min., 5 juill. 2016, n° 79887.

<sup>492</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », préc.

pour parler de la cryogénie est aujourd'hui plus sérieux<sup>493</sup>, sa réussite reste indéniablement incertaine. Le besoin de remédier aux dommages causés aux cellules au moment de la congélation et la nécessité de soigner la maladie ayant causé le décès de la personne sont des difficultés qui s'ajoutent à celle pour l'instant insurmontable de ramener un mort à la vie. Il faut préciser que, quand bien même les chercheurs trouveraient la solution à cette impasse existentielle, « le Gouvernement n'entend pas faire évoluer le droit en la matière »<sup>494</sup>.

## II. La concurrence des systèmes étrangers plus permissifs

Les pratiques françaises de l'inhumation et la crémation voient non seulement leur portée élargie par certains systèmes étrangers, notamment au regard de la destination du cadavre (par exemple, aux États-Unis, l'urne peut être satellisée<sup>495</sup>), mais sont également accompagnées des autres modes de sépulture exposés ci-dessus. Ainsi, la promession « semble en effet avoir reçu un accueil très favorable dans plusieurs pays, dont la Grande-Bretagne, la Suisse ou la Corée du Sud »<sup>496</sup>. Par ailleurs, l'humusation et l'aquamation sont déjà commercialisées aux États-Unis<sup>497</sup>. Cette dernière a été choisie par le prix Nobel de la Paix Desmond Tutu dans le cadre de funérailles se déroulant en Afrique du Sud. Quant à la cryogénisation, celle-ci est désormais admise dans plusieurs pays, dont notamment les États-Unis et la Russie, bien qu'elle reste réservée aux plus fortunés, qui ont les moyens financiers de payer les services d'une des nombreuses entreprises existantes<sup>498</sup> (à moins qu'un autre concours comme celui qu'avait proposé l'hebdomadaire *New Scientist* soit organisé pour gagner une cryogénisation<sup>499</sup>). Plus étonnant, elle a déjà été exceptionnellement reconnue comme un mode de sépulture à l'occasion d'une décision anglaise remarquée. En effet, en octobre 2016, le juge Peter Jackson de la Haute cour de Londres a admis qu'une jeune fille de 14 ans, atteinte d'un cancer en phase terminale, puisse voir son corps transporté aux États-Unis pour être cryogénisé juste après sa mort, à sa demande<sup>500</sup>. Bien qu'il ait refusé de se prononcer dans l'absolu sur la légitimité de la cryogénisation et qu'il ait insisté sur le fait que cette solution ne devrait pas faire office de précédent, on ne peut nier la symbolique d'une telle autorisation.

Nous savons déjà que certains Français se déplacent dans des pays voisins comme la Suisse et la Belgique pour pouvoir recourir à une euthanasie. Ne risque-t-il pas d'y avoir également un tourisme funéraire, concernant, non plus l'accès à la mort, mais le sort du cadavre après celle-ci ? Si les déplacements liés à la volonté d'adopter un autre mode de sépulture que ceux admis en France restent limités, ceux liés à la volonté de se conformer en tous points aux dogmes d'une religion ont toujours été fréquents. Ainsi, une personne de confession musulmane pourra voir sa dépouille

---

<sup>493</sup> A.-B. CAIRE, « La cryogénisation », préc., p. 55.

<sup>494</sup> Rép. min., 13 juin 2006, n° 96477 ; Rép. min., 20 oct. 2016, n° 20504.

<sup>495</sup> P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis"... », préc., pp. 823-824.

<sup>496</sup> E. ANSTETT, « Les funérailles "bio". La mort et les idéologies environnementales au XXI<sup>e</sup> siècle », préc., p. 151.

<sup>497</sup> *Ibid.*

<sup>498</sup> H. POPU, « Le respect des dernières volontés », préc. : « [...] les tarifs de cryogénisation oscillent actuellement autour d'une somme de l'ordre de 120 000 dollars ».

<sup>499</sup> *Ibid.*

<sup>500</sup> F. LAFFAILLE, « Mépriser la grande faucheuse. Le "droit à"... l'espoir de ne pas mourir », *D.*, 2017, p. 561.

mortelle rapatriée dans un pays dont la religion officielle est l'Islam afin de pouvoir être enterré immédiatement, à même le sol et face à la Mecque<sup>501</sup>.

Cette concurrence législative indéniable ne signifie pas pour autant que le droit français devrait céder à toutes les revendications idéologiques et mutations sociologiques. Toutefois, la légitimité des refus dépend largement de leurs justifications, dont certaines semblent aujourd'hui contestables.

## ***Section 2 : Les facteurs d'inadéquation du traitement du cadavre***

Malgré l'importance des enjeux que représente le statut juridique du cadavre, le législateur reste encore aujourd'hui réticent à réglementer en la matière. Tandis que le droit funéraire est ancien, fragmentaire et complexe<sup>502</sup>, le droit civil reste encore lacunaire. En réalité, le traitement du cadavre est soumis à des facteurs multiples qui ont tendance à le rendre inadéquat au regard de sa nature particulière et de l'essor de l'individualisme. On remarque tout d'abord que derrière la justification d'ordre public invoquée pour procéder à des restrictions majeures, se cache un ordre moral omniprésent (I) qui prête à discussion, à l'heure où les bonnes mœurs sont en déclin. Par ailleurs, on peut se demander si la difficulté à établir un statut du cadavre complet et cohérent ne réside pas en réalité dans la distinction binaire entre chose et personne (II).

### **I. La dissimulation d'un ordre moral derrière l'ordre public**

Historiquement, la majeure partie des restrictions relatives au cadavre étaient justifiées par des soucis de salubrité, de santé et d'hygiène publiques. Sa putréfaction, en ce qu'elle entraîne des risques de maladies et d'infection, a toujours été la source première d'inquiétude pour le législateur<sup>503</sup>. Encore aujourd'hui, le droit impose, dans des délais très courts, de déposer la dépouille mortelle dans un cercueil, de la transporter loin de l'espace des vivants, de la laisser préférablement dans un lieu public afin de favoriser le respect des normes sanitaires, et d'obtenir *in fine* sa destruction. La tranquillité et la sécurité publiques ont également été évoquées pour mettre un terme aux pratiques scandaleuses, telles que la profanation de sépultures et le trafic de restes humains. Ainsi, cette réglementation, fondée sur l'ordre public matériel, semble, à première vue, incontestable.

Mais, lorsqu'on se penche de plus près sur le sujet, on constate que notre système fait également obstacle à des pratiques volontaires qui ne sont pas de nature à porter atteinte à l'ordre public matériel. On peut notamment citer l'interdiction d'avoir son animal inhumé à ses côtés (dès lors qu'il a lui-même été incinéré et que ses cendres ont été placées dans une urne), la prohibition de la

---

<sup>501</sup> S. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », préc.

<sup>502</sup> Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, préc., p. 6.

<sup>503</sup> I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », préc.

privatisation et du partage des cendres (étant donné que la crématisation conduit à un état stérile), le refus de la promession, de l'humusation, de l'aquamation (puisqu'elles aboutissent à un résultat relativement proche des cendres) et de la cryogénéisation (car elle ne présente pas de réel danger pour la salubrité publique, du moins au stade de la congélation).

Quel est alors le fondement mobilisé? En réalité, « par un glissement progressif, les finalités d'hygiène et de santé se sont estompées pour laisser place aux exigences de la décence et de la moralité publique »<sup>504</sup>, qui se dissimulent notamment derrière la dignité du cadavre. Or, si cette notion est utile pour lutter contre l'exploitation d'une personne contre son gré, elle devient contestable lorsqu'elle empêche une volonté éclairée concernant son propre cadavre de se manifester<sup>505</sup>, aux seuls motifs qu'elle n'est pas conforme à la culture et aux traditions françaises et qu'elle est susceptible de heurter les sentiments des vivants. Elle semble être un fondement d'autant plus fragile qu'elle cède systématiquement devant les besoins de la « Collectivité des hommes »<sup>506</sup>, qu'ils soient administratifs, thérapeutiques, scientifiques ou encore pédagogiques.

En réalité, dès lors que l'ordre public matériel laisse place à l'ordre public immatériel qui est éminemment variable, la réglementation perd de son objectivité et de sa légitimité, et devient par conséquent davantage sujette à critiques, ce qui pourrait finalement déboucher sur des réformes. Le cas de la cryogénéisation doit toutefois être mis à part, tant il soulève des problématiques spécifiques. La crainte de ce procédé semble essentiellement liée à sa finalité de résurrection, et non à celle subsidiaire de conservation. La possibilité d'une résurrection, ou en tout cas un véritable espoir reposant sur des réalités scientifiques, « remettr[ait] en cause certaines des représentations fondatrices du droit, plus précisément celles qui envisagent l'existence humaine comme enserrée dans des limites que sont la naissance et la mort »<sup>507</sup>. Selon CARBONNIER, « la condition de mortel est d'ordre public »<sup>508</sup>. Ainsi, la reconnaissance de la cryogénéisation par le droit constituerait un bouleversement symbolique tel qu'il serait certainement source de troubles à l'ordre public.

À une époque où les revendications d'une autonomie de la volonté s'intensifient, il devient difficile de maintenir ce « paternalisme juridique »<sup>509</sup> qui fait obstacle à la libre disposition de son cadavre, d'autant plus qu'il est encore aujourd'hui, aux yeux du droit, une chose.

## II. La nécessité de dépasser la *summa divisio*

Bien que nous soyons partis du postulat doctrinal de départ que le cadavre est une chose, il est impossible de nier son caractère ambivalent.

---

<sup>504</sup> *Ibid.*

<sup>505</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre : autopsie d'un statut », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., p. 411.

<sup>506</sup> X. LABBÉE, « La dévolution successorale des restes mortels », préc.

<sup>507</sup> A.-B. CAIRE, « La cryogénéisation », préc., p. 63.

<sup>508</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, Thémis, PUF, Paris, 12<sup>e</sup> éd., 1979, p. 235.

<sup>509</sup> P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis"... », préc., p. 830.

Sur certains points, la qualification de chose, aboutissant à appliquer le droit des biens et notamment le régime de l'indivision, apparaît clairement. On refuse la personnification lorsqu'on considère que l'urne, confondue avec les cendres qu'elle contient, est un objet mobilier, susceptible de devenir un immeuble par destination, et entrant éventuellement dans la catégorie des « souvenirs de familles », soumis à une copropriété familiale indivise, inviolable et sacrée<sup>510</sup>. Tel est le cas également lorsqu'admet d'engager la responsabilité d'un hôpital, en sa qualité de dépositaire, du fait d'une mauvaise conservation du cadavre ayant entraîné sa décomposition<sup>511</sup>, alors même que le dépôt est le « contrat réel par lequel une personne [...] remet une chose mobilière à une autre [...] »<sup>512</sup>. Tel est le cas enfin lorsqu'on parle de bien du domaine public, de don du corps à la science, de recel de cadavre, de vol de l'urne faisant partie de l'actif successoral, etc<sup>513</sup>.

Mais, au regard de l'empreinte que laisse l'humanité disparue sur la dépouille mortelle, on reste parfois réticent à une telle qualification. C'est une réification excessive que le juge entend éviter lorsqu'il préfère engager la responsabilité d'une fille du fait de la décomposition du cadavre de sa mère, ayant endommagé l'appartement du dessous, sur le fondement des troubles du voisinage plutôt que sur celui de la responsabilité du fait des choses<sup>514</sup>. Tel est également le cas lorsqu'on condamne l'exposition du cadavre à des fins commerciales, la diffusion de son image, l'atteinte excessive à la dépouille léguée à la science, et surtout la violation de sa sépulture au titre des « atteintes à la personne »<sup>515</sup>. Derrière l'appellation de chose se cache une certaine hypocrisie.

Ce paradoxe entre « l'impossible personnification et l'effrayante réification »<sup>516</sup> aboutit à un régime incohérent, oscillant entre exploitation et protection. Étant donné que le législateur procède par touches plutôt que d'instaurer un véritable statut juridique du cadavre, on ne saurait prédire quand le juge favorisera la dignité du cadavre, la volonté du défunt ou les intérêts des tiers. Jusqu'ici, les tentatives doctrinales de création d'une catégorie intermédiaire se sont soldées par des échecs. Ni la théorie de la demi-personnalité de DEMOGUE et TIMBAL selon laquelle le défunt reste titulaire de certains droits<sup>517</sup>, ni celle de la chose sacrée de Xavier LABBÉE<sup>518</sup>, reprise par Hélène POPU<sup>519</sup>, en vertu de laquelle le cadavre est une chose particulière digne de respect, n'ont vraiment convaincu.

Dernièrement, une proposition a été émise par Mathieu TOUZEIL-DIVINA et Magalie BOUTEILLE-BRIGANT : celle de créer la sous-catégorie des personnes décédées (ou des personnes défunt(e)s) se fondant sur une conception large de la personne, ne se limitant pas à celle

---

<sup>510</sup> TGI Lille, 23 sept. 1997.

<sup>511</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 juill. 1991.

<sup>512</sup> T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridique 2021-2022*, préc., p. 359.

<sup>513</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre : autopsie d'un statut », préc., pp. 415-416.

<sup>514</sup> CA Paris, 28 janv. 2009.

<sup>515</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre : autopsie d'un statut », préc., p. 407.

<sup>516</sup> P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis"... », préc., p. 838.

<sup>517</sup> J.-B. PIERCHON, « Histoire(s), sépulture(s) & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, préc., pp. 51-52.

<sup>518</sup> V. not. X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.*, 1997, p. 376.

<sup>519</sup> H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée - À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, préc.

seulement juridique, mais s'étendant à celle humaine<sup>520</sup>. Sans procéder à une révolution, elle retient une expression déjà utilisée par le législateur, la jurisprudence et la doctrine, afin de justifier le recours à la notion de dignité humaine, assurant ainsi une protection du cadavre. Elle encourage notamment l'application d'un régime calqué sur celui des biens du domaine public, dirigé par les notions d'intangibilité, d'inviolabilité et d'imprescriptibilité. Toutefois, cette qualification a pour défaut de susciter des difficultés lorsqu'il s'agit d'admettre des atteintes aux cadavres pour des raisons d'intérêt général<sup>521</sup>.

Ces réflexions, qui ont sûrement vocation à se poursuivre, pourraient aboutir à la création d'une nouvelle catégorie adaptée au cadavre, permettant la naissance d'un statut cohérent. Le mouvement actuel visant à déroger à la *summa divisio* s'agissant d'entités spécifiques, telles que le fœtus, l'animal et l'environnement, pourrait trouver un point de départ plus aisé dans le cadavre, en ce que cela ne présente pas la difficulté de créer une catégorie protectrice *ab nihilo*, mais seulement de la prolonger partiellement : le cadavre a été un jour une personne juridique.

Une solution alternative, et sûrement plus facile à mettre en place, serait de créer un droit des choses, comme le suggère Grégoire LOISEAU<sup>522</sup>. Distinct du droit des biens, il aurait vocation à s'appliquer aux choses « métahumaines » que sont le cadavre et l'embryon. Il permettrait notamment de les soustraire à toute forme de droit de propriété, se traduisant par un *usus*, *fructus* et *abusus*, manifestement inadaptés au regard de la nature particulière des choses découlant de l'humanité.

---

<sup>520</sup> M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre : autopsie d'un statut », préc., p. 422.

<sup>521</sup> *Ibid.*

<sup>522</sup> G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », préc.

## Conclusion

En raison de la nature éminemment particulière du cadavre qui incarne la dernière étape de l'humanité, la qualification de chose, soumise au droit des biens, ne saurait être satisfaisante. Le législateur, dont l'attitude révèle une certaine contradiction, tente alors de se raccrocher à des notions essentiellement liées aux personnes, telles que le respect, la dignité et la décence, afin d'échafauder un statut juridique peu convaincant.

Le régime protecteur du cadavre, qui a en réalité seulement vocation à empêcher les atteintes à son intégrité motivées par des désirs superficiels, s'effacera toujours devant les besoins impérieux de l'intérêt général. Ainsi, aux yeux du droit, le cadavre s'apparente bien à une ressource, susceptible d'être exploitée, à la condition que les justifications d'une telle instrumentalisation lui apparaissent légitimes. À cet égard, on peut considérer que le cadavre appartient à la société, dès lors qu'elle agit de manière raisonnable et ne se laisse pas emporter par des envies futiles.

De surcroît, la dépouille mortelle semble toujours appartenir dans une certaine mesure aux proches du défunt, dont le rôle persiste dans le temps. Seuls les vivants souffrent, les morts échappent enfin aux tourments de la vie. À ce titre, le décret du 27 avril 2022 n'est que la dernière illustration de la prise en compte par le droit de la volonté de l'entourage. En effet, il lui permet de demander la restitution de la dépouille, alors même que le don à la science révèle la volonté de l'abandonner.

Finalement, il semblerait que la personne à qui appartient le moins le cadavre est le défunt lui-même, dont la volonté est souvent ignorée. Si les limitations de sa liberté fondées sur la nécessité de préserver l'ordre public matériel s'avèrent indispensables, au contraire, celles découlant de la volonté divergente de l'entourage, de la dignité se retournant contre les souhaits du défunt, ou encore de la morale publique, sont discutables. Il ne fait aucun doute qu'« il n'y a pas d'éthique sans consentement mais [que] le consentement ne suffit pas à donner à une action sa légitimité éthique »<sup>523</sup>. Néanmoins, lorsque cette éthique se rapproche davantage de bonnes mœurs anachroniques, la volonté du défunt ne devrait-elle pas être entendue ?

En réalité, la charge symbolique de la mort et la persistance des croyances liées à l'au-delà sont telles que le traitement du cadavre ne saurait être le domaine de prédilection du libéralisme. Le législateur n'entend pas consacrer sous peu un « droit de disposer *post-mortem* de son corps »<sup>524</sup>. Par conséquent, pour l'instant, la seule chance de parvenir à une plus grande autonomie de la volonté sur son cadavre est d'inciter à l'expression de celle-ci, pour lutter contre l'influence des proches et faire, peut-être un jour, céder le juge face à des demandes qui ne contreviennent en réalité pas à l'ordre public. À défaut d'expression, le principe de dignité du cadavre reste un outil précieux, qui pourrait toutefois être remplacé ou complété par la création d'une catégorie intermédiaire plus adaptée à la singularité du cadavre humain, symbole de l'humanité.

---

<sup>523</sup> CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exploitation muséale*, préc., p. 13.

<sup>524</sup> G. LOISEAU, « Statut du cadavre (I) : point de vue privatiste », préc., p. 223.

# Bibliographie

## Ouvrages généraux

Ass. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2022.

J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, Thémis, PUF, Paris, 12<sup>e</sup> éd., 1979.

T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridique 2021-2022*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021.

A. MARAIS, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, Le Cours Dalloz, 2021.

G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil — Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1976.

H. OBENDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, Manuel, 2021.

M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie général de droit & de jurisprudence, Paris, 1904.

M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, Précis, 2018.

B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, 23<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Paris, Manuel, 2021.

## Encyclopédies, répertoires, jurisclasseurs

P. BERCHON, « Sépulture », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 2016.

J.-F. BOUDET, « Opérations funéraires : modes de sépulture et concessions » in *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, nov. 2018.

I. CORPART, « Sépulture », *JCl. Notarial Formulaire*, 24 juin 2019, Fasc. 10.

M. DUPONT, « Décès en établissement de santé », *Feuillets mobiles Litec Droit médical et hospitalier*, 1<sup>er</sup> févr. 2021, Fasc. 40-10.

C. LACROIX, « Sépulture », *Rép. pén. Dalloz*, mai 2019.

S. PORCHY-SIMON, « Prélèvements d'organes et de tissus », *Le Lamy Droit de la santé*, 2021, étude 370.

M. VIENNOIS, « Atteinte à la liberté des funérailles », *JCl. Pénal Code*, 21 janv. 2019, Fasc. 20.

A.-F. ZATTARA-GROS, « Principe de liberté des funérailles », *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, 2021, étude 340-70.

## Ouvrages collectifs

X. BIOY, D. FALLON, « Statut du cadavre (II) : point de vue publiciste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Recherche(s) & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Des cadavres et des cendres », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

J. CAYRON, « Voulez-vous voir le corps ? Statut juridique de l'image du cadavre », *Rencontre autour du cadavre, Actes du colloque de Marseille*, Publications du Gaaf, 15 déc. 2010, p. 223.

A. FROMENT, P. CHARLIER, « Anthropologie & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

G. LOISEAU, « Statut du cadavre (I) : point de vue privatiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in *Le Droit, la Médecine et l'Être Humain*, P.U., Aix-Marseille, 1996, p. 230.

J.-B. PIERCHON, « Histoire(s), sépulture(s) & cadavre(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre : autopsie d'un statut », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Droit des activités funéraires », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, activité(s) juridique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 1, vol. 11, 2014.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Droit(s), Mort(s) & Mémoire(s) », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, activité(s) juridique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 1, vol. 11, 2014.

B. PY, « Le droit & la pratique crématisiste », in M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, J.-F. BOUDET (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort. La mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Éditions L'Épitoge, Grenoble, Collection L'Unité du Droit, Tome 2, vol. 12, 2014.

## **Thèse**

H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée - À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, thèse de doctorat (sous la direction de X. LABBÉE), L'Harmattan, Paris, Logiques juridiques, 2009

## **Articles de revue**

E. ANSTETT, « Les funérailles "bio". La mort et les idéologies environnementales au XX<sup>e</sup> siècle », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 147.

M. BACACHE, « Corps humain - Têtes maories », *RTD Civ.*, 2010, p. 626.

- C. BAHUREL, « Les dernières volontés funéraires », *AJ Fam.*, 2022, p. 68.
- B. BEIGNIER, « À propos de la "vie privée posthume" », *D.*, 1997, p. 596.
- B. BEIGNIER, « Tempus lugendi ; respect du deuil et respect de l'intimité », *D.*, 1998, p. 225.
- B. BEIGNIER, « Vie privée posthume et paix des morts », *D.*, 1997, p. 255.
- J. BERNARD, « Adieu au rituel ? Les obsèques et le don du corps à la science », *Ethnologie française*, 2018, vol. 48, n° 2, p. 345.
- J. BERNARD, « Pourquoi donner son corps à la science ? Les donateurs et le récit des motifs », *Ethnologie française*, 2018, vol. 48, n° 2, p. 31.
- C. BERNARD-XEMARD, « Prélèvements d'organes post mortem et incapacité juridique », *Dr. Fam.*, juill. 2012, n°7-8, étude 14.
- H. BERTAUX, E. JEANNETEAU, « Le corps humain à l'épreuve de l'exposition », *LPA*, 16 oct. 2015, n° 207, p. 21.
- B. BERTHERAT, « La dame au chapeau. La photographie des femmes mortes en France à l'époque de Bertillon », *Corps*, 2013, vol. 11, n° 1, p. 97.
- C. BIGOT, « La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers », *LEGICOM*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 28.
- J.-R. BINET, « Le prélèvement d'organes post mortem en droit français : un équilibre incertain », *Dr. Fam.*, 10 oct. 2014, n° 10, dossier 15.
- J.-R. BINET, « Refus des prélèvements d'organes post mortem : comment l'exprimer ? », *JCP N*, 28 oct. 2016, n° 43-44, p. 1307.
- M. BRUGGEMAN, « Retour sur les autopsies judiciaires : la question de l'autorisation d'inhumer », *Dr. Fam.*, févr. 2012, n° 2, alerte 8.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA*, 2006, p. 757.
- S. CACCIPOPO, « Ultime épilogue de l'affaire Our Body : l'article 16-1-1 du Code civil comme normalisation textuelle d'un principe d'ordre public virtuel », *LPA*, 30 janv. 2015, p. 8.

A.-B. CAIRE, « La cryogénisation », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2018, vol. 29, n° 3-4, p. 57.

L. CARAYON, « "Prenez, ceci est mon cadavre". Sur une réforme attendue du don du corps à la recherche et à l'enseignement », *RDSS*, 2021, p. 819.

P. CATALA, « La jeune fille et la mort », *Dr. Fam.*, déc. 1997, chron. 12, p. 6.

C. CHABAULT, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *LPA*, 3 mai 1996, n° 54, p. 4.

J. COELHO, « Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques », *AJ Fam.*, 2007, p. 308.

I. CORPART, « Feu la cryogénisation », *D.*, 2006, p. 1875.

I. CORPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. Fam.*, mars 2009, n° 3, étude 15.

M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.*, 2009, p. 1907.

M. CORNU, « Les restes humains "patrimonialisés" et la loi », *Technè*, 1<sup>er</sup> nov. 2016, n° 44.

M. COURTOIS, « Parler du cadavre », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 17.

N. COUZIGOU-SUHAS, « La liberté des funérailles », *AJ Fam.*, 2022, p. 70.

P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », *D.*, 2010, p. 2044.

D. DUTRIEUX, « Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA*, 13 févr. 2015, n° 32, p. 6 .

D. DUTRIEUX, « L'inhumation en terrain privé », *JCP N*, 8 déc. 2006, n° 49.

A. GAILLIARD, « Funérailles républicaines, inhumation d'un terroriste : les nouvelles figures du sacré laïc », *D.*, 2017, p. 654.

E. GAILLIARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.*, 1984, p. 161.

A. GALLOIS, « L'autopsie judiciaire réalisée par un seul praticien : une méthode singulière ? », *Procédures*, déc. 2013, n° 12, alerte 63.

- S. GIREL, « L'art du cadavre », *Communications*, vol. 97, n° 2, 2015, p. 81.
- J.-P. GRIDEL, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.*, 2001, p. 872.
- R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2012, p. 5.
- M. HANUS, « Le cadavre crématé », *Études sur la mort*, 2006, vol. 129, n° 1, p. 137.
- J. HAUSER, « Bataille autour du feu : le partage des cendres », *RTD Civ.*, 2014, p. 619.
- J. HAUSER, « Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information », *RTD Civ.*, 2000, p. 291.
- J. HAUSER, « La mort en ce jardin : suite et fin », *RTD Civ.*, 2010, p. 760.
- J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, sept. 2012, n° 9, dossier 4.
- J. HAUSER, « Les cendres sont-elles divisibles ? », *RTD Civ.*, 1998, p. 655.
- S. HOCQUET-BERG, « Clarification des règles pour les contrats obsèques ». *Resp. civ. et assur.*, janv. 2005, n° 1, alerte 9.
- J. HOUSIER, « Retour sur la nature et le domaine de la loi sur la liberté des funérailles », *AJ Fam.*, 2019, p. 167.
- J. JULIEN, « La dernière demeure... », *Dr. Fam.*, sept. 2004, n° 9, étude 21.
- X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.*, 1997, p. 376.
- X. LABBÉE, « La dévolution successorale des restes mortels », *AJ Fam.*, 2004, p. 124.
- X. LABBÉE, « Les dieux lares ou l'urne cinéraire à domicile », *D.*, 2001, p. 2545.
- X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 19 décembre 2008 », *JCP G*, 21 janv. 2009, n° 4, act. 34.
- F. LAFFAILLE, « Mépriser la grande faucheuse. Le "droit à"... l'espoir de ne pas mourir », *D.*, 2017, p. 561.

S. LAVRIC, « Des prélèvements humains ne sont pas des objets susceptibles de restitution », *Dalloz actualité*, 11 mars 2010.

A. LEPAGE, « Le droit au respect de la vie privée, droit des vivants », *Comm. com. électr.*, mars 2000, n° 3.

G. LOISEAU, « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.*, 2010, p. 2750.

G. LOISEAU, « Exposition de cadavres : les contrats d'assurances sont aussi illicites », *JCP G*, 8 avr. 2013, n° 15, p. 716.

G. LOISEAU, « L'autonomie du droit à l'image », *LEGICOM*, 1999, vol. 20, n° 4, p. 76.

G. LOISEAU, « Le mort et son image », *JCP G*, 8 mars 1999, n° 10.

G. LOISEAU, « Le corps, objet de création », *Juris art etc.*, 2015, n° 22, p. 30.

G. LOISEAU, « Mortuorum corpus : une loi pour le respect », *D.*, 2009, p. 236.

G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.*, 2006, p. 3015.

D. MAINGUY, « À propos d'un "principe" préexistant à une loi », *D.*, 2015, p. 246.

P. MALAURIE, « Le partage des cendres et les familles recomposées », *D.*, 1998, p. 383.

C. MANAOUIL, « La nouvelle législation concernant les prélèvements d'organes à visée thérapeutique et à visée scientifique », *LPA*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 43.

A. MÂZOUZ, « L'image de la mort et le regard des vivants », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2016, n° 15.

J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *D.*, 2005, p. 1742.

A. MIRKOVIC, « L'apport au droit de la biomédecine de la loi Santé du 26 janvier 2016 », *Dr. Fam.*, oct. 2016, n° 10, dossier 38.

B. MORY, X. LABBÉE, « Le statut juridique de l'urne funéraire et des cendres qu'elle contient », *LPA*, 27 janv. 1999, n° 19, p. 17.

A. MUNCK BARRAUD, « La concession funéraire », *AJ Fam.*, 2022, p. 76.

J.-H. PARK, E.-S. JI, « Rapport imaginaire du donneur et du receveur dans le don d'organes post mortem », *Sociétés*, 2018, vol. 139, n° 1, p. 125.

C. PAILLARD, « Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2016 à mars 2017 », *JCP A*, 31 juill. 2017, n° 30-34, p. 7.

S. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA*, 2007, p. 1968.

O. PASCAL, A. SCHLENK, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal*, 2004, p. 24.

M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », *AJDA*, 2008, p. 1310.

C. PÉRÈS, « Les suites de l'affaire Our Body : nullité du contrat d'assurance pour cause illicite », *RDC*, 15 juin 2015, n° 2, p. 370.

A. PERI, « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », *LPA*, 31 août 2007, n° 175, p. 3.

P. PETITGAS, « Un registre national du don d'organes *post-mortem* », *Humanisme*, 2009, vol. 286, n° 3, p. 59.

I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », *Dr. adm.*, juill. 2006, n° 7, étude 13.

H. POPU, « Destination et protection des cendres », *Defrénois*, 28 févr. 2009, n° 4, p. 410.

H. POPU, « La conservation d'un défunt par cryogénéisation (suite) », *Defrénois*, 30 mars 2006, p. 500.

H. POPU, « La destination des cendres funéraires », *Defrénois*, 15 sept. 2007.

H. POPU, « Le partage des cendres », *Defrénois*, 15 oct. 2004, n° 19, p. 1285.

H. POPU, « Le respect des dernières volontés », *Defrénois*, 30 nov. 2005, n° 22, p. 1770.

P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis"... », *Droit et société*, 2005, vol. 61, n° 3, p. 817.

J. RAVANAS, « Image ou crime "indigne" ? », *JCP G*, 14 mars 2001, n° 11.

A. SAPORITO, « À propos des contestations sur les conditions des funérailles », *AJ Fam.*, 2022, p. 74.

J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA*, 14 déc. 1994, n° 149.

A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Que votre oui soit oui : plaider pour un registre des acceptations de prélèvement d'organes », *RSDD*, 2000, p. 339.

M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Le droit du défunt », *Communications*, 2015, vol. 97, n° 2, p. 34.

G. VIBRAC, L. MARTRILLE, « Le corps médico-légal : une nécessaire modification des pratiques de mises sous scellés », *AJ Pénal*, 2017, p. 275.

A.-F. ZATTARA-GROS, « Les clauses testamentaires "religion compatible" », *LPA*, 31 mars 2017, n° 65.

## **Documents officiels**

Acad. Natle Méd., *Les autopsies médico-scientifiques sont indispensables au progrès médical*, 7 avr. 2015.

AN, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 20 janv. 2010, n° 2235.

AN, *Rapport sur la proposition de loi relative à la législation funéraire*, 30 janv. 2008, n° 664.

CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exploitation muséale*, 7 janv. 2010, n° 111.

CCNE, *Avis sur les questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, 7 avr. 2011, n° 115, p. 7.

AN, Communication, « Mission « flash » relative aux conditions de prélèvement d'organes et du refus de tels prélèvements », 20 déc. 2017, p. 13.

CE, *La révision des lois de bioéthique*, Doc. fr., Paris, 2009.

CNIL, délib. 7 janv. 2021, n° 2021-009, *portant avis sur un projet de décret relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « Fichier national automatisé des empreintes génétiques » et modifiant les dispositions du code de procédure pénale.*

CNSC, *Rapport au parlement prévu par l'article 4 de la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010*, 11 févr. 2015.

Déf. droits, *La personne défunte et ses proches face au service public funéraire. Des droits gravés dans le marbre ?*, 27 oct. 2021.

Groupe de travail, *Le don du corps à des fins d'enseignement médical et de recherche*, juin 2021.

SÉNAT, *Proposition de loi relative à la circulation et au retour des biens culturels appartenant aux collections publiques*, 10 janv. 2022, n° 66.

SÉNAT, *Proposition de loi visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories*, 8 févr. 2008, n° 215.

SÉNAT, *Rapport d'information sur la proposition de loi de visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories*, 23 juin 2009, n° 482.

SÉNAT, *Rapport d'information sur les restitutions des biens culturels appartenant aux collections publiques*, 16 déc. 2020, n° 239.

# Table des matières

<i>Sommaire</i> .....	<i>III</i>
<i>Table des abréviations</i> .....	<i>IV</i>
<i>Introduction</i> .....	<i>1</i>
<b><i>PARTIE 1 : L'EXPLOITATION DU CADAVRE</i></b> .....	<b><i>5</i></b>
<b>Titre 1 : La préservation de la dépouille au nom du principe de dignité</b> .....	<b>5</b>
<b>Chapitre 1 : La prolongation du principe de dignité après la mort</b> .....	<b>6</b>
<b>Section 1 : L'intérêt de la survie du principe de dignité après la mort</b> .....	<b>6</b>
I. Le remède à l'extinction des droits de la personnalité .....	6
II. Le remède à l'impossibilité d'exprimer une volonté .....	7
<b>Section 2 : Le passage graduel de la dignité de l'être humain à la dignité du cadavre</b> .....	<b>7</b>
I. Le développement d'un principe d'ordre public virtuel.....	7
A. La consécration de la dignité de la personne humaine .....	7
B. L'extension du principe de dignité au cadavre par le recours à l'ordre public virtuel .....	9
II. La consécration d'un principe d'ordre public textuel .....	10
A. La création d'un nouvel article 16-1-1 .....	10
B. La modification d'articles préexistants .....	10
<b>Chapitre 2 : La mobilisation par le juge du principe de dignité après la mort</b> .....	<b>12</b>
<b>Section 1 : L'encadrement de la diffusion d'images de cadavres</b> .....	<b>12</b>
I. La fin de la protection de l'image sur le fondement des droits de la personnalité .....	12
A. Le fondement d'origine : l'image et la vie privée du défunt .....	12
B. Le fondement de substitution : la vie privée familiale .....	13
II. Le renouveau de la protection de l'image sur le fondement de la dignité.....	14
A. La possible sanction de la publication de l'image du cadavre au nom de la dignité .....	14
B. Les limites à la possibilité de sanctionner la publication de l'image du cadavre .....	15
<b>Section 2 : L'encadrement de l'exposition de cadavres</b> .....	<b>16</b>
I. L'omniprésence du cadavre au musée .....	17
A. Les restes humains anciens : des biens culturels particuliers .....	17
B. Les restes humains récents : un nouveau matériau de création .....	18
II. Les tentatives de restriction de la présence du cadavre au musée.....	19
A. L'interdiction des expositions à but commercial.....	19
B. L'essor des processus de restitution .....	20

<b>Titre 2 : Les atteintes à la dépouille au nom de l'intérêt général .....</b>	<b>22</b>
<b>Chapitre 1 : Le cadavre face aux besoins administratifs et judiciaires .....</b>	<b>22</b>
<b>Section 1 : La nécessité d'identification du défunt .....</b>	<b>22</b>
I. L'encadrement légal de l'établissement de l'identité du défunt.....	22
II. L'amélioration des techniques d'établissement de l'identité du défunt .....	23
<b>Section 2 : La nécessité de découverte de la cause de mort .....</b>	<b>24</b>
I. L'enquête aux fins de recherche des causes de la mort.....	24
A. Le recours à l'autopsie judiciaire .....	25
B. La question de la restitution du corps et des prélèvements .....	25
II. L'obstacle résiduel de la dissimulation de cadavres .....	27
<b>Chapitre 2 : Le cadavre face aux besoins de la médecine.....</b>	<b>28</b>
<b>Section 1 : La poursuite de fins thérapeutiques.....</b>	<b>28</b>
I. L'admission des prélèvements d'éléments du corps humain <i>post-mortem</i> .....	28
A. Les principes directeurs du prélèvement <i>post-mortem</i> .....	28
B. Les conditions matérielles du prélèvement <i>post-mortem</i> .....	30
II. Le consentement aux prélèvements d'éléments du corps humain <i>post-mortem</i> .....	31
A. Le principe exorbitant du consentement présumé.....	31
B. Les modalités d'expression du refus .....	32
<b>Section 2 : La poursuite de fins scientifiques .....</b>	<b>34</b>
I. Les prélèvements effectués dans un but scientifique .....	34
A. Les prélèvements aux fins de connaître la cause du décès .....	34
B. Les prélèvements aux fins d'expérimentation.....	35
II. Le don du corps à la science .....	36
A. Le renouvellement de l'encadrement général d'accès au don du corps .....	36
B. La clarification des conséquences du don du corps.....	38
 <b>PARTIE 2 : LA SÉPULTURE DU CADAVRE .....</b>	 <b>40</b>
<b>Titre 1 : La sépulture face à la volonté du défunt .....</b>	<b>40</b>
<b>Chapitre 1 : Le principe de liberté des funérailles.....</b>	<b>40</b>
<b>Section 1 : La force considérable de la liberté des funérailles .....</b>	<b>40</b>
I. La consécration d'une liberté d'organiser ses funérailles .....	40
II. La violation pénalement sanctionnée de la liberté des funérailles .....	41
<b>Section 2 : Le large champ d'application de la liberté des funérailles.....</b>	<b>42</b>
I. Le choix du caractère civil ou religieux des funérailles.....	42
II. La possibilité d'organisation complète des funérailles .....	44

<b>Chapitre 2 : La persistance de la volonté du défunt après la mort</b> .....	<b>45</b>
<b>Section 1 : Le respect de la dernière volonté expresse</b> .....	<b>45</b>
I. L'affranchissement de l'exigence de dispositions testamentaires.....	45
II. Le développement de mécanismes de prévision .....	46
<b>Section 2 : La recherche de la dernière volonté tacite</b> .....	<b>48</b>
I. La tentative d'interprétation de la volonté du défunt par le juge .....	48
II. La désignation de la personne la plus qualifiée en cas d'incertitude .....	49
<b>Titre 2 : La sépulture face à l'ordre public</b> .....	<b>50</b>
<b>Chapitre 1 : Le renforcement de l'encadrement de la sépulture</b> .....	<b>50</b>
<b>Section 1 : L'exhaustivité des modes de sépulture</b> .....	<b>51</b>
I. Le diptyque restrictif inhumation-crémation .....	51
II. Les censures systématiques des autres modes de sépulture .....	53
<b>Section 2 : La limitation du choix de la dernière demeure</b> .....	<b>55</b>
I. La destination temporaire du cadavre inhumé .....	55
A. L'encadrement étroit du lieu d'inhumation.....	55
B. Le risque subsistant d'exhumation.....	57
II. La destination précisée du cadavre incinéré.....	58
A. La restriction de la destination des cendres.....	58
B. L'interdiction du partage des cendres .....	60
<b>Chapitre 2 : L'espoir d'un assouplissement futur</b> .....	<b>61</b>
<b>Section 1 : Le retard de la réglementation sur les progrès scientifiques</b> .....	<b>62</b>
I. La négation des nouvelles techniques scientifiques.....	62
II. La concurrence des systèmes étrangers plus permissifs.....	63
<b>Section 2 : Les facteurs d'inadéquation du traitement du cadavre</b> .....	<b>64</b>
I. La dissimulation d'un ordre moral derrière l'ordre public.....	64
II. La nécessité de dépasser la <i>summa divisio</i> .....	65
<b>Conclusion</b> .....	<b>68</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>IX</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>XIX</b>