



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE CORPS HUMAIN APRÈS LA MORT. QUAND LES JURISTES JOUENT AU « CADAVRE EXQUIS »...

PHILIPPE RAIMBAULT

Référence de publication : Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au "cadavre exquis".

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE CORPS HUMAIN APRÈS LA MORT. QUAND LES JURISTES JOUENT AU « CADAVRE EXQUIS »...

Cet article pose la question de la nature juridique du droit de l'individu sur son propre corps au delà de sa mort. Cette interrogation, longtemps éludée, doit effectivement être affrontée du fait des progrès scientifiques qui font du cadavre une ressource susceptible d'exploitations sociales. Le prisme du consentement de l'individu permet alors d'évoquer le problème de la souveraineté sur le cadavre, lequel se résout par une répartition des droits entre l'individu et l'État qui montre que le corps devient un lieu de négociation politique. Cependant, les instruments juridiques traditionnels semblent inadaptés pour saisir l'objet spécifique que constitue le corps mort, ce qui explique les hésitations des juristes et la difficulté à construire un vrai statut juridique pour le cadavre humain.

The Human Body after Death : When Jurists Play « cadavre exquis » This paper questions the legal nature of an individual's right over his own body after his death. Scientific progress has made the corpse a valuable resource. Though this topic has been neglected, science nonetheless compels one to ponder it. The notion of the individual's consent allows to address the problem of sovereignty over corpses. This problem is solved by sharing the rights between the individual and the State. This proves that bodies have become the object of political negotiation. Nevertheless, traditional legal instruments do not seem appropriate to deal with such a specific object as a dead body. This explains lawyers' hesitation, and the difficulty in shaping a real legal status for human corpses.

Pour le commun des mortels, l'interrogation consistant à se demander si tout individu humain incarné par un corps est bien une personne n'est rien d'autre qu'une argutie de juristes soucieux de constituer en problème une question qui n'en pose pas. Le profane est du reste conforté dans cette pensée par l'usage habituel du terme « personne », lequel désigne tout simplement un individu de l'espèce humaine. Le droit français traduit d'ailleurs cette évidence

depuis l'abolition de l'esclavage¹ et de la « mort civile »², laquelle faisait perdre, jusqu'au milieu du XIXe siècle, leur qualité de sujet de droits aux condamnés à mort, à une peine afflutive ou infamante. Ainsi, depuis lors, tout être humain constitue juridiquement une personne, ce qui confirme a priori les perceptions communes. L'équation montre en outre que l'appréhension du corps par le droit passe prioritairement par celle du corps vivant, support d'une personne physique qui induit la personnalité juridique. Historiquement, c'est même autour de ce corps, véritable « support public d'une procédure »³, que se sont construites les politiques pénales et que s'est élaboré le droit correspondant. Bien plus tard, au fur et à mesure que s'humanisaient les procédures sous l'influence des droits de l'homme, le corps, incarnation d'une personne désormais protégée, s'est progressivement trouvé sacré par le droit. Cette esquisse historique suffit pour révéler la diversité des paradigmes sociaux de relation au corps que le droit est susceptible de traduire⁴. Sans qu'il soit question de remettre en cause le quasi-monopole de l'attention des juristes dont bénéficie dans ce domaine le corps vivant, il faut néanmoins noter que, dès l'Ancien Régime, le corps des morts a également pu constituer un enjeu juridique et politique, notamment à travers les procès à cadavres⁵ ou les supplices parfois pratiqués sur ces derniers⁶. Par la suite, leur utilisation pour faciliter les progrès de la médecine⁷ suscita à son tour quelques questionnements juridiques⁸. Aujourd'hui, ces débats juridiques sont réactualisés par le développement important des progrès scientifiques, lesquels obligent à s'interroger sur les usages possibles des corps morts, que ces derniers soient ceux d'embryons

¹ Aboli une première fois en 1794 sans que la mesure soit partout suivie d'effet, l'esclavage sera ensuite rétabli par Bonaparte en 1802 avant d'être définitivement supprimé par le décret du 27 avril 1848.

² Applicable sous l'Ancien Régime aux religieux prononçant des vœux perpétuels, puis aux condamnés sus-évoqués, cette institution disparaît définitivement en vertu d'une loi du 31 mai 1854. Ce texte substitue à la mort civile l'interdiction légale qui porte atteinte à la capacité juridique de la personne, non à sa qualité de sujet de droits.

³ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1975, p. 47.

⁴ Insistant sur cette diversité et ses conséquences normatives : Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 117-118.

⁵ Un historique des règles relatives aux procès à cadavres et aux peines pouvant leur être infligées est présenté par Gabriel TIMBAL, *La condition juridique des morts*, thèse, Toulouse, Privat, 1903, p. 130-159.

⁶ Pour une explicitation du sens de ce genre de cérémonial pour la justice, se référer à Michel F OUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 38 et 61.

⁷ Retraçant, au plan historique, l'importance de l'usage des cadavres dans la constitution d'un savoir médical : Michel FOUCAULT, « Ouvrez quelques cadavres », in I D., *Naissance de la clinique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1994, p. 125-149.

⁸ Un retour sur l'encadrement juridique des expériences médicales menées sur les cadavres est proposé par Jean-René BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, PUF, 2002, p. 20-24.

humains qui n'ont pu naître⁹ ou de personnes décédées¹⁰. Dès lors, l'assimilation initiale entre corps humain et personne mérite d'être repensée¹¹, le corps « survivant » à la disparition de la personne, en demeurant, certes temporairement mais de manière particulièrement encombrante, dans l'espace public. Ainsi la question de la nature juridique du droit de l'individu sur son propre corps, longtemps éludée dans la mesure où le corps mort n'avait pas de réelle fonction sociale, doit-elle désormais être posée.

De fait, même si les questions sont circonscrites aux usages post mortem du corps, elles doivent être complètement reconsidérées pour tenir compte des progrès exponentiels de la médecine qui rendent la frontière entre la vie et la mort encore plus floue¹², mais aussi de certaines évolutions sociales, comme la moindre homogénéité des sociétés contemporaines, notamment au plan religieux. Ces facteurs, et vraisemblablement bien d'autres qu'il faudrait identifier plus précisément, expliquent en tout cas le développement de revendications juridiques, souvent fondées sur l'argument du « vide législatif »¹³, concernant l'usage des

⁹ Une réflexion de ce type a notamment été menée par le Comité national consultatif d'éthique dès son avis n° 1 du 22 mai 1984. Ces problèmes ont donné lieu à une abondante littérature et à de multiples initiatives ; à titre d'exemple, le lecteur pourra consulter la proposition pour un statut juridique de l'être embryonnaire de Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 237-240.

¹⁰ Les expériences menées par un médecin sur une personne en état de mort cérébrale ont ainsi permis au Conseil d'État d'affirmer que « 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 avec la mort de celui-ci [et] font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes [...], il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort, alors que, d'une part, la mort n'a pas été constatée dans des conditions analogues à celles qui sont définies par les articles 20 à 22 du décret du 31 mars 1978 ; que, d'autre part, ladite expérimentation ne répond pas à une nécessité scientifique reconnue ; et qu'enfin, l'intéressé n'a pas donné son consentement de son vivant ou que l'accord de ses proches, s'il en existe, n'a pas été obtenu » : CE Ass., 2 juillet 1993, Milhaud, Recueil, p. 194, concl. Kessler ; Recueil Dalloz, 7, 1994, jurispr. p. 74, note Peyrical ; Actualité juridique. Droit administratif, 1993, p. 530, chron. Maugué et Touvet ; Revue française de droit administratif, 1993, p. 1002, concl. ; *La Semaine juridique*, édition générale, 41, 1993, II, 22133, note Gonod.

¹¹ Constatant la nécessité de cette distinction entre corps et personne : Dominique THOUVENIN, « La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain », *Justices*, 20, hors série, 2001, p. 113-118.

¹² La question de la détermination et de la preuve de la mort pose problème depuis longtemps déjà, comme le montraient, dès l'apparition des techniques de greffe d'organes, Jean SAVATIER, « *Et in hora mortis nostrae* », Recueil Dalloz, 18, 1968, chron. p. 89-94 ; Louis-Marie RAYMONDIS, « Problème juridique d'une définition de la mort », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, 1969, p. 29-39. Sur les enjeux juridiques de cette opération, voir également Patrick de GOUSTINE, « La détermination de la mort en droit positif », *Revue de droit sanitaire et social*, 4, 1990, p. 595-614 ; Caroline CHABAULT, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *Les petites affiches*, 56, 3 mai 1996, p. 4-8. Par ailleurs, les progrès médicaux conduisent aujourd'hui à envisager la mort comme un véritable processus, obligeant à s'interroger sur la nécessité de statuts intermédiaires entre celui de personne vivante et celui de cadavre : Laurence RAVILLON, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », *Revue de droit sanitaire et social*, 1, 1999, p. 191-213 ; Marie-France CALLU, « Autour de la mort : variations sur "Madame se meurt, Madame est morte" », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2, 1999, p. 313-342.

¹³ Pour une analyse de la construction de ce « vide », voir Dominique MEMMI, « "Demande de droit" ou "vide juridique" ? Les juristes aux prises avec la construction de leur propre légitimité », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 13-31. Voir en outre sur le rôle des experts dans l'élaboration progressive de la norme : Dominique MEMMI, « Savants et maîtres à penser. La fabrication d'une morale de la procréation artificielle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 76/77, 1989, p. 82-103

cadavres. Certaines tiennent à la multiplication des discours valorisant la libre disposition de soi et débouchent alors sur une demande de libre choix du mode de conservation du corps et sur des usages parfois surprenants : cryogénérisation, satellisation, plastination pour des expositions d'art moderne¹⁴... Dans le même temps, la demande de droit se justifie également par la nécessité de préserver des intérêts collectifs liés au fait que le corps, même mort, est désormais une véritable ressource susceptible de fournir les éléments d'une greffe ou de faire progresser les recherches scientifiques.

Ainsi l'usage, qu'il soit individuel ou social, du cadavre se présente-t-il comme une nouvelle facette de cette « bio-objectivation de soi »¹⁵ qui fait du corps l'un des supports essentiels de nombreuses luttes politiques contemporaines. Or, la traduction juridique de cette revendication s'avère d'autant plus intéressante que le droit ne s'intéresse traditionnellement pas ou peu à la dépouille mortelle¹⁶. L'affirmation est si vraie qu'il a longtemps et régulièrement pu être affirmé qu'en France « on meurt par circulaire »¹⁷, aucun texte supérieur n'offrant une définition légale de la mort. Un changement assez récent garantit certes désormais le confort relatif d'une définition décrétale¹⁸, mais le cadavre demeure un objet social particulièrement difficile à appréhender juridiquement, comme l'atteste également le fait que les enjeux liés à la fin de la vie soient traditionnellement délaissés par la réflexion juridique. Dès lors, seule une jurisprudence éparpillée, souvent anecdotique et parfois contradictoire permet au juriste de se saisir de cette question pourtant porteuse de représentations sociales fondamentales. Aussi

¹⁴ La plastination est un procédé chimique qui consiste à retirer sous vide l'eau et la graisse des tissus pour les remplacer par du caoutchouc au silicium ou de la résine. Les corps entiers ou des organes gardent ainsi leur plasticité, sont inodores et se conservent pour l'éternité. Débarrassé de sa peau, le corps est en quelque sorte « écorché mort » et apparaît dans toute sa complexité musculaire, veineuse et artérielle, ou encore viscérale. La technique, mise au point en 1974 par l'anatomiste allemand Gunther von Hagens, est récemment sortie des cénacles médicaux. Une exposition d'« Art anatomique » sillonne le monde – Autriche, Suisse, Japon – depuis l'énorme succès populaire de celle organisée à Manheim en 1997-1998, non sans soulever de polémiques. À titre d'illustration des débats, se reporter à Brigitte TAG, « Considérations juridiques sur le don du corps, la plastination et la dignité de l'homme », dans le très riche catalogue de l'exposition, et à la présentation opérée par Gunther Von HAGENS, *Körperwelten, fascination beneath the surface*, Heidelberg, Institute for plastination, 1997.

¹⁵ Le terme est emprunté à Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, La Découverte, 2003, p. 283. L'auteur illustre ce mouvement en s'appuyant notamment sur les luttes féministes et les révoltes sociales de la fin des années 1960.

¹⁶ Ce qui ne signifie pas que les règles juridiques se désintéressent de la mort ; bien au contraire, « le droit se nourrit de la mort », comme l'a montré Bertrand CALAIS : « La mort et le droit », Recueil Dalloz, 13, 1985, chron. p. 73.

¹⁷ En l'absence d'autopsie, la mort devait effectivement être constatée selon les modalités prévues par la circulaire du 24 avril 1968.

¹⁸ Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le Code de la santé publique. Il faut bien noter que l'application de ce texte est limité aux hypothèses de prélèvements d'organes, ce qui signifie que les modalités de constat de la mort qui y sont définies ne s'imposent légalement pas en d'autres circonstances. Pour de plus amples précisions sur le régime juridique de la constatation de la mort et des autopsies, se reporter à la rubrique « Mort : constatation et autopsie », dans *Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologies*, feuillet 25, p. 1311 et suiv.

surprenant soit-il, il faut donc se rendre à ce constat fascinant : le droit positif français n'offre aujourd'hui aucune protection systématique et clairement organisée de la dépouille mortelle en tant que donnée corporelle. L'écho des revendications actuelles vient alors troubler le silence habituel du droit et conduit à s'interroger sur la possibilité et, surtout au delà, sur les significations d'une régulation juridique du cadavre humain. Il semble donc légitime de chercher à déterminer, par-delà l'apparente confusion et les quelques antinomies des solutions juridiques en la matière, dans quelle mesure le droit et les demandes d'évolutions auxquelles il est confronté permettent de déterminer le rôle respectif de l'État et des individus, de préciser l'équilibre entre intérêts collectifs et individuels en cause. En outre, les questions soulevées amènent à repenser les outils de régulation eux-mêmes, les catégories juridiques traditionnelles n'étant pas toujours adaptées aux problèmes soulevés par les évolutions sociales. Dans cette perspective, le prisme juridique du consentement de l'individu permet d'évoquer la question du titulaire de la souveraineté sur le cadavre (I), laquelle illustre parfaitement la répartition des rôles qui s'opère entre l'État et les individus, confirmant que le corps est désormais un des lieux de la négociation politique¹⁹. Une fois les intervenants identifiés, il reste à déterminer le contenu possible et les limites de leurs décisions, ce qui induit une prise de position difficile sur le statut juridique du cadavre (II). La réflexion renvoie alors à la définition des instruments juridiques appropriés à l'appréhension d'un objet social aussi spécifique que le cadavre.

I- Quelle souveraineté ? Les ambiguïtés du consentement

Devenu ressource depuis que la figure du « corps tabou » héritée des prescriptions religieuses cède le pas devant l'émergence du « corps outil » de la science²⁰, le cadavre est désormais un enjeu social, voire économique.

Dans ces conditions, nul ne saurait être surpris de voir l'État, déjà « hygiéniste »²¹ depuis le milieu du XIX^e siècle, souhaiter intervenir dans ce débat. Pour autant, le corps n'est pas un objet banal dans la mesure où il constitue partiellement la personne, qui revendique de ce fait

¹⁹ Voir sur ce point l'analyse de Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 284-298.

²⁰ Ces deux figures sont celles mises au jour par Dominique MEMMI, *Les gardiens du corps. Dix ans de magistère bioéthique*, Paris, éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996, p. 20.

²¹ Pierre ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1990, p. 128.

légitimement sa libre disposition. C'est du reste ce concept juridique qui justifie ensuite la nécessité absolue d'invoquer le consentement de l'individu avant tout usage de son corps, voire toute exploitation future de son cadavre. Or, l'examen des modalités de mise en œuvre du consentement permet précisément de cerner l'équilibre entre les intérêts individuels et collectifs consacré par le droit. Ce dernier atteste en effet d'hypothèses de véritable souveraineté individuelle lorsque le consentement est exigé (I.1), mais aussi de cas où la souveraineté est collective, le consentement étant alors étudié (I. 2)

A . La souveraineté individuelle : le consentement exigé

L'exigence du consentement de l'individu pour un usage prédéterminé de son futur cadavre traduit a priori la persistance de la libre disposition de soi. Il s'agit alors en quelque sorte de faire survivre la volonté de la personne à sa mort, sur le modèle de ce que le droit des successions permet en matière mobilière. Or, même dans cette hypothèse où la nécessité du consentement n'est pas mise en cause, les modalités de sa réception peuvent poser question. De fait, si le principe du respect du consentement s'exprime normalement à travers la liberté des funérailles, celui-ci peut néanmoins parfois être extorqué, comme l'atteste la présomption de don qui existe dans certaines circonstances.

1. Le consentement respecté : la liberté des funérailles

En droit positif, la traduction la plus évidente du respect du consentement réside dans le principe posé par la loi du 15 novembre 1887 dite « loi sur la liberté des funérailles ». Le texte dispose en effet que « tout majeur ou mineur en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner, et le mode de sépulture ». En dépit de la précision relative au caractère religieux ou non, laquelle s'explique par l'anticléricalisme ambiant lors de l'élaboration de la loi, la disposition ne concerne pas uniquement le déroulement des funérailles. Du fait d'une interprétation souple, elle s'applique effectivement tout d'abord au sort du cadavre – enterrement, incinération, embaumement, donation... –, mais aussi au mode d'inhumation – choix du cimetière, du monument funéraire, du ou des « compagnons d'éternité » avec qui la sépulture est partagée. Il

est dès lors possible d'affirmer avec Xavier Labbée que « tous les actes ayant pour objet le cadavre du disposant s'inscrivent dans le droit des funérailles »²².

Le principe étant posé, reste à savoir sous quelle(s) forme(s) il s'exprime. Sur ce point, la liberté se trouve plutôt confortée par l'absence de formalisme puisque, si le testament reste le moyen privilégié d'expression de sa volonté pour le défunt, les juges admettent de rompre le parallélisme avec le droit des biens – où l'écrit testamentaire est la forme exclusive – en acceptant de prendre en considération d'autres manifestations de volonté. L'enjeu demeurant ici principalement moral, la preuve de la volonté, y compris tacite, du défunt peut être faite par tout moyen²³.

Ainsi, tant le principe initial que ses modes d'expression tendent à donner toute sa force à l'exigence de consentement du défunt qui semble en mesure de disposer de son cadavre comme il l'entend. Toutefois, bien qu'aucune limite ne soit expressément posée par la législation spécifique aux funérailles²⁴, il n'en demeure pas moins que certaines peuvent résulter du jeu de dispositions plus générales. Il faut du reste que quelques originaux manifestent leurs velléités pour que la jurisprudence puisse préciser les interdits restreignant l'exercice de cette liberté. L'actualité juridique en offre d'ailleurs une illustration, la cryogénérisation étant rejetée par le juge administratif dans la mesure où elle « ne constitue pas un mode d'inhumation prévu » par le Code général des collectivités territoriales. À cette occasion, la mesure de police interdisant le recours à ce procédé est donc jugée légale car justifiée « par les nécessités de la sécurité et de l'ordre public et par la protection des défunts »²⁵. Il est en outre bien d'autres hypothèses non expressément prohibées par le droit et qui devraient de ce fait normalement être admises dans une société libérale où le principe de complétude du système juridique repose sur l'adage selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Il en va, par exemple, ainsi de la satellisation – procédé existant aux États-Unis –

²² Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 293.

²³ CA Toulouse, 20 mai 1975, « Gausserand, Veuve Taillefer c/ Epoux Jalby », Recueil Dalloz, 32, 1975, somm. p. 91, pour une espèce où l'ajout par une personne du nom de son petit-fils sur la plaque funéraire permet d'établir sa volonté de fonder un caveau familial. Voir en outre, pour une application de ces règles à des paillettes de sperme conservées artificiellement : TGI de Créteil, 1er août 1984, « Parpalaix », *La Semaine juridique*, édition générale, 51/52, 1984, II, 20321, note Corone.

²⁴ Encore faut-il évoquer le dépôt le 7 juillet 2005 par le sénateur Jean-Pierre Sueur de la proposition de loi n° 464 sur le statut et la destination des cendres des personnes dont le corps a fait l'objet d'une crémation. Ce texte prévoit en effet la dispersion des cendres dans des espaces publics ou dans la nature après déclaration, ce qui revient à interdire leur appropriation par la famille. Un débat lié à l'absence de statut juridique des cendres semble donc émerger ; voir notamment Cécile PRIEUR, « L'essor de la crémation pose la question du statut des cendres », *Le Monde*, 30 octobre 2005.

²⁵ CAA Nantes, 27 juin 2003, « Consorts Martinot », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2003, p. 1871, concl. Millet. L'arrêt confirme le jugement de première instance : TA Nantes, 3ème ch., 5 septembre 2002, « Consorts Martinot », *La Semaine juridique*, édition générale, 13, 2003, II, 10052, note Douay. Un précédent récent a même été tranché par le Conseil d'État : CE, 29 juillet 2002, « Consorts Leroy », req. n° 222180.

ou de la vente des cadavres. Pour autant, il reste assez probable, même si la jurisprudence n'a jamais tranché ce genre de litige, que de tels contrats seraient considérés comme illicites puisque l'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »²⁶. Ainsi, l'expression du consentement, pourtant censée concrétiser la libre disposition par les individus de leur corps après la mort, peut se heurter aux limites imprécises de l'ordre public. Le rappel de ces restrictions dans les cas où la liberté individuelle est affirmée comme principe de base montre bien que la souveraineté individuelle sur le corps n'est jamais absolue. La collectivité, ici incarnée par les autorités chargées de l'ordre public, se réserve toujours des possibilités d'intervention pour préserver ses intérêts, quand elle ne les institutionnalise pas directement, par exemple par le jeu de la présomption de consentement.

2. Le consentement extorqué : la présomption de don

Si la force du consentement peut être atténuée dans les cas où il traduit la liberté individuelle, son importance symbolique et la légitimité qu'il procure exigent néanmoins qu'il soit convoqué, notamment dans des hypothèses où le droit promeut des intérêts sociaux plutôt que la souveraineté individuelle. La technique juridique de la présomption de consentement remplit justement cette fonction en permettant de considérer le silence d'un défunt comme un acquiescement à certaines utilisations de son cadavre. Le droit valide alors l'adage « qui ne dit mot consent » pour mieux satisfaire certains intérêts qu'il reconnaît comme collectifs et contourner les réticences individuelles non exprimées.

Discrètement instituée par décrets dès les années 1940²⁷, la présomption de consentement va ensuite être sollicitée et justifiée par la nécessité de ne pas entraver le développement des techniques de greffe. D'abord écartée dans le cadre législatif spécifique des

²⁶ Article 6 du Code civil. Il faut toutefois noter que l'argumentation est alors sous-tendue par l'affirmation du caractère inaccessible du droit à l'intégrité physique. Or, comme le souligne Xavier LABBÉE, « le problème ne semble [...] être que de pure technique juridique. Pourquoi la vente par l'individu, de son cadavre, ne serait-elle pas valable, dès lors que le vendeur a la possibilité de reprendre son consentement ? », in ID., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 392.

²⁷ Un décret du 31 décembre 1941 rend inapplicable aux hôpitaux l'interdiction de moulage ou d'autopsie d'un cadavre dans les 24 heures suivant la déclaration de décès. Le décret n° 47-2057 du 20 octobre 1947 dispose que, dans certains établissements hospitaliers, « si le médecin chef de service juge qu'un intérêt scientifique ou de thérapeutique le commande, l'autopsie et le prélèvement pourront, même en l'absence d'autorisation de la famille, être pratiqués sans délai ». Pour une analyse plus détaillée de la genèse décrétale de la présomption de consentement, se reporter à Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, p. 200-204.

greffes de cornée²⁸, elle sera n effet instaurée plus largement par la loi Caillavet relative aux prélèvements d'organes. De fait, ce texte dispose que « des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant le refus d'un tel prélèvement »²⁹, inversant les principes posés par la loi régissant les dons de cornée.

Critiquée en termes très vifs en raison de la « nationalisation »³⁰ du cadavre qu'elle opère en ne ménageant pas un droit d'opposition au profit de la famille du défunt, mais aussi en étendant le champ de la présomption au delà des prélèvements opérés en vue de greffes à ceux réalisés à des fins scientifiques, cette loi a vu sa rigueur peu à peu atténuée. Ses textes d'application³¹ ont tout d'abord admis que la famille fasse connaître la position du défunt, sans toutefois lui accorder un réel droit d'opposition. Les ambiguïtés nées des contradictions entre la loi et les textes inférieurs ont ensuite conduit le législateur à préciser le droit applicable à l'occasion de l'élaboration des lois de bioéthique en 1994, puis de leur refonte en 2004. Le rôle de la famille, puis des « proches »³², dans la quête de la volonté du défunt s'est ainsi progressivement vu consacré, tandis que le champ exact de la présomption de consentement se dessinait. Dans le texte initial³³, celle-ci n'était applicable aux majeurs non protégés que pour les prélèvements opérés en vue de greffes ou en vue de rechercher les causes du décès – cette démarche pouvant révéler une finalité thérapeutique au profit des membres de la famille lorsqu'elle fait apparaître que le décès est imputable à une maladie génétique par exemple –, mais elle ne jouait pas à leur égard en cas d'autopsie strictement scientifique. Pour les personnes incapables, seule la recherche des causes du décès justifiait le jeu de la présomption de consentement. La première restriction est tombée dans la nouvelle version du fait de la généralisation de la présomption de consentement, tandis que le régime des incapables constitue

²⁸ La loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 dite « loi Lafay » exige en effet une disposition testamentaire de « don des yeux » pour autoriser tout prélèvement de cornée. Ce texte qui s'explique à la fois par le contexte médical de développements considérables des techniques de greffe et le caractère traumatisant du prélèvement en cause illustre pour sa part parfaitement le droit de disposition du corps post-mortem. Ses dispositions ont cependant été abrogées par l'article 20 de la loi n° 94- 654 du 29 juillet 1994 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.

²⁹ Article 2 de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

³⁰ Le terme est de Jean CARBONNIER, Droit civil. Les personnes, Paris, PUF, coll. « Thémis droit pri vé », 2000, p. 45. Voir également l'analyse évoquant « la collectivisation du corps humain et son exploitation » opérée par Claude JACQUINOT, « Sur les prélèvements d'organes », Gazette du Palais, 3, 1979, doctrine, p. 249. Pour des jugements moins sévères sur ce texte, voir J.-B. GRENOUILLEAU, « Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes », Recueil Dalloz, 30, 1977, chron. p. 213-220 ; Ahmed CHARAF ELDINE, « Les prélèvements d'organes », Revue de droit sanitaire et social, 56, 1978, p. 445-463.

³¹ Il s'agit du décret n° 78-501 du 31 mars 1978 et de la circulaire du 3 avril 1978.

³² Article L. 1232-1 du Code de la santé publique, tel qu'il résulte de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

³³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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. Ce texte abroge et remplace la loi Caillavet.

désormais une exception globale puisque tout prélèvement est alors soumis au consentement écrit préalable des responsables légaux³⁴. Le registre national des refus – que les médecins sont tenus de consulter avant tout prélèvement –, institué depuis 1994 pour faciliter l'expression des oppositions, rappelle néanmoins que le principe du consentement présumé demeure la règle. Les modalités d'information publique sont d'ailleurs organisées « en faveur du don »³⁵ et non en soulignant le droit d'opposition³⁶. En pratique, le jeu de la présomption est certes largement atténué par l'usage des médecins – qui fait une large part à l'avis de la famille³⁷ – et par la jurisprudence des juridictions administratives inférieures³⁸. Mais la prescription législative reste formellement en vigueur et la présomption peut retrouver toute sa force à tout moment, comme l'attestent les rares décisions du Conseil d'État intervenues sur le sujet³⁹. Il est ainsi certaines circonstances, implicitement assimilées à la poursuite d'un intérêt général, qui justifient que le silence d'un individu soit interprété comme l'expression de son consentement à des usages thérapeutiques de son cadavre.

Or, d'un point de vue politique, c'est évidemment la définition même de ces circonstances qui pose question. En l'occurrence, la reconnaissance d'une présomption de

³⁴ Se reporter aux articles L. 1232-1 et L. 1232-2 du Code de la santé publique, dans leur rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique qui adapte les dispositions antérieures aux progrès médicaux. Les apports de la loi en ce domaine sont analysés en détail par Séverine NICOT, « Les actualités législatives en matière de dons d'organes », Les cahiers de droit de la santé du sud-est, 3, 2005, p. 167-194.

³⁵ Article L. 1211-3 du Code de la santé publique.

³⁶ Pour une critique de la confusion des termes et de l'usage abusif du mot « don » en raison de l'intention gratifiante qu'il recèle, voir Dominique THOUVENIN, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. II. Nécessité de la volonté », Recueil Dalloz, 3, 2005, chron. p. 177.

³⁷ Voir le constat opéré par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Disposer de soi ?, op. cit., p. 288-295.

³⁸ TA Marseille, 9 novembre 1984, « Camara » ; TA Marseille, 15 décembre 1987, « M. et Mme Burnod », Recueil, p. 496. Dans ces espèces, le juge considère que le prélèvement d'organes sur des mineurs en vue de rechercher les causes de leur décès est fautif s'il est opéré sans le consentement de leurs représentants légaux.

TA Lyon, 19 mai 1993, « Mme Pereira de Sousa », Recueil, p. 511, jugement où une faute est reconnue suite à un prélèvement d'organes opéré en dépit de l'opposition exprimée oralement par l'époux de la défunte.

³⁹ CE, 18 mars 1983, « Mme Nguyen Ti Nam », La Semaine juridique, édition générale, 50, 1983, II, 20111, note Auby ; Revue de droit sanitaire et social, 2, 1984, p. 169, note Dubouis. Saisi d'un recours contre le décret d'application de la loi Caillavet notamment fondé sur l'absence de droit d'opposition au prélèvement de la part des familles, le Conseil d'État rejette l'argumentation en adoptant une interprétation stricte de la loi qui renforce la présomption de consentement. CE, 17 février 1988, « Époux Camara », Recueil Dalloz, 5, 1989, p. 41, concl. Stirn ; La Semaine juridique, édition générale, 10, 1990, II, 21421, note Fort-Cardon ; Revue de droit sanitaire et social, 3, 1988, p. 511, note Dubouis ; Actualité juridique. Droit administratif, 1988, p. 329, chron. Azibert et de Boisdeffre. Dans cette affaire, censurant le jugement de première instance, le Conseil d'État refuse d'engager la responsabilité de l'hôpital pour des prélèvements opérés en vue de rechercher les causes du décès d'une petite fille de quatre mois, sans l'accord de ses représentants légaux. Le juge interprète ici strictement la loi qui prévoyait expressément la non-application de la présomption aux prélèvements effectués sur mineurs en vue d'une greffe, ce qui, a contrario, permet sa mise en œuvre pour les prélèvements destinés à connaître les causes du décès. Cette solution a été très vivement critiquée, d'autant que la défunte était de confession musulmane et que ce dogme religieux fait de l'intégrité du cadavre une des conditions d'accès à la vie éternelle, ce qui avait d'ailleurs justifié que le pouvoir réglementaire interdise les prélèvements sur les musulmans dès 1927

consentement, qui s'explique principalement par la nécessité de disposer de greffons⁴⁰, signifie que l'État tranche en faveur des patients en attente de greffe, au détriment éventuel de l'intégrité physique des personnes décédées sans manifester d'opposition à l'usage de leur cadavre. Ainsi, pour arbitrer entre deux intérêts particuliers, le législateur en élève un au rang d'intérêt général⁴¹ grâce à l'habillage argumentaire de la solidarité sociale⁴², sans sembler envisager qu'il opère là une « rupture anthropologique »⁴³ fondamentale. Finalement, le cadavre se trouve ici soumis à une « souveraineté collective », même si elle passe, au moins formellement puisque l'outil juridique du consentement est mobilisé, par le canal du respect de la souveraineté individuelle. Le consentement est certes un peu extorqué, mais il est néanmoins évoqué, ce qui montre bien qu'il constitue un instrument de légitimation essentiel pour préserver l'idée d'une libre disposition de son cadavre. Cette idée d'une construction juridique du consentement individuel en vue de légitimer un prélèvement sur le cadavre est encore plus évidente dès lors qu'il est admis que les textes ne font aucune référence au « consentement présumé ». Il est donc possible de soutenir, à l'instar de Dominique Thouvenin, que les lois instituent en réalité uniquement un droit d'opposition qui, lorsqu'il n'est pas utilisé, rend possible un prélèvement d'organe, sans pour autant signifier que la personne l'accepte, son silence étant alors insusceptible d'interprétation⁴⁴. Cette perception du dispositif législatif semble tout aussi valide que celle qui

⁴⁰ Au terme d'une analyse des débats législatifs successifs, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ relève que la seule justification apportée au mécanisme de la présomption de consentement est d'ordre pratique : il s'agit de ne pas entraver le développement des techniques médicales et le soin de nouveaux patients par manque de greffons. En revanche, « à aucun moment, ni lors de sa consécration en droit positif, ni lors de sa confirmation, le principe de consentement présumé n'a été justifié quant au fond. Cette absence de justification est rendue d'autant plus frappante par le fait qu'il s'agit de l'adoption d'un principe exorbitant du droit commun sur un terrain particulièrement sensible qui est celui de l'utilisation médicale du cadavre. [...] Il en ressort que le législateur n'a pas su exposer les raisons pour lesquelles il lui a paru légitime de recourir en la matière à une présomption de consentement du défunt » (*Disposer de soi ?, op. cit.*, p. 309).

⁴¹ C'est cette démarche que critique Jean-René BINET à propos de l'extension, lors du vote de la loi Caillavet, de la présomption de consentement aux autopsies réalisées à des fins scientifiques. L'auteur considère en effet que le texte institue « une mise à disposition des cadavres aux fins d'expérimentation scientifique » opérée sous la pression du monde scientifique (*Droit et progrès scientifique*, op. cit., p. 25). Sans se risquer à dénoncer l'influence des lobbies de l'industrie médicale sur la représentation nationale, il relève que les défenseurs de cette rédaction de la loi s'appuyaient simplement sur l'utilité des autopsies pour le progrès des connaissances.

⁴² Insistant sur la prévalence de la solidarité sur la liberté, voir Jean SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *Les petites affiches*, 149, 14 décembre 1994, p. 13.

⁴³ David LE BRETON, *La chair à vif. Usages médicaux et mondains du cadavre*, Paris, Métailié, 1993, p. 294. À l'instar de nombreux anthropologues, l'auteur relève l'importance des usages médicaux du cadavre qui rompent la sacréité dont il était traditionnellement entouré. Il précise ainsi que, contrairement à certains discours de légitimation, « à l'inverse d'être un signe de générosité sociale les greffes d'organes introduisent une faille dans le lien social, elles modifient la morale collective, elles suscitent le désir de la mort d'un inconnu, et elles font de l'être même de l'homme un matériel parmi d'autres. Le fait de prélever un organe sur un cadavre pour l'implanter dans la chair d'un autre homme est une rupture anthropologique. Le corps humain devient un objet disponible, un gisement que seuls la rareté et les enjeux médicaux qu'il sous-tend distinguent des autres. Au nom de la vie ou de la solidarité (selon la formule consacrée), le monde occidental invente une forme inédite de cannibalisme ».

⁴⁴ Dominique THOUVENIN, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », op. cit., p. 173.

évoque l'idée d'un consentement présumé. C'est pourtant cette dernière qui se révèle largement majoritaire en doctrine, étant parfois même retenue par les juges⁴⁵. Or, cette présentation du droit n'est évidemment pas neutre : elle permet, grâce à la mobilisation du consentement implicite, de limiter le caractère contraignant du prélèvement et de légitimer l'opération. Encore faut-il préciser qu'il existe des hypothèses où la pression collective se fait plus forte et où le consentement est alors totalement étudié

B. La souveraineté collective : le consentement étudié

La puissance publique dispose de plusieurs manières d'éviter le consentement de l'individu. Elle peut tout d'abord nier le consentement individuel qui entre en contradiction frontale avec l'intérêt collectif qu'elle incarne et qui se concrétise à travers des notions comme l'ordre public. Plus subtilement, elle peut atteindre un résultat identique en considérant, au nom de la dignité ou de la protection de la personne concernée, que le consentement est impossible.

1. Le consentement nié : l'ordre public

Il convient avant tout de rappeler qu'il est des hypothèses telle la cryogénérisation⁴⁶, où l'ordre public est expressément opposé à la liberté des funérailles pour justifier la négation du consentement individuel. Or, il faut ici noter l'incertitude qui affecte la consistance de l'ordre public : un glissement s'opère parfois, comme dans l'affaire Martinot, « les objectifs d'hygiène et de santé publiques s'effaçant au cours des procédures devant ceux de décence et de moralité publiques »⁴⁷. Dès lors, ce sont les réticences traditionnelles face à l'usage d'une référence aussi subjective que la moralité qui ressurgissent. Là où la négation du consentement peut être consensuellement légitime s'il s'agit de protéger les vivants contre le risque de pourrissement du cadavre, elle devient beaucoup plus problématique quand elle s'impose au nom d'un ordre moral qui n'est pas unanimement admis. L'ordre public apparaît alors pour ce qu'il est : un concept juridique malléable qui peut masquer des atteintes aux libertés plus ou moins justifiées.

⁴⁵ Pour un cas particulièrement significatif où une référence au « principe général de consentement présumé » de la loi Caillavet conduit le juge à priver d'effet la loi Lafay pourtant formellement en vigueur au moment des faits : TA Amiens, 14 décembre 2000, « Tesmières », Recueil Dalloz, 2001, jurispr. p. 3310, note Egéa.

⁴⁶ Cf. supra § 1, A, 1.

⁴⁷ Sophie DOUAY, « La cryogénérisation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par le Code général des collectivités territoriales », La Semaine juridique, édition générale, 13, 2003, II, 10052, p. 572.

L'abandon du consentement qui s'opère en son nom ne peut donc être apprécié, au plan de sa légitimité, de manière générale, mais relève plutôt d'une casuistique. Il n'en demeure pas moins que l'ordre public conserve dans le registre discursif de la justification une importance fondamentale. Il faut du reste relever que la plupart des autres cas où la libre disposition est niée correspondent à la mise en œuvre de préoccupations liées à l'ordre public au sens large, même si ce dernier n'est pas toujours explicitement convoqué. Il en va par exemple ainsi pour les diverses catégories d'autopsies administratives⁴⁸ ou encore pour celles intervenant en matière criminelle⁴⁹. De même, l'exhumation qui est en temps normal une violation de sépulture pénalement sanctionnée⁵⁰ peut être autorisée sous des conditions restrictives⁵¹. La démarche ne saurait déranger lorsqu'elle intervient à la demande de la famille pour donner au cadavre une sépulture plus décente⁵². Elle s'avère en revanche plus problématique dans l'hypothèse illustrée par l'affaire Montand⁵³, c'est-à-dire quand elle est réalisée pour établir une filiation alors que le défunt, de son vivant, s'était toujours opposé à une expertise de ce type, laissant *a fortiori* présumer son désaccord pour que l'analyse intervienne post-mortem⁵⁴. Enfin, des autorités administratives peuvent s'autoriser à faire incinérer des cadavres dans certaines circonstances exceptionnelles, comme une grave épidémie, un cataclysme naturel ou une guerre⁵⁵. Dans toutes ces situations, normalement peu fréquentes, l'éventuel refus de certaines pratiques « médico-légales » sur le cadavre ne trouve pas à s'exprimer, ce qui revient concrètement à nier toute idée de consentement au nom d'intérêts publics réputés supérieurs. Ce sont de telles

⁴⁸ L'article R. 2213-19 du Code général des collectivités territoriales prévoit ainsi une autopsie ordonnée par le préfet « lorsque le décès paraît résulter d'une maladie suspecte dont la protection de la santé publique exige la vérification ». L'article R. 2213-28 du même Code permet de procéder à une autopsie des victimes d'accidents survenus à bord d'avions des Forces armées.

⁴⁹ L'article 74 du Code de procédure pénale permet de faire procéder à une autopsie du cadavre sans qu'il soit possible de s'y opposer.

⁵⁰ L'article 225-17 du Code pénal dispose en effet dans son second alinéa que « la violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

⁵¹ Les articles R. 2213-40 à R. 2213-42 du Code général des collectivités territoriales fixent les conditions de cette opération, laquelle doit notamment être demandée par « le plus proche parent de la personne défunte ».

⁵² Pour une illustration jurisprudentielle où est admise la demande d'exhumation émanant d'une veuve souhaitant se conforter aux volontés de son mari défunt, CA de Paris, 9 mars 1942, Recueil Dalloz, 1942, p. 92.

⁵³ Dans cette affaire, les juges ont ordonné une exhumation pour procéder à une empreinte génétique six ans après le décès de l'artiste : CA de Paris, 6 novembre 1997, « Montand », Recueil Dalloz, 9, 1998, jurispr. p. 122, note Malaurie ; Recueil Dalloz, 16, 1998, sommaire commenté p. 161, obs. Gaumont-Prat, p. 296, obs. Nevejans ; La Semaine juridique, édition générale, 1/2, 1998, I, p. 101, obs. Rubellin-Devichi ; Gazette du Palais, 2, 1997, p. 703, note Garé ; Répertoire Defrénois, 1998, p. 314, obs. Massip ; Revue trimestrielle de droit civil, 1, 1998, p. 87, obs. Hauser ; Droit de la famille, 1997, p. 12, chron. Catala ; Les petites affiches, 20 mai 1998, étude Pech-Le Gac.

⁵⁴ Pour une critique de cette jurisprudence fondée sur le non-respect du consentement du défunt, se reporter à Solange MIRABAIL, « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », Recueil Dalloz, 9, 2000, chron. p. 147-148.

⁵⁵ Voir la circulaire précitée du 3 avril 1978.

dispositions qui autorisent certains auteurs à parler « de cession forcée, de réquisition de cadavres »⁵⁶, termes très forts qui ne sont pas sans rappeler les critiques adressées à la présomption de don instaurée par la loi Caillavet. Ainsi, dès que la libre disposition du corps est remise en cause, dès que le consentement individuel est contourné, des voix s'élèvent pour critiquer la prévalence du collectif au sein de l'équilibre retenu par les textes. Ces contestations montrent alors bien que la souveraineté sur l'objet spécifique qu'est le cadavre n'est pas fixée, qu'elle continue de faire débat, incitant dès lors les pouvoirs publics à recourir à une nouvelle argumentation destinée à éluder le consentement : la protection des individus contre eux-mêmes.

2. Le consentement impossible : la protection de l'individu contre lui-même

Par-delà la possibilité de priver le consentement individuel d'effet au terme d'une sorte de bilan « coûts-avantages » par rapport aux intérêts collectifs en cause, il faut évoquer une dernière manière de le rendre inefficace. L'argumentation est alors plus subtile puisqu'elle consiste à retirer le venin subversif dont le consentement serait porteur à l'égard de la personne qui l'énonce elle-même. Dans un élan de paternalisme juridique, la collectivité considère alors que le consentement ne « vaut » pas, dans la mesure où il est susceptible de se retourner contre l'individu, de lui porter tort, principalement en lui valant l'opprobre social. L'habillage contemporain de cette argumentation est alors souvent le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, déjà convoqué de manière contestée à propos de certaines activités menées par des personnes bien vivantes, notamment dans les fameuses affaires de « lancer de nain »⁵⁷. Pour l'heure implicite dans les espèces où seuls des cadavres sont concernés⁵⁸, cette référence pourrait toutefois aisément se diffuser sous la pression d'une partie de la doctrine

⁵⁶ Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 326.

⁵⁷ CE Ass., 27 octobre 1995, « Commune de Morsang sur Orge », Recueil, p. 372, concl. Frydman ; Revue française de droit administratif, 1995, p. 1204, concl. ; Actualité juridique. Droit administratif, 1995, p. 878, chron. Stahl et Chauvaux ; Revue du droit public, 1996, p. 536, notes Gros et Froment ; La Semaine juridique, édition générale, 17/18, 1996, II, 22630, note Hamon ; Recueil Dalloz, 1996, p. 177, note Lebreton ; Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1996, p. 657, concl., note Deffains.

⁵⁸ À titre d'exemple, Sophie DOUAY considère que l'interdiction de cryogénérisation récemment énoncée par le juge administratif correspond à « l'extension de la conception morale et communautaire de la dignité au défunt ». L'auteur n'approuve du reste pas cette évolution puisqu'elle note que cette « conception moraliste de la dignité humaine [...] devient, pour l'autorité publique et le juge administratif, le moyen de réglementer et censurer, selon ses propres conceptions morales, sa propre interprétation, le rapport de chacun avec lui-même, y compris, désormais, dans la mort » (« La cryogénérisation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par le Code général des collectivités territoriales », op. cit., p. 575 et 576).

juridique favorable à un usage normatif de la notion de dignité⁵⁹. Celle-ci se présente, en effet, comme un substitut moderne possible de la vieille moralité toujours suspecte. Elle pourrait de ce fait faciliter l’interdiction de pratiques – nécrophagie, plastination, découpage de cadavres, coutumes tribales les plus variées⁶⁰ – que notre morale sociale réprouve, dans l’hypothèse, certes marginale mais face à laquelle le droit ne saurait être désarmé, où des originaux se proposeraient de les introduire en France. Encore faut-il préciser que de telles hypothèses de consentement impossible ne concernent qu’exceptionnellement des cas inédits de prévalence des intérêts collectifs. Elles procèdent en fait plus d’un nouveau type de justification qui se superpose à celles découlant de l’ordre public que de nouvelles situations où le consentement serait éludé. De ce point de vue, le consentement impossible par l’effet du principe de dignité de la personne humaine correspond plus à un enrichissement du registre argumentatif des autorités publiques qu’à l’extension de leurs interventions prohibitives quant à l’usage du cadavre. Bénéficiant d’une auréole protectrice, le principe de dignité permet de justifier plus aisément que par référence directe à l’ordre public le renversement du principe libéral de complétude du système juridique selon lequel « tout ce qui n’est pas interdit est permis ». Ce nouvel instrument juridique illustre par ailleurs parfaitement cette « surveillance des autosurveillances »⁶¹ mise au jour par Dominique Memmi. Le principe de dignité de la personne humaine est effectivement l’outil juridique permettant aux autorités publiques de rappeler aux individus la limite de leur souveraineté sur leur corps et de leur imposer les contraintes sociales au nom de leur propre protection. Son usage traduit ainsi nettement la place croissante faite aux particuliers, acteurs toujours plus légitimes de la gestion sociale des corps. Il trahit dans le même temps la pérennité des limites de cette souveraineté individuelle en autorisant le Léviathan à revenir, certes masqué derrière un paternalisme protecteur, dans le jeu du gouvernement des corps.

⁵⁹ En ce sens, voir par exemple Stéphanie EVAIN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l’identité de la personne humaine en droit public français*, thèse Cergy-Pontoise, 1999 ; Bernard BEIGNIER, « Note sous TGI de Paris, 13 janvier 1997 », *Recueil Dalloz*, 20, 1997, *jurispr.* p. 258. Par ailleurs, constatant son usage et l’identifiant à une concrétisation du concept de personne humaine : Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003

⁶⁰ En ce sens, voir par exemple Stéphanie EVAIN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l’identité de la personne humaine en droit public français*, thèse Cergy-Pontoise, 1999 ; Bernard BEIGNIER, « Note sous TGI de Paris, 13 janvier 1997 », *Recueil Dalloz*, 20, 1997, *jurispr.* p. 258. Par ailleurs, constatant son usage et l’identifiant à une concrétisation du concept de personne humaine : Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003

⁶¹ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 295.

Bien qu'elle soit pour l'heure plus l'apanage de la doctrine que des autorités normatives, cette évolution de l'argumentation est essentielle car elle montre l'importance accrue accordée aux individus. De fait, même dans les hypothèses où le consentement est éludé, il l'est moins par l'imposition autoritaire d'un ordre public extérieur aux personnes, mais tend à l'être par référence aux intérêts de la personne elle-même. Le mécanisme de domination peut être jugé plus pernicieux car mieux dissimulé, l'évolution discursive n'en marque pas moins une mutation de l'équilibre entre les souverainetés sur le corps, une transformation de la détermination des acteurs légitimes. Une fois établie la modification de la tension entre les intérêts individuels et collectifs qui gravitent autour du corps, il reste à en mesurer les effets sur la régulation juridique elle-même.

II. Quelle régulation ? Les incertitudes du statut du cadavre

Tant qu'une personne humaine vit et conserve l'intégrité corporelle qui fonde son unité⁶², l'appréhension juridique du corps ne pose pas trop de problème puisqu'il est protégé à travers les multiples normes qui défendent la personne elle-même. En revanche, dès que l'unité est mise à mal, de nombreuses questions émergent, comme l'attestent les interrogations nées de l'usage de divers « produits » humains⁶³. Il en va *a fortiori* de même lorsqu'un cadavre humain est concerné, la mort opérant une sorte de découplage entre le corps et la personne qu'il incarnait. Bien qu'il ne soit plus la personne, il en constitue néanmoins toujours la représentation et mérite à ce titre protection. Cette seule perspective suffit à mettre en exergue la nécessité d'un statut juridique, lequel s'avère toutefois très difficile à élaborer, le cadavre apparaissant comme un objet de régulation insaisissable, situé entre personne et chose (II.1). Dès lors, se pose plus globalement la question de savoir si les instruments de régulation juridique sont adaptés à un objet si spécifique, le droit semblant bien maladroit (II. 2) pour proposer des solutions en adéquation avec les problèmes rencontrés.

⁶² Xavier BIOY, Le concept de personne humaine en droit public, op. cit., p. 251-421

⁶³ Le principe de gratuité des dons de sang, de plaquettes ou de gamètes qui prévaut traditionnellement en France n'est pas universellement reconnu bien qu'il serve de modèle pour certaines recommandations de l'Organisation mondiale de la santé. Par ailleurs, l'usage par certaines indus tries de « déchets hospitaliers » comme le placenta a parfois fait l'objet de débats. Montrant bien les difficultés d'appréhension juridique de ce genre d'objet : Jean-Pierre BAUD, L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Paris, Seuil, 1993.

A. Un objet de régulation insaisissable : le cadavre entre personne et chose

Au cœur de l'héritage légué par le droit romain à notre ordre juridique, figure une distinction fondamentale qui sert aujourd'hui encore de trame à la construction du Code civil : celle qui partage le monde juridique en *personnes* et en *choses*⁶⁴. Or, c'est précisément à un dépassement de cette *summa divisio* qu'invite la réflexion sur un statut juridique du cadavre dans la mesure où le droit traduit à la fois un rejet de sa personnification et une certaine réticence à sa réification.

1. Le rejet de la personnification

Nul besoin de chercher longtemps pour constater que le droit positif n'admet pas de conférer une personnalité juridique au cadavre. Le droit civil l'établit tout d'abord assez largement puisque les juridictions judiciaires refusent de lui octroyer des droits patrimoniaux, par exemple en récusant toute possibilité pour un cadavre de bénéficiar d'un legs⁶⁵. La solution est similaire à propos des droits extra-patrimoniaux, le droit à l'image ou à la vie privée, un temps esquissé par la jurisprudence au profit du cadavre⁶⁶, étant désormais clairement niés⁶⁷.

⁶⁴ La reprise de ce schéma pour structurer une réflexion sur la notion d'« espèce humaine » récemment intégrée au Code pénal atteste sa prégnance dans le droit contemporain : Marie-Pierre PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », Recueil Dalloz, 13, 2005, chron. p. 865-869.

⁶⁵ Tribunal civil d'Orange, 30 décembre 1887, Recueil Dalloz, 1889, III, p. 63. Dans cette affaire, un individu, considérant qu'il n'avait pas d'ami sur terre, avait légué à sa dépouille mortelle une propriété pour lui assurer « un repos durable ». Les héritiers obtiennent l'annulation car le « bénéficiaire du legs est un sujet dépourvu d'individualité réelle ou de personnalité civile ». La solution est du reste conforme à l'article 725 du Code civil qui dispose que « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ». Pour un exposé général des droits civils du défunt, se reporter à Françoise RINGEL et Emmanuel PUTMAN, « Après la mort... », Recueil Dalloz, 1991, chron. p. 241-246.

⁶⁶ Le juge des référés a effectivement pu ordonner la saisie d'un journal reproduisant la photographie de l'acteur Jean Gabin sur son lit de mort en considérant que « le droit au respect de la vie privée s'étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle » et que cette publication correspond à « une immixtion intolérable dans l'intimité du disparu » : TGI Paris, réf., 11 janvier 1977, « Gabin c/ Cogedi Presse », Dalloz Sirey, 1977, p. 84, note Lindon ; La Semaine juridique, édition générale, 43, 1977, II, 18711, note Ferrier ; Cass. Crim. 21 octobre 1980, Recueil Dalloz, 6, 1981, jurispr. p. 72, note Lindon. Cette solution a ensuite été reprise à l'occasion de la publication d'une photographie de la dépouille mortelle de François Mitterrand : TGI de Paris, 13 janvier 1997, « Ministère public c/ Thérond et autre », Recueil Dalloz, 20, 1997, jurispr. p. 255, note Beignier.

⁶⁷ Cette jurisprudence, d'abord mise en doute dans l'affaire de la photographie de François Mitterrand (Cass. Crim. 20 octobre 1998, Recueil Dalloz, 7, 1999, jurispr. p. 106, note Beignier), a ensuite été nettement condamnée à propos du livre de son médecin : Cass. Civ. I, 14 décembre 1999, Recueil Dalloz, 17, 2000, jurispr. p. 372, note Beignier. La nouvelle solution semble désormais bien établie, ayant été confirmée à l'occasion de la publication de photographies du corps du préfet Erignac lors de son assassinat : CA Paris, 24 février 1998, Recueil Dalloz, 17, 1998, jurispr. p. 225, note Beignier. Désormais, la vie privée cesse avec la disparition de la personne, mais une indemnisation reste possible sur le fondement du trouble apporté à celle des proches du défunt.

Ainsi, toute idée de préjudice posthume est rejetée, ce qui explique que les successeurs ne puissent agir qu'en vertu d'une action qui leur est propre, et jamais au nom du défunt. La cohérence de cette position du droit des personnes est enfin attestée par l'absence d'« état » du cadavre qui se traduit par le refus de le reconnaître, tant au plan des prérogatives politiques – la mort entraîne la déchéance du droit de vote et d'éligibilité, ainsi que la perte de la nationalité – que dans le domaine familial où un cadavre ne peut évidemment ni divorcer, ni se marier, ni établir sa filiation⁶⁸. Le droit civil marque donc nettement son rejet de toute personnification du cadavre, laissant ainsi augurer certaines solutions du droit pénal.

Le droit répressif témoigne en effet de l'inaptitude des incriminations pénales, classiquement destinées à garantir l'intégrité des personnes, à protéger les cadavres. Le meurtre d'un mort est ainsi considéré comme l'archétype de l'infraction impossible⁶⁹ ; de même, le mépris du consentement qu'implique un viol ne saurait être identifié chez une personne décédée, nécessairement inapte à consentir⁷⁰. Dans ces hypothèses très particulières, des poursuites pénales impliquent alors de recourir au délit de violation de sépulture, seul susceptible de fournir un fondement adéquat à l'action répressive. Il est du reste particulièrement significatif que le délit d'atteinte à l'intégrité du cadavre ne soit venu s'adjoindre à la violation de sépulture qu'en 1994⁷¹, afin de compléter un arsenal répressif jusqu'alors relative- ment étique. En plus de cette quasi-incapacité à être constitué en victime, le cadavre semble également difficilement pouvoir se muer en auteur d'infraction⁷², l'élément moral de cette dernière faisant défaut en l'absence d'action consciente. Là encore, l'absence de personnification est patente et l'existence d'infractions spécifiquement destinées à la protection du cadavre n'y change rien. De fait, le délit de violation de sépulture n'est applicable qu'une fois que le corps a reçu les

⁶⁸ Encore faut-il préciser avec Xavier LABBÉE que « la mort n'est pas un obstacle juridique à la déclaration d'un état préexistant », mais qu'il s'agit ici seulement d'affirmer qu'il est impossible à un mort d'acquérir un nouvel état. Pour de plus amples précisions, se reporter à sa démonstration qui sert de trame à ces développements (La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, op. cit., p. 193-208).

⁶⁹ Une espèce relativement récente, mais très controversée, prend le contre-pied de cette position doctrinale classique : Cass. Crim. 16 janvier 1986, Gazette du Palais, 3, 1986, p. 377, note Doucet ; Recueil Dalloz, 22, 1986, jurispr. p. 265, notes Mayer, Gazounaud et Pradel ; La Semaine juridique, édition générale, 15, 1987, II, 20774, note Roujou de Boubée.

⁷⁰ Se référer sur ces points à la démonstration et aux illustrations proposées par Xavier LABBÉE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, op. cit., p. 208-213.

⁷¹ L'article 225-17 du Code pénal dispose en effet que « toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Pour une mise en œuvre jurisprudentielle de cette incrimination, voir TGI Arras, 27 octobre 1998, Recueil Dalloz, 35, 1999, jurispr. p. 511, note Labbée.

⁷² Si la perspective peut sembler a priori surprenante, il existe plusieurs infractions dont un cadavre peut se rendre coupable tels le port illégal d'arme ou d'uniforme, des blessures ou un homicide involontaires.

apprêts funéraires⁷³, ce qui atteste bien que la dépouille mortelle n'est pas protégée en elle-même. Le constat se trouve du reste conforté par le fait qu'une tombe abandonnée ne dispose plus de la garantie offerte par cet article du Code pénal⁷⁴, cette limitation temporelle attestant que le texte protège plus la sépulture que la personne qui y est ensevelie. Quant au délit de recel de cadavre, il ne s'applique qu'aux corps de personnes décédées des suites d'une infraction⁷⁵, ce qui montre bien que son fondement n'est pas la protection de la dépouille mortelle de l'homme, mais l'entrave à la justice, alors empêchée de découvrir et de poursuivre le fait punissable initial. Ces quelques exemples suffisent à établir que le cadavre n'est pas complètement protégé par le droit pénal, ce dernier n'offrant sa garantie qu'à la dépouille socialement instituée en tant que corps mort par quelques rites bien identifiés. Ainsi, l'incursion dans ce champ disciplinaire conforte le constat établi en droit civil : le cadavre ne bénéficie pas du statut de personne. Les quelques efforts doctrinaux déployés pour aménager cette réalité intuitivement choquante et réinstituer le lien entre le corps et la personne qu'il incarnait, notamment en proposant de le doter d'une « demi-personnalité »⁷⁶ n'ont jamais réellement convaincu. Aussi le droit positif ne les traduit-il aucunement, malgré les critiques récurrentes dénonçant le « monolithisme du droit pénal des sépultures »⁷⁷. Dès lors, cette absence de condition personnelle du cadavre implique de se tourner vers la catégorie résiduelle des biens, afin de déterminer si elle peut fournir le statut protecteur recherché pour la dépouille mortelle.

2. La réticence à la réification

Dans un monde juridique où la dichotomie personnes/biens est considérée comme exhaustive, le recours au régime juridique des biens apparaît logiquement comme l'unique salut une fois qu'il est établi que celui des personnes s'avère insuffisant pour élaborer un statut du cadavre. S'appuyant sur des solutions retenues à l'étranger, notamment dans la célèbre affaire

⁷³ L'interprétation stricte du texte pénal a ainsi permis à la Cour de cassation d'estimer qu'un prêtre pratiquant une césarienne sur le cadavre d'une femme morte enceinte, dans le but de donner le baptême à l'enfant, ne commet pas le délit de violation de sépulture dans la mesure où le cadavre n'a été l'objet d'aucun apprêt funéraire : Cass. Crim. 20 juin 1896, « *Gilbertas* », Recueil Dalloz, 1897, I, p. 29 ; Sirey, 1897, I, p. 105, note Lacointa.

⁷⁴ Cass. Crim. 31 octobre 1984, « *Couzinet* », pourvoi n° 83-92.753, inédit.

⁷⁵ Pour un refus d'application de ce texte à une femme ayant caché le corps d'un fœtus avorté, ce dernier n'étant pas une personne juridique : Tribunal correctionnel de Fontainebleau, 25 avril 1947, Recueil Dalloz, 1947, p. 312.

⁷⁶ Voir en ce sens René DEMOGUE, « La notion de sujet de droits », Revue trimestrielle de droit civil, 1909, p. 611-655 ; Gabriel TIMBAL, La condition juridique des morts, op. cit., p. 182.

⁷⁷ Xavier LABBÉE, « Note sous TGI Arras, 27 octobre 1998 », Recueil Dalloz, 35, 1999, jurispr. p. 512.

de « l'homme aux cellules d'or »⁷⁸, plusieurs membres de la doctrine ont ainsi osé franchir le Rubicon et s'affranchir des pesanteurs morales habituelles pour proposer de traiter la dépouille humaine à partir des instruments les plus classiques du droit des biens. Ainsi, considérant sur le fondement des dispositions relatives à la liberté des funérailles que le droit de l'individu sur son cadavre n'est autre qu'un droit réel, Xavier Labbée estime possible de transcrire au cadavre certaines solutions juridiques applicables aux souvenirs de famille pour en faire « un objet de droit à caractère personnel »⁷⁹ appartenant en copropriété à la famille. Quelques jurisprudences illustrent du reste cette position, que ce soit à propos d'un organe sectionné alors que la personne est vivante⁸⁰, ou relativement à une dépouille mortelle⁸¹. Un tel statut rendrait alors possible la protection par les mécanismes les plus traditionnels, comme la mise en jeu de la responsabilité du gardien de la « chose cadavre » ou les incriminations pénales relatives au vol⁸². Toutefois, conscients que l'admission de l'existence de droits réels sur la dépouille mortelle peut s'avérer choquante, les auteurs qui se risquent dans cette voie tempèrent généralement leur analyse. Selon eux, le cadavre est certes bien une chose, mais une « chose sacrée »⁸³, l'octroi de ce caractère permettant de conférer au corps du défunt une spécificité qui justifie une protection

⁷⁸ Dans cette affaire, les soins apportés à une personne atteinte de leucémie permirent de s'apercevoir que son sang contenait des substances susceptibles de se révéler très précieuses pour le traitement d'autres maladies. Sans l'informer, les médecins exploitèrent alors ses cellules jusqu'à procéder à l'ablation de sa rate pour finalement déposer un brevet. L'ayant appris, le patient souhaita bénéficier des retombées économiques très importantes et intenta donc un procès au corps médical. Lors de celui-ci, la cour d'appel de Californie admit, avec certes quelques précautions, un droit de propriété de la victime sur ses cellules. Pour de plus amples précisions sur cette espèce, se reporter à Bernard EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », Recueil Dalloz, 33, 1989, chron. p. 225-230 ; Marie-Angèle HERMITTE, « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988.

⁷⁹ Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 301. Précisant plus loin son analyse, l'auteur considère que « si le droit de l'individu sur son cadavre peut s'inscrire dans le cadre des droits réels spécifiques, il convient d'observer que ce droit réel n'est pas absolu : [...] la société dispose – dans l'intérêt de la Science – d'un droit de "prélèvement" sur le corps mort, qui peut ressembler parfois à une réquisition » (p. 327).

⁸⁰ Un détenu, souhaitant attirer l'attention du garde des Sceaux sur son cas, s'était sectionné le petit doigt pour le lui envoyer. L'organe, conservé par l'administration pénitentiaire dans un bocal de formol, a ensuite fait l'objet d'une action en justice du prisonnier qui souhaitait le récupérer. Cette possibilité lui est déniée sur le fondement de la réglementation relative à la confiscation d'objets, le juge admettant l'existence d'un droit de propriété du prisonnier sur son doigt : TGI d'Avignon (réf.), 24 septembre 1985, *Gazette du Palais*, 1, 15 février 1986, jurispr. p. 91, note Bertin.

⁸¹ Dans une espèce ancienne, le droit de propriété de la famille sur la dépouille est l'argument opposé au consistoire israélite départemental qui souhaitait s'opposer à une exhumation et au transfert du corps dans un cimetière catholique : Tribunal civil de Bordeaux, 1er août 1888 ; CA Bordeaux, 24 février 1890, « Consorts Rodrigues c/ Consistoire israélite de Bordeaux », Recueil Dalloz, 1891, II, p. 211.

⁸² Une telle solution s'est d'ailleurs déjà rencontrée en jurisprudence : Tribunal correctionnel de Nice, 22 décembre 1952, Recueil Dalloz, 1953, jurispr. p. 139.

⁸³ Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée*, op. cit., p. 31 ; Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 243.

renforcée, notamment contre des appropriations indues⁸⁴. Dans certaines hypothèses où il est affecté au service d'un individu, l'objet corporel – par exemple un greffon – pourrait même se voir attribuer la qualification originale de « personne par destination »⁸⁵ sur le modèle du régime juridique existant déjà pour les prothèses⁸⁶. Cette soumission partielle de l'objet corporel au régime juridique plus protecteur des personnes permet alors d'affirmer que le corps n'est pas une chose entièrement banalisée ; la théorie proposée est du reste explicitement envisagé par son auteur comme un moyen de « rassurer les esprits inquiets de la “réification du corps humain” »⁸⁷. Sans nier cette crainte, la doctrine du « cadavre chose » considère qu'elle correspond à une assimilation systématique entre la reconnaissance du cadavre comme chose et la possibilité d'en faire commerce. Or, c'est précisément l'automaticité de ce lien que ces auteurs contestent comme abusive, en invoquant le fait que la richesse du régime juridique des biens permet, par exemple, d'instituer des choses hors commerce pour finalement instaurer une protection tout aussi efficace. Il n'en demeure pas moins que ce discours effraie, d'une part, parce qu'il implique une remise en cause de représentations morales du corps encore dominantes⁸⁸, d'autre part, parce qu'il peut être mobilisé au profit de véritables charges idéologiques, par exemple pour mener l'apologie du marché⁸⁹. Quelle que soit leur légitimité, ces craintes existent et continuent d'alimenter dans la doctrine majoritaire une certaine réticence à l'égard de la qualification du cadavre comme chose. De fait, tout se passe comme si « la doctrine française refus[ait] d'avouer la “réalité” du corps parce qu'elle s'estime investie d'une

⁸⁴ Pour une hypothèse où le cadavre est qualifié d'« objet de respect [à] caractère sacré », ce qui permet au juge d'indemniser la famille après le dépôt, du fait d'une erreur des services municipaux, d'une dépouille dans un ossuaire : TGI Lille, 10 novembre 2004, Recueil Dalloz, 14, 2005, jurispr. p. 930, note Labbée.

⁸⁵ La proposition émane de Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 250-256. De même, Marie-Angèle HERMITTE propose d'utiliser « la catégorie de chose d'origine humaine et à finalité humaine » afin de conserver une certaine unité à travers la diversité des statuts des différents produits du corps humain (« Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 33, 1988, p. 323-346).

⁸⁶ Pour une affaire où la Cour de cassation dénie à un dentiste la possibilité de saisir un appareil dentaire non payé, en considérant que « le texte autorisant la saisie des objets nécessaires aux handicapés pour le paiement des sommes dues à leur fabricant ou vendeur [...] ne concerne pas les objets qui font partie intégrante de la personne humaine » : Cass. Civ. I, 11 décembre 1985, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1985, I, n° 348, p. 313.

⁸⁷ Xavier LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 269.

⁸⁸ Le vocabulaire du Conseil d'État l'atteste, ce dernier évoquant le « spectre du corps assemblage de choses sans rapport avec notre tradition morale et juridique » (CONSEIL D'ÉTAT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 43). Voir également les brèves remarques sur les relations entre le corps et la vénalité présentées par Pierre BOURDIEU, « Le corps et le sacré », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 104, 1994, p. 3. Par ailleurs, Xavier LABBÉE nourrit lui-même cette crainte en admettant que le corps humain peut être un objet dans le commerce dès lors qu'il n'est plus affecté à la conservation de la personne, et ce sans vraiment préciser ce que recouvre ce dernier critère ou en admettant la vente de son futur cadavre par l'individu sous seule condition que ce dernier puisse revenir sur sa décision (voir *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 337-339 et p. 390).

⁸⁹ Pour une illustration presque caricaturale où est défendue, au nom d'une liberté individuelle exacerbée, l'idée d'un libre marché des organes, voir Bertrand LEMENNICKIER, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, 13, 1991, p. 111-122.

mission : faire en sorte que le corps ne devienne pas une marchandise »⁹⁰. Aussi digne soit l'objectif, il ne saurait empêcher l'interrogation de naître quant à la posture épistémologique qu'il révèle...

Par-delà ce questionnement qui renvoie à la conception que les juristes se font du droit et de leur rôle social, la réticence de la majeure partie de la doctrine juridique à l'égard de toute réification du corps atteste un réel problème pour appréhender le cadavre au travers des catégories juridiques traditionnelles. Ainsi, bien que les demandes de souveraineté sur le cadavre s'exacerbent en raison des nouveaux usages que les progrès techniques rendent possibles, les instruments juridiques demeurent pour l'essentiel les mêmes⁹¹. Entre l'impossible personnification et l'effrayante réification, le droit cherche toujours à établir un équilibre des souverainetés individuelle et collective. Peinant à trouver une troisième voie qui permette de construire un statut cohérent du cadavre, il se heurte à l'irréversibilité des catégories juridiques, ce qui incite à se demander si l'instrument de régulation est adapté, si le droit n'est pas trop maladroit.

B. Des instruments de régulation inadaptés : un droit maladroit ?

Le constat de l'incapacité du droit à se saisir du cadavre à travers ses catégories traditionnelles renvoie nécessairement à une question plus globale, celle du mode de contrôle social de la mort. Sur ce plan, l'importance du récit du mourant est désormais prise en compte par l'ensemble des intervenants de la fin de vie, qu'ils soient militants des soins palliatifs ou de l'euthanasie : le « gouvernement par la parole »⁹² s'introduit en effet jusqu'aux ultimes instants de l'existence. Ce phénomène correspond à une évolution du rapport au corps mourant – lequel passe de la sphère publique à la sphère privée⁹³ – qui ne peut être ignorée par le droit. Les initiatives juridiques se sont du reste multipliées en matière de gestion de la mort depuis une trentaine d'années⁹⁴, ceci presque invariablement pour instituer la parole de l'individu. Or, l'intervention du destinataire d'une norme, généralement sous la forme du consentement à un

⁹⁰ Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée*, p. 22.

⁹¹ Insistant sur l'importance des catégories juridiques et leur fonction sociale : Catherine LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, 13, 1991, p. 19-30.

⁹² Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 32, où l'auteur précise que « le mode de contrôle social privilégié autour du rapport de l'individu à sa propre mort se fait en sollicitant et traquant le récit produit par celui-ci dans une gamme de récits édifiants concurrents »

⁹³ Sur ce point, se reporter à l'évolution retracée par Dominique MEMMI, *ibid.*, p. 206-210.

⁹⁴ Outre la loi de 1976 relative aux prélèvements d'organes, il faut ici songer aux nombreuses propositions de textes et aux mobilisations portant sur l'euthanasie ou les soins palliatifs.

acte médical, induit une transformation des techniques juridiques qui mérite quelques précisions. De fait, la « parole collective » qui est habituellement celle de l'institution se trouve ainsi camouflée par l'émergence de nouveaux acteurs. Pour autant, le souci de préserver certains intérêts sociaux interdit de pousser cette logique à son terme et la parole individuelle demeure pour sa part souvent étudiée.

1. Une parole collective camouflée : des énoncés généraux imprécis

La volonté croissante d'intégrer les individus dans les procédures aboutissant à des décisions relatives à l'usage des corps conduit à une redéfinition des acteurs légitimes, laquelle implique à son tour de repenser les mécanismes normatifs. De fait, les questions corporelles et de définition de la vie soulèvent toujours des problèmes liés aux conceptions morales, religieuses des individus qui justifient souvent leur dépolitisation et leur constitution en « sujet de société ». Dès lors, elles paraissent a priori relever de la compétence du législateur, représentant du peuple souverain. Pourtant, simultanément aux appels à la loi, il faut noter une fréquente volonté d'en restreindre l'étendue pour la limiter à la proclamation des grands principes protecteurs comme la liberté de disposer de son corps, la non-patrimonialité du corps ou encore la sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁹⁵. En effet, nombreux sont les juristes et les praticiens à considérer que, au delà de ces affirmations consensuelles, les instruments juridiques traditionnels que sont les lois et règlements s'avèrent trop rigides et figés⁹⁶. Face au risque d'obsolescence immédiate que font courir aux textes les développements scientifiques, les règles écrites doivent refuser la technicité. Les juges, qui conservent dans l'esprit des juristes un grand prestige⁹⁷, sont alors sollicités afin d'adapter les principes aux situations concrètes et de les concilier lors des contentieux. Dans cette hypothèse, l'appel au juge ne révèle pas de réelle innovation juridique, mais cet acteur bénéficie d'un surcroît de

⁹⁵ L'articulation des lois de bioéthique autour de ces grands principes est soulignée par Dominique THOUVENIN qui montre toutefois que ces derniers peuvent avoir pour « fonction essentielle de construire des règles d'exception qui limitent singulièrement les droits personnels pourtant affirmés comme essentiels pour leur titulaire » (« De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques" », Revue trimestrielle de droit civil, 4, 1994, p. 717-736).

⁹⁶ Olivier CAYLA insiste sur le « discrédit total et impitoyable [qui] est unanimement jeté sur la loi, disqualifiée en tout état de cause par la violence du ton péremptoire qu'elle est réputée employer, pour imposer arbitrairement les vues partiales et subjectives d'une majorité seulement légitimée par un simple rapport de force favorable » (« Biologie, personne et droit. Ouverture : bioéthique ou biodroit ? », Droits, 13, 1991, p. 13).

⁹⁷ À titre d'illustration, lorsque Dominique THOUVENIN envisage la création d'un curateur ad hoc pour protéger les personnes dont l'état de santé incite à penser qu'elles vont mourir, l'auteur insiste sur la nécessité de nommer un juge à ce poste, et non un médecin (« La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain », op. cit., p. 124-126).

légitimité lié au rôle de renforcement de l’État de droit qui est le sien. Le juge apparaît ainsi comme une nouvelle figure permettant de « jouer » autrement la dialectique entre les faits et la norme, entre les intérêts individuels et collectifs⁹⁸. Toutefois, le renouvellement des instruments juridiques impliqués par la gestion directe du corps, et notamment du cadavre, par le droit ne s’arrête pas à cette remise en selle du juge. Il va bien au delà, convoquant des acteurs jusqu’alors ignorés, au premier rang desquels figurent les cénacles de « sages », dont le Comité consultatif national d’éthique (CCNE) constitue le paradigme. Or, de par sa composition – médecins, philosophes, responsables religieux... – et ses prérogatives normatives restreintes, ce type d’institution, située hors hiérarchie administrative, marque un véritable renouvellement de la régulation publique. En effet, d’une part, la diversification des intervenants vient renforcer la légitimité des règles ; d’autre part, le caractère non contraignant des avis rendus permet d’éviter une confiscation des pouvoirs normatifs par des autorités partiellement corporatives. Au final, les éclairages proposés par ces instances sont souvent bien reçus par l’opinion publique dans la mesure où ils héritent non seulement des compétences techniques, mais aussi de l’ancrage social de leurs membres. La production discursive de ces institutions l’atteste du reste parfaitement dans la mesure où elle légitime de nombreuses revendications sociales, tout en les encadrant grâce à une « apologie constante de l’autocontrôle »⁹⁹. La parole des destinataires est ici prise en compte indirectement, en amont dans le processus d’élaboration de la règle juridique. Dans cette hypothèse, la transformation des mécanismes normatifs est plus nette et atteste la nécessité pour l’État, quand l’unilatéralité du droit se fait trop vive et autoritaire, de réinventer les techniques de gouvernement du « privé »¹⁰⁰. Ainsi, la gestion des corps implique bien, au nom de la souveraineté individuelle revendiquée sur ces derniers, de recourir à de nouveaux instruments juridiques, parfois innovants. L’usage de ces outils ne va toutefois pas sans poser de problèmes, tout d’abord en ce qu’ils peuvent attribuer aux juges un rôle privilégié qui n’autorise pas toujours une prévision facile des solutions adoptées. L’exemple topique à cet égard est fourni par le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, souvent

⁹⁸ Sachant que les juges mettent en œuvre les grands principes législatifs, Dominique THOUVENIN montre bien leur rôle en énonçant que « l’affirmation solennelle du respect de la personne a pour but d’introduire la collectivité sous la figure de la santé publique et de prévoir des exceptions acceptables à l’inviolabilité du corps humain » (« De l’éthique biomédicale aux lois “bioéthiques” », op. cit., p. 735).

⁹⁹ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 51.

¹⁰⁰ Ibid., p. 74 et p. 132, où l’auteur fait de cette évolution un des éléments du processus « d’individuation » des corps, lequel conduit les individus à reproduire, en se l’appropriant, le discours de l’État.

mis en avant, mais avec des interprétations variables qui expliquent que la doctrine se déchire à son propos¹⁰¹.

Quant à l'autosurveillance des patients prônée par les nouvelles instances de régulation, elle peut a priori apparaître comme un facteur de diversification des normes, chaque acteur interprétant la règle écrite en fonction de ses stratégies et de ses désirs de façon à proposer la consécration de la norme qui sied le mieux à sa situation¹⁰². C'est alors un risque de fragmentation du droit qui peut être identifié, morcellement qui rend la parole collective moins perceptible aux citoyens. Sa concrétisation n'est toutefois pas certaine car, même si les organes comme le Comité consultatif national d'éthique participent à l'émergence de nouvelles formes de production du droit, les règles qui résultent de son action témoignent toujours d'une prise en compte attentive des intérêts incarnés par la puissance publique. À titre d'illustration, le raisonnement suivi par le CCNE dans son avis sur la fin de vie, l'arrêt de vie et l'euthanasie est particulièrement révélateur du subtil équilibre qui reste ménagé entre intérêts individuels et collectifs. Le Comité commence en effet par réaffirmer la nécessité de permettre « à chaque individu de se réapproprier sa mort »¹⁰³, en insistant sur la place essentielle du consentement lors des diverses interventions possibles pendant la phase ultime de la vie. Mais il relativise immédiatement cette ouverture individualiste, d'une part, en rappelant la nécessité d'une politique de soins palliatifs et d'accompagnement des mourants ; d'autre part, en considérant que la dépénalisation de l'euthanasie ne saurait pour autant constituer une solution adaptée. Aussi préconise-t-il finalement de maintenir les textes coercitifs garants de l'ordre social et de simplement aménager une sorte d'exception d'euthanasie. Dès lors, sans contester le fait que l'évolution normative constatée concrétise un changement du mode d'exercice du pouvoir politique sur le corps, il faut bien admettre qu'il s'agit là d'un simple raffinement de la régulation fondé sur une meilleure intériorisation des normes par les citoyens¹⁰⁴.

Ainsi, sous l'influence des revendications de souveraineté individuelle sur le corps, les techniques juridiques évoluent. Or, ces mutations, chacune à sa manière, convergent pour brouiller le discours juridique de la puissance publique : la limitation des lois à quelques

¹⁰¹ Certains auteurs considèrent que l'usage de la notion de dignité de la personne humaine va à l'encontre des droits de l'homme et se révèle en fait liberticide : Olivier CAYLA et Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, coll. « Le débat », 2002, p. 47-54 ; Gilles LEBRETON, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », dans *Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 53-63. D'autres estiment au contraire son usage essentiel et réfutent toute critique, tel par exemple Jean-René BINET, *Droit et progrès scientifique*, op. cit., p. 201-212.

¹⁰² Sur l'émergence d'une concurrence normative, se reporter à Dominique THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques" », op. cit., p. 718-728.

¹⁰³ Avis n° 63 du 27 janvier 2000 sur la fin de vie, l'arrêt de vie et l'euthanasie, § 2.2.3. p. 5.

¹⁰⁴ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 301-302. Sur ce point, le lecteur se reporterà avec profit à l'ensemble de sa démonstration p. 264-303.

énoncés généraux multiplie les interprétations juridictionnelles possibles, tandis que l'apparition de nouvelles instances normatives est de nature à fragmenter les normes. Au total, l'émergence de nouveaux acteurs induit une superposition des prescriptions juridiques qui camoufle la parole collective que constitue le droit dans les représentations habituelles. Il reste alors à déterminer si la parole individuelle sort renforcée de cette évolution, ou si elle demeure éludée.

2. Une parole individuelle éludée : des silences éloquents

La mise en œuvre d'instruments juridiques novateurs destinés à mieux faire entendre la voix des destinataires des normes peut laisser croire que la demande de souveraineté individuelle sur le corps va trouver à s'exprimer pleinement. La logique de l'autocontrôle ainsi promue n'est toutefois pas poussée à son terme dans la mesure où une surveillance étatique continue de peser sur les individus. La nécessité pour les patients de produire un discours légitime sur leur rapport au corps a ainsi pu être analysée comme la contrepartie réclamée par l'État pour admettre le maintien d'une souveraineté individuelle dans les hypothèses où des prestations spécifiques comme l'interruption volontaire de grossesse ou la procréation médicalement assistée sont demandées¹⁰⁵. Cette lecture des dispositifs juridiques se révèle d'autant plus pertinente que les textes en cause offrent la possibilité aux intervenants médicaux mandatés par l'État de « faire payer » – par des attentes, des stigmatisations, voire des souffrances physiques – ceux des citoyens qui n'adhèrent pas à la représentation légitime des usages du corps que véhiculent ces prescriptions¹⁰⁶. Finalement, l'autocontrôle des individus se trouve encadré, guidé par des techniques qui, sous une forme certes assouplie et avec de nouveaux acteurs, rénovent son monopole de la contrainte physique¹⁰⁷.

Le phénomène est également perceptible à propos de l'usage des cadavres – bien que la mutation des instruments juridiques soit moins avancée dans ce domaine – puisque la liberté des funérailles, dès qu'elle est « mal utilisée », notamment pour revendiquer un mode de sépulture original, se trouve censurée sur le fondement de l'ordre public¹⁰⁸. La loi va même parfois plus

¹⁰⁵ Ibid., p. 33. Voir également Dominique MEMMI, « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices*, 20, hors série, 2001, p. 78-89.

¹⁰⁶ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 65.

¹⁰⁷ Insistant sur l'évolution des rôles respectifs des individus et de l'État, notamment à l'occasion des décisions portant sur le sort des embryons : Florence BELLIVIER et Pierre EGEA, « Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique) », *Recueil Le Dalloz*, 10, 2004, p. 647-652.

¹⁰⁸ Cf. supra, § 1, A, 1, la jurisprudence citée sur la cryogénérisation.

loin en institutionnalisant un quasi-bâillonnement de l'individu, par exemple dans l'hypothèse de la présomption de don du cadavre. Il va alors sans dire, en dépit de la possibilité d'opposition, que la parole de l'individu sur son destin corporel est largement éludée par la valeur implicitement accordée à son silence.

La transcription à la gestion des cadavres de certains mécanismes normatifs utilisés pour des décisions essentielles portant sur des corps vivants – avortement, procréation médicalement assistée... – est-elle susceptible de remédier à cette carence ? Rien ne le garantit au vu de la manière dont la domination se distille dans ces procédures. Cependant, la démarche pourrait présenter quelques avantages, même si sa mise en œuvre ne va pas sans poser problème. De fait, admettons le temps d'une rapide prospective que le droit rende obligatoire la prise de parole du sujet sur le destin de son corps¹⁰⁹ ; il y aurait là un moyen d'instituer la mort comme une étape de la vie et de faire prendre conscience aux individus des enjeux sociaux qui l'entourent. Une telle procédure permettrait en outre d'anticiper en toute sérénité des décisions – telle la demande de prélèvement d'organes à la famille – qui sont nécessairement rendues plus difficiles dans le contexte émotionnel du moment où la mort frappe. L'institutionnalisation de la parole individuelle par le droit ne serait donc pas sans intérêt, mais il reste à savoir à quel(s) moment(s) pareils discours – et la réflexion qu'ils impliquent – peuvent être instaurés, mais aussi quels interlocuteurs seraient désignés pour les solliciter et les recueillir. Sur ce dernier point, le corps médical semble une nouvelle fois le mieux placé¹¹⁰, mais peut-être serait-ce là conférer à ces professionnels un rôle social auquel ils n'aspirent pas ? Par-delà les multiples interrogations, ici à peine esquissées, que suscite cette évocation, il convient toutefois de noter qu'elle permettrait certainement de prolonger la volonté déjà rencontrée de faire du sujet l'interlocuteur légitime de la puissance publique¹¹¹. Cette perspective d'approfondissement de la « démocratie sanitaire » suffira à la légitimer aux yeux de certains, d'autres craindront qu'à trop invoquer la démocratie et à la décliner de manière toujours plus sectorielle, on ne finisse par la tuer...

¹⁰⁹ Une proposition en ce sens, relative à l'euthanasie, est évoquée par Dominique MEMMI, « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? », op. cit., p. 88.

¹¹⁰ Encore que les notaires, au moment des successions, puissent également consigner l'intention des héritiers quant à leur propre destin corporel, à un moment où, venant d'être confrontés à la mort, ils ont pu mener une réflexion à ce propos.

¹¹¹ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir*, op. cit., p. 304-305.

Faut-il voir dans la retenue du droit vis-à-vis du corps, même mort, une quelconque pudibonderie ? Vraisemblablement pas, dans la mesure où les interventions juridiques visent justement souvent à autoriser la puissance publique à s’insérer dans l’intimité de la relation corporelle. Il n’en demeure pas moins que, confronté à un objet aussi spécifique que le cadavre, le droit fait preuve d’une certaine timidité, de maladresse. Pris entre les feux de revendications individuelles et collectives entre lesquelles il est difficile de trancher, les juristes ne peuvent s’appuyer sur les catégories traditionnelles pour résoudre la question de la nature juridique du droit de l’individu sur son corps. Ils se voient alors contraints de procéder par ajouts ponctuels, souvent sans cohérence globale. L’émergence de nouvelles techniques juridiques n’y change rien, ces dernières se greffant sur un édifice qui reste construit sur l’éternelle conciliation – toujours renouvelée – entre souverainetés individuelle et collective. Ces hésitations ne sont du reste pas sans explication puisque les solutions éparses et *a priori* éclatées de la jurisprudence et des rares textes révèlent finalement que le droit ne préserve la dépouille que dans les hypothèses où il l’a préalablement instituée en tant que corps mort digne de protection. Ce non-dit juridique permet ainsi d’expliquer le « scandale » de l’autorisation présumée de prélèvement d’organes post-mortem : la vie du receveur est instituée comme valeur fondamentale de la société et justifie alors de passer outre la nécessité habituelle de consentement explicite. De même, l’existence d’un intérêt social – souvent l’intérêt thérapeutique d’autrui – institué en tant que tel par le droit permet d’expliquer que le législateur préfère le mécanisme de l’absence d’opposition à celui du consentement pour autoriser certaines opérations¹¹². Une ligne directrice conférant une certaine cohérence au droit en vigueur en matière de régulation de l’usage des cadavres est donc perceptible au plan sociologique. Elle n’est toutefois bizarrement pas explicitée dans les énoncés juridiques, où règne plutôt la prétérition, comme si une telle affirmation était impossible à assumer politiquement. Le constat – certains intérêts collectifs prennent sur les intérêts individuels – paraît pourtant d’une affligeante banalité au politiste, mais sa non-explicitation peut s’expliquer par un *habitus* relativement répandu chez les juristes : la volonté d’éluder la dimension conflictuelle des règles juridiques, pour ne retenir et privilégier que leur versant consensuel, nécessairement plus positif. Cette construction juridique incertaine, en partie inassumée, est donc inapte à faire naître un véritable statut juridique du cadavre. Ainsi est-il vraiment possible d’affirmer, alors même que leur corporation n’est pas

¹¹² Se reporter sur ce point à la démonstration de Dominique THOUVENIN, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », op. cit. p. 173-174.

réputée pour sa particulière attirance pour le surréalisme, que les juristes jouent au « cadavre exquis »¹¹³.

¹¹³ Ce texte a été présenté dans l'atelier « Gestion politique contemporaine des corps et des populations », dirigé par Dominique Memmi, lors du congrès de l'Association française de sociologie en février 2004 à Villetaneuse.