

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

Préface pour le mémoire de Juliette Germain

Jérôme Henning

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

Préface

Penser le droit, c'est d'abord penser l'humain et les rapports que celui-ci entretient avec le monde qui l'entoure. Les juristes connaissent bien le problème insoluble de l'étendue de ce droit : l'univers ou la cité. Le *Ius*, si cher aux Anciens pour penser l'humain, se pense en frontières. Frontières terrestres pour les uns – le droit se limite par le territoire d'une cité, d'un État, d'une organisation internationale –, frontières conceptuelles pour les autres – le droit s'arrête là où commencent la morale, la guerre, la religion. C'est à un autre type de frontières, trop souvent ignoré des juristes, que Madame Juliette Germain s'est intéressé : la frontière entre le monde des vivants et le monde des morts. Son mémoire sur *L'encadrement juridique des convois funèbres sous la Troisième République : entre liberté de culte et laïcité* pose l'ultime question du passage entre les deux mondes. Sa publication grâce à l'obtention du prix des mémoires de l'Institut fédératif de recherche – Mutation des normes juridiques – de l'Université Toulouse 1 Capitole récompense un travail sérieux et intelligent réalisé dans le cadre du Master d'Histoire du droit. Que l'IFR, son président, Monsieur le Professeur Florent Garnier, et son directeur, Monsieur le Professeur Vincent Dussart, soient ici remerciés.

Parce que la mort est souvent insaisissable, son appréhension par le droit repose sur de multiples fictions : la mort en droit n'est jamais vraiment la même que la mort en médecine. Songeons au concept même de mort civile prévu originellement à l'article 25 du Code civil. Ces dernières décennies de nombreux travaux de juristes s'intéressent à ce « droit de la mort », à propos duquel il faut d'emblée préciser qu'il n'est pas, très curieusement, l'exact opposé du « droit du vivant ». Que la mort soit affaire de droit ne surprend pas une fois la proposition formulée, mais ce n'est pas tout à fait l'évènement biologique qui est saisi par le droit mais la dimension sociale de celui-ci. Le mémoire ici publié souligne la double fonction sociale du convoi : « la publicité du décès » et « la revendication d'une appartenance religieuse ou laïque » (p. 9). Là est tout le paradoxe : le droit de la mort ne s'intéresse qu'aux vivants, même lorsqu'il règle la vie juridique du défunt. Auguste Comte dans un sursaut de provocation pour l'élaboration de son *système de politique positive* affirmait cette évidence que la société politique « se compose beaucoup plus de morts que de vivants ». Croyant y voir là une affirmation d'Hippolyte Taine, René Demogue dans une approche critique de la notion de sujet de droit prenait le contre-pied : « il faut poser ce postulat moral que l'humanité actuelle doit travailler pour l'humanité future : ce qui conduit à dire que techniquement les sujets de droit doivent comprendre autant et plus de personnes à naître que de vivants. Si Taine a pu dire que la société comprend plus de morts que de vivants, on peut dire, avec autant de vérité, qu'elle contient autant d'avenir que de présent. Rien n'empêche, et bien des raisons commandent, que les générations futures soient, par rapport aux hommes actuels ou à ceux de demain, titulaires de certains droits » (*La notion de sujet de droit*, 1909). Encore la fiction juridique... Toutes les branches du droit regardent la mort sans permettre que celle-ci ne les regardent – peur naturelle et faiblesse humaine qui empêchent de régler complètement le vide. Alors que l'on invente un droit de l'espace, un droit des animaux, un droit maritime, un cyberdroit, on constate, impuissant, l'extraordinaire discrétion d'un droit de la mort. Il n'est pas besoin de l'inventer car il est heureux qu'au moins un phénomène humain ne soit pas totalement cerné par le droit. Le droit ne se détourne pas totalement de la mort, mais, répétons-le, il ne se met en branle qu'à l'égard des vivants, de ceux qui restent, et non du défunt lui-même dont la volonté n'est pas toujours respectée. Droit des successions, régime juridique du cadavre, police des cimetières, tant de règles éparées et

qui, dans leur substance profonde, ne concernent finalement pas tout à fait la personne qui vient de mourir.

Que le juriste n'appréhende pas la mort, c'est une certitude. Ne nous blâmons pas. Ni le médecin ni le poète ne font mieux. Au fond, tout nous pousse à l'humilité. Ce qu'il nous reste, c'est le règlement du passage. Entre trépasser et mourir, il y a une nuance qui, cette fois, est objet de droit. Dans l'ancien français, un « trépas » est un passage étroit, un défilé dans lequel s'engouffre le marcheur. Dans l'Anjou médiéval, les droits de trépas formaient un ensemble de taxes prélevées sur les marchandises qui empruntaient certains passages sur la Loire. Trépasser c'est passer ; aller de vie à trépas. C'est bien ce passage qui a intéressé Madame Juliette Germain avec la finesse de l'analyse et l'élégance dans le style que commande un tel sujet. Au XIX^e siècle les rites funéraires placent le convoi funèbre au commencement du processus du deuil. Une procession à travers le monde des vivants avec son vocabulaire, ses objets, ses symboles, comme pour ordonner le passage de la vie à la mort. Fiction encore... puisque le trépas a déjà eu lieu. Fiction encore, lorsque l'on convoie un cercueil sans corps... Peu importe, le législateur doit ordonner le social. La pompe funèbre est soumise aux lois. L'élan de déchristianisation révolutionnaire impose de réfléchir à une cérémonie nouvelle débarrassée des oripeaux d'Ancien régime. À cette fin, Pierre-Louis Roederer qui n'est pas encore l'illustre conseiller d'État, présente à l'Institut national des sciences et des arts le 14 messidor an IV, son plan pour *Des institutions funéraires convenables à une République qui permet tous les cultes & n'en adopte aucun*. La cérémonie et le convoi constituent le troisième point sur lequel la République doit s'ancrer. Roederer élève l'action du législateur sur les sommets de la spiritualité : « l'expérience nous atteste que les accessoires dont les institutions sociales environnent les morts, rendent la mort plus ou moins hideuse, plus ou moins douce, arrêtent ou rappellent plus ou moins la pensée sur l'idée affligeante de la douleur et de la destruction, ou sur celle de la renaissance à une autre vie, rendent aussi cette autre vie plus ou moins sensible à l'imagination, plus ou moins attrayante aux bons, plus ou moins redoutable aux méchants, selon la composition et l'assemblage de ces accessoires ». Fiction encore, mais fiction républicaine cette fois. La cérémonie funéraire – la pompe funèbre – est à destination des vivants, de ceux qui restent. En conséquence, Roederer précise le rôle de la République : « La société doit, par ses institutions funéraires, servir les idées de la mort à la direction de la vie, faire de la sépulture des morts une école pour les vivants (ce qui suppose que leur cendre doit être au moins regardée comme une propriété publique), unir les peines et les récompenses funéraires, d'un côté à notre code rémunérateur, de l'autre à notre code pénal (...). Elle doit enfin par des institutions habiles, remplacer, au gré de la raison et de l'intérêt social, les systèmes religieux des peines et des récompenses éternelles, systèmes dont la politique ne doit rien emprunter, parce qu'il appartient tout entier à la croyance sur laquelle elle n'a aucun pouvoir ».

La pensée juridique de Roederer annonce cet affrontement entre le séculier et le religieux pour la définition du droit funéraire. Napoléon précise les choses en marge de la conclusion du Concordat par le décret du 23 prairial an XII. Véritable code de la police des morts, le texte règle les nouveaux cimetières (art. 2 : « Il y aura hors de chacune de ces villes ou bourgs, à la distance de trente-cinq à quarante mètres au moins de leur enceinte, des terrains spécialement consacrés à l'inhumation des morts » – art. 3 : « Les terrains les plus élevés et exposés au nord seront choisis de préférence ; ils seront clos de murs de deux mètres au moins d'élévation. On y fera des plantations, en prenant les précautions convenables pour ne point gêner la circulation de l'air »). Mesure de salubrité publique donc. Elle fait passer subitement le droit funéraire dans l'escarcelle du droit public. Le passage du défunt n'en est que plus long. Il faut désormais marcher puisque l'enterrement ne se fera plus dans l'enceinte du lieu de culte (art. 1 : « Aucune inhumation n'aura lieu dans les églises, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, et généralement dans aucun édifice clos et fermé où les citoyens se réunissent pour la célébration de leurs cultes, ni dans l'enceinte des

villes et bourgs »). Il faut marcher donc. Et inventer de nouveaux rites pour accompagner cette marche. Le convoi prend toute sa place dans les institutions funéraires nouvelles. Voilà l'explication juridique du paysage d'*Un enterrement à Ornans* offert par le peintre franc-comtois Gustave Courbet. On enterre au milieu de nulle part, la fosse creusée au bas, surplombée par le fossoyeur à genoux, non devant le mort, mais pour son office, lui-même surmonté des deux bedeaux en habits rouges qui rappellent étrangement deux juristes qui supervisent avec leurs robes écarlates et leurs toques ridicules. Au-dessus encore, le vide, celui-ci laissé par la reculée jurassienne qui invite à la méditation. Courbet avait peint le curé et sa suite à la gauche de la fosse et, à la droite, deux républicains en habits de révolutionnaire, et, enfin, le chien, désintéressé. Le réalisme rend la tension palpable et illustre tout ce dix-neuvième siècle d'une société fracturée. *L'enterrement à Ornans* est un enterrement de la Seconde République. Le cortège est complexe et ordonné par les couleurs, les classes sociales, les hommes et les femmes, les enfants et les vieux. Ceci n'est qu'une projection du peintre. Courbet a vu l'esthétique de ces nouveaux rites du convoi funéraire. Une esthétique induite par le décret de l'an XII ; art. 18 : « Les cérémonies précédemment utilisées pour les convois, suivant les différents cultes, seront rétablies, et il sera libre aux familles d'en régler la dépense selon leurs moyens et facultés ». Les anciennes cérémonies ne seront jamais vraiment restaurées car, précisément, le lieu d'inhumation est dorénavant lointain. Pour le transport, c'est désormais le droit administratif qui s'en chargera (art. 21 : « Le mode le plus convenable pour le transport des corps sera réglé suivant les localités par les maires sauf l'approbation des préfets »). Suivons sur ce point Juliette Germain qui précise que « parce qu'ils sont l'incarnation du culte sur la voie publique (...), le déroulement des convois doit être encadré juridiquement afin de préserver à la fois la liberté de culte et la liberté de conscience ». Finalement, c'est un droit du convoi funèbre qui se situe au carrefour comme le souligne Juliette Germain : « Il est intéressant de noter que l'encadrement juridique des convois funéraires ne touche pas seulement au droit funéraire *per se*, car il résulte lui-même de juxtapositions de droit administratif, de droit privé, et de droit public » (p. 7). La liberté est laissée aux communes de régler « le mode le plus convenable » qui est sans doute le corbillard tiré par des chevaux noirs. Image d'un autre temps chanté avec humour par Brassens :

« *Mais où sont les funérail's d'antan ?*

Les petits corbillards, corbillards, corbillards, corbillards

De nos grands-pères

Qui suivaient la route en cabotant »

Pour ceux qui s'intéressent à ces convois funéraires d'antan, le mémoire de Madame Germain sera une riche et passionnante lecture. Démêlant les arcanes du monopole accordé aux pompes funèbres, la police du maire et la fiscalité – « le prix du deuil » (p. 101) – le mémoire publié ci-après éclaire les débats qui entourent la mise en place de la laïcité en France. Derrière les questions techniques, les débats sont nombreux entre les partisans de la Libre pensée et les catholiques, entre les cléricaux et les anticléricaux, entre les religions elles-mêmes. Les sources utilisées pour la recherche témoignent de ces tensions, qu'il s'agisse de sources législatives ou doctrinales. Le lecteur notera l'utilisation inédite des registres des convois funéraires lyonnais conservés aux Archives municipales de Lyon. Ces registres contiennent des indications précises sur les « classes » d'enterrement et sur les taxes à payer. L'historien s'étonnera d'y constater la création en 1896, en plein dans la décennie de Dreyfus, d'une « taxe spéciale » pour les inhumations au cimetière israélite (p. 110). Des analyses fines de la jurisprudence *Abbé Olivier* du Conseil d'État jusqu'à la loi de 1887 relative au libre choix des obsèques, le mémoire retrace une part des origines de notre droit funéraire contemporain sans arrêt en balance, pour reprendre le titre du mémoire de Madame Germain, entre « liberté de culte et laïcité ».