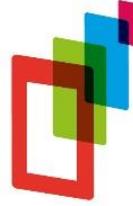


TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

LE DROIT DU DÉFUNT

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu et Bouteille-Brigant, Magali (2015) [Le droit du défunt](#). Communications (n° 97). p. 29-43.

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

LE DROIT DU DÉFUNT

Une fois que la mort est intervenue, une fois que le décès a été constaté, que devient, juridiquement, la dépouille du défunt ? Cette question, que l'on pourrait croire définitivement réglée depuis des siècles, n'a, en fait, jamais véritablement été tranchée, en tout cas de façon unanime, au sein de la communauté des juristes. En effet, certains d'entre eux évoquent pour le cadavre la qualification de « chose » alors que d'autres lui reconnaissent une « personnalité » ou une « demi-personnalité ».

Pour les professeurs Cheynet de Beaupré, Labbé et Loiseau, le cadavre est assurément une « chose ». Mais une chose que chacun ressent le désir de qualifier ou de préciser. Ainsi, le professeur Labbé évoque l'hypothèse du cadavre en tant que « chose par anticipation », qu'il qualifie même de « chose sacrée » dans plusieurs de ses célèbres écrits doctrinaux. De son côté, le professeur Cheynet de Beaupré reconnaît l'existence d'une « chose corporelle ». Quant au professeur Loiseau, il retient que le cadavre n'est ni sujet ni même objet de droit(s), mais plutôt une « chose objet de respect ». Plusieurs auteurs, à l'instar de M. Brigant, semblent hésiter ou, en tout cas, témoigner de leur embarras et/ou de la difficulté d'une qualification juridique évidente. Ce dernier souligne l'ambiguïté du statut cadavérique en évoquant la protection pénale du « cadavre personnifié », mais aussi celle du « cadavre réifié » ! MM. Kermabon, Mynard et Pierchon rappellent d'ailleurs qu'en droit romain le cadavre était « plus » qu'une simple chose. Et si nous affirmons explicitement que nous rêvons d'une reconnaissance de la personnalité du cadavre, certains, comme MM. Bioy et Fallon, estiment qu'il « convient de considérer que le cadavre reste une personne humaine, bien qu'il ait perdu le statut d'« être » humain »¹.

Partant, nous avons décidé, autour d'un chœur à deux voix, de répondre à nouveau à la question qui pourrait sembler éculée : Qu'est-ce qu'un cadavre en droit français ? Car, selon une tradition inspirée de la Rome antique, le droit distingue, dans une opposition majeure, les personnes des choses. En règle générale, cette classification ne pose aucune difficulté : les objets inanimés sont instinctivement des choses, des biens meubles (comme une table, un vélo ou une chaussette) ou immeubles (comme un terrain ou une maison), d'appropriation privée (comme un fauteuil) et/ou publique (comme un rond-point) ; de même, les êtres humains animés et « vivants » sont tout aussi instinctivement ou naturellement des personnes.

Deux catégories ont cependant beaucoup intéressé doctrine et législateur : les animaux et les corps humains sans vie. S'agissant des animaux, même s'ils viennent d'être reconnus comme des êtres dotés de sensibilité, la « chose » est entendue de façon assise et séculaire. S'agissant du cadavre des êtres humains, une controverse existe depuis longtemps et n'a, selon nous, jamais véritablement été tranchée. Pour certains, nous l'avons dit, le cadavre est une personne, pour d'autres, il est une chose. Nous proposerons, quant à nous, une troisième voie : celle d'une « autre chose » qui serait une « personne défunte » ou « personne décédée ». Répondant notamment à plusieurs des caractéristiques de la domanialité publique, sans être une chose appropriable pour autant, cette « autre chose », tout en incarnant le souvenir, serait le reflet d'une ancienne « personne ».

LE CADAVRE : UNE PERSONNE, UN SUJET ?

Qu'est-ce qu'un cadavre ? Il s'agit des restes (tout ou partie[s]) de la dépouille d'une personne décédée, et ce, jusqu'à ses ossements (même vieux) et ses cendres. Il est important de préciser ici qu'un cadavre de dix jours ou de mille ans est toujours un cadavre aux yeux de la loi même si un examen approfondi des situations de différents corps morts tend à mettre en évidence une distinction pratique entre le cadavre récent et les restes humains anciens. Si l'on adopte une démarche chronologique et presque instinctive, on peut être amené à penser que le cadavre (qui indubitablement, avant la mort, est une personne et non une chose) demeure une personne. En effet, malgré la transformation mortelle, l'enveloppe corporelle, même si elle n'est plus mue par une activité cérébrale², est, avant le phénomène de putréfaction en tout cas, plus ou moins la même. En outre, aucun individu ayant vu un proche mourir n'aurait l'idée de le considérer, après le dernier souffle de vie, comme une chose, à l'instar d'un bien mobilier. Le droit n'est pas une science exacte mais une science humaine³ ; qui plus est, bâtie sur des fictions⁴. Autant la médecine et la physique doivent, en tant que sciences et savoirs désirés exacts, décrire la réalité pour comprendre et prévoir d'autres réalités, autant le droit n'a pas nécessairement cet objet. Lorsque l'on dit, par exemple, que l'État ou une société passent un contrat avec une personne privée, ce sont en réalité deux personnes privées physiquement qui vont passer une convention. Car l'État ou la société privée n'existent pas « réellement » ou « physiquement », ce sont des fictions. Mais nous faisons comme si elles existaient, ce qui leur permet de bénéficier juridiquement de droits et d'être débiteurs d'obligations. Et il en a été

historiquement de même avec la conception de la « mort civile », qui touchait des êtres physiquement en vie. En conséquence, puisque le droit ne traduit pas nécessairement la réalité matérielle, l'argument selon lequel le corps mort se transforme ne peut impliquer que la personne en vie devienne « nécessairement » une chose lorsqu'il n'y a plus de vie en elle.

Il appartient aux juristes de décider et d'imaginer ce qu'ils entendront par « cadavre » et, en ce sens, le droit demeure, selon la belle expression de Giraudoux, « la plus puissante des écoles de l'imagination⁵ ». Soit il s'agira toujours d'une personne, soit la transformation sera telle qu'il y aura novation de la personne en autre « chose ». Majoritairement, redisons-le, le cadavre en droit est a priori une « chose », mais la « chose » n'est peut-être pas si évidente.

Permettons-nous de douter un peu...

L'exemple du « cadavre chaud » est éclairant, car il montre les limites juridiques de la classification habituelle ou majoritaire du cadavre comme « chose ». En effet, si l'on retient que la mort se définit juridiquement comme la cessation de l'activité cérébrale⁶, on sait que cela implique, juridiquement, qu'un corps maintenu artificiellement en vie (pour des raisons scientifiques ou thérapeutiques) est considéré comme un « cadavre artificiel » ou « cadavre chaud » (par opposition au « corps froid » ou « cadavre froid »). Pourtant, concrètement, il y a toujours une forme de vie dans ce « cadavre chaud » maintenu artificiellement sous respirateur, par exemple. On a même devant soi une personne physique tangible. Osera-t-on parler de « chose » la concernant, alors que juridiquement telle est la qualification opportune ?

D'aucuns⁷ estiment alors que la mort cérébrale est la mort de la « personnalité humaine », la « vie humaine » étant réduite à la « vie du cerveau ». Cette réification humaine est contradictoire avec plusieurs autres hypothèses selon lesquelles le droit considère non pas l'existence de « choses », mais bien celle de « personnes ». Ainsi, lorsqu'un enfant est jugé « incapable » ou non encore majeur, lorsqu'une personne âgée, malade, est dépendante ou qu'un adulte doit être placé sous tutelle ou curatelle parce qu'il ne peut plus assumer seul certaines fonctions ou actions, lui dénie-t-on pour autant sa personnalité humaine ? Non !

Car même si la personnalité humaine se matérialise par l'expression d'une volonté propre, elle ne s'y réduit pas : l'activité cérébrale peut en effet ne pas ou ne plus s'extérioriser. Il convient alors de protéger ceux qui ne peuvent plus manifester leurs volontés, protection

assurée par une application au corps mort de la notion de « dignité de la personne humaine ». Ce qui n'est pas sans soulever quelques difficultés.

L'extension de la dignité de la personne humaine au cadavre.

On trouve dans la législation et la jurisprudence nationales quelques signes positifs de ce maintien de la personnalité malgré la mort. Par exemple, l'article L. 225-17 (alinéa 1er) du Code pénal punit d'une infraction toute atteinte à l'« intégrité du cadavre ». Or cette protection pénale figure au chapitre des « atteintes aux personnes » et non à celui des « atteintes aux biens ». En outre, depuis le 1er mars 1994, l'infraction distingue l'atteinte à la chose mobilière « sépulture » de l'atteinte « corporelle » faite au cadavre (alors que le tout était auparavant amalgamé). Ce qu'a confirmé et amplifié la loi funéraire du 19 décembre 2008 en protégeant également les urnes funéraires et même les cénotaphes et autres monuments à la mémoire des morts.

La jurisprudence appliquant cette disposition pénale et celles relatives à la manipulation (hors des cadres médicaux ou scientifiques autorisés) de cadavres fait également référence à la notion de « dignité de la personne humaine », qui apparaît alors comme un témoignage de ce que le cadavre pourrait être encore une personne et ne devrait pas être considéré comme une chose vulgaire, au nom du respect qu'on lui doit. On peut citer à cet égard les jurisprudences françaises ayant interdit la célèbre exposition Our Body, à corps ouverts, dans laquelle des cadavres plastinés⁸ étaient exposés dans des situations de la vie courante⁹. Outre la question qui pouvait se poser de l'origine – parfois douteuse – des corps exposés et du consentement qu'auraient donné les intéressés à être ainsi réifiés post mortem, les juges ont insisté sur deux éléments pour fonder leur interdiction : le caractère non scientifique et non philanthropique de l'opération commerciale réalisée et l'invocation d'une atteinte à la dignité de la personne humaine¹⁰.

Le « respect dû au corps humain », et donc à l'intégrité corporelle, « ne cesse pas avec la mort ». Ce que rappellent l'article R. 4127-2 (alinéa 2) du Code de la santé publique, l'article 2 in fine du Code de déontologie médicale (interne à la profession), ainsi que l'article 16-1-1 du Code civil (notamment depuis sa nouvelle rédaction issue de la loi funéraire no 2008- 1350 du 19 décembre 2008 précitée). Selon cet article : « Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. » Ici encore, il n'est nullement question de « choses », mais bien de « personnes ». En outre, l'argument selon lequel il ne peut s'agir d'une « chose » se retrouve également et paradoxalement à nouveau dans le Code civil. L'article 16-1 (alinéa 3) ne dispose-

t-il pas que le corps, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, donc d'une propriété ? Or, à part les personnes, rien n'échappe à l'appropriation, fût-ce une propriété publique ou collective.

Cette protection, dont nous constatons bien qu'elle est relative à la « personne décédée », s'étend même aux restes du cadavre (ainsi pour ses cendres), et même encore à son image, ce dont attestent plusieurs affaires médiatiques et juridictionnelles, comme les affaires dites « Mitterrand » ou « Érignac » consécutives à la publication de la photographie du premier sur son lit de mort, du second gisant sur le pavé. Par-delà la mort, certains droits perdurent.

De même, on peut voir dans l'affaire dite des « têtes maories » (momifiées), et notamment dans celle remise par la Ville de Rouen à la Nouvelle-Zélande, une autre incarnation de cette « continuité » de la personnalité. Normalement, ces éléments cadavériques, lorsqu'ils sont dans un musée français ou propriété d'une personne publique, sont considérés comme des biens (« choses ») appartenant au domaine public. Conséquemment, ils sont inaliénables : on ne peut ni les vendre ni les donner afin de les protéger. Seule une opération – lourde – de déclassement peut matérialiser la « sortie » de la domanialité publique, ce que, notamment, a accompli la loi no 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud (affaire dite de la « Vénus hottentote »). Dans le cas des têtes maories, la Ville de Rouen souhaitait redonner une de ces têtes momifiées et tatouées aux Néo-Zélandais, tandis que le ministère de la Culture s'y opposait, arguant de l'inaliénabilité des biens culturels ; ce qu'a confirmé un premier jugement du tribunal administratif de Rouen¹¹. En appel, la Ville a alors soutenu que « le principe de la dignité de la personne humaine qui prolonge[ait] par-delà la mort les droits du défunt sur son corps s'oppos[ait] à ce que des éléments du corps humain puissent être classés comme des éléments des musées de France ». Mais la cour administrative d'appel ne l'a pas suivie¹². In fine, il a fallu une loi pour régler la question, la loi no 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.

La dignité, source de difficultés autour du cadavre.

En droit, la notion de « dignité de la personne humaine » a été reconnue par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puis par le droit de l'Union. Elle a été intégrée par le juge administratif dans un célèbre arrêt de

1995¹³ à propos de l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nains ». Partant, s'il est évident que la dignité de la personne humaine fait désormais partie intégrante de l'ordre public, elle peut, à elle seule, justifier une mesure de police. Elle a même pu, parfois, être utilisée par les juges contre le consentement de personnes vivantes pourtant en état de manifester sereinement leur volonté propre.

Toutefois, précisément pour l'hypothèse que nous soulevons du cadavre, il n'est pas a priori question d'agissements sur des êtres qui auraient revendiqué, au nom de leur liberté, une action donnée. Et si en appeler à la notion de « dignité de la personne humaine » nous semble peu opportun (et même dangereux) lorsque peut s'exprimer le consentement de l'intéressé, elle nous semble susceptible d'être invoquée pour protéger la « personne décédée », celle-ci étant dans l'impossibilité de parler. L'argument sera cependant plus délicat à mettre en avant lorsque, de son vivant, une personne a pu donner son avis, sans aucun doute possible, sur une utilisation posthume de son corps (par exemple, plastiné ou sublimé¹⁴). Peut-on alors alléguer la notion de « dignité de la personne humaine » malgré la volonté exprimée ? On conçoit par ailleurs toute la difficulté qu'il y a à sonder la volonté de ceux qui ne peuvent plus la faire connaître, ce qu'a récemment illustré l'affaire dite « Vincent Lambert »¹⁵. On peut considérer, à l'aune des éléments relatifs à cette affaire, que le cadavre est un sujet (et non un objet) de droit objectif. Il ne peut seul revendiquer des droits subjectifs (ayant perdu toute manifestation de volonté). Mais le droit continue bien à s'appliquer à lui, et il appartient à la société et aux proches de faire appliquer et de faire respecter ce(s) droit(s). Pourtant, majoritairement, la doctrine et les normes retiennent la qualification de « chose ». Nous pensons quant à nous que cette réification, même dans l'hypothèse réactivée d'une « chose sacrée »¹⁶, en l'enfermant, pour ne pas la regarder en face, derrière le concept plus facile, car déshumanisant, de « chose », fait partie de ce mouvement, humainement et psychologiquement compréhensible, de négation de la mort.

Au début du siècle dernier, en doctrine, Demogue¹⁷, reprenant Ihering et partant du principe que le droit prend aussi en considération les cadavres, affirmait que ces derniers ne pouvaient pas être des choses. Gabriel Timbal a, lui, parlé de « demi-personnalité »¹⁸, car tous les attributs de la personnalité ne s'y retrouvaient pas (les cadavres n'étant pas sujets des droits patrimoniaux, ce qui est effectivement indéniable). Pour fonder leur argumentation, le professeur Xavier Labbé rappelle¹⁹ même que Gabriel Timbal s'appuyait, notamment, sur un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1860 dans lequel on peut lire que « le mot personne comprendrait les vivants et les morts ; la Loi ne les distinguant pas ». Cette théorie ne nous convainc cependant pas totalement, car nous pensons qu'il faut ici trancher d'abord entre « personnes » et « choses ».

D'autres éléments, issus des normes relatives au service (public) extérieur des pompes funèbres, témoignent enfin de cette « personnalité » du cadavre. Ainsi, on relèvera que la loi Sueur de 1993 et la loi funéraire du 19 décembre 2008 qui la complète confirment ce caractère de respect dû à la personne. Le droit à l'intégrité des sépultures et des corps qu'elles abritent dépasse le strict cadre de l'intégrité physique pour englober la mémoire de ce que la personne a incarné de son vivant (ainsi, à propos des tags antisémites dans l'affaire dite du « cimetière de Carpentras », quand bien même il n'y a pas eu d'atteinte physique aux cadavres). De même, on notera qu'il est désormais interdit, au nom peut-être de la « dignité de la personne humaine », de disperser où on le désire les cendres²⁰ d'un défunt (articles L 2223-18-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, 2008). Même à domicile, il n'est plus possible de conserver, et donc de s'approprier, une urne, même si c'était la volonté expresse et exprimée de la personne décédée. C'est également la notion de dignité qui interdit désormais de montrer un cadavre ou même un cercueil sur la voie publique (ce qui implique, par décence décrétée, l'utilisation de corbillards ne laissant plus apparaître la mort incarnée). Et c'est cette même dignité qui impose aux agents funéraires (qui ont l'obligation d'ôter tout appareil électronique de type pacemaker) de « recoudre » et de rendre le plus présentables possible les cadavres qu'ils ont à apprêter. Enfin – dans un domaine tout autre –, ne permet-on pas aux défunts, si leur volonté a été clairement exprimée et commencée d'être exécutée, d'affirmer des droits de filiation et même de se marier de façon posthume ?

Comment concevoir cela pour des « choses » ?

LE CADAVRE : UNE CHOSE, UN OBJET ?

La « chose », bien que facilement appréhendable, trouve beaucoup plus difficilement une définition précise. En effet, le langage courant utilise le terme dans des acceptions très différentes les unes des autres : ainsi peut-on parler des « choses de la vie » ou « mettre les choses au clair »...

Le droit, pourtant attaché à la précision linguistique, ne définit pas strictement la catégorie des choses. En revanche, la catégorie des personnes est, elle, strictement définie ; c'est une catégorie dite fermée. À l'inverse, la catégorie des choses est une catégorie à la fois ouverte et résiduelle : y entrent toutes les « entités » qui ne peuvent intégrer la catégorie des personnes. Aussi, après avoir dénoncé l'impossibilité de percevoir le cadavre et après l'avoir en

conséquence exclu de la catégorie des personnes, est-ce avec beaucoup de facilité qu'on peut le classer dans la catégorie très hétéroclite des choses. Cela au même titre que les meubles et les immeubles, que les animaux, ou encore que l'embryon animal ou humain. La chose ou, plus exactement, les choses peuvent cependant être classées sous différentes catégories : les choses corporelles ou incorporelles, les choses de genre ou fongibles, ou les choses certaines. Pour la simplicité de l'exposé, nous préférons considérer la situation selon une autre distinction et envisager les choses et, parmi elles, les biens comme susceptibles d'appropriation. En effet, plusieurs arguments évoqués à l'appui d'un courant doctrinal majoritaire plaident en faveur de la qualification du cadavre ou de la dépouille mortelle parmi la catégorie des choses, et plus encore en faveur de la qualification juridique de choses susceptibles d'appropriation, c'est-à-dire de biens.

Le cadavre : une chose.

Le rattachement du cadavre à la catégorie des choses peut se manifester soit par une référence directe à une chose, soit, de manière plus subtile, en lui déniait la qualification de « personne », ce qui, dans le monde binaire du droit, le condamne automatiquement à reposer dans la catégorie omnivore et hétéroclite des choses.

De la même manière, il est en principe impossible de se marier à une personne décédée. Une précision mérite cependant ici d'être apportée. En effet, l'article 171 du Code civil énonce que « le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement ». Il est donc en théorie possible de se marier à un cadavre, mais plusieurs remarques s'imposent ici. En premier lieu, il s'agit d'une situation très exceptionnelle qui nécessite l'accord du président de la République et l'existence de motifs graves. En second lieu, il s'agit de donner effet à un consentement déjà exprimé du vivant du défunt, mais pas dans les formes requises pour qu'il soit efficace. En dernier lieu, le mariage posthume n'est pas conçu pour reconnaître des droits au défunt, mais pour protéger les intérêts des survivants, enfants, puis conjoint du défunt, ce dont atteste le contexte tragique de la reconnaissance de cette institution.

La négation de la qualité de personne et, partant, le rattachement du cadavre à la catégorie des choses s'opèrent également par le rejet du préjudice à titre posthume. La Cour de

cassation a mis un terme à ces hésitations. Dès 1999, elle affirmait que le droit au respect de la vie privée disparaissait avec le défunt et n'était donc pas transmis à ses héritiers. Ainsi, les proches d'un défunt ne peuvent s'opposer à la reproduction de l'image dudit défunt que s'ils éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort.

Mais le rattachement du cadavre à la catégorie des choses peut être plus direct. L'article 434-7 du Code pénal prévoit par exemple, au titre des entraves à la saisine de la justice, que « le fait de receler ou de cacher le cadavre d'une personne victime d'un homicide ou décédée des suites de violences est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Or l'article 321-1 du Code pénal définit le recel comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit [, ou] le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ». Ainsi la définition du recel, et partant, du recel de cadavre fait une référence évidente à la chose.

Par ailleurs, on retrouve, sous la plume de certains auteurs, cette même référence à la chose. Ainsi, eu égard aux dispositions régissant le prélèvement d'organes, le professeur Xavier Labbé considère-t-il, à l'inverse, mais selon la même logique, d'un courant qualifiant une prothèse de « personne par destination », que « l'individu dont la volonté est apte à immobiliser par anticipation un objet mobilier peut tout aussi bien mobiliser par anticipation. La dépouille serait un objet mobilier par anticipation ». Toutefois, si le cadavre est une chose, « ce n'est pas une chose comme les autres et le droit exercé sur elle n'est peut-être pas le droit de propriété »²¹. Le cadavre est une chose sacrée. Dès lors, réactivant une catégorie existant depuis l'Antiquité, le professeur Labbé, à l'image d'autres auteurs²², juge que ce caractère sacré justifierait que le cadavre soit hors du commerce, qu'il soit digne de respect et que son régime déroge au droit commun des biens.

Le cadavre : un bien.

Plus encore qu'une chose, le cadavre est considéré comme un bien, c'est-à-dire comme une chose appropriée. Ce rattachement du cadavre à la catégorie des biens se retrouve tant sous la plume du législateur que dans les décisions des juridictions.

Depuis la loi sur la liberté des funérailles, toute personne peut faire don de son corps à la science, à condition d'en avoir expressément manifesté la volonté de son vivant. Cette possibilité, organisée par l'article R. 2213-13 du CGCT, ajoute au cadavre une troisième destination, à côté de l'inhumation et de la crémation. Elle est qualifiée par le pouvoir réglementaire de « don », mais on devrait plutôt y reconnaître un legs, puisqu'il s'effectue uniquement à cause de mort. Toutefois, legs ou don, l'opération suppose un transfert de propriété d'un bien, qui passe du patrimoine du testateur ou du donateur à celui du donataire ou du légataire. Or on ne peut disposer que des choses dont on détient la propriété, et donc que de ses propres biens, ce qui implique de considérer le cadavre comme un bien.

Dans un autre registre, la Cour de cassation a reconnu un hôpital comme responsable²³, en sa qualité de dépositaire du corps, de l'état de décomposition de ce dernier du fait de mauvaises conditions de conservation à la morgue. Or le dépôt, qui fait l'objet des articles 1921 et suivants du Code civil, peut être défini comme « l'acte par lequel, une personne, le déposant, remet une chose mobilière à une autre (le dépositaire) qui accepte de la garder et s'engage à la restituer lorsque la demande lui sera faite²⁴ ». Il en va de même de l'appartenance de certains cadavres ou restes humains au domaine public, appartenance rappelée par le législateur à l'occasion des affaires dites de la Vénus hottentote et des têtes maories, réclamées respectivement par l'Afrique du Sud et la Nouvelle-Zélande.

Enfin, un certain nombre de décisions judiciaires qualifient la personne non seulement de « chose », mais plus précisément de « bien nécessairement de nature mobilière », eu égard à la possibilité de déplacer des cadavres. On peut faire état de plusieurs jurisprudences retenant plus ou moins explicitement la qualification de « biens », et ce, que l'on considère le cadavre entier ou réduit en cendres. Ainsi, la qualification de « bien » a été appliquée en matière d'urne cinéraire : celle-ci, faisant l'objet d'un droit de copropriété familiale inviolable et sacré, donne à la famille la qualité pour agir en justice afin de faire reconnaître les atteintes portées à la dépouille ou à la sépulture.

Force est de constater, cependant, que des décisions plus récentes semblent davantage réticentes à retenir cette qualification. C'est le cas notamment de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 28 janvier 2009²⁵ à la suite de dommages occasionnés à un appartement situé sous celui d'une personne décédée pendant la canicule et dont le corps n'a été retrouvé que plusieurs jours après son décès. Interrogée sur la possibilité d'engager la responsabilité de la fille de la défunte sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, la cour d'appel élude la question posée, ne retenant la responsabilité de la descendante que sur le fondement des troubles du voisinage, et évite ainsi de qualifier de manière trop directe le cadavre de « chose ».

Les décisions rendues en matière de restitution de prélèvements issus d'autopsies judiciaires s'écartent encore plus de la qualification de « biens ». Ainsi, dans un arrêt rendu le 3 avril 2002, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « les prélèvements effectués aux fins d'analyse dans le cadre d'une procédure judiciaire, que ce soit sur une personne vivante ou sur une personne décédée, ne sont pas des objets de restitution au sens de l'article 99 du Code de procédure pénale²⁶ ». De manière encore plus nette, la Cour de cassation considérait en 2010 que « les prélèvements faits sur le corps humain à des fins médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du Code civil ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du Code de procédure pénale »

Aussi, même s'il semble aujourd'hui acquis que le cadavre est une chose, cette qualification est loin d'être dépourvue d'ambiguïté.

LE CADAVRE : UNE « PERSONNE DÉFUNTE » OU « PERSONNE DÉCÉDÉE ».

Si des arguments plaident en faveur de la qualification de « choses » tout comme d'autres plaident plutôt en faveur de la qualification de « personnes », il apparaît pourtant qu'aucune ne se montre pleinement satisfaisante. L'une comme l'autre prête aisément le flanc à la critique. Si bien que c'est une qualification nouvelle qui doit être proposée, qualification qui tentera de gommer les inconvénients inhérents à chacune des deux autres tout en en préservant les avantages respectifs.

La voie que nous désirons suivre affirme que la mort traduit simplement un changement interne indéniable et non un changement de nature, changement qui nous conduit à développer l'hypothèse d'une sous-catégorie à la catégorie des personnes : celle des « personnes défrites » ou « personnes décédées ». Cette hypothèse n'entend pas révolutionner la *summa divisio*, contrairement à ce que d'aucuns pourraient craindre ou croire en doctrine. Nous attendons juste qu'elle rapproche le fait du droit, et prenne acte de ce que le cadavre, de par son état, ne peut pas être considéré comme une chose, ce que certaines jurisprudences et normes traduisent déjà. Même si, très majoritairement, la doctrine s'obstine à qualifier le cadavre de « chose », le législateur et les juges (constitutionnels, civils, pénaux, sociaux et administratifs) n'hésitent

plus, quant à eux, à employer des expressions relatives à la personne, et notamment les qualificatifs de « personnes défuntes » et de « personnes décédées ».

En résumé, il nous semble non seulement que les cadavres doivent être considérés, en droit, à l'instar de « personnes » que l'on qualifierait désormais de « personnes défuntes » ou « personnes décédées », mais encore qu'il faut leur appliquer un régime juridique conséquent de protection, régime semblable, en partie, à celui qui permet de garantir la domanialité publique. Nous retenons les premières formulations suivantes :

Lorsque la fin de l'activité cérébrale est constatée, tout être humain est considéré comme une « personne défunte » ou « personne décédée ». La nation est la gardienne des « personnes défuntes » ou « personnes décédées ». En conséquence, l'État assume la protection due à la dignité des personnes et en garantit l'inviolabilité, l'intangibilité et l'imprescriptibilité.

Notre proposition n'est encore qu'une ébauche et elle soulève, sciemment, de nombreuses interrogations qu'il conviendra d'affronter. Cependant, nous pensons qu'il est d'ores et déjà important et opportun d'affirmer ceci :

La conservation des restes humains ne devrait se justifier que dans la perspective, là encore, d'un protocole de recherche validé par l'autorité ainsi instituée. Les prélèvements biologiques réalisés à des fins médico-légales peuvent être utilisés à des fins scientifiques dès lors qu'ils ne sont plus nécessaires à la manifestation de la vérité et sous réserve de l'absence d'opposition par le défunt, recherchée auprès des proches dûment informés, et sous réserve de l'existence d'un protocole de recherche valide.

Osons regarder en face cette mort et ces cadavres que d'aucuns refusent encore d'affronter. Appelons ensemble « personnes » et non « choses » ces anciens frères et sœurs qui furent nos contemporains, et refusons de continuer à nous voiler la face et les esprits, telles ces statues noyées dans leur chagrin et couvertes du voile du deuil. Osons regarder en face comme déjà, mais avec d'autres conséquences, nous y incitait Bossuet :

Me sera-t-il permis aujourd'hui d'ouvrir un tombeau devant la Cour, et des yeux si délicats ne seront-ils point offensés par un objet si funèbre ? Je ne pense pas, messieurs, que des chrétiens doivent refuser d'assister à ce spectacle [...].

C'est nous, mortels misérables, qui refusons de voir ce triste spectacle, comme la conviction de nos erreurs. Allons, et voyons [...] ; désabusons-nous éternellement de tous les biens que la mort enlève²⁷.

NOTES

1. L'ensemble des opinions des auteurs ici cités est réuni dans Mathieu Touzeil-Divina, Magali Bouteille-Brigant, Jean-François Boudet (dir.), *Traité des nouveaux droits de la Mort*, t. I, *La Mort, activité(s) juridique(s)*, et t. II, *La Mort, incarnation(s) cadavérique(s)*, Le Mans, Éditions L'Épitoge - Lextenso, 2014. Le présent texte – remanié au 1er mai 2015 – est essentiellement issu de la proposition doctrinale émise par Mme Bouteille-Brigant et M. Touzeil-Divina dans le traité précité, qui n'est pas définitive.

2. Rappelons en effet que la définition juridique de la mort est la « fin de l'activité cérébrale ». À cet égard, voir le décret no 96-1041 du 2 décembre 1996 (modifié par le décret no 2005-949 du 2 août 2005, prévu aujourd'hui à l'article R. 1232-1 CSP).

3. Son objet, disait d'ailleurs très justement le doyen Foucart, est l'homme. Voir Mathieu Touzeil-Divina, « Un père du droit public “moderne”, le doyen Foucart (1799-1860) », in Jaime Orlando Santofimio Gamboa (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Eberhard Schmidt-Aßmann*, Colombie, Universidad Externado de Colombia, 2015.

4. On se permettra, là encore, de renvoyer à Mathieu Touzeil-Divina, « Propos introductifs et juridico-bédéistes : entre droit(s), fiction(s) et bande(s) dessinée(s) », in collectif, *Le Droit dans les bandes dessinées*, Paris, LGDJ, 2012, p. 11 sq.

5. Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène 5 (Hector).

6. Si l'on retient comme dit précédemment les critères positifs posés par le décret du 2 décembre 1996, critères notamment relevés pour permettre le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques et scientifiques.

7. Voir Bruno Py, *La Mort et le Droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, p. 22 sq.

8. La plastination est une méthode de conservation des tissus créée par le docteur Van Hagen en 1977.

9. Cf. TGI Paris, ord. référés, 21 avril 2009, aff. Our Body ; JCP G 2009 act. 225 obs. Loiseau confirmé par CA Paris, 30 avril 2009 ; JCP G 2009 act. 259 et JCP G 15 juin 2009, p. 23, note Loiseau. Pourvoi rejeté par Cass. civ. 1re, 16 septembre 2010, no 09-67.456 ; Bull. civ. I, no 174, p. 162.

10. À titre personnel, l'un des coauteurs du présent article a d'ailleurs dénoncé en 2009 l'utilisation subjective et moraliste que l'on pourrait faire de la notion de dignité de la personne humaine. Il ne renie pas cette crainte, même s'il l'exprimerait autrement aujourd'hui (voir Mathieu Touzeil-Divina, « Cadavres... exquis. S'indigner ou non ? » sur le site de Combats pour les droits de l'homme : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>).

11. TA Rouen, ch. 3, 27 décembre 2007, no 072737 : JCP G 2008, 10041, p. 38

12. CAA Douai, 24 juillet 2008, no 08DA00405 : JCP G 2008, II, 10041.

13. CE, ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge : Rec. LEBON, p. 372.

14. La sublimation résulte de la crémation.

15. À son égard, on se permettra de renvoyer à Mathieu Touzeil-Divina, « Ultima necat. Première décision “Lambert” en référé : “oui à la vie” », observations sur TA de Châlons-en-Champagne, 16 janvier 2014, Époux Lambert (req. 1400029), in JCP G, 27 janvier 2014 (no 4), obs. 104 ; puis, du même auteur, à « Ultima necat ? Quatrième décision “Lambert” en six mois : non à l'acharnement ? », in JCP A, no 26, p. 13 sq.

16. Notamment par Hélène Popu, *La Dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Paris, L'Harmattan, 2009.

17. René Demogue, « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil* 1909, p. 639.

18. Gabriel Timbal, *La Condition juridique des morts*, Toulouse, Privat, 1903, spécialement p. 17 et 132.

19. Dans ses travaux de doctorat.

20. Voir l'étude du professeur Cheynet de Beaupré, « Des cadavres et des cendres », *Traité des nouveaux droits de la Mort*, op. cit., t. II, p. 189.

21. Xavier Labbé, « La dévolution successorale des restes mortels », *Études sur la mort*, no 125, « Le monde des funérailles », 2004, p. 51-62.

22. On pense évidemment et notamment à Mme Popu (dont la thèse a été citée supra).

23. Cass. civ. 1re, 17 juillet 1991, Bull. civ. II, no 233 ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1992.412, note Gauthier.

24. *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, vo « Dépôt ».

25. CA Paris, 28 janvier 2009, no 07/06322. *Bert D.*, D. 2009, no 26 p. 17.

26. Cass. crim. 3 avril 2002, Al Fayed, Bull. crim. 2002, no 75, pourvoi no 01.81.592.

27. J. B. Bossuet, « Sermon sur la mort, Carême de 1662 ». Il existe un très bel enregistrement par Eugène Green dudit sermon aux éditions Alpha-Voce Umana (Arques-la-Bataille, 2002).