

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

AU NOM DU DROIT A LA VIE, LA PERMISSION DE VOIR LA MORT

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2021) [« Au nom du droit à la vie, la permission de voir la Mort » ; obs. sous CE, 22 décembre 2020, ESCOLANO & alii.](#) Semaine juridique. Administration et collectivités territoriales (n°7). p. 10.

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

AU NOM DU DROIT A LA VIE, LA PERMISSION DE VOIR LA MORT

Commentaire sous : CE, 22 déc. 2020, n° 439804 : Lebon T. ; JCP A 2021, act. 14

Solution.- L'arrêt ici commenté comporte deux versants : par le premier, il confirme un an (ou presque depuis mars 2020) de mesures sanitaires gouvernementales en réaffirmant la juste proportionnalité des mesures de polices, pourtant potentiellement liberticides, prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19.

Impact.- Dans un second temps (inattendu des professionnels du secteur funéraire), il ordonne la mise en bière immédiate d'une pratique installée depuis le printemps dernier : le confinement absolu des cadavres infectés (ou suspectés de l'être ou de l'avoir été) par le coronavirus

Le présent arrêt, rendu à la suite de dix requêtes parallèles (dont la connexité a été actée), est le fruit d'un réquisitoire tous azimuts contre les mesures gouvernementales destinées à lutter contre la propagation du Sars-cov-2 entraînant la Covid-19 et ce, lors de la période dite du « premier » des confinements entre mars et mai 2020.

Concrètement, dix requérants citoyens ont en effet critiqué, au fond (et outre de parallèles référés dont l'un émis par l'une des requérantes au présent arrêt : *CE, ord., 4 avr. 2020, n° 439816 ; V. JCP A 2020, 2155*), cinq décrets (respectivement les n° 2020-260, 264, 293, 371 et 384 en date des 16, 17, 23, 30 mars et 1er avril) ainsi que l'arrêté du 14 mars 2020 portant, comme les précédentes normes, diverses mesures de fermetures d'établissements et de limitations des libertés (de circulation, d'entreprendre, etc.). Ces requêtes ont alors tout tenté (mais en vain) pour obtenir l'annulation de ces premières mesures gouvernementales jugées insuffisantes par certains citoyens. Il faut dire que, sur ce point, l'arrêt ne surprend que peu le juriste qui aurait été à l'écoute de la jurisprudence administrative, notamment en procédures d'urgence, pendant presque toute l'année 2020. Il n'y a en la matière, aucune nouveauté et la simple application des principes répétés sinon ânonnés par le juge au nom de l'urgence sanitaire (1). En revanche, parmi toutes les contestations tentées, l'une d'elles – celle relative à la dissimulation des corps morts suspectés (ou confirmés) d'avoir été contaminés par la Covid-19

– a pu entraîner l'annulation (inattendue), pour contrariété au « *droit à une vie privée et familiale normale* » du dernier alinéa de l'article 1er du décret précité du 1er avril (2).

I- Une tentative vaine d'annuler la réglementation sanitaire jugée insuffisante

Dans un premier temps, l'arrêt ici commenté, après avoir épuisé les arguments de fond et de forme (A), ne fait que traduire une solution prétorienne éculée : le juge confirmant la juste proportionnalité de la plupart des mesures étatiques prises face à la pandémie (B).

A. - L'invocation d'arguments tous azimuts

Les dix requêtes réunies par la section du contentieux du Conseil d'État cherchaient à obliger les gouvernants à modifier les mesures concrètes prises contre la diffusion de la pandémie. Lesdits recours présentaient alors (d'où leur réunion) le point commun suivant : elles laissaient principalement entendre que le gouvernement aurait été insuffisamment proactif dans sa lutte sanitaire. Elles demandaient en conséquence que le juge enjoigne de nombreuses mesures concrètes au premier ministre en vertu de ses pouvoirs propres de police administrative générale (en application de l'arrêt Labonne : *CE, 8 août 1919, n° 56377*) sur l'ensemble du territoire national ainsi qu'au ministre de la Santé principalement, depuis la loi d'état d'urgence sanitaire du 23 mars 2020, en vertu de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique. Certes, les requérants avaient même bien tenté de critiquer la présence et l'action du dernier ministre entre le 16 et le 23 mars, c'est-à-dire avant le vote de la première version de l'article L. 3131-1 précité mais cela n'a eu aucune incidence sur le juge qui a rappelé que « *les mesures prises par le Premier ministre ou par le ministre de la santé sur ces fondements, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercer une profession doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent. Il s'ensuit que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'arrêté du 14 mars 2020 et le décret du 16 mars 2020 auraient été pris par une autorité incompétente, sans qu'ait d'incidence la circonstance que le régime de l'état d'urgence sanitaire, sur lequel ne se fondent pas ces deux textes, ait été inséré dans le CSP par une loi qui leur est postérieure* ». De même,

le juge a rapidement balayé les arguments relatifs au mauvais emploi présumé par les gouvernants de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence ou des articles 16 et 36 de la Constitution.

Cette compétence actée, les requérants demandaient concrètement et par exemple aux gouvernants de prendre toute une série de mesures plus coercitives et telles qu'une mise « *en quarantaine systématique de tous les nouveaux arrivants sur le territoire* » ainsi que des contrevenants aux règles en place (*sic*), la fourniture immédiate et en nombre de masques ou encore de tests, la mise en place « *d'un couvre-feu sur l'ensemble du territoire à compter de 22 heures jusqu'à 5 heures du matin* », le recours à l'armée, l'interdiction des rassemblements de plus de deux personnes (*sic*), une aide financière étatique massive pour les établissements de santé et – de façon étonnamment contradictoire – la réouverture des marchés (alors qu'ils demandaient la fermeture et le confinement strict de presque tout) ainsi que deux mesures en matière funéraire dont on parlera ci-après. En bref, alors que de très nombreux recours pendant toute l'année 2020 et le début de l'année 2021 ont cherché à obtenir l'annulation des mesures sanitaires jugées trop liberticides et trop contraignantes eu égard à la menace pandémique (V. en ce sens, parmi de très nombreuses et uniquement pour décembre dernier : *CE, ord., 23 déc. 2020, n° 447698* à propos de la demande –refusée– de réouverture de lieux culturels comme les cinémas. – *CE, ord., 11 déc. 2020, n° 447208, Domaines skiables de France et a.*, concernant la demande –refusée– de suspension de fermeture des remontées mécaniques. – *CE, ord., 8 déc. 2020, n° 446715, Umih et a.*, s'agissant la demande –refusée– de réouverture des bars et restaurants ; *etc.* – Seules de rares décisions comme *CE, ord., 7 nov. 2020, n° 445825 Assoc. Civitas* ; *JCP A 2020, act. 641* ont pu consacrer quelques réajustements ou annulations ordonnés aux gouvernants – en matière de liberté religieuse-. La plupart du temps, le juge confirmant la position gouvernementale estimée juste et proportionnée) les requérants estimaient (comme par l'une des premières ordonnances de référé *CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, Synd. Jeunes Médecins et a.* : *JCP A 2020, act. 182* : « *Ni oui ni non, ni bravos ni confinements totaux « en l'état » d'urgence sanitaire : l'ordonnance dilatoire du Conseil d'État* », in *Journal du Droit Administratif (Jda), 2020* ; *Actions & réactions au Covid-19, art. 281.* – Ou encore avec la désormais célèbre décision *CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, Cne Sceaux* : *JCP A 2020, act. 252* : « *Quand le Conseil d'État n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil « d'État » et non « des collectivités »* » in *JDA, 2020, Actions & réactions au Covid-19, art. 292*) quant à eux que les premières mesures étaient trop laxistes, d'où la demande de leurs renforcements et d'une présence plus forte de

l'État. Tous les arguments classiques, outre ceux déjà évoqués d'incompétence, ont alors été tentés : rupture d'égalité, principes de sécurité juridique et de légalité des délits et des peines, etc.

B. - La confirmation de la proportionnalité des mesures sanitaires prises

Pour autant, le juge ne va pas y faire droit et – de façon désormais classique à la suite de dizaines de décisions précédentes – interrogeant (en référé surtout puis au fond) des mesures analogues, il va considérer, singulièrement en période légale d'état d'urgence sanitaire, qu'en l'état actuel de la pandémie et des connaissances, les gouvernants ont agi de façon proportionnée aux troubles à la salubrité publique connus et interprétés. Aucune des normes attaquées ne présentait par exemple, *« à la date à laquelle elles ont été édictées et au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi, un caractère disproportionné, malgré la gravité de l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir, à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté d'entreprendre et malgré l'atteinte portée, selon les requérants, au droit de propriété, en dépit des disparités observées entre départements en termes de prévalence de l'épidémie »*. C'est au contraire l'affirmation de la proportionnalité des restrictions liberticides face à la pandémie qui est consacrée.

Seul élément véritablement discuté : la question de la différenciation de traitement entre les marchés alimentaires ou non et conséquemment potentiellement admis à ouvrir au public. Même s'il s'agit dans les deux hypothèses de « marchés », le juge rappelle qu'il n'y a pas rupture d'égalité lorsque l'on considère deux situations objectivement distinctes et distinguées dans un but d'intérêt général sanitaire : la fermeture de principe des lieux recevant du public et, par exception, les marchés alimentaires *« au regard de la nécessité de garantir la continuité de la vie de la Nation, notamment de permettre l'approvisionnement en produits de première nécessité et la fourniture de services essentiels à la population »*.

I- La dignité respectée des corps morts au nom de la vie privée et familiale (des vivants ?)

Cela acté, les requérants demandaient également la « mise en place dans chaque hôpital ou clinique d'une télé-cérémonie funéraire pour les proches d'un patient décédé du coronavirus et d'une prise en charge des frais funéraires par l'État » ainsi que des « mesures permettant aux proches de personnes décédées de pouvoir les revoir avant la mise en bière ». Il faut rappeler en effet que depuis le décret du 1er avril 2020 (figurant parmi les normes attaquées), le gouvernement (sur demande explicite de nombreux professionnels funéraires craignant pour la santé de leurs opérateurs) a ordonné que toute personne décédée ou suspectée d'être défunte à la suite d'une infection à la Covid-19 soit mise en bière immédiate sans possibilité notamment qu'une toilette mortuaire, des soins de conservation et qu'une présentation du corps aux proches ne soient effectuées. Pour éviter une propagation post-mortem du virus et pour protéger les personnels ayant à manipuler les corps défunts, on a donc appliqué de manière générale une mesure connue dans la législation funéraire (on se permettra à cet égard de renvoyer à : M. Touzeil-Divina, M. Brigant & J.-F. Boudet (dir.), *Traité des nouveaux droits de la mort* : Le Mans, L'Épitoge, 2014) en présence d'un cadavre ayant rencontré (ou suspecté de l'avoir été) une maladie très infectieuse : l'immédiateté d'un confinement mortuaire au nom de la salubrité publique des vivants (V. *CGCT, art. R. 2213-2-1*). Toutefois, cet « autre confinement » qui ne concerne plus les vivants mais les morts ne permettait pas aux premiers de faire « leur deuil » et leurs adieux à leurs proches décédés. Et, si le juge n'a pas retenu la demande d'obligation de prise en charge des télé-cérémonies funéraires, il a bien voulu accueillir, créant la surprise, la demande de cessation de mise en bière immédiate (A) au nom d'une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale et non, comme on aurait pu s'y attendre, du fait de la dignité des personnes humaines (B).

A. - Une annulation inattendue et non souhaitée par le secteur funéraire

Disons-le explicitement : l'annulation de la mise en bière immédiate, également demandée par le rapporteur public, Laurent Domingo (dont les conclusions sont publiées sur le site de la juridiction), a surpris le secteur funéraire qui y tenait dans l'objectif entendu de protéger et de rassurer les travailleurs de la Mort. Voilà presque un an que de mars à

fin décembre 2020, les corps des défunts pandémiques ont été immédiatement placés en cercueils sans que les proches n'aient pu y accéder. La mesure n'a effectivement pas été temporaire et a été reprise par toutes les normes postérieures d'urgence sanitaire à l'instar du décret – toujours en vigueur – du 29 octobre 2020 en son article 50 : « *Eu égard au risque sanitaire que présente le corps de défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès : 1° Les soins de conservation définis à l'article L. 2223-19-1 du CGCT sont interdits sur le corps des défunts probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès ; 2° Les défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès font l'objet d'une mise en bière immédiate. La pratique de la toilette mortuaire est interdite pour ces défunts, à l'exclusion des soins réalisés post-mortem par des professionnels de santé ou des thanatopracteurs. Les soins et la toilette qui ne sont pas interdits par le présent article sont pratiqués dans des conditions sanitaires appropriées* ». On croyait la mesure pérenne et incontestable puisque, en référé certes mais avec certains mêmes requérants qu'au présent arrêt (V. CE, ord., 4 avr. 2020, n° 439816, préc.), le juge administratif avait considéré que le fait que des cérémonies funéraires – même restreintes – puissent avoir lieu suffisait sans qu'il soit besoin de toucher à l'immédiateté du confinement funéraire ou même sans que cela entraîne « *une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, de nature à justifier qu'il soit ordonné à l'État [...] d'organiser à ses frais dans les hôpitaux la retransmission à distance des opérations et cérémonies consécutives au décès ou l'envoi de photographies* ».

Autrement dit, a été actée de façon pérenne sous état d'urgence sanitaire une interdiction de principe des soins de conservation et de la toilette mortuaire au nom de l'ordre public mais une possibilité concrète de les faire réaliser par les professionnels du secteur funéraire qui, *de facto*, sont les plus nombreux à les pratiquer mais ce qui exclut certaines pratiques religieuses et/ou familiales privées. On notera par ailleurs que cette pérennité de la disposition d'interdiction de principe de montrer le corps mort à l'exception des soins encadrés du secteur du service public funéraire n'a pas été relative aux seules périodes dites de confinement puisqu'avant le second de ceux-ci, le décret (D. n° 2020-1262 et 2020-1310, 16 et 29 oct. 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*) du 16 octobre 2020 comprenait pour la période « non confinée » mais toujours sous état d'urgence un article 52 disposant des mêmes règles : interdiction de principe des soins, mise en bière immédiate et exception faite aux seuls acteurs du service public funéraire.

Il faut en outre signaler que même si le secteur de la mort avait manifestement requis la mesure contestée, deux autres acteurs s'y étaient opposés : des familles et des représentants de cultes qui faisaient état de la difficulté et du manque d'humanité qu'il y avait à laisser des proches dans l'impossibilité ne serait-ce que de voir, même de loin et en respectant la distanciation sanitaire, quitte à revêtir des masques, des gants et des blouses, les défunts ainsi qu'un avis du Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) ; avis non normatif mais qui va pourtant s'avérer décisif dans la présente affaire. En effet, après que le HCSP eut conseillé (le 18 février 2020) une mise en bière immédiate des corps estimés contaminés, il a produit un nouvel acte revenant sur ce caractère.

B. - Une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée des vivants sans mention de l'atteinte à la dignité des personnes décédées

On peut comprendre que la première réaction tant du secteur funéraire que du HCSP ait été la protection des vivants et, face à une pandémie singulièrement contagieuse, l'obligation de confiner au plus vite les cadavres. Toutefois, dans un second temps (arrivé dès mars 2020), l'usage de matériels et équipements permettant aux travailleurs funéraires et au besoin aux proches d'être sereinement protégés, il a rapidement pu être entendu que l'immédiateté de la mise en bière sans possibilité pour les vivants d'apercevoir leurs défunts pouvait paraître disproportionnée. Voilà d'ailleurs pourquoi, en toute illégalité, certains professionnels ont-ils accepté – prenant leurs précautions sanitaires – de montrer les corps morts aux proches le sollicitant.

Par ailleurs, le 24 mars 2020, le HCSP avait considéré qu'il convenait « de respecter la stricte observance des règles d'hygiène et de mesures de distance physique, mais aussi de respecter dans leur diversité les pratiques culturelles et sociales autour du corps d'une personne décédée, notamment en ce qui concerne la toilette rituelle du corps par les personnes désignées par les proches, ainsi que la possibilité pour ceux-ci de *voir* la personne décédée avant la fermeture définitive du cercueil ». Le HCSP avait alors « recommandé à cette fin que, s'agissant des personnes décédées : « le personnel en charge de la toilette [...] (soit) équipé d'une tenue de protection adaptée / les proches (puissent) *voir* le visage de la personne décédée dans la chambre hospitalière ou funéraire, tout en respectant les mesures barrière [...] / Si un impératif rituel nécessite la présence active de personnes désignées par les proches, cela doit être limité à deux

personnes *au maximum*, équipées comme le personnel en charge de la toilette [...] après accord de l'équipe de soins ou du personnel de la chambre mortuaire ou funéraire ». Certes, il ne s'agissait là que d'un « avis » mais, va affirmer le juge, « si le gouvernement n'était pas tenu de suivre l'avis du Hcsp, il n'a apporté, dans le cadre de la présente instance, aucun élément de nature à justifier de la nécessité d'imposer de façon générale et absolue, à la date où elles ont été édictées, les restrictions prévues par les dispositions attaquées. Le moyen tiré de ce que ces dispositions, en raison de leur caractère général et absolu, portent une atteinte manifestement disproportionnée *au droit* à une *vie* privée et familiale normale doit, dès lors, être accueilli ». C'est donc un argument classique en matière de police administrative qui l'a ici emporté : le refus, au nom des libertés, de mesures générales et absolues (V. concl. Corneille sur *CE, sect., 10 août 1917, Baldy* : Lebon, p. 638), l'immédiateté de la mise en bière ne paraissant pas suffisamment justifiée.

Il s'agit alors à nos yeux d'une double surprise : d'abord, parce que le secteur funéraire ne le réclamait pas et que les référés précédents n'y inclinaient pas après 10 mois d'application de mise en bière immédiate et quasi automatique et alors que les contestations sur ce point semblaient avoir cessé comme par résignation. Ensuite, parce que ce n'est pas la notion de dignité de la personne humaine qui a été mise en avant mais – *a priori* – le droit des vivants et des proches des défunts à pouvoir leur offrir, malgré la pandémie, un dernier au revoir.

L'invocation de la dignité des personnes humaines décédées était pourtant au cœur de l'avis précité du HCSP ainsi que de celui (daté du 17 avril 2020) du Comité consultatif national d'éthique qui avait conclu que « *tout ce qui pourra, en cette période, participer à réaffirmer la singularité et la dignité de chaque mort, de chaque deuil constituera une marque d'humanité extrêmement précieuse, qu'aucune célébration ultérieure ne pourra remplacer* ». La dignité et le respect dû à la personnalité humaine ne cessant pas avec la mort, affirme l'article 16-1-1 du Code civil, il aurait effectivement été possible au juge de le mentionner. Pourtant, s'il l'avait fait (ce qui ne nous aurait pas déplu), il aurait acté le maintien d'une forme de « personnalité » dont on sait qu'elle est refusée *a priori* encore de façon majoritaire aux cadavres, considérés comme des choses sans droits. Et, même s'il existe en doctrine et en jurisprudence, des contestations ou atténuations de cette réification (on pense par exemple à la décision *Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-84.120 avec nos obs. à la Revue Droit & Santé, sept. 2017, p. 732, n° 79*), force est de constater que le juge administratif (tenu, cela dit, par les arguments européens invoqués devant lui) a estimé, au regard du droit à une vie privée et familiale normale (notamment garanti par la

CESDHLF et au visa explicite de cette dernière) que les mesures prises en matière funéraire avaient été trop absolues.

Deux remarques finales : d'abord, on insistera sur le fondement juridique de l'annulation opérée. Le juge la proclame au nom du droit au respect de la vie privée et familiale. Or, souligne le rapporteur public, « *pour la Cour Edh, on ne peut exclure que le droit au respect de la vie privée et familiale puisse s'étendre à certaines situations postérieures au décès (13 septembre 2005, W... c. Royaume-Uni, n° 42639/04). La Cour a reconnu que certaines questions concernant le traitement réservé à la dépouille d'un proche décédé, ainsi que la possibilité d'assister aux obsèques d'un proche et de se recueillir sur sa tombe, relèvent du droit au respect de la vie privée ou familiale garanti par l'article 8 (20 septembre 2018, Y... et Z... c. Pologne, n° s 30491/17 et 31083/17) »*. On ne sait donc pas explicitement si le droit ici reconnu l'est au profit des vivants ou (comme on le croit et le défend) des « personnes » décédées.

Enfin, signalons, qu'au moment où nous avons rédigé cette note, le décret précité du 29 octobre 2020, en son article 50, imposait toujours jusqu'au 16 mars 2021 une « mise en bière immédiate » pour « les défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès ». Depuis, a été publié le décret n° 2021-51 du 21 janvier 2021 prenant – enfin – acte de la nécessité et de la possibilité – sous conditions – de permettre la vision du corps mort même sous Covid-19.