



**HAL**  
open science

## Le contentieux de la mort

Maripierre Bougardier

► **To cite this version:**

| Maripierre Bougardier. Le contentieux de la mort. Droit. 2011. dumas-00650731

**HAL Id: dumas-00650731**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00650731>**

Submitted on 12 Dec 2011

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**Université du Sud Toulon Var  
Faculté de droit de Toulon**

# LE CONTENTIEUX DE LA MORT

*MEMOIRE de Master 2 « Droit des contentieux public privé »*

*Présentée et soutenue publiquement par Maripierre BOUGARDIER*

*Sous la direction de Mme Elisabeth PAILLET*

*Année universitaire 2010-2011*





Université du Sud Toulon Var  
Faculté de Droit de Toulon

# LE CONTENTIEUX DE LA MORT

*MEMOIRE de Master 2 « Droit des contentieux public privé »*

*Présentée et soutenue publiquement par Maripierre BOUGARDIER*

*Sous la direction de Mme Elisabeth PAILLET*

*Année universitaire 2010-2011*



*« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur ».*

## Remerciements

*Je remercie Madame Elisabeth PAILLET, mon directeur de mémoire. Sa direction attentive et sa disponibilité a permis une meilleure approche de mon sujet.*

*J'exprime ma profonde gratitude à Monsieur Vincent APARICI et le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE pour le temps qu'ils m'ont consacré.*

## Sigles et abréviations utilisés

Abréviation	
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
AN	Assemblée nationale
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation – Chambre civile
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation – Chambre criminelle
C. civ.	Code civil
CSP	Code de la santé publique
CPP	Code de procédure pénale
C. du patr.	Code du patrimoine
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CP	Code pénal
Cons. const.	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Const.	Constitution
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CAA	Cour administrative d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme et du citoyen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Décr.	Décret
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dr. adm.</i>	Revue de droit administratif
<i>Dr. fam.</i>	Revue de droit de la famille
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
JOAN Q	Journal officiel, Assemblée nationale, édition débats (réponses ministérielles à questions écrites)
JORF	Journal officiel de la République française
<i>JCl. adm.</i>	Juris-Classeur Administratif
<i>JCl. civ.</i>	Juris-Classeur Civil
<i>JCl. coll. terr.</i>	Juris-Classeur Collectivité Territoriale



<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition générale (Semaine juridique Lexinexis)
<i>JurisData</i>	Banque de données juridiques
<i>Petites affiches</i>	Les petites affiches
Rép. min.	Réponse ministérielle
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

# Sommaire

<b>PARTIE 1 – LA MORT ET LA PERSONNE .....</b>	<b>13</b>
CHAPITRE 1 – LA DELIMITATION DE LA MORT .....	13
Section 1 : La perception remaniée de la mort .....	14
Section 2 : L'élaboration juridique subtile de nouveaux critères de la mort.....	18
CHAPITRE 2 – L'HUMANISATION DE LA MORT .....	25
Section 1 : La remise en cause de l'interdiction de donner la mort .....	26
Section 2 : La réappropriation personnelle de la mort .....	34
<b>PARTIE 2 – LA MORT ET LE CADAVRE .....</b>	<b>43</b>
CHAPITRE 1 – LA PROTECTION DU CADAVRE .....	43
Section 1 : Une protection notable .....	44
Section 2 : Une protection limitée .....	52
CHAPITRE 2 – LA DESTINATION DU CADAVRE.....	63
Section 1 : Un développement modéré du culte de la mort .....	63
Section 2 : Une exploitation de la mort .....	70

## Introduction

L'existence de la personne est liée à la vie humaine. Ainsi, du vivant de la personne, les dispositions des articles 16 et suivants du Code civil<sup>1</sup>, posant les principes d'indisponibilité, de non-patrimonialité, d'invulnérabilité,... s'appliquent au corps humain dans le but de protéger la personne à travers son corps, contre elle-même<sup>2</sup> et contre autrui. Le corps humain n'est donc pas dissocié de la personne. Une partie de la doctrine affirme ainsi « que le corps c'est la personne »<sup>3</sup> : il s'agit du « substratum de la personne »<sup>4</sup> pour le doyen CARBONNIER, « substrat nécessaire »<sup>5</sup> de la personne pour le doyen CORNU, « composante de la personne »<sup>6</sup> pour le professeur TERRE.

« Le corps se conjugue sur le mode de l'être, non de l'avoir »<sup>7</sup>. Pour ces auteurs, le corps est le support, il s'identifie à la personne : « je ne suis pas propriétaire de mon corps, puisque mon corps, c'est moi, moi en tant que je suis une personne juridique »<sup>8</sup>. « Cela revient finalement à dire que je n'ai pas un corps, mais que je suis un corps : il y a assimilation, non possession, moins encore propriété »<sup>9</sup>. Il en va de même pour le Conseil d'Etat où l'homme est à la fois corps et esprit<sup>10</sup>. Mais lorsque survient la mort, la personne se détache de son corps. La mort transforme « le corps en cadavre [et] l'être en souvenir »<sup>11</sup>. La mort fait peur « parce que personne n'en fait l'expérience, parce que nul ne peut la raconter »<sup>12</sup>. D'une « étrangeté absolue »<sup>13</sup>, elle suscite des interrogations sur l'au-delà, nul ne pouvant la contourner. Il en ressort alors « l'idée [d'] un destin

---

<sup>1</sup> La disposition figure dans le Code civil au Livre I<sup>er</sup>, consacré aux personnes.

<sup>2</sup> Ex. : Interdiction de la gestation pour autrui

<sup>3</sup> LABBEE Xavier, Respect et protection du corps humain. *JCl. Civ. Code*, 2006, Fasc. 52, n° 11 ; V° ex de la main volée in BAUD Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*. Paris : Seuil, 1993.

<sup>4</sup> CARBONNIER Jean. *Droit civil : Introduction. - Les personnes. - La famille, l'enfant, le couple*. Paris: Presses universitaires de France, 2004, p. 381.

<sup>5</sup> CORNU Gérard. *Droit civil : Introduction. - Les personnes. - Les biens*. 12<sup>e</sup> éd. Paris : Montchrestien, 2005, n° 479, p. 215.

<sup>6</sup> TERRE François et FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes. - La famille. - Les incapacités*. 7<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2005, n° 17, p. 19.

<sup>7</sup> PRIEUR Stéphane. *La disposition par l'individu de son corps*. Bordeaux : Les Etudes hospitalières, 1999, n° 52, p. 49.

<sup>8</sup> TERRE François, FENOUILLET Dominique. *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*. 6<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 1996, n° 17.

<sup>9</sup> PRIEUR Stéphane. *op cit.*, n° 52, p. 50.

<sup>10</sup> CE, Rapp. *De l'éthique au droit*, 1988, p. 15 : L'indivisibilité du corps et de l'esprit, « constitutive de la personne humaine et de la personnalité juridique tout à la fois » est « le principe de base qui sous-entend toute l'architecture de notre droit ».

<sup>11</sup> GRIDEL Jean-Pierre, L'individu juridiquement mort. *Dalloz*, 2000, p. 266-6.

<sup>12</sup> PAIN Benoît. *Mort*. p. 165 in *ABCDaire des sciences humaines en médecine*. Coord. BAGROS Philippe et alii, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Ellipses, 2009.

<sup>13</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Defrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131.

commun », que MONTAIGNE appel « l'accoutumance »<sup>14</sup>. Ainsi, la mort concerne les personnes à double titre car nous sommes mortels et nous faisons aussi l'épreuve du déclin de nos proches<sup>15</sup>. Mais la mort n'est pas définie par le droit, il la constate. Ultime étape de la vie juridique, la mort se décrit comme « un fait juridique ayant pour effet de retirer la qualité de sujet de droits à l'être désormais sorti de la scène juridique »<sup>16</sup>. L'être humain perd ainsi sa personnalité juridique, « signifiant par là l'inaptitude désormais totale à supporter un droit ou une charge, quelle qu'en soit la nature »<sup>17</sup>. En conséquence, la mort produit un impact sur le défunt mais également sur son entourage, qui supporte le poids de la perte.

Le mort est « celui qui n'est plus en vie » mais « il n'en fut pas toujours ainsi »<sup>18</sup>. En effet, le Code civil de 1804 connaissait des hypothèses de mort civile. La personne était en vie « mais morte aux yeux de la loi »<sup>19</sup>. L'article 25 du Code civil dans sa rédaction issue de 1804 précisait que le condamné à la mort civile perdait la propriété de ses biens, sa succession était ouverte, son mariage dissous et les biens qu'il pouvait acquérir par la suite appartenaient à l'Etat par droit de déshérence<sup>20</sup>. C'est la loi du 31 mai 1854 qui abolira la mort civile du condamné.

Dans l'ancien temps, la mort « est avant tout une étape religieuse de la vie »<sup>21</sup>. En effet, « dans les civilisations occidentales, l'apparition » du christianisme a eu pour effet d'envisager la mort non comme « un terme, mais un début ; certes elle est la fin d'une première vie terrestre, mais elle est aussi et surtout le commencement de la vie éternelle »<sup>22</sup>. L'âme est en opposition avec le corps car elle est indestructible tandis que le corps périt avec la mort<sup>23</sup>. Les personnes se percevaient alors davantage « comme des vivants en sursis »<sup>24</sup>. Touché par « l'aspect éphémère de la vie », il est apparu essentiel

---

<sup>14</sup> Cité par RICOEUR Paul, à propos de son ouvrage. *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubli*. Paris : Seuil, 2000 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de PY Bruno, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 10.

<sup>15</sup> PAIN Benoît. *Mort*. p. 165 in *ABCDaire des sciences humaines en médecine*. Coord. BAGROS Philippe et alii, 2<sup>ème</sup> éd. Paris : Ellipses, 2009. (298 p)

<sup>16</sup> LABBEE Xavier. *Mort*. p. 1046 in *Dictionnaire de la culture juridique*, sld de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, Paris : Presses universitaires de France, 2003.

<sup>17</sup> GRIDEL Jean-Pierre, L'individu juridiquement mort. *Daloz*, 2000, p. 266-6.

<sup>18</sup> JULIEN Jérôme, La dernière demeure..., *Dr. fam.*, sept. 2004, n° 9, Etude 21.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André. *Histoire du droit civil*. 2<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2010, n° 372.

<sup>21</sup> MOREAU-DAVID Jacqueline, Approche juridique du droit de la mort. *Daloz*, 2000, p. 266-1.

<sup>22</sup> BAUDOIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit à la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 72 ; C'est la naissance du dualisme du corps/personne.

<sup>23</sup> BAUD Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*. Paris : Seuil, 1993, pp. 56-57 : Le « corps (...) est accusé d'être la « prison », le « tombeau » ou l'« ennemi » de l'âme ».

<sup>24</sup> MOREAU-DAVID Jacqueline, *op. cit.*

pour nos aïeux que le droit « règle les conséquences successorales »<sup>25</sup> afin d'assurer la survie des vivants. La transmission d'un héritage est symbolique car la personne à l'impression d'offrir par l'héritage « l'idée qu'un peu d'elle-même lui survivra à travers les fruits et les biens qu'elle aura transmis »<sup>26</sup>.

La perception de la mort a changé puisque « mourir aujourd'hui (...) c'est souvent mourir inconscient, intubé, gavé, perfusé, anesthésié, à l'hôpital, seul »<sup>27</sup>. Il s'agit d'une emprise de l'homme sur la nature par le biais de la « technoscience »<sup>28</sup>. La discussion sur la mort s'oriente alors de manière scientifique. L'arrivée de la science expérimentale en est la cause, l'objectif étant de « manipuler la vie et [de repousser] les frontières de la mort »<sup>29</sup>. Ces techniques se trouvent au cœur de notre société et soulève un contentieux renouvelé autour du phénomène de mort, notamment au sujet de l'euthanasie, de l'expérimentation humaine, des transplantations d'organes. De quelle manière le droit encadre-t-il les conflits occasionnés à l'échelle individuelle et collective ? Utilisée par les professionnels de santé, la mise en œuvre de ces techniques crée des conflits d'ordre individuels – relation entre le malade et son médecin ainsi que celle du malade et de son cercle familial basée sur le consentement – que collectifs – relation entre la volonté de la personne décédée et la communauté des vivants fondée sur les règles de l'ordre public – pouvant entraîner des confrontations. La science expérimentale impose alors au droit d'intervenir en raison de leurs activités en amont et en aval de la mort. Il s'agit de préserver la personne humaine de l'imminence de la mort ainsi que de sauvegarder l'enveloppe corporelle qui l'a composée lorsque la personne n'existe plus. Nous décomposerons l'étude du contentieux de la mort en analysant l'utilisation de cette technologie dès lors qu'elle produit des effets sur la survenance de la mort touchant directement la personne humaine (Partie 1). Il en résulte des incidences sur l'après mort qui amènent une réflexion eu égard au cadavre de l'homme (Partie 2).

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> MEAU-LAUTOUR Huguette, La transmission patrimoniale à cause de mort. *Dalloz*, 2000, p. 266-14 : Il y a une illusion d'éternité dans cette transmission.

<sup>27</sup> BAUDOIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit à la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 23.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 10 : On est dans « un monde créé » par l'homme où il s'agit de « dominer complètement [la nature] au point de vouloir même se soustraire à la fatalité et au destin de la vie humaine, vie naturelle ».

<sup>29</sup> *Ibid.*

# Partie 1 – La mort et la personne

Le droit rappelle sans cesse que la personne, tant qu'elle n'est pas morte, est vivante. Il est désormais possible de s'assurer de cette réalité par la science expérimentale qui a changé le visage de la mort. En effet, la mort est passée d'un phénomène naturel à un phénomène artificiel dans la mesure où elle est désormais médicalisée. Ainsi, globalement, la mort est la cessation définitive de la vie de la personne humaine. Elle soulève alors une double interrogation. La première consiste à déterminer le moment de la mort. Il en ressort une délimitation alambiquée de la mort (Chapitre 1). Mais la science médicale a ses limites qui reposent sur une impossibilité de retarder la mort perpétuellement. La seconde interrogation est celle de « l'aménagement du mourir », est lié aux contentieux contemporains relatifs à un droit à la mort. En tant qu'évènement essentiel, la mort est humanisée (Chapitre 2).

## Chapitre 1 – La délimitation de la mort

En droit français, « il ne suffit pas d'être défunt pour être mort » encore « faut-il (...) que le décès ait été médicalement constaté »<sup>30</sup>. Les médecins sont seuls habilités à établir la mort d'une personne<sup>31</sup>. Ils disposent alors d'un pouvoir conséquent pour affirmer la réalité de la mort de leur patient. L'appréciation que le médecin porte sur le processus de dégradation du corps s'établira en général par l'examen du refroidissement et de la rigidité progressive du corps, le dessèchement oculaire et les colorations du corps<sup>32</sup> : il s'agit du régime de droit commun.

Dans un premier temps, l'approche médicale percevait la mort comme un « moment » précis et ponctuel<sup>33</sup>. Mais l'avènement des techniques de réanimation ainsi que l'apparition d'appareillage ont remanié la perception de la mort (Section 1). Apparaissant dorénavant comme « une période »<sup>34</sup> qui s'analyse tel « un continuum en forme de processus de

---

<sup>30</sup> SAURY Robert. *L'éthique médicale et sa formulation juridique : Approche médico-juridique des grands problèmes d'éthique, de la nécessité de la loi*. Montpellier: Sauramps médical, 1991, p. 117.

<sup>31</sup> CSP, art. R. 1232-3.

<sup>32</sup> SAURY Robert. *op. cit.*, p. 118.

<sup>33</sup> COSTE-FLORET Paul, La greffe du cœur devant la morale et devant le droit. *RSC*, 1969, p. 799.

<sup>34</sup> *Ibid.* : La mort survient « que par échelons » dans la mesure où « il y a des tissus qui meurent les premiers, d'autres les derniers ».

dégradation, c'est-à-dire d'*iter mortis*<sup>35</sup> »<sup>36</sup>, le droit élabore de manière subtile de nouveaux critères de constatation de la mort (Section 2).

### ***Section 1 : La perception remaniée de la mort***

L'être humain, anxieux de « se soustraire à la fatalité et au destin de la vie humaine »<sup>37</sup>, a construit un monde où « la médecine de réanimation (...), intéressée par la question des frontières entre la vie et la mort »<sup>38</sup>, les a repoussées. La perception de la mort va s'en trouver remaniée dans la mesure où l'irruption des techniques de réanimation a modifié son aspect (§ 1). Ainsi, émerge le concept de mort cérébrale qui a pour effet de reculer le seuil de la mort (§ 2).

#### **§ 1 : L'aspect de la mort modifié**

Jusqu'au milieu du 19<sup>ème</sup> siècle, la mort d'un individu se concevait par la cessation de l'activité cardiaque et respiratoire, entraînant la cessation de la circulation sanguine. Le tribunal de la Seine dans un jugement du 28 août 1889 formule juridiquement la première définition de la mort : c'est « la cessation des battements cardiaques » qui entraîne « la rupture du lien vital avec toutes les parties de l'organisme, et la paralysie définitive des divers organes vitaux »<sup>39</sup>. Mais cette définition est une barrière à l'évolution de la médecine de transplantation. En effet, une greffe d'organe rend nécessaire que l'organe en question soit irrigué. Or, la greffe grâce à un donneur décédé n'est pas possible dans la mesure où le sujet est considéré mort qu'après la cessation de sa circulation sanguine<sup>40</sup>. L'organe à prélever n'étant plus irrigué, il est inapte à une transplantation. En 1954, les techniques de réanimation<sup>41</sup> prennent leur essor<sup>42</sup>. Définie habituellement comme une « action qui consiste à rendre les mouvements au cœur ou à l'appareil respiratoire venant

---

<sup>35</sup> Dictionnaire *Gaffiot*, Latin-français, 1934, p. 862 et 996 : « *Iter mortis* » prend le sens d'un chemin que l'on fait vers la mort : [http://www.lexilogos.com/latin\\_langue\\_dictionnaires.htm](http://www.lexilogos.com/latin_langue_dictionnaires.htm) [site consulté : 27/05/2011].

<sup>36</sup> DEMAY de GOUSTINE Patrick, Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre. *RDSS*, 1997, p. 524.

<sup>37</sup> BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit à la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 10.

<sup>38</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. Paris : L'Harmattan, 2004, p. 74.

<sup>39</sup> BOUZON-ROULLE Agnès. *Mort*. p. 312 in *Dictionnaire de la santé et de la biomédecine*, sld de Philippe PEDROT, Paris : Ellipses, 2006.

<sup>40</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *op. cit.*, p. 75.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 76 : « réanimer un sujet, c'est le ramener à la vie ».

<sup>42</sup> ARNOUX Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 72 : C'est l'âge d'or des techniques de réanimation suite à « l'épidémie de poliomyélite » qui s'abat sur l'Europe. Un médecin danois invente le respirateur car il s'est aperçu que la cause directe de décès de ses patients était leur incapacité de respirer.

de s'arrêter »<sup>43</sup>, la réanimation « permet de maintenir la fonction cardio-respiratoire »<sup>44</sup>. Ainsi, il devient courant même si « le cœur [cesse] de battre, ou les poumons de fonctionner »<sup>45</sup> que la personne soit maintenue artificiellement en vie pendant un certain laps de temps et retrouve l'usage de certains organes<sup>46</sup>.

Les patients qui ne récupèrent pas une autonomie cardio-vasculaire décèdent s'ils sont privés de l'assistance respiratoire. Dans le cas où l'assistance est maintenue, ils restent dans le coma. Ainsi, l'irruption des techniques de réanimation ont modifié l'aspect de la mort. En effet, apparaît une nouvelle catégorie de patients : il s'agit des « morts vivants »<sup>47</sup>. Ceux-ci sont des « personnes inconscientes, plongées dans un profond coma, qualifié d'irréversible et qui ont irrémédiablement perdu leur potentialité d'une vie relationnelle »<sup>48</sup>. Mais le coma<sup>49</sup> « ne postule pas une absence de conscience pour autant », bien qu'il se traduise par « l'inertie quasi-totale de l'individu »<sup>50</sup>. L'Institut de neurologie de Glasgow a mis en place en 1974 l'« échelle de Glasgow » qui indique l'état de conscience des comateux<sup>51</sup>. On distingue alors quatre stades de profondeur de coma. Une personne est plongée dans un coma simple lorsqu'elle a une « sorte d'évanouissement prolongé »<sup>52</sup>. Soumis à une stimulation, elle a une « réaction d'éveil »<sup>53</sup>. La personne qui entre dans un coma profond est dans une phase du « coma d'intensité moyenne », ce qui signifie qu'elle présente une « disparition de l'éveil mais [un] maintien de réactions motrices »<sup>54</sup>. Il y a également le coma chronique où la personne est dans un coma profond ou *carus* lorsqu'il y a « disparition de toutes les réactions motrices » et apparaît des « troubles oculaires et végétatifs »<sup>55</sup>. Enfin, le quatrième stade est le coma dépassé.

Les individus plongés dans ces divers stades de coma sont qualifiés de « morts vivants » car le développement du matériel médical permet de maintenir en vie ces

---

<sup>43</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, 1974, p. 1472.

<sup>44</sup> ARNOUX Irma. *op. cit.*, p. 72.

<sup>45</sup> DEFFERRARD Fabrice, Mort, blessures graves et disparition suspectes. *JCl. proc. pén.*, 2005, fasc. 20, n° 14.

<sup>46</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, 2000, p. 2108 : La réanimation peut éventuellement « rétablir les grandes fonctions vitales abolies ou fortement perturbée ».

<sup>47</sup> BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *op. cit.*, p. 27.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Du grec *kôma* signifie sommeil profond.

<sup>50</sup> TERRASSON de FOUGERES Aline, La résurrection de la mort civile. *RTD civ.*, 1997, p. 893.

<sup>51</sup> V° Table des illustrations n° 1 : Echelle de Glasgow

<sup>52</sup> BEIGNIER Bernard avec la collaboration de Yann PUYO, Respect et protection du corps humain : La mort. *JCl. civ.*, mai 2007, fasc. 70, n° 10.

<sup>53</sup> CALLU Marie-France, Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte ». *RTD civ.*, 1999, p. 313 : « coma vigil ».

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*



personnes par le biais d'un moyen artificiel tel qu'un respirateur ou un stimulateur cardiaque. « Toute ces personnes sont enfermées en elles-mêmes »<sup>56</sup>. Sans l'existence d'un appareillage, la personne aurait été emportée d'une mort naturelle.

Suscitant la curiosité des praticiens, des travaux médicaux s'élaborent sur les personnes dans le coma. Emerge l'idée d'un nouveau diagnostic, celui de la mort cérébrale.

## § 2 : L'émergence du concept de mort cérébrale

Les médecins étudient la gravité de la destruction du cerveau de la personne dans le coma. La destruction du cerveau peut résulter de son « seul cortex »<sup>57</sup> ou « d'une atteinte plus massive »<sup>58</sup>. Les praticiens mettent alors en exergue les individus dans le coma dépassé pour établir qu'ils sont dans une situation extraordinaire. En effet, ils démontrent « que les fonctions cérébrales » de leurs patients dans le coma dépassé « sont détruites et que le maintien de leurs fonctions circulatoires et respiratoires dépend exclusivement du soutien des procédés artificiels »<sup>59</sup>. Ainsi, ils « prouv[ent] que, déconnectées des machines de soutien respiratoire artificiel, ces patients mourraient en peu de temps par arrêt cardiaque »<sup>60</sup> : le patient en coma dépassé a seulement « une apparence de vie »<sup>61</sup> assurée par les appareils. En conséquence, les professionnels de santé répandent l'idée selon laquelle le diagnostic de la mort d'un individu peut être établi avant « l'interruption définitive de ses fonctions cardio-vasculaires »<sup>62</sup>. Dès lors, il suffit de constater la destruction des fonctions cérébrales, les autres fonctions n'étant maintenues que par l'usage de machines. Ils estiment que l'individu ne peut être considéré comme vivant<sup>63</sup>.

Ce n'est pas le cas de certains auteurs. En effet, il a été soutenu que le coma dépassé « n'est pas (...) totalement la mort » si « il est (...) possible de s'assurer du fonctionnement des autres organes vitaux : la personne, quoique cérébralement morte, est

---

<sup>56</sup> BAUDOUIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *op. cit.*, p. 28.

<sup>57</sup> *Ibid.* : La destruction du cortex anéantie « toute possibilité de retour à la conscience ».

<sup>58</sup> *Ibid.* : Une atteinte massive du cerveau conduit « à une cessation irréversible de l'ensemble des fonctions cérébrales constatée, notamment, par l'absence prolongée des fonctions spontanées ».

<sup>59</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. Paris : L'Harmattan, 2004, p. 77.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>61</sup> ARNOUX Irma. *op. cit.*, p. 73.

<sup>62</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *op. cit.*, p. 78.

<sup>63</sup> SAVATIER Jean. *Et in hora mortis nostrae : le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre*. Roma : Societa Editrice del Foro italiano, 1968 : « Un organisme dont le système nerveux serait détruit, mais dont les autres fonctions seraient artificiellement entretenues ne peut être considéré comme un être vivant » Cité par HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *op. cit.*, p. 78.

encore vivante »<sup>64</sup>. Ainsi, le professeur Jean-Louis BAUDOIN estime que les personnes en « coma dépassé » ne perdent pas leur personnalité juridique car elles restent une personne humaine se trouvant dans un état de grande fragilité<sup>65</sup>. Elles doivent alors être perçues comme des incapables<sup>66</sup>. Le Comité consultatif national d'éthique prend une position identique dans un avis où il expose que ce sont des êtres humains et qu'en conséquence, le respect de la personne humaine est le plus important car elle se trouve « en état de grande fragilité »<sup>67</sup>. Cependant, on peut rétorquer, en reprenant les propos du professeur Xavier LABBEE, que dans cette situation, « il n'y a plus qu'un simulacre de vie assuré par un appareillage artificiel »<sup>68</sup> ; la personne « en état de survie » est cliniquement morte<sup>69</sup>. La majorité des auteurs retiennent cette analyse dans la mesure où ils voient « une dépouille<sup>70</sup> respectable »<sup>71</sup>.

Il en va de même pour la jurisprudence qui distingue la mort cérébrale de la mort corticale<sup>72</sup>. La Cour de cassation relève chez la victime l'existence « de périodes de conscience toute relative »<sup>73</sup>. Elle admet en conséquence, même si la victime reste dans un « état purement végétatif [nommé mort corticale<sup>74</sup>], la réparation du dommage »<sup>75</sup>. Ainsi,

---

<sup>64</sup> DEFFERRARD Fabrice, Mort, blessures graves et disparition suspectes. *JCl. proc. pén.*, 2005, fasc. 20, n° 14.

<sup>65</sup> BAUDOIN Jean-Louis. *Vie et mort de la personne : La personne en droit comparé : apparition et disparition in La personne humaine, sujet de droit*. Journées René Savatier. Paris : Presses universitaires de France, 1994, p. 90.

<sup>66</sup> *Ibid.* : Si elles jouissent « d'une respiration autonome et d'une fonction cardiaque mais dont (...) les fonctions cérébrales sont irrémédiablement atteintes », elles ne perdent pas la personnalité juridique et sont « des incapables ».

<sup>67</sup> CCNE, Avis sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique, n° 7. Rapp. 28 févr. 1986, p. 5-6 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis007.pdf> [site consulté : 02/03/2011].

<sup>68</sup> LABBEE Xavier. *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Lille : Presses universitaires de Lille, 1990, p. 26.

<sup>69</sup> CHARTIER Yves, Etat végétatif et réparation du préjudice. *Dalloz*, 1996, p. 69.

<sup>70</sup> Nous soulignons

<sup>71</sup> ARNOUX Irma. *op. cit.*, p. 74.

<sup>72</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, n° 93-12644 – Bull. 1995, II., n° 61, p. 34.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> CCNE, Avis sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique, n° 7. Rapp. 24 févr. 1986, p. 4 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis007.pdf> [site consulté : 18/03/2011] : La mort corticale correspond « à des lésions intéressant essentiellement, ou de façon exclusive, les hémisphères cérébraux » ; Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier, Coordination prélèvements et greffes à l'Hôpital de La Timone, Marseille, le 14 juin 2011 : La mort corticale touche le cortex mais respecte le tronc cérébral.

<sup>75</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 22 févr. 1995, *op. cit.* : Les juges réparent intégralement le préjudice en considérant que « l'état végétatif d'une personne humaine n'exclu[ait] aucun chef d'indemnisation, son préjudice [devant] être réparé dans tous ses éléments ». Ainsi, les victimes réduites à l'état végétatif seront indemnisées dans les mêmes conditions que les autres, sans prendre en compte leur état d'inconscience. Il est donc mis fin aux craintes d'un retour de la mort civile (sur ce point V° TERRASSON de FOUGERES Aline, La résurrection de la mort civile. *RTD civ.*, 1997, p. 893).

l'individu est aux frontières de la mort mais n'est pas passé de l'autre côté de la vie<sup>76</sup> car « les fonctions végétatives demeurent – donc, une partie du cerveau est intacte, bien qu'il y ait eu destruction ou inactivation [de ses] structures supérieures »<sup>77</sup>.

« Un nouveau diagnostic » est créé, « celui de la mort cérébrale, dit aussi « mort rose » »<sup>78</sup>. La pression médicale sollicite alors une « redéfinition de la mort [car la mort cérébrale] peut permettre de sauver de nombreuses vies »<sup>79</sup>. En effet, le critère de mort en vigueur établissant que les patients sont vivants jusqu'à l'arrêt de la circulation sanguine ne permettent pas le prélèvement d'organes, alors que le diagnostic de la mort cérébrale permet d'établir la mort avant la cessation de la circulation sanguine. C'est avec la plus grande acuité qu'il a fallu élaborer juridiquement de nouveaux critères de la mort.

## ***Section 2 : L'élaboration juridique subtile de nouveaux critères de la mort***

La réalité traditionnelle de la mort est bouleversée par les progrès de la science. La mort n'est plus un instant puisque la médecine de réanimation permet aujourd'hui de maintenir pendant un certain laps de temps une personne en vie. Dans cette hypothèse, le constat de la mort requiert une procédure exceptionnelle qui ne s'imposera « qu'au cas où un prélèvement d'organe[s] est envisagé »<sup>80</sup>. Sont alors adoptés les critères de la mort cérébrale (§ 1). Leur adoption implique un réaménagement du constat traditionnel de la mort qui, abandonné en faveur du constat de la mort cérébrale, est repris (§ 2).

### **§ 1 : L'adoption des critères de la mort cérébrale**

C'est la médecine de transplantation qui est parvenue « à imposer le passage à une définition cérébrale de la mort »<sup>81</sup>.

Le décret du 20 octobre 1947<sup>82</sup> est le premier texte qui fait référence à des techniques reconnus valables « pour s'assurer de la réalité de la mort » mais les procédés utilisés ne

---

<sup>76</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 janv. 1997, n° 94-20135, Inédit : Dans une décision du 7 janvier 1997, l'assuré avait souscrit un contrat d'assurance sur la vie qui a pris fin la veille du jour où il a été déclaré mort par les médecins. La Cour de cassation ne fait pas droit aux prétentions de l'épouse car elle considère que son mari était dans un coma profond le jour où le contrat d'assurance sur la vie prenait fin, et a décidé que la réalité de son décès était postérieur à la résiliation du contrat d'assurance.

<sup>77</sup> RAVILLON Laurence, *Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique*. RDSS, 1999, p. 191.

<sup>78</sup> ARNOUX Irma. *op. cit.*, p. 73.

<sup>79</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. Paris : L'Harmattan, 2004, p. 80.

<sup>80</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 19 oct. 1999, *Consorts X c. Mme Y*, n° 97-17650– Bull. 1999, I., n° 283, p. 183.

<sup>81</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *op. cit.*, p. 74.

<sup>82</sup> Décr. n° 47-2057, 20 oct. 1947 tendant à modifier l'art. 27 du décret provisoirement applicable du 31 déc. 1941 codifiant les textes relatifs aux opérations d'inhumation, d'incinération et de transport des corps – JORF, 23 oct. 1947, p. 10482.

s'effectuent que dans le cadre d'une autopsie et non d'un prélèvement d'organes<sup>83</sup>. C'est la circulaire n° 67 du 24 avril 1968 dite *Jeanneney*<sup>84</sup> qui a précisé que les caractères légaux de la mort cérébrale définissaient la mort de l'individu. Cette circulaire autorisait les prélèvements d'organes sur des sujets en « coma dépassé » et la loi *Caillavet*<sup>85</sup> fut par la suite promulguée afin de faciliter les prélèvements.

Il est soutenu que la définition de la mort fait partie de l'état des personnes et qu'en conséquence, elle relève du domaine de la loi<sup>86</sup>, et non d'une circulaire, qui se situe à la base de la hiérarchie des normes. Mais en réalité, le droit ne définit pas la mort, il « se contente d'énumérer (...) les tests exploratoires à effectuer préalablement à une déclaration de décès »<sup>87</sup>. Ainsi, l'autorité administrative est compétente<sup>88</sup>. Le débat a pris fin dans la mesure où la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994<sup>89</sup>, qui a incéré l'article L. 671-7 ancien au Code de la santé publique, énonce que « le constat de la mort est établi dans des conditions définies par décret pris en Conseil d'Etat » ; cet article est repris par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004<sup>90</sup>.

L'individu en état de mort encéphalique est dénommé donneur « cœur battant »<sup>91</sup>. Le constat de sa mort se base sur trois critères cliniques qui doivent être présent simultanément. Selon l'article R. 1232-1 du Code de la santé publique, la personne doit présenter une absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée. Ce premier critère a trait à la fonction cérébrale et il consiste à constater que la personne est plongée dans « un coma profond » et qu'elle n'a « aucun contact avec l'extérieur »<sup>92</sup>. Le second critère est l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral. « Elle s'évalue par l'absence de

---

<sup>83</sup> LABBEE Xavier. *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Lille : Presses universitaires de Lille, 1990, p. 26 : Ces procédés ont été décrits par la circulaire des 3 février 1948 et 18 septembre 1958.

<sup>84</sup> Non publié au JO.

<sup>85</sup> Loi n° 76-1181, 22 déc. 1976, relative aux prélèvements d'organes (prélèvements sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques) – JORF, 23 déc. 1976, p. 7365.

<sup>86</sup> Const., art. 34 : « La loi fixe les règles concernant (...) l'état et la capacité des personnes ».

<sup>87</sup> HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *op. cit.*, p. 85.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> Loi n° 94-654, 29 juill. 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 – JORF 30 juill. 1994, n° 175, p. 11060.

<sup>90</sup> Loi n° 2004-800, 6 août 2004 relative à la bioéthique – JORF 27 nov. 2004, n° 276, p. 20151, texte n° 3 ; CSP, art. L. 1232-6 : « Les modalités d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat et notamment (...) les conditions dans lesquelles est établi le constat de la mort prévu au premier alinéa de l'article L. 1232-1 ».

<sup>91</sup> COELHO José, Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques. *AJ fam.*, 2007, p. 308.

<sup>92</sup> DEMAY de GOUSTINE Patrick, Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre. *RDSS*, 1997, p. 524 : Ce critère est « objectivement mesurable ».

tout réflexe oculaire et une absence de réflexe de toux »<sup>93</sup>. Le troisième critère est l'absence totale de ventilation spontanée<sup>94</sup> et permet d'attester le signe de l'arrêt cardiaque.

Cependant, la constatation de la mort encéphalique de la personne a lieu alors qu'elle est en réanimation, ce qui implique un risque d'erreur de diagnostic important<sup>95</sup>. Les critères précités sont donc insuffisants pour vérifier la réalité de la mort<sup>96</sup>.

On applique alors le régime d'exception soumis à un constat renforcé. Cela signifie que le médecin doit recourir à un examen complémentaire pour « attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique »<sup>97</sup>. L'examen doit constater « l'interruption définitive de toutes les fonctions vitales de l'individu, celles du corps et celles de l'esprit »<sup>98</sup>. Les scientifiques s'accordent « à dire que la destruction du système nerveux central est un stade irréversible »<sup>99</sup>. L'irréversibilité du « coma dépassé »<sup>100</sup> permet alors de considérer « le malade (...) de l'autre côté »<sup>101</sup>, c'est-à-dire de voir l'individu comme décédé<sup>102</sup>.

Ainsi, les critères paracliniques qui viennent s'ajouter aux critères cliniques sont énumérés à l'article R. 1232-2, alinéas 3 et 4 du Code de la santé publique. La mort encéphalique est confirmée soit par deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, soit par une angiographie cérébrale qui mesure l'absence de circulation du sang dans le cerveau<sup>103</sup>. La jurisprudence se réfère à ces critères de constatation lorsqu'elle est saisie sur des contestations touchant à la datation officielle de la

---

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> CSP, art. R. 1232-2, al. 1 : « L'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie » ; DEMAY de GOUSTINE Patrick, *op. cit.* : « Le réflexe respiratoire est un signe d'activité du système nerveux central ».

<sup>95</sup> Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier, Coordination prélèvements et greffes à l'Hôpital de La Timone, Marseille, le 14 juin 2011 : Par exemple, une personne qui a tenté de se suicider au barbiturique peut paraître en état de mort encéphalique lors de l'examen.

<sup>96</sup> LABBEE Xavier. *op. cit.*, p. 26.

<sup>97</sup> CSP, art. R. 1232-2, al. 2.

<sup>98</sup> DEFFERRARD Fabrice, Mort, blessures graves et disparition suspectes. *JCl. proc. pén.*, 2005, fasc. 20, n° 16.

<sup>99</sup> DURRIEU DIEBOLT Carine, Le moment de la mort. *AJ fam.*, 2004, p. 120.

<sup>100</sup> Le « coma dépassé » est lorsque tout métabolisme et fonction cérébrale sont abolis, signifiant que le cerveau a été détruit de manière irrémédiable.

<sup>101</sup> LABBEE Xavier. *op. cit.*, p. 26.

<sup>102</sup> Le décès est alors constaté par deux médecins étrangers aux équipes de prélèvement et de greffe pour assurer l'indépendance de l'auteur du constat.

<sup>103</sup> Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier, Coordination prélèvements et greffes à l'Hôpital de La Timone, Marseille, le 14 juin 2011 : L'angiographie est une radiographie des vaisseaux sanguins. Les praticiens choisissent l'option qui leur semble la mieux adaptée et en fonction des moyens financiers de l'hôpital.

mort. L'acte de décès, fondé sur les critères de mort encéphalique, « ne constitue qu'une présomption »<sup>104</sup>.

Le constat de la mort encéphalique évince celui du seul arrêt cardiaque qui est donc insuffisant à constater la mort. Abandonnée vers 1980, le constat traditionnel de la mort est réaménagé pour être progressivement repris.

## § 2 : Le réaménagement du constat traditionnel de la mort

Afin de pouvoir augmenter le nombre de prélèvement d'organes sur personnes décédés, on peut soutenir que « l'heure de la mort devient une variable d'adaptation aux besoins de la biomédecine »<sup>105</sup>. En effet, la pénurie de greffons<sup>106</sup>, préjudiciable pour les malades en attente de transplantation, a incité le législateur à étendre les prélèvements *post mortem* aux personnes décédées présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant. Dès lors, il convient de fixer avec précision les critères permettant de constater exactement le moment de la mort du donneur dit « à cœur arrêté »<sup>107</sup>. Le décret n° 2005-949 du 2 août 2005 qui complète les articles R. 1232-1 à R. 1232-4-3 du Code de la santé publique rend possible le prélèvement à certains organes énumérés exhaustivement<sup>108</sup>.

A la lecture des dispositions adoptées, il apparaît que le constat de la mort après arrêt cardiaque persistant suit le régime d'exception « simplifié ». Ce régime « organise une détermination précoce de la mort pour des raisons scientifiques ou thérapeutiques »<sup>109</sup>. Il s'applique aux « sujets qui n'ont pas été soignés en réanimation ou qui ont fait l'objet d'une manoeuvre de réanimation infructueuse au moment du constat de décès »<sup>110</sup>.

Le constat de la mort<sup>111</sup> d'un sujet « cœur arrêté », préalable au prélèvement d'organes, ne peut être établi que si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant<sup>112</sup>.

---

<sup>104</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 janv. 1997, *Mme Dupéron, épouse Castex c. Sté Les Mutuelles du Mans assurance*, n° 94-20135, Inédit : En l'espèce, l'épouse ne rapporte pas la preuve que le décès de son mari était intervenu antérieurement à l'électroencéphalogramme.

<sup>105</sup> GALLOUX Jean-Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène, *Droits et libertés corporels*. Dalloz, 2006, p. 1200.

<sup>106</sup> V° Table des illustrations, n° 2 : Chiffre des prélèvements sur sujets en état de mort encéphalique.

<sup>107</sup> COELHO José, *op. cit.*

<sup>108</sup> Arrêté, 2 août 2005, fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, art. 1 : « Les organes qui peuvent être prélevés sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant sont le rein et le foie » – JORF 6 août 2005, n° 182, p. 12901, texte n° 53.

<sup>109</sup> ARNOUX Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 74.

<sup>110</sup> DEMAY de GOUSTINE Patrick, *Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre*. *RDSS*, 1997, p. 524 : Il y a donc « une préexistence de la mort végétative » et elle implique que le corps ne peut faire l'objet que d'un « prélèvement d'organes et de tissus qui se nécrosent lentement » ou de certaines autopsies.

<sup>111</sup> CSP, art. R. 1232-1.

La condition de « persistance » de l'arrêt cardio-respiratoire<sup>113</sup>, implique qu'« aucun diagnostic de mort cérébrale ne [soit] recherché sur une personne qui présente un arrêt cardio-respiratoire momentané ou très récent »<sup>114</sup>, car la personne serait dans ce cas « considérée comme en état de vie »<sup>115</sup>.

Le diagnostic de la mort cardiaque et respiratoire irréversible de la personne repose sur les trois examens cliniques qui doivent se présenter simultanément selon l'article R. 1232-1 du Code de la santé publique, pour « affirmer que le cœur a cessé irréversiblement de battre »<sup>116</sup>. Il s'agit des trois critères cliniques attestés pour la constatation de la mort encéphalique, c'est-à-dire que le sujet présente simultanément une absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral et l'absence totale de ventilation spontanée<sup>117</sup>. Ces critères n'ont « d'autre finalité que de conforter [la] présomption de mort » et non d'attester l'irréversibilité de la destruction encéphalique<sup>118</sup>.

Mais dans les faits, « l'encadrement réglementaire (...) est [dit] insuffisant »<sup>119</sup>. En pratique, le décret n'est pas appliqué car des doutes subsistent sur une mort qui serait apparente<sup>120</sup>. L'opinion publique craint un prélèvement précipité par les praticiens<sup>121</sup>.

La confiance de la société « dans l'éthique du système de greffe [étant fondamentale pour] la bonne marche de cette activité »<sup>122</sup>, il est essentiel que le prélèvement sur les personnes après arrêt cardiaque et respiratoire persistant soit entouré « de garanties éthiques très

---

<sup>112</sup> DEMAY de GOUSTINE Patrick, *op. cit.* : « L'emploi du terme « persistant » sous-entend nécessairement une acception restreinte, définie par un état cadavérique manifeste ou une forte présomption de mort végétative ».

<sup>113</sup> Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier à l'Hôpital de La Timone, Marseille, le 14 juin 2011 : Le massage cardiaque se fait environ pendant une demi-heure. Si le cœur ne repare pas, l'équipe médicale se met d'accord pour arrêter le massage dans le but de faire repartir le cœur.

<sup>114</sup> *Ibid.*

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

<sup>116</sup> COELHO José, *p. cit.*

<sup>117</sup> CSP, art. R. 1232-2, al. 1 : « L'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie » ; DEMAY de GOUSTINE Patrick, *op. cit.* : « Le réflexe respiratoire est un signe d'activité du système nerveux central ».

<sup>118</sup> DEMAY de GOUSTINE Patrick, *op. cit.*

<sup>119</sup> SIROUX Danièle, Commentaire de la « Contribution du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine aux débats préparatoires à la révision de la loi bioéthique. *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2008, n° 365, p. 31.

<sup>120</sup> Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier à l'Hôpital de La Timone, Marseille, le 14 juin 2011 : Le médecin rapporte une affaire qui s'est produite à Paris. Suite à un arrêt cardiaque sur la voie publique, le patient a été mis sous assistance respiratoire. Cette assistance permet d'oxygéner le sang quand le cœur ne bat plus, afin de sauvegarder les organes dans le but d'un prélèvement. Pourtant déclaré mort, le cœur s'est remis à battre. La mort n'a été qu'apparente.

<sup>121</sup> CE, Rapp. sur la révision des lois bioéthiques, *Doc. Fr.*, 9 avr. 2009 : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000288/0000.pdf> [site consulté : 12/03/2011], p. 99.

<sup>122</sup> *Ibid.*

strictes »<sup>123</sup>. En conséquence, l'agence de la biomédecine a rédigé un rapport qu'elle a soumis à l'avis du Conseil d'orientation et de l'Académie de médecine. Il s'agit d'un protocole de prélèvement sur donneurs à « cœur arrêté ». L'expérience de pays étrangers a servi de base pour mettre en place cette pratique<sup>124</sup>. Ce protocole a été validé lors d'un communiqué du 6 mars 2007<sup>125</sup>, les deux instances ayant considéré qu'il « satisfaisait aux dispositions éthiques et déontologiques »<sup>126</sup>. Il va donc être possible d'effectuer un prélèvement sur donneur « à cœur arrêté ». Mais cette possibilité est pour le moment limitée à certains sites hospitaliers. « Il s'agit (...) d'une expérience pilote conçue avec prudence comme un gage de sécurité dans la perspective d'une extension ultérieure »<sup>127</sup>.

Le protocole rappelle que les équipes médicales doivent tout mettre en œuvre pour sauver le patient<sup>128</sup> afin de faire obstacle à une intervention précipitée. L'agence reprend ainsi les préconisations du Conseil d'Etat qui souhaite que les prélèvements « ne soient effectués qu'après « une tentative de réanimation d'une ampleur et d'une durée telles que son absence de succès permette de conclure à l'irréversibilité de la mort »<sup>129</sup>. Elle ajoute qu'il est interdit que les prélèvements sur donneur à « cœur arrêté » aient lieu sur des individus où, en raison de leur état de santé, les soins en réanimation ont été arrêtés. En effet, même si cette « catégorie de patients représente l'essentiel des donneurs à « cœur arrêté » aux Pays-Bas, aux Etats-Unis, au Japon ainsi qu'au Royaume-Uni », cette interdiction se justifie pour des raisons d'éthiques<sup>130</sup>. Si l'agence interdit que les prélèvements aient lieu en cas d'arrêt de traitements sur des donneurs « à cœur arrêté », il s'agit d'éviter l'apparition de soupçons : elle évite que « dans la perspective d'un prélèvement, tous les efforts ne [soient] pas mis en oeuvre après l'arrêt cardiaque pour empêcher la mort cérébrale »<sup>131</sup>. Il y a de plus l'existence d'un lien étroit « entre la possibilité d'un prélèvement [après arrêt cardiaque persistant] et les solutions en matière d'accompagnement de fin de vie »<sup>132</sup>. En effet, il est craint que la demande d'un patient de

---

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>124</sup> Agence bioméd., Rappel sur le protocole en vue d'un prélèvement après arrêt cardiaque, 15 avr. 2008 : <http://www.agence-biomedecine.fr/article/228> [site consulté : 04/03/2011].

<sup>125</sup> Rapp. Prélèvements d'organes sur donneur à cœur arrêté, 6 mars 2007 au nom du groupe de travail sur les transplantations d'organes par Christian CABROL – Bull. acad. nat. méd., 2007, Tome 191, n° 3, p. 633-640 : <http://www.academie-medecine.fr/detailPublication.cfm?idRub=26&idLigne=1050> [site consulté : 17/05/2011].

<sup>126</sup> SIROUX Danièle, *op. cit.*

<sup>127</sup> COELHO José, Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques. *AJ fam.*, 2007, p. 308.

<sup>128</sup> Agence bioméd., *op. cit.*

<sup>129</sup> BONNARD Jérôme, La révision des lois de bioéthique. *Dalloz*, 2010, p. 846.

<sup>130</sup> COELHO José, *op. cit.*

<sup>131</sup> CE, Rapp. sur la révision des lois bioéthiques, *op. cit.*, p. 98.

<sup>132</sup> LAMARCHE Marie, Critères de la mort et prélèvement d'organes. *Dr. fam.*, déc. 2008, n° 12, alerte 94.



mourir ne précipite les prélèvements<sup>133</sup>. Ce qui est critiquable est que cette solution prive « d'organes les nombreux malades en attente de greffons »<sup>134</sup>. Mais il est essentiel que les critères de la mort cardiaque soient envisagés en globalité, c'est-à-dire au regard de « leurs conséquences et non pas simplement en termes utilitaristes ou individualistes »<sup>135</sup>.

Le prolongement de la vie n'est plus un but en soi, ce qui est recherché est l'amélioration de la qualité de la vie. Dans certaines situations, la personne envisagera la mort non pas parce qu'elle lui paraît préférable mais parce que la vie n'est plus supportable. Il faut donc que les autorités publiques prennent conscience de cette demande afin d'autoriser certaines pratiques : c'est l'humanisation de la mort.

---

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> COELHO José, *op. cit.*

<sup>135</sup> LAMARCHE Marie, *op. cit.*

## Chapitre 2 – L’humanisation de la mort

La bonne mort a changé de visage. En effet, au Moyen-Âge, on distingue « la bonne mort » et « la mauvaise mort »<sup>136</sup>. La « bonne mort » est « celle qui est attendue et préparée »<sup>137</sup>. La situation idéale était celle du malade qui, « se sachant mourant, attend[ait] la mort »<sup>138</sup>. Le malade est encadré de son entourage qui s’avère présent et nombreux : « son agonie est publique » dès lors que « la famille et les voisins se pressent autour de lui »<sup>139</sup>. La « mauvaise mort » qui est redoutée, est la mort subite ou durant le sommeil<sup>140</sup>.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, la bonne mort va être la mort douce et paisible. On parle d’euthanasie, qui vient du grec *eu* qui signifie bien et *thanatos* qui signifie mort, littéralement « bonne mort » puisqu’elle délivre l’individu de ses « souffrances intolérables »<sup>141</sup>. Francis BACON, dans son traité *Instauratio magna* de 1623 énonçait que « l’office du médecin n’est pas seulement de rétablir la santé, mais aussi d’adoucir les douleurs et souffrances attachées aux maladies (...) afin de procurer au malade, lorsqu’il n’y a plus d’espérance, une mort douce et paisible ; car ce n’est pas la moindre partie du bonheur, que cette euthanasie »<sup>142</sup>.

Mais le terme « euthanasie » va évoluer. En effet, dénotant une « façon heureuse de mourir »<sup>143</sup>, elle était l’équivalent de nos soins palliatifs<sup>144</sup>. Le terme prend un autre sens et décrit habituellement « l’usage de procédés qui permettent d’anticiper ou de provoquer la mort, pour abrégier l’agonie d’un malade incurable ou lui épargner des souffrances extrêmes »<sup>145</sup>. Interpellant les juristes parce qu’elle représente dans un sens une antithèse de la protection de la vie, la mort donnée par euthanasie s’envisage comme un acte de

---

<sup>136</sup> RENAUT Marie-Hélène. *Mort : approche historique*. p. 315 in *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, sld de Philippe PEDROT, Paris: Ellipses, 2006.

<sup>137</sup> *Ibid* : « le malade se confesse et reçoit l’extrême-onction, deux conditions pour recevoir des funérailles chrétiennes ».

<sup>138</sup> MOREAU-DAVID Jacqueline, *Approche historique du droit de la mort*. Dalloz, 2000, p. 266-1.

<sup>139</sup> *Ibid*.

<sup>140</sup> RENAUT Marie-Hélène. *Op. cit.* : Il s’agit de « la mort fautive du catholique qui n’a pas fait son devoir pascal, la mort de l’excommunié pour motif religieux ou à cause de son état (le comédien, par exemple), la mort du suicidé qui a commis un double homicide, celui de son corps et celui de son âme ».

<sup>141</sup> GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean. *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2007, p. 290.

<sup>142</sup> Cité par BEIGNIER Bernard avec la collaboration de Yann PUYO, *Respect et protection du corps humain : la mort*. *JCl. civ.*, mai 2007, fasc. 70, n° 29.

<sup>143</sup> THIERRY Jean-Baptiste. *La légistique de l’euthanasie*, p. 323 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>144</sup> Les soins palliatifs ne hâtent ni ne retardent le décès.

<sup>145</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, 2000, p. 944.

compassion qui remet en cause l'interdiction de donner la mort (Section 1). Elle conduit alors à une réappropriation personnelle de la mort (Section 2).

### ***Section 1 : La remise en cause de l'interdiction de donner la mort***

L'euthanasie est « le suicide avec l'assistance matérielle d'un tiers »<sup>146</sup>. Elle est illégale dans la plupart des pays. Pourtant, l'évolution des mœurs conduit à considérer le geste euthanasique « comme essentiellement humanitaire »<sup>147</sup>. La confrontation d'un acte compassionnel avec le respect de la règle « tu ne tueras point » soulève de nombreuses difficultés et met en conflit la liberté individuelle et l'intérêt public. La Cour européenne des droits de l'homme protège le droit à la vie et ne consacre pas un droit à la mort. Toutefois, l'interdiction des Etats de donner la mort est à nuancer (§ 1). En France, même si l'interdiction est de mise, elle n'en demeure pas moins fragile (§ 2).

#### **§ 1 : Une interdiction européenne nuancée**

Le droit de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin fait l'objet d'un contentieux au sein de l'Union européenne. Le professeur Jean-René BINET énonce que « choisir le moment de sa mort, c'est choisir de mourir avant la souffrance, avant la dégradation physique ou l'abandon »<sup>148</sup>. Ce droit, qui se distingue du droit à l'assistance au suicide, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention<sup>149</sup> et la Cour, saisie d'une telle affaire, va en préciser les contours. Il s'agit de l'affaire *Pretty*<sup>150</sup> où une personne, atteinte d'une maladie dégénérative incurable, est dans l'impossibilité de mettre fin à ses jours du fait de sa paralysie<sup>151</sup>. La requérante sollicitait une immunité de poursuites envers son mari dans le cas où il l'aiderait à mettre fin à ses jours. Elle développe une argumentation notamment sur le fondement de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme où elle suggère que l'article, qui consacre le droit de toute personne à la vie, doit être interprété

---

<sup>146</sup> GHEZA Marc, Essai de déconstruction juridique du droit à la mort. *RDSS*, 2008, p. 1071.

<sup>147</sup> THIERRY Jean-Baptiste. *op. cit.*, p. 328 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>148</sup> BINET Jean-René. *Droit médical*. Paris : Montchrestien, 2010, p. 88, n° 162.

<sup>149</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, § 51.

<sup>150</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.

<sup>151</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *op. cit.*, § 7 : La requérante « souffre d'une sclérose latérale amyotrophique, maladie neurodégénérative progressive qui affecte les neurones moteurs à l'intérieur du système nerveux central et provoque une altération graduelle des cellules qui commandent les muscles volontaires du corps. Son évolution conduit à un grave affaiblissement des bras et des jambes ainsi que des muscles impliqués dans le contrôle de la respiration. La mort survient généralement à la suite de problèmes d'insuffisance respiratoire et de pneumonie dus à la faiblesse des muscles respiratoires et de ceux qui contrôlent la parole et la déglutition. Aucun traitement ne peut enrayer la progression de la maladie ».

comme garantissant un droit à mourir<sup>152</sup>. Mais la Cour européenne décide que l'article 2 ne saurait conférer un droit à la mort<sup>153</sup> : « le droit anglais est conforme aux droits de l'homme en permettant la poursuite pénale de l'euthanasie »<sup>154</sup>.

La décision de la Cour va dans le sens de la recommandation 1418 adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 25 juin 1999<sup>155</sup>. L'Assemblée parlementaire recommande au paragraphe 9 de maintenir une « interdiction absolue de mettre intentionnellement fin à la vie des malades incurables » dès lors que « le désir de mourir, exprimé par un malade incurable » ne peut « constituer un fondement juridique à sa mort de la main d'un tiers » et justifier légalement « l'exécution d'actions destinées à entraîner la mort »<sup>156</sup>.

Le droit français s'aligne sur la position prise par la Cour. Il en va de même de la plupart des auteurs qui considèrent que le « droit à la vie (...) n'est évidemment pas un droit à la mort »<sup>157</sup>. Ainsi, il n'est pas reconnu à la personne un droit à mourir. L'interdiction se justifie par un risque d'abus potentiel<sup>158</sup>. Au-delà de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut comprendre que sa position ne signifie pas qu'elle condamnerait les Etats qui dépénaliseraient l'euthanasie. En effet, la décision est rendue de telle manière qu'elle ne remet pas en cause la législation des pays qui ont autorisé l'aide « active » à mourir. Il s'agit à titre d'exemple des Pays-Bas qui ont, par la loi du 12 avril 2001, dépénalisés l'euthanasie active<sup>159</sup>. Il en va de même pour la Belgique par la loi du 22 mai 2002<sup>160</sup>. Ces pays conduisent alors à une liberté totale des personnes de mourir quand et comme elles le souhaitent<sup>161</sup>. Cette liberté de mourir est cependant soumise à des limitations<sup>162</sup>. On les discerne dans une affaire de suicide assisté<sup>163</sup>, non

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, § 35.

<sup>153</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>154</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Deffrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131.

<sup>155</sup> Recommandation 1418, 25 juin 1999, Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants. *Gazette officielle du Conseil de l'Europe*.

<sup>156</sup> *Ibid.*, § 9, c) ii. et iii.

<sup>157</sup> MALAURIE Philippe, *op. cit.*

<sup>158</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *op. cit.*, § 74.

<sup>159</sup> CHARRETTE Laurence de, « Une pratique qui vient d'être légalisée aux Pays-Bas et qui suscite de nombreuses interrogations en France. – Le débat sur l'euthanasie relancé », *Le Figaro*, 12 avr. 2001.

<sup>160</sup> KOVACS Stéphane, « Après les Pays-Bas, la Belgique vient d'autoriser une pratique qui reste interdite en France et en Grande-Bretagne. – L'euthanasie gagne du terrain en Europe », *Le Figaro*, 11 oct. 2002.

<sup>161</sup> MALAURIE Philippe, Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. *Deffrénois*, 30 sept. 2005, art. 38228, n° 18, p. 1385 : Aux Pays-Bas, les personnes âgées souffrant « d'être encore en vie » peuvent obtenir un certificat médical permettant l'achat d'une « pilule de la dernière volonté ».

<sup>162</sup> HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 18.

d'euthanasie active mais étant deux situations proches, la décision du juge de Strasbourg sur le suicide assisté semble valoir également pour l'euthanasie.

Le suicide assisté « consiste à laisser à portée [d'un individu une] substance susceptible de provoquer sa mort, en sachant qu'il va l'utiliser »<sup>164</sup>. En droit français, l'acte relève de la provocation au suicide<sup>165</sup>, « caractérisée par la fourniture de moyens à fin d'accomplir le geste fatal »<sup>166</sup> ou de la non-assistance à personne en danger<sup>167</sup>. Pénalement répréhensible en France, le suicide assisté est admis sous condition dans certains pays<sup>168</sup>. Par exemple, c'est le cas de la Suisse qui, à défaut de loi explicite l'interdisant, rend possible pour un citoyen d'ingérer un poison. Cette circonstance n'est toutefois envisageable « dans la majorité des cas [qu'après] l'aboutissement d'un long parcours, au contact de médecins et de psychiatres qui évaluent (...) les motivations du demandeur »<sup>169</sup>. C'est une condition nécessaire, d'autant que dans l'affaire<sup>170</sup>, le requérant n'était pas au stade terminal d'une maladie.

La Cour européenne s'est questionnée sur l'existence d'une obligation positive de l'Etat de prendre des mesures afin de permettre le suicide avec l'assistance des pouvoirs publics. Les motivations du requérant se fondent sur le devoir de l'Etat de permettre un suicide digne, c'est-à-dire sans douleur et sans risque d'échec<sup>171</sup> afin de satisfaire son désir de mourir suite à deux tentatives<sup>172</sup>.

Pour répondre à la question, la Cour suit un raisonnement avisé. Elle se réfère à l'article 2 de la Convention « qui impose aux autorités le devoir de protéger des personnes

---

<sup>163</sup> ALT MAES Françoise, La loi sur la fin de vie devant le droit pénal. *JCP G*, 8 mars 2006, I., n° 10, p. 119 : Le suicide assisté « consiste à laisser à portée [d'un individu une] substance susceptible de provoquer sa mort, en sachant qu'il va l'utiliser ». Cet acte en droit français relève de la provocation au suicide « caractérisée par la fourniture de moyens à fin d'accomplir le geste fatal » ou de la non-assistance à personne en danger.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> CP, art. 223-13.

<sup>166</sup> ALT MAES Françoise, *op. cit.*

<sup>167</sup> CP, art. 223-6, al. 2 : Il s'agit d'une personne qui « s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

<sup>168</sup> PEDROT Philippe. *Les seuils de la vie : biomédecine et droit du vivant*. Paris : Odile Jacob, 2010, pp. 121-122 : Par exemple, aux Etats-Unis, lorsque « le juge statue sur une demande de suicide assisté, (...) la cour se refuse à des critères purement juridiques ; elle examine aussi des critères politiques, anthropologiques, philosophiques ».

<sup>169</sup> ENDERLIN Serge, « En Suisse, pas d'interdit sur le suicide assisté », *Libération*, 25 mars 2008, p. 4.

<sup>170</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07.

<sup>171</sup> *Ibid.*, § 52 : Le requérant énonce que « s'il n'obtient pas la substance litigieuse, l'acte de suicide s'avèrerait indigne ».

<sup>172</sup> BAILLEUL David, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. – A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie. *JCP G*, juin 2005, I., p. 142 : « Le désir de mourir ne peut juridiquement s'analyser autrement que comme le choix de ne plus exercer son droit de vivre ».

vulnérables, même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie »<sup>173</sup>. Cette disposition « oblige les autorités nationales à empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'intervient pas librement et en toute connaissance de cause »<sup>174</sup>. Ainsi, l'individu qui fait la demande de se suicider de manière sûre, digne et sans douleur et souffrances superflues peut être autorisé à la condition d'être « en mesure de forger librement sa propre volonté »<sup>175</sup>. Cette condition limite la liberté de mettre fin à sa vie : l'exigence d'une ordonnance médicale est légitimement instituée afin « de protéger (...) toute personne d'une prise de décision précipitée »<sup>176</sup>. En effet, la souffrance et la dépression peuvent entraîner une intention provisoire de se donner la mort alors que « le geste est définitif »<sup>177</sup>. De plus, l'exigence d'une ordonnance médicale prévient des abus éventuels lorsqu'un patient incapable de discernement est concerné. De ces constatations, la Cour européenne estime que « le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé », l'exigence d'une ordonnance médicale permettant d'y satisfaire<sup>178</sup>.

La Cour relevant que les Etats membres sont « loin d'un consensus » en cette matière<sup>179</sup>, considère à l'unanimité que les Etats jouissent d'une marge d'appréciation considérable<sup>180</sup> « lorsqu' [elle] les conduit à restreindre l'accès à certains moyens permettant de mettre fin à ses jours »<sup>181</sup>.

Il est néanmoins judicieux de s'interroger sur le caractère purement « théorique et illusoire » du droit de mettre fin sa vie<sup>182</sup>. La Cour européenne énonce que le requérant

---

<sup>173</sup> Evolution du principe dégagé par la CEDH, 3 avr. 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 91 en matière pénitentiaire.

<sup>174</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *op. cit.*, § 54.

<sup>175</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>176</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>177</sup> MOINE André. *Les entraves légales à la volonté de mourir*, p. 248 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>178</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *op. cit.*, § 58.

<sup>179</sup> *Ibid.*, § 55 : « En Suisse, selon l'article 115 du code pénal, l'incitation et l'assistance au suicide ne sont punissables que lorsque l'auteur de tels actes les commet en étant poussé par un mobile égoïste. A titre de comparaison, les pays du Benelux, notamment, ont décriminalisé l'acte d'assistance au suicide, mais uniquement dans des circonstances bien précises. Certains d'autres pays admettent seulement des actes d'assistance « passive ». Mais la grande majorité des Etats membres semblent donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin ».

<sup>180</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *op. cit.*, § 55.

<sup>181</sup> BYK Christian, *Suicide digne et obligation de l'Etat*. *JCP G*, 31 janv. 2011, p. 122.

<sup>182</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *op. cit.*, § 60 : « La Cour admet les arguments du Gouvernement, selon lesquels les démarches poursuivies par le requérant pour prendre contact avec un médecin soulèvent certaines interrogations ».

précisait, dans les lettres envoyées aux psychiatres, « qu'il rejetait toute thérapie ». Le demandeur excluant ainsi toutes « alternatives au suicide », elle considère que les lettres envoyées par ce dernier « ne sembl[aient] pas de nature à encourager les médecins à répondre favorablement » à sa demande<sup>183</sup> : elle « n'est pas convaincue que le requérant se trouvait dans l'impossibilité de trouver un spécialiste prêt à l'assister »<sup>184</sup>. L'argument de la Cour est néanmoins contestable si l'on s'attarde sur le nombre de psychiatres qu'il aurait consultés<sup>185</sup>.

Alors que la Cour de Strasbourg provoque en général « l'évolution des textes internes, cette fois ce sont les Etats qui détiennent les clefs d'une véritable évolution de la jurisprudence européenne relative à l'euthanasie »<sup>186</sup>. En France, le sujet de l'euthanasie a provoqué une vive controverse. Parce qu'elle soulève de nombreuses interrogations, la France décide de maintenir l'interdiction de donner la mort, cette position étant pour le moins fragile.

## § 2 : Une interdiction nationale fragile

Le débat actuel de la société porte sur le fait de savoir s'il faut reconnaître un droit positif à l'euthanasie ? Le législateur refuse de pied ferme une telle reconnaissance. Cette attitude doit être comprise comme une réserve de ne pas « déroger à l'interdit du meurtre »<sup>187</sup>. Il est souhaité que l'interdit du meurtre demeure absolu et que sa transgression soit un acte relevant « de la responsabilité individuelle »<sup>188</sup>. Ainsi, cet interdit exige que chacun rende compte de ses actes et de ses décisions<sup>189</sup>. Le législateur protège alors les médecins car s'ils avaient le droit d'effectuer un acte euthanasique, ils « n'aurai[ent] plus aucun rempart pour [le] refuser » et devraient supporter l'idée « d'avoir tué une personne »<sup>190</sup>.

---

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.* : « La Cour observe en outre que celui-ci a envoyé (...) 170 lettres après que le Tribunal fédéral eut statué sur son recours » ; V° BRUGGEMAN Maryline, Droit au respect de vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux Etats. *Dr. fam.*, mars 2011, alerte 18.

<sup>186</sup> KLEITZ Clémentine, Euthanasie : le libre choix... des Etats. *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, n° 27, p. 3.

<sup>187</sup> FABRE-MAGNAN Muriel, Le domaine de l'autonomie personnelle. *Dalloz*, 2008, p. 31.

<sup>188</sup> TERESTCHENKO Michel. *Du bon usage de la torture : Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*. Paris : La Découverte, 2008, p. 99.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 100-101.

<sup>190</sup> FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.* ; BAUDOIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit à la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 73 : « Pratiquer l'euthanasie est (...) juridiquement défendue (...) parce que l'humain qui agit ainsi s'approprie et dispose, selon sa propre volonté, d'un bien, d'une réalité (...) ».

Le Comité consultatif national d'éthique avait alors recommandé une solution intermédiaire qui consistait à autoriser une sorte d'exception d'euthanasie<sup>191</sup>. Elle serait prévue par la loi afin d'apprécier les circonstances exceptionnelles permettant de procéder à l'euthanasie, c'est-à-dire de continuer de voir la mort comme une transgression mais qui pourrait être pardonnée dans des cas exceptionnels. Sa recommandation est une alternative à la question de légiférer ou non l'euthanasie en donnant « des critères d'appréciation pour, exceptionnellement, [l'] autoriser [en fermant] les yeux »<sup>192</sup>.

Pour ce faire, le Comité juge nécessaire qu'un « contrôle social judiciaire » soit effectué *a posteriori* de l'acte euthanasique par le juge, « seul à permettre un véritable contrôle à la hauteur des enjeux »<sup>193</sup>. Le médecin ne bénéficie donc pas d'une « immunité » automatique<sup>194</sup> : l'euthanasie est un acte grave, il est « normal que son auteur ait éventuellement à en rendre compte (...) devant la société »<sup>195</sup>. En conséquence, le médecin doit s'en remettre à l'opportunité des poursuites qui appartient au procureur de la République et à la clémence des tribunaux qui ont pour effet de rétablir une certaine équité, la peine encourue étant rigoureuse<sup>196</sup>. En effet, l'opportunité des poursuites signifie que le procureur de la République peut s'abstenir d'intenter une action en justice<sup>197</sup>. Sinon, le juge modère « la loi pénale en cas de trouble social limité voire absent »<sup>198</sup>. Ainsi, même si le mobile ne supprime pas l'intention de donner la mort, il peut atténuer de manière considérable la peine. Les pouvoirs du juge lui permettent alors d'adapter la peine encourue au cas par cas, « dans le sens de la sévérité »<sup>199</sup> ou « de la mansuétude »<sup>200</sup>. En pratique, le juge est conciliant puisqu'*a posteriori* de l'acte euthanasique, il « peut (...) »

---

<sup>191</sup> CCNE, Avis sur la fin de vie, arrêt de vie, euthanasie, n° 63. Rapp. 27 janv. 2000, p. 9 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis063.pdf> [site consulté : 24/03/2011].

<sup>192</sup> CHEYNET de BEAUPRE Aline, *Vivre et laisser mourir*. Dalloz, 2003, p. 2980.

<sup>193</sup> PROTHAIS Alain, *Accompagnement de la fin de vie et droit pénal*. JCP G, 28 avr. 2004, I., n°19, p. 130, Etude n° 18.

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> THIERRY Jean-Baptiste. *La légistique de l'euthanasie*, p. 335 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>197</sup> CPP, art. 40 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner (...) » ; CPP, art. 40-1 : « le procureur de la République (...) décide s'il est opportun (...) de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

<sup>198</sup> THIERRY Jean-Baptiste. *op. cit.* in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>199</sup> Cass. crim., 20 déc. 2000, *affaire Malèvre*, n° 00-86570, Inédit : Infirmière, elle a été condamnée à réclusion criminelle dès lors qu'elle n'a pas su prouver que ses patients lui avaient demandé de l'aider à mourir.

<sup>200</sup> PROTHAIS Alain, *op. cit.*



arguer d'une excuse absolutoire quand la fin de vie n'est plus supportable »<sup>201</sup>. Son contrôle constitue sans nul doute la meilleure garantie contre d'éventuels abus.

Même si l'exception d'euthanasie n'est pas retenue par le législateur qui craint qu'elle « ne soit l'antichambre d'une légalisation »<sup>202</sup>, il n'en demeure pas moins que plusieurs tentatives ont eu lieu.

Récemment, la Commission des affaires sociales du Sénat a été réunie et a adopté le 18 janvier 2011 une proposition de loi relative à l'aide active à mourir<sup>203</sup>. Le texte rédigé par la Commission réunissait trois précédentes propositions<sup>204</sup> et avait choisi l'utilisation du terme « assistance médicalisée pour mourir », estimé plus neutre et marquant davantage la décision du malade de bénéficier de l'appui de l'équipe médicale<sup>205</sup>. Le texte permet à « toute personne capable majeure, en phase avancée ou terminale d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable, lui infligeant une souffrance physique ou psychique qui ne peut être apaisée ou qu'elle juge insupportable » de demander à bénéficier « d'une assistance médicalisée permettant, par un acte délibéré, une mort rapide et sans douleur »<sup>206</sup>. La personne décédée « aurait été réputée décédée de mort naturelle », par conséquent, « son suicide n'aurait pu être opposé à ses éventuels ayants droit »<sup>207</sup>. Même si le texte n'a pas été maintenu – certainement trop délicat pour se précipiter dans les réformes – l'idée de rendre légale l'euthanasie demeure dans les esprits. On peut sans doute penser que la multiplication des propositions visant à accorder une aide active de mourir marque le commencement de la fin de la répression.

Le corps social n'est pas un obstacle aux réformes dans la mesure où il a une préférence à ce que l'euthanasie soit reconnue légalement<sup>208</sup>. Cette tendance semble découler de l'affaire de Vincent HUMBERT, surmédiatisée. Victime d'un accident de la route le

---

<sup>201</sup> AN, Proposition de loi visant à autoriser le fait de mourir dans la dignité par André WOJCIECHOWSKI *et al.*, n° 1344, 18 déc. 2008, p. 4: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/propositions/pion1344.pdf> [site consulté : 12/04/2011].

<sup>202</sup> CHEYNET de BEAUPRE Aline, *op. cit.*

<sup>203</sup> Sénat, Rapp. fait au nom de la commission des affaires sociales par GODEFROY Jean-Pierre, n° 228, 18 janv. 2011 : <http://www.senat.fr/rap/110-228/110-2284.html> [site consulté : 16/04/2011].

<sup>204</sup> Sénat, Proposition de loi sur l'aide active à mourir dans le respect des consciences et des volontés par Alain FOUICHE, n° 65, 29 oct. 2008 : <http://www.senat.fr/leg/pp108-065.html> [site consulté : 16/04/2011] - Proposition de loi relative à l'aide active à mourir par Jean-Pierre GODEFROY et plusieurs de ses collègues, n° 659, 12 juill. 2010 : <http://www.senat.fr/leg/pp109-659.pdf> [site consulté : 16/04/2011] - Sénat, Proposition de loi relative à l'euthanasie volontaire par Guy FISCHER et plusieurs de ses collègues, n° 31, 13 oct. 2010 : <http://www.senat.fr/leg/pp110-031.pdf> [site consulté : 16/04/2011].

<sup>205</sup> Sénat, Rapp. fait au nom de la commission des affaires sociales par Jean-Pierre GODEFROY, *op. cit.*

<sup>206</sup> BRUGGEMAN Maryline, Euthanasie : prudence est mère de sûreté. *Dr. fam.*, mars 2011, alerte 24.

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

<sup>208</sup> VERGUEY Ean-Charles, « Abréger les souffrances », *L'Est Républicain*, 31 oct. 2010, p. 43.

rendant aveugle, muet et tétraplégique mais gardant toute sa lucidité, il réclame un « droit de mourir ». Face à l'échec de sa requête, sa mère l'aide à mettre fin à sa vie en lui donnant d'importantes doses euthanasiques qui le font tomber dans le coma tandis que son médecin cesse toute mesure de réanimation et lui injecte une substance causant la mort de son patient. Le médecin est mis en examen pour empoisonnement avec préméditation, la mère pour administration de substances toxiques. Un non-lieu a été délivré par le juge d'instruction en février 2006. En effet, « les faits avaient été commis sous l'emprise d'une contrainte<sup>209</sup> les exonérant de toute responsabilité pénale »<sup>210</sup>.

Cette affaire a conduit à l'adoption de la loi du 22 avril 2005 dite *Leonetti*<sup>211</sup>, qui consacre « un droit de mourir sans souffrir » au patient sans pour autant lui « accorder le pouvoir de choisir les modalités de sa mort »<sup>212</sup>.

La loi reste notoirement insuffisante. Chantale SEBIRE, atteinte d'une tumeur rare au visage qui lui donnait une douleur physique intense, relance alors le débat en demandant « le droit de mourir dignement » par la prescription d'un médicament euthanasiant<sup>213</sup>. L'affaire qui réunit le contentieux relatif à l'euthanasie active et au suicide assisté, n'aboutira pas, le jugement rejetant sa requête au motif qu'il ne peut être déduit de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique<sup>214</sup>.

La doctrine quant à elle semble divisée avec d'une part les partisans de l'euthanasie qui considèrent que la dégradation du corps sans espoir d'amélioration – dans l'hypothèse où la médecine a atteint ses limites curatives – porte atteinte à la dignité de la vie humaine : « attendre que la mort vienne, en laissant la personne dans un état qui n'est plus digne d'être appelé une vie, n'est pas admissible »<sup>215</sup> ; et d'autre part ceux favorables à la loi *Leonetti* qui estiment que légiférer en matière de « droit à la mort » viendrait à valider de manière symbolique « que la personne malade et handicapée n'a plus sa place dans notre

---

<sup>209</sup> COELHO José, Droits des malades et fin de vie : une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine. *Gaz. Pal.*, 23 mars 2006, n° 82, p. 13 : évoquant « notamment une pression émotionnelle, affective et médiatique ».

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> Loi n° 2005-370, 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie – JORF 20 mai 2005, n° 116, p. 8732, texte n° 11.

<sup>212</sup> ROME Félix, Fin de vie : toujours plus ?. *Dalloz*, 2007, p. 785.

<sup>213</sup> TGI, Dijon, ord. 17 mars 2008, n° 94/08, Inédit.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> CHEYNET de BEAUPRE Aline, *op. cit.*

société »<sup>216</sup>. L'argumentation<sup>217</sup> est reprise du contentieux qui est né suite à l'affaire *Perruche*<sup>218</sup>.

La loi *Leonetti* « n'apporte pas la réponse souhaitée par les partisans du « droit au suicide » »<sup>219</sup>. Cependant, elle a tout de même le mérite de clarifier et reconnaître « des situations délicates »<sup>220</sup> en prenant davantage en compte la volonté du malade de mourir. Elle réapproprie de la sorte le caractère personnel de la mort à l'individu en proposant une alternative à l'euthanasie.

## ***Section 2 : La réappropriation personnelle de la mort***

La loi du 22 avril 2005<sup>221</sup> a été créée dans le but d'améliorer la fin de vie du malade. Cette amélioration passe par une écoute du patient. Gardant à l'esprit qu'« accepter l'heure de la mort ce n'est pas la précipiter [l'] accompagner humainement ce n'est pas la hâter »<sup>222</sup>, est consacré « un droit de laisser mourir » le patient. Il s'analyse par l'abandon d'une approche curative des soins si le malade en fait la demande (§ 1). Sans pour autant lui accorder le pouvoir de choisir les modalités de sa mort, est également instaurée une pratique, certes périlleuse, celle du traitement à « double effet » (§ 2).

Ces deux mesures conduisent sans nul doute à une réappropriation personnelle de la mort par le malade.

### **§ 1 : L'abandon d'une approche curative des soins**

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite *Kouchner*, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé<sup>223</sup>, reconnaît aux personnes atteintes d'une maladie incurable<sup>224</sup> le droit de refuser ou d'interrompre toute thérapie quand bien même ce refus pourrait

---

<sup>216</sup> PUYBASSET Louis, Faut-il légaliser l'euthanasie ?. *Dalloz*, 2007, p. 1328.

<sup>217</sup> GOBERT Michelle, La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000). *Petites affiches*, 8 déc 2000, n° 245, p. 4 : Une indemnisation a été accordée à l'enfant atteint d'une affection d'une particulière gravité. La « faute qui est à l'origine [du] dommage » n'est pas « la naissance d'un enfant, mais la naissance d'un enfant handicapé ».

<sup>218</sup> Cass., ass. plén., 17 nov 2000, *aff. Perruche*, n° 99-13701 – Bull. 2000, n° 9, p. 15.

<sup>219</sup> THIERRY Jean-Batiste. *La légistique de l'euthanasie*, p. 333 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>220</sup> *Ibid.* in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>221</sup> Loi n° 2005-370, 22 avr. 2005, *op. cit.*

<sup>222</sup> BEIGNIER Bernard, Accompanyer dans la mort. *Dr. fam.*, déc. 2008, repère 11.

<sup>223</sup> Loi n° 2002-303, 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé – JORF 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

<sup>224</sup> BINET Jean-René. *Droit médical*. Paris : Montchrestien, 2010, n° 167, p. 91 : Le terme « affection grave et incurable » doit nécessairement être interprété comme « l'obligation d'être en présence d'un processus pathologique », c'est-à-dire à ce que le pronostic vital soit en jeu.

mettre leur vie en danger. Le texte législatif semble s'inspirer d'une proposition de loi datant de 1987, texte émanant de l'Association pour la prévention de l'enfance handicapée dont la présidence fut assurée par Henri CAILLAVET. La proposition de loi prévoyait que le médecin « ne commettra ni un crime ni un délit en s'abstenant d'administrer à un enfant de moins de trois jours tous les soins nécessaires à sa vie quand cet enfant présentera une infirmité inguérissable et telle qu'on prévoit qu'il ne pourra jamais avoir une vie digne d'être vécue »<sup>225</sup>. Le praticien qui s'abstient de porter secours doit avoir l'accord écrit des parents<sup>226</sup>.

Le principe de la loi de 2002 est affirmé par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite *Leonetti*<sup>227</sup> qui l'étend à toute personne c'est-à-dire au malade qu'il soit ou non atteint d'une maladie incurable.

Il est donc possible pour le malade de refuser les soins ou demander à ce que les soins entrepris soient interrompus. Le médecin qui cesse de procurer des soins à la personne est en conformité avec le Code de déontologie de 1995 qui dispose à l'article 35, alinéa 2 : « Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse (...) les soins proposés, le médecin doit respecter ce refus (...) ». La loi de 2005 fait ainsi prévaloir la volonté du patient et condamne la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, dans une décision du 26 octobre 2001, avait fait primer la protection de la santé sur la liberté de manifester une conviction<sup>228</sup>. Ainsi, « sauver une vie est pour un hôpital de l'Assistance publique une obligation supérieure au respect de la volonté du patient »<sup>229</sup>. Le comportement du médecin « qui a l'obligation de protéger la santé », n'a pas été jugé fautif car « l'atteinte à la conviction en cause n'est pas disproportionnée à l'état du malade dont la vie est en danger »<sup>230</sup>. De plus, l'abstention par le praticien de fournir « des soins à un malade consentant dont la vie en dépend » pouvait « caractériser le délit de non-assistance à personne en danger »<sup>231</sup>. Afin de ne pas engager leur responsabilité, les praticiens passaient outre la loi de 2002. Mais avec l'adoption de la loi de 2005, il y a dorénavant une obligation pour le praticien d'interrompre les soins lorsque le patient en fait la demande.

---

<sup>225</sup> NAU Jean-Yves, « La peau des bébés », *Le Monde*, 4 nov. 1987, p. 21.

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> Loi n° 2005-370, 22 avr. 2005, *op. cit.*

<sup>228</sup> CE, ass., 26 oct. 2001, n° 19-8546.

<sup>229</sup> MOREAU Jacques, Les médecins qui procèdent à la transfusion d'un patient en vue de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. *JCP G*, 6 févr. 2002, II., p. 10025.

<sup>230</sup> ERSTEIN Lucienne, Le choix du mode de sépulture peut faire l'objet de restrictions dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics. *JCP G*, 12 avr. 2006, n° 15, II., p. 10059.

<sup>231</sup> BAILLEUL David, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. – A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie. *JCP G*, 8 juin 2005, n° 23, I., p. 142.

La loi a pour effet de dissiper l'ambiguïté dans laquelle le médecin était partagé entre la nécessité de respecter la volonté du patient et son obligation de porter secours.

La loi *Leonetti* est alors perçue comme une avancée dans le respect de la volonté des malades qui ont un droit de disposer de leur vie en se laissant mourir dès lors que la personne en fin de vie est « un sujet de droit à part entière » : « durant la vie, chacun d'entre nous est maître des décisions concernant sa santé » et « ce respect de la volonté individuelle devient encore plus important lorsqu'il s'agit de l'ultime période de cette vie »<sup>232</sup>. Toutefois, les malades sont des personnes vulnérables. On s'aperçoit alors qu'une incohérence survient quant au délai raisonnable de réflexion sur la décision de ne pas prendre de traitement ou de l'interrompre. En effet, il n'existe pas lorsque le patient est en fin de vie<sup>233</sup>. Paraissant incontournable, le délai aurait dû « être adapté à la nécessité de ne pas prolonger dans des proportions inutiles les souffrances du patient »<sup>234</sup>. De plus, il est de nature à permettre au médecin « de se mettre à l'abri de toute poursuite »<sup>235</sup>.

La loi intègre également au Code de la santé publique l'article L. 1111-4 dans lequel il figure que le médecin respecte une telle volonté exprimée par le malade, à condition que son choix soit libre et éclairé<sup>236</sup>.

Si le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le praticien doit rechercher d'éventuelles directives anticipées émises par la personne<sup>237</sup>. Inspirées du modèle anglo-saxon du *living will*<sup>238</sup>, elles indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie. Elles ne constituent pas pour autant un testament de vie<sup>239</sup> dans la mesure où la directive anticipée ne peut porter sur une demande euthanasique<sup>240</sup>. Révocable par tous moyens<sup>241</sup>, le texte

---

<sup>232</sup> CALLU Marie-France. *Le regard du droit sur la fin de vie*, p. 71 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>233</sup> CSP, art. L. 1111-10.

<sup>234</sup> BAILLEUL David, *op. cit.*

<sup>235</sup> BINET Jean-René. *op. cit.*, n° 172, p. 96.

<sup>236</sup> THIERRY Jean-Baptiste. *op. cit.*, p. 323-324 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010 : La doctrine qualifie d'« euthanasie passive » l'interruption d'un traitement à une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable qui en fait la demande.

<sup>237</sup> CSP, art. L. 1111-11.

<sup>238</sup> DREIFUSS-NETTER Frédérique, Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne. *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23.

<sup>239</sup> VIALLA François. *La France peut-elle avoir légalisée l'euthanasie ?*, p. 400 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010.

<sup>240</sup> DREIFUSS-NETTER Frédérique, Bioéthique et droit des usagers du système de santé. *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23 ; V° Table des illustrations n° 3 : Exemple de directive anticipée par l'Association pour le

franchit une étape vers l'autonomie du patient « en lui permettant de préparer à l'avance une éventuelle période d'incapacité »<sup>242</sup>. Toutefois, certains auteurs soulèvent la dangerosité de telle directive. En effet, elles sont rédigées « à un moment où la personne n'est pas à même d'exprimer un jugement sur ses soins terminaux, souvent même en l'absence d'une véritable souffrance. Or, ce qui importe, c'est le dernier moment, le dernier consentement, que révèle mal le testament de vie, souvent écrit en plein bien-être »<sup>243</sup>. Un exemple pratique nous est révélé par un professeur de médecine : « bronchopathe de 60 ans, ventilé pendant [trois] semaines pour une détresse respiratoire », il confie la crainte qu'il a eue à l'équipe médicale<sup>244</sup>. En effet, il avoue avoir craint « pendant toute la durée de l'hospitalisation, que [l'équipe médicale ne découvre] le papier sur lequel [il avait] écrit (...) qu'en aucune cas [il ne voulait] être réanimé »<sup>245</sup>. Cependant, les directives n'ont qu'une valeur indicative, elles ne lient donc pas le médecin qui a seul la responsabilité de mettre un terme au traitement d'une personne inconsciente en fin de vie. De plus, leur durée de validité est de trois ans<sup>246</sup>. Si le médecin refuse de suivre la directive anticipée, il est seulement tenu de motiver cette décision.

L'arrêt des soins est admis par la société qui y voit un refus d'acharnement thérapeutique, le médecin « interrompt[ant] un traitement qui ne maintient qu'une survie artificielle, entraînant une mort qui serait naturelle sans les moyens scientifiques »<sup>247</sup>. Le professeur Jean-Louis BAUDOIN qualifie les personnes dans cet état de « morts en sursis »<sup>248</sup> : « personnes conscientes pour lesquelles médecine et science ne peuvent plus rien, mais chez qui on s'applique à réparer, avec plus ou moins d'acharnement, les défaillances, à

---

droit de mourir dans la dignité : on s'aperçoit que les deux premières demandes sont licites, non la troisième qui confère une volonté de suicide assisté. Elle est donc nulle.

<sup>241</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Deffrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131 : La directive anticipée est révoquée par tout moyen « mais un mourant a souvent beaucoup de mal à exprimer sa volonté : un simple clin d'œil, un pressement de main, un signe de la tête suffiraient-ils à constituer une révocation ? ».

<sup>242</sup> MELIN François, Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français ?. *Deffrénois*, 30 nov. 2004, art. 38055, n° 22, p. 1523.

<sup>243</sup> MALAURIE Philippe, *op. cit.* ; HAAS S. [Sophie], GUEDON E., JOLY C. et DECHELOTTE P. *Directives anticipées : quels enjeux éthiques et quelles recommandations pratiques ?*. in *Ethique et santé*, Elsevier : Masson, 2007, n° 4, p. 221 : « Ecrire ses directives anticipées c'est accepter que l'avis donné à un instant t soit utilisé à un instant t', supposant que l'on ait pas changé d'avis. Si notre vie est brutalement menacée, ne peut-elle pas alors révéler soudain son caractère infiniment précieux et conduire à d'autres choix ? ».

<sup>244</sup> LETELLIER Philippe. *Euthanasie*. p. 96 in *ABCDaire des sciences humaines en médecine*. Coord. BAGROS Philippe et alii, 2° éd. Paris : Ellipses, 2009.

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> CSP, art. R. 1111-18, al. 2.

<sup>247</sup> DURRIEU DIEBOLT Carine, Le moment de la mort. *AJ fam.*, 2004, p. 120.

<sup>248</sup> BAUDOIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit de la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 30.

suppléer les carences biologiques et donc à prolonger le temps de survie, tout en sachant l'échéance simplement retardée »<sup>249</sup>.

Le Code de la santé publique fait référence à la notion d'obstination déraisonnable<sup>250</sup>. C'est une notion importante puisqu'elle s'inscrit dans une logique d'interruption de soin prise par le praticien lorsque les traitements apparaissent « inutiles » ou « disproportionnés » au regard du bénéfice escompté par le patient ou « n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie »<sup>251</sup>. La présence d'un de ces trois critères permet au médecin de suspendre ou de ne pas entreprendre les actes de prévention, d'investigation ou de soin. L'inscription dans la loi de ce principe répond également à l'attente du corps médical qui a « pu avoir par le passé le sentiment de transgresser la loi »<sup>252</sup>. Eviter l'obstination déraisonnable a pour finalité de sauvegarder la dignité du mourant et assure ainsi la qualité de sa vie<sup>253</sup>.

La juridiction administrative a alors tenté d'éclaircir les contours de cette notion qui s'avère être assez floue. C'est ainsi que le tribunal administratif de Nîmes a, le 2 juin 2009<sup>254</sup>, retenu que le médecin – en pratiquant des opérations de réanimation pendant plus de vingt minutes sur un enfant qui s'est présenté à la naissance en état de mort apparente – a montré une obstination déraisonnable<sup>255</sup>. En effet, le médecin aurait dû prendre en compte les conséquences néfastes qui étaient hautement prévisibles pour l'enfant<sup>256</sup>. Le juge retient alors la responsabilité de l'hôpital<sup>257</sup>. Cependant, une telle condamnation risque d'entraîner un abandon thérapeutique précoce et injustifié. Le législateur semble néanmoins s'en remettre à la conscience du médecin qui doit mettre en balance « s'il arrête ses soins en deçà de ce que sa mission lui impose ou s'il va au-delà de ses obligations »<sup>258</sup>.

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>250</sup> CSP, art. L. 1110-5, al. 2.

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> Sénat, Rapp. par DERIOT Gérard, fait au nom de la commission des Affaires sociales, 6 avr. 2005, n° 281 : <http://www.senat.fr/rap/104-281/104-2816.html> [site consulté : 06/04/2011].

<sup>253</sup> CSP, art. L. 1110-5, al. 2.

<sup>254</sup> TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 06-22251 : *AJDA*, 2009, p. 2474.

<sup>255</sup> BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre. *Les grands arrêts du droit de la santé*. Paris : Dalloz, 2010, n° 13, p. 86.

<sup>256</sup> TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 06-22251 : Le juge a retenu que les médecins « ne pouvaient ignorer les séquelles résultant pour cet enfant de l'anoxie cérébrale de plus d'une demi-heure antérieure à sa naissance et de l'absence d'oxygénation tout au long de ladite réanimation », consid. 8.

<sup>257</sup> SAISON-DEMARS Johanne, *Droits des personnes malades et autres usagers du système de santé*. *JCL. adm.*, 2007, fasc. 229-50, n° 9 : Il est en effet délicat à ce qu'une telle pratique soit admise « lorsque l'on sait que la mort est une fin inéluctable ».

<sup>258</sup> Sénat, Rapp. par DERIOT Gérard, fait au nom de la commission des Affaires sociales, *op. cit.*

L'interruption des traitements se résume à laisser la nature reprendre ses droits. Mais parfois, la douleur dans son intensité impose à l'homme d'administrer un traitement, peu importe qu'il soit à « double effet ».

## § 2 : L'administration du traitement à « double effet »

Selon l'article L. 1110-5, alinéa 5, du Code de la santé publique, le traitement à double effet peut être administré au malade<sup>259</sup>. Il s'agit d'une innovation apportée par la loi *Leonetti*. Ce traitement vise à soulager la souffrance par l'utilisation d'antalgiques dont l'effet secondaire est d'abrèger l'espérance de vie du patient<sup>260</sup>. L'usage d'un tel procédé n'est possible que dans le cas où il n'existe pas d'autres moyens pour diminuer la douleur.

L'objectif du traitement anti-douleur à double effet est de mettre un terme à deux situations où d'une part, les médecins utilisent la morphine comme produit létal alors que le malade ne souffre pas et d'autre part, les médecins refusent d'augmenter les doses quand bien même le malade souffre afin de ne pas être mis en examen pour homicide<sup>261</sup>. Le terme utilisé par le législateur – « soulager la souffrance » – n'est pas anodin. En effet, la définition de la douleur incorpore seulement une notion de douleur physique<sup>262</sup> tandis qu'en employant le terme « souffrance », le législateur incorpore à la douleur physique une dimension psychologique.

Le texte précise que si le médecin est amené à soulager la souffrance en prenant le risque d'accélérer l'heure de la mort de son patient en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, il doit l'en informer et être autorisé par ce dernier à lui appliquer un traitement à double effet. Il est précisé que lorsque le malade ne peut pas exprimer sa volonté, le médecin doit être autorisé par la personne de confiance<sup>263</sup>. L'avis de cette

---

<sup>259</sup> VIALLA François. *La France peut-elle avoir légalisée l'euthanasie ?*, p. 399 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010 : La doctrine qualifie ce « double effet » d' « euthanasie indirecte ».

<sup>260</sup> CSP, art. L. 1110-5, al. 5

<sup>261</sup> AN, 26 nov. 2004, Comptes rendus des débats, n° 123 : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/cri/2004-2005/20050075.pdf> [site consulté : 28/05/2011].

<sup>262</sup> Définition de l'International Association for the Study of Pain (IASP), *Le programme de lutte contre la douleur 2002-2005* : La douleur se définit comme « une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable liée à une lésion tissulaire existante ou potentielle (...) ». Disponible sur : [http://www.cnrdr.fr/IMG/pdf/programme\\_lutte\\_douleur\\_2002-05.pdf](http://www.cnrdr.fr/IMG/pdf/programme_lutte_douleur_2002-05.pdf) [site consulté : 12 avr. 2011], p. 4.

<sup>263</sup> CSP, art. L. 1111-6, al. 1 : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révoquée à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».



dernière prévaut sur celle de la famille et, à défaut, des autres proches<sup>264</sup>. On peut alors remarquer l'importance de son rôle. Le texte conduit à détacher ainsi l'isolement du médecin en lui imposant de respecter une procédure de consultations<sup>265</sup>, la décision d'abrégé la vie de son patient ne saurait dépendre de lui. Le législateur semble ainsi éviter « la clandestinité de certaines pratiques dans les unités de soins palliatifs tout en [permettant] à l'entourage du malade de ne pas demeurer dans l'ignorance des conditions réelles de la fin de vie d'un proche »<sup>266</sup>.

Concernant les mineurs sur l'achèvement de leur existence, la loi a totalement ignoré leur situation<sup>267</sup>. Se sont alors les règles du droit commun qui s'appliquent.

L'enfant ne peut pas exiger de son médecin l'arrêt de tout traitement sans l'accord de ses parents<sup>268</sup>. De même, le médecin doit être autorisé auprès des parents pour l'utilisation d'un traitement à double effet<sup>269</sup>. Cette situation est source de conflits entre l'enfant qui souhaite l'arrêt des soins, contrairement aux parents, ou encore entre le médecin et la famille de l'enfant<sup>270</sup>. Mais faute de précision, « le médecin devant un mineur en fin de vie, ou devant une personne adulte placée sous protection judiciaire, sera (...) exposé aux éventuelles poursuites pénales fondées sur des délits d'abstention »<sup>271</sup>.

En pratique, la technique la plus couramment utilisée est la sédation terminale qui consiste à « faire dormir le patient »<sup>272</sup>. Ce qui est contestable est que cette technique ne satisfait pas à une demande « légitime d'une fin de vie calme, rapide et digne »<sup>273</sup> dès lors que cet acte n'est « ni un acte thérapeutique, ni un acte de soin »<sup>274</sup>. Cependant, l'acte s'inscrit « comme un gage du respect réel de la volonté de la personne demandeuse »<sup>275</sup>. Le professeur Philippe MALAURIE constate à juste titre « une nouvelle hiérarchie des

---

<sup>264</sup> CSP, art. L. 1111-12.

<sup>265</sup> CSP, art. R. 4127-37.

<sup>266</sup> COELHO José, Droits des malades et fin de vie : une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine. *Gaz. Pal.*, 23 mars 2006, n° 82, p. 13.

<sup>267</sup> CORPART Isabelle, Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement – Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. *Dr. fam.*, juin 2005, Etude 14.

<sup>268</sup> ALT MAES Françoise, La loi sur la fin de vie devant le droit pénal. *JCP G*, 8 mars 2006, I, n° 24, p. 119.

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> CEDH, 9 mars 2004, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, § 27 : Le différend concernait la famille d'un enfant atteint d'une maladie pulmonaire, et les médecins d'un hôpital public anglais, qui avaient donné ordre de non-réanimation, contre la volonté des parents.

<sup>271</sup> ALT MAES Françoise, *op. cit.*

<sup>272</sup> Sénat, Proposition de loi relative à l'euthanasie volontaire, 13 oct. 2010, n° 31 : <http://www.senat.fr/leg/pp110-031.pdf> [site consulté : 16/04/2011], p. 3

<sup>273</sup> Sénat, Rapp. sur la proposition de loi relative à l'aide active à mourir par Jean-Pierre GODEFROY fait au nom de la Commission des affaires sociales, 18 janv. 2011, n° 228 : <http://www.senat.fr/rap/110-228/110-2283.html> [site consulté : 28/02/2011].

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> *Ibid.*

valeurs » dans laquelle « le médecin doit respecter « l'autonomie de la personne » avant d'assurer la défense de la vie »<sup>276</sup>. Ainsi, le décès du malade suite à l'utilisation du traitement à double effet ne constitue pas un empoisonnement<sup>277</sup>, ni un homicide involontaire<sup>278</sup> si le médecin visait simplement à restreindre la douleur<sup>279</sup>. A titre d'exemple, les juges du tribunal de grande instance d'Evry ont, le 15 février 2005, rendu une ordonnance de non-lieu considérant que la dose de sédatif injecté au patient et ayant entraîné son décès était délivré en tant que soins palliatifs<sup>280</sup>. La volonté du médecin de causer le décès de son patient n'ayant pas été prouvée, il semblerait que le juge instaure « une présomption de caractère antalgique des traitements délivrés, susceptible d'être écartée » par le procureur de la République, la preuve de l'intention criminelle lui incombant<sup>281</sup>. En effet, le fait de diminuer l'espérance de vie du patient « doit rester une conséquence secondaire »<sup>282</sup>. Le risque de dérives est possible dès lors que le but du praticien, dans l'utilisation du traitement à double effet, est d'obtenir la mort du malade à laquelle il aspire<sup>283</sup>. Un tel contournement du traitement à double effet relève du seul élément psychologique qui est la volonté du médecin de donner la mort. C'est dire que la preuve de l'élément psychologique est délicate à apporter. La doctrine désapprouve l'aménagement législatif du traitement à double effet dès lors qu'elle estime qu'il « ne s'imposait pas au législateur qui aurait pu (...) laisser directement le soin à la jurisprudence de construire et développer cette théorie juridique »<sup>284</sup>.

La loi affirme d'une part l'interdiction à l'euthanasie mais permet d'autre part « une exception d'euthanasie à la morphine »<sup>285</sup>. En conséquence, il est probable que les juges soient confrontés à une sorte d'euthanasie indirecte.

---

<sup>276</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Defrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131.

<sup>277</sup> CP, art. 221-5, al. 1 : « Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement ».

<sup>278</sup> CP, art. 221-6, al. 1 : « Le fait de causer (...) par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence (...) la mort d'autrui constitue un homicide involontaire ».

<sup>279</sup> ALT MAES Françoise, *op. cit.*

<sup>280</sup> BRAZEAU-LAMONTAGNE S.n [L.], Ethique et décision médicale. *La revue de médecin interne*, 2005, p. 2 : <http://www.usherbrooke.ca/bdethique/fileadmin/sites/bdethique/documents/brazeau2005a.pdf>, [site consulté : 20/04/2011].

<sup>281</sup> ALT MAES Françoise, *op. cit.*

<sup>282</sup> *Ibid.*

<sup>283</sup> MONTABORD Jean. *Euthanasie*. p. 210 in *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, sld de Philippe PEDROT, Paris : Ellipses, 2006.

<sup>284</sup> COELHO José, Droits des malades et fin de vie : une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine. *Gaz. Pal.*, 23 mars 2006, n° 82, p. 13.

<sup>285</sup> *Ibid.*

L'être humain sait bien que sa mort est inéluctable et qu'elle peut intervenir de manière « naturelle » telle que la maladie ou la vieillesse<sup>286</sup> ou bien être « violente », lorsque le décès est volontaire ou provoquée<sup>287</sup>. Lorsque la mort intervient, la personne humaine n'existe plus : « la personne se perd avec la vie »<sup>288</sup>. Les protections accordées au corps par l'intermédiaire de la personne s'éteignent. Il ne reste plus qu'un cadavre, c'est-à-dire une enveloppe corporelle qui porte le souvenir de l'être humain.

---

<sup>286</sup> DEFFERRARD Fabrice, Mort, blessures graves et disparition suspectes. *JCl. proc. pén.*, 2005, fasc. 20, n° 14.

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> RIPERT Georges et BOULANGER Jean. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, Tome I, n° 829, p. 347.

## Partie 2 – La mort et le cadavre

« Le corps [est] la mémoire de l’humanité »<sup>289</sup>

Pendant « longtemps, le droit s’est peu soucié du cadavre, laissé à l’expertise des médecins et au rituel des prêtres, jusqu’à ce que les progrès de la science et l’explosion des biotechnologies n’en fassent (...) un point de focalisation des questionnements éthiques »<sup>290</sup>. On peut retenir « dans la définition du concept d’éthique (...) la notion de règle de conduite à signification morale »<sup>291</sup>. La bioéthique s’attache alors à « définir ce que les vivants doivent s’interdire de faire avec les corps des morts »<sup>292</sup>. En conséquence, il convient de séparer l’étude en deux catégories. La première consiste à analyser la protection accordée à la dépouille mortelle (Chapitre 1). La seconde vise à mettre en relation cette protection avec la destination du cadavre (Chapitre 2).

### Chapitre 1 – La protection du cadavre

Le principe est que la personne humaine est hors commerce mais la mort implique l’anéantissement de la personne. De ce fait, le cadavre n’est pas sujet de droits. Cependant, il semble protégé par les juges au nom de son humanité passée. Le principe accordé à la personne peut alors s’appliquer à la dépouille mortelle. Ainsi, il est mis en place diverses mesures qui vont consister à accorder une protection notable au corps « mort » (Section 1). Il s’agit du « « cadavre « naturel » ou cadavre « froid » pour lequel on a laissé la nature procéder à son lent travail de décomposition sans intervenir dans [ce] processus »<sup>293</sup>.

Mais ladite protection ne doit pas être de même envergure s’agissant du corps « vivant », c’est-à-dire celui dont seul « la personnalité juridique a disparu »<sup>294</sup> mais auquel les organes et les produits sont encore doté de vie. Appelé « « cadavre « artificiel » ou cadavre « chaud » », certaines fonctions du corps sont maintenues pendant une certaine

---

<sup>289</sup> CORNU Marie, *Le corps humain au musée, de la personne à la chose*. Dalloz, 2009, p. 1907.

<sup>290</sup> POIROT-MAZARES Isabelle, « Toute entreprise d’immortalité est contraire à l’ordre public ». – Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation. *Dr. adm.*, juill. 2006, n° 7, Etude 13.

<sup>291</sup> SAURY Robert. *L’éthique médicale et sa formulation juridique : Approche médico-juridique des grands problèmes d’Éthique, de la nécessité de la loi*. Montpellier : Sauramps médical, 1991, p. 11.

<sup>292</sup> AN, Rapp. d’information fait au nom de la mission d’information sur la révision des lois bioéthiques, n° 2235, 20 janv. 2010, p. 423 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2235-t1.pdf> [site consulté : 08/02/2011]

<sup>293</sup> PY Bruno, Contestation de la date de la mort figurant dans un acte de décès. *Petites Affiches*, 23 févr. 2001, n° 39, p. 14.

<sup>294</sup> BIOY Xavier, Le statut des restes humains archéologiques. *RDP*, 1 janv. 2011, n° 1, p. 89.

durée en raison de l'utilité scientifique ou thérapeutique qu'il présente<sup>295</sup>. Il convient dans ce cas de limiter la protection du cadavre à certaines conditions (Section 2).

### ***Section 1 : Une protection notable***

Le « Code pénal de 1810 ne dissociait pas le cadavre de la sépulture » et seule la violation de la sépulture était pénalement répréhensible<sup>296</sup>. En droit civil, il faudra attendre la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 pour que l'inviolabilité du corps humain soit consacrée<sup>297</sup>. Ce principe assure la dignité de la personne humaine et la jurisprudence, consciente des abus susceptible d'être effectué sur le cadavre, étend le principe de dignité à la dépouille mortelle et en assure le respect (§ 1). La dépouille mortelle est dorénavant protégée indépendamment de sa sépulture.

La sépulture fait partie de l'une des sept œuvres de miséricorde corporelle<sup>298</sup> ce qui implique que toute personne décédée a droit à une sépulture, ce droit se fondant sur le repos en paix des morts. Dernier habitacle du cadavre, la sépulture<sup>299</sup> est un monument édifiée à la mémoire des morts, son respect est assuré par le principe de stabilité qui lui est conféré (§ 2).

#### **§ 1 : Le respect du corps humain**

Lorsqu'une personne décède, sa personnalité juridique disparaît, ce qui implique que les droits subjectifs accordés à la personne de son vivant s'éteignent à sa mort, « le cadavre de l'homme n'abrit[ant] plus un sujet de droits »<sup>300</sup>. Il est alors opportun de s'interroger sur le statut du corps humain au décès de l'individu.

Concernant les cendres, elles ne semblaient pas être assimilées au corps humain. En effet, des auteurs « doutaient [du] caractère humain [des cendres] du fait de la pulvérisation consécutive à la crémation »<sup>301</sup>. Le professeur Xavier LABBEE comprend cette approche « car les cendres sont inexploitable sur le terrain de la génétique, à la différence des restes

---

<sup>295</sup> PY Bruno, *op. cit.*

<sup>296</sup> DUTRIEUX Damien, Opérations funéraires. *JCl. coll. terr.*, mai 2009, fasc. 717, n° 89.

<sup>297</sup> C. civ., art. 16-1 : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ».

<sup>298</sup> Le terme « œuvres de miséricorde » vient du grec *eleemosyna*. Il s'agit de sept actes de charité supposés soulager la misère : nourrir les affamés, donner à boire aux assoiffés, vêtir les dénudés, héberger les sans-logis, libérer les prisonniers, visiter les malades, ensevelir les morts. Elles trouvent leur source dans la bible et se concrétise dans des pratiques de l'Eglise.

<sup>299</sup> Du latin *sepultura*.

<sup>300</sup> LABBEE Xavier, La dépouille mortelle est une chose sacrée. *Dalloz*, 1997, p. 376 : « être sujet de droits, c'est être apte à être titulaire d'un patrimoine, renfermant des droits subjectifs ».

<sup>301</sup> LABBEE Xavier, Souviens-toi que tu es poussière : à propos de la loi du 19 décembre 2008. *JCP G*, 21 janvier 2009, n° 4, act. 34.

humains dont on peut toujours tirer quelques chose »<sup>302</sup>. L'acte de la crémation aboutit à une « dématérialisation du corps » qui devient « dispersable, partageable, portatif et privatisable »<sup>303</sup>.

La possibilité de partager des cendres a dès lors fait l'objet d'un contentieux dans lequel le juge civil est intervenu en l'absence de texte. Aucun contrôle sur le devenir des cendres n'existant, le juge a considéré que l'urne funéraire était une copropriété familiale indivise<sup>304</sup>, qu'il qualifie d'« inviolable et de sacrée »<sup>305</sup>. Le partage des cendres est autorisé<sup>306</sup> alors qu'il est impensable d'enterrer un cadavre en plusieurs endroits. Mais l'objectif du juge est « d'éviter les contentieux familiaux »<sup>307</sup> même s'il ne répond pas à un traitement respectueux des cendres, soumis au régime de « souvenir de famille »<sup>308</sup>. Cette « chosification » des cendres est « choquante au regard de leur caractère sacré »<sup>309</sup>. C'est ainsi que certaines dérives se sont développées en France telles que la réalisation d'un tableau à partir de cendres ou encore le mélange des cendres avec celle d'un animal<sup>310</sup>. Il aurait été plus opportun de considérer les cendres comme une dépouille mortelle sous forme de cendre. Ainsi, elles auraient été soumises au régime particulièrement protecteur du cadavre.

M. Stéphane PRIEUR précise que la dépouille mortelle doit être rangée soit dans la catégorie des choses, soit dans celle des personnes car « il n'y a pas de place pour une catégorie intermédiaire »<sup>311</sup>. Il est démontré par les auteurs que le corps de l'homme doit

---

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> Sénat, 7 juill. 2005, proposition de loi sur le statut et la destination des cendres des personnes dont le corps a fait l'objet d'une crémation, par M. Jean-Pierre SUEUR *et alii*, n° 464 : <http://www.senat.fr/leg/pp104-464.html> [site consulté : 20/02/2011].

<sup>304</sup> CA Bordeaux, 14 janv. 2003, *Thebault c. Nygren*, JurisData n° 2003-204234.

<sup>305</sup> TGI Lille, 23 sept. 1997, *M.L.*, JurisData n° 1997-853204.

<sup>306</sup> CA Paris, 12 avr. 2002, JurisData n° 2002-246851 : La Cour d'appel retient que suite à l'incinération d'un enfant, il « reste possible aux parents de s'accorder, soit pour se partager les cendres, soit pour rechercher un columbarium » ; CA Montpellier, 23 nov. 2001, JurisData n° 2001-210566 : La demande d'une mère tendait à se voir remettre une partie des cendres de son enfant. En l'espèce, les juges du fond n'ont pas fait droits à la demande dès lors qu'elle « n'apparaît pas suffisamment justifiée ». « Il n'est en effet nullement établi que la mémoire de l'enfant serait mieux préservée par la création d'une double sépulture ».

<sup>307</sup> LABBEE Xavier, *op. cit.*

<sup>308</sup> Rép. min. n° 30945 – JOAN 27 mars 2000, p. 2023-2024.

<sup>309</sup> AUBIN Emmanuel et SAVARIT-BOURGEOIS Isabelle, Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire. *AJDA*, 2009, p. 531 : « Marion Perchey cite les exemples de cendres remplissant un pendentif, servant à la composition d'un tableau (...) ».

<sup>310</sup> SAHEB ETTABA Selim, « Les cendres funéraires devront laisser leur adresse », *Agence France presse*, 22 juin 2006.

<sup>311</sup> PRIEUR Stéphane. *La disposition par l'individu de son corps*. Bordeaux : Les Etudes hospitalières, 1999, n° 50, p. 48 ; contr. EDELMAN Bernard. *Ni chose ni personne*. Paris : Hermann, 2009, p. 87 : L'auteur fait entrer le corps mort dans la catégorie des objets qu'il interprète comme étant une « catégorie intermédiaire entre une chose purement chose (...) et la personne (...) ».

être rangé dans la catégorie des choses dès lors que tout ce qui n'est pas personne est nécessairement chose : c'est la *summa divisio*<sup>312</sup>.

La protection du cadavre se fera en raison de son caractère particulier<sup>313</sup> qui impose qu'il ne soit pas traité comme une simple chose. Mais certains affirment que le cadavre est sacré<sup>314</sup> parce qu'il est rattaché à la personne<sup>315</sup>. Ces dires conduisent à faire perdre au corps, après la mort de l'individu, sa sacralité, ils doivent alors être renversés<sup>316</sup>. Ainsi, les auteurs constatent qu'à la mort de la personne, seule la personnalité juridique disparaît, pas l'être humain : « s'il est chose, le cadavre n'en mérite pas moins respect, car son humanité subsiste »<sup>317</sup>. Le professeur Philippe PEDROT écrit à juste titre que « le corps humain est en principe protégé après la mort parce qu'il porte la trace de la personne dont il fut le support biologique »<sup>318</sup>.

On ne peut que rejoindre cette affirmation, l'objectif étant de ne pas faire entrer le corps « mort » dans la catégorie de simple chose. Les juges du fond ont d'ailleurs appliquée cette théorie dans une affaire concernant des ossements humains où ils ont pu affirmer que « la dépouille mortelle de l'individu [est] sacrée »<sup>319</sup>. Parce qu'elle est sacrée<sup>320</sup>, les juges estiment que la mort de la personne ne fait pas obstacle à ce que le droit au respect de son corps se poursuive à sa mort : « les débris formant le corps désagrégé sont respectables, quand bien même ces débris n'abriteraient plus aucune personne »<sup>321</sup>. Ainsi, les juges appliquent la protection conférée au corps humain qui se trouve dans le Chapitre II intitulé « Du respect du corps humain », aux restes mortels de l'individu<sup>322</sup>.

Le traitement respectueux du cadavre est entériné par la jurisprudence administrative qui suit un cheminement similaire. Faisant référence à l'origine humaine de la dépouille, le Conseil d'Etat énonce que « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect

---

<sup>312</sup> GALLOUX Jean-Christophe, De corpore jus. *Petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.

<sup>313</sup> TERRE François et FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes. – La famille. – Les incapacités*, 7<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2005, n° 32, p. 37 : « ce n'est pas une chose comme les autres ».

<sup>314</sup> Du latin « sacer [qui] désigne à la fois ce qui doit être vénéré et ce qui suscite l'horreur ».

<sup>315</sup> BAUD Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*. Paris : Seuil, 1993, p. 55.

<sup>316</sup> *Ibid*, pp. 55-56.

<sup>317</sup> PRIEUR Stéphane. *op. cit.*, n° 69, p. 58.

<sup>318</sup> PEDROT Philippe, *Aux deux seuils de la vie*, *Justices*, Hors-Série, n° 20, mai 2001, p. 76.

<sup>319</sup> TGI Lille, 5 déc. 1996 : *Dalloz*, 1997, p. 376.

<sup>320</sup> MOINE Isabelle. *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*. Paris : LGDJ, 1997, n° 37, p. 39 : La sacralité du corps (*res sacrae*) « signifie séparé, séparé des choses profanes livrées à la volonté et au pouvoir des individus ».

<sup>321</sup> TGI Lille, 5 déc. 1996 : *Dalloz*, 1997, p. 376.

<sup>322</sup> Du Titre Ier « Des droits civils » qui se trouve dans le Livre Ier « Des personnes ».

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 »<sup>323</sup>.

La reconnaissance du traitement respectueux du cadavre va jusqu'à lui attribuer une dignité *post mortem*. PRIEUR Stéphane écrit alors que « le corps mort, s'il n'est plus la personne, est une chose, mais une chose humaine digne »<sup>324</sup>. Le principe de dignité, tout d'abord consacré par la Cour de cassation à la personne humaine, a été étendu au cadavre concernant une affaire sur l'image des morts<sup>325</sup>. En l'espèce, une photographie avait été prise d'un préfet assassiné et représentait distinctement son corps et son visage gisant sur la chaussée. La photographie a été jugé « attentatoire à la dignité de la personne humaine »<sup>326</sup>. L'attribution de ce droit s'appuie « sur le souvenir de la personne »<sup>327</sup> qui permet à la jurisprudence de réfuter qu'une publication est attentatoire à la dignité de la personne décédée<sup>328</sup> ou de l'admettre à l'instar de la décision de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>329</sup>. La Cour rappelle que « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort »<sup>330</sup>. La cour d'appel, ayant retenu « que la publication de la photographie litigieuse, qui dénotait une recherche de sensationnel, n'était nullement justifiée par les nécessités de l'information »<sup>331</sup>, avait justement considéré que, « contraire à la dignité humaine, [la publication] constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort et dès lors à la vie privée des proches, justifiant [en conséquence] que soit apportée une telle restriction à la liberté d'expression et d'information »<sup>332</sup>.

---

<sup>323</sup> CE ass., 2 juill. 1993, *Milhaud*, n° 12-4960.

<sup>324</sup> PRIEUR Stéphane. *op. cit.*, n° 88, p. 73.

<sup>325</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 2000, *Erignac*, n° 98-13875 – Bull. 2000, I., n° 341, p. 220.

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

<sup>327</sup> HAUSER Jean, Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information. *RTD civ.*, 2000, p. 291.

<sup>328</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 4 nov. 2004, n° 03-15397 – Bull. 2004, II., n° 486, p. 414 : Un hebdomadaire a publié un article consacré aux accidents de la circulation et a illustré la photographie d'un jeune homme inanimé, étendu à demi-déshabillé sur un brancard, le visage ensanglanté.

<sup>329</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, *affaire dite « du gang des barbares »*, n° 09-15479 – Bull. 2000, I., n° 151.

<sup>330</sup> *Ibid.*

<sup>331</sup> *Ibid.* : La photographie montrait la victime « le visage entouré d'un ruban adhésif argenté laissant seulement apparaître son nez ensanglanté et tuméfié, l'ensemble du visage donnant l'impression d'être enflé sous le bandage de ruban adhésif, les poignets entravés par le même ruban adhésif, son trousseau de clefs glissé entre les doigts, un journal coincé sous la poitrine et un pistolet braqué à bout touchant sur la tempe par une main gantée, l'épaule gauche de son vêtement tirillée vers le haut, suggère la soumission imposée et la torture ».

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



La « survivance *post mortem* de la dignité humaine paraît s’ancrer »<sup>333</sup> alors qu’elle fait l’objet de contestation pour une partie de la doctrine. Certains auteurs critiquent le fait que la dignité s’adresse à un cadavre alors qu’il ne saurait être titulaire d’un droit subjectif<sup>334</sup>. Mais on peut opposer à cette argumentation que « *la dignité se réfère davantage à la qualité d’être humain qu’à la qualité de sujet de droit* »<sup>335</sup> : l’appartenance à l’humanité ne disparaissant pas avec le décès de la personne, le cadavre doit être considéré avec dignité<sup>336</sup>.

De plus, ils observent que « plutôt que les morts eux-mêmes, [ce sont] les héritiers qui sont protégés »<sup>337</sup>. Ils proposent alors de considérer seulement l’atteinte « à la vie privée des vivants » car les vivants sont seuls « gardiens de la mémoire du défunt, lesquels, voyant celle-ci malmenée par les excès de la liberté d’expression, et par le fait que précisément ils en souffrent, sont fondés à agir en considération du préjudice éprouvé »<sup>338</sup>. Ils estiment alors que la dignité doit demeurer l’exclusivité des vivants puisqu’il « interdit (...) de réifier l’être humain en l’utilisant comme une chose »<sup>339</sup>. Faire référence à la dignité des morts, cadavres et restes humains est donc impropre « parce que la dignité est le propre des vivants (...), elle doit être l’impropre des morts »<sup>340</sup>. Ils proposent de suivre le raisonnement de la Cour européenne des droits de l’homme qui, dans une décision du 27 février 2007<sup>341</sup>, estime que « la qualité d’être humain s’éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements [telle que résultant de l’article 3 de la Convention] ne s’applique plus à des cadavres ». La Cour européenne ne reconnaît pas « une dignité à la dépouille mortelle »<sup>342</sup>. Alors, pour justifier l’atteinte au cadavre, elle attache une importance particulière sur le fait que la famille du défunt s’était expressément opposée à

---

<sup>333</sup> DELAGE Pierre-Jérôme, Respect des morts, dignité des vivants. *Daloz*, 2010, p. 2044.

<sup>334</sup> HAUSER Jean, Droit à l’image, vie privée, cadavre et nécessités de l’information. *RTD civ.*, 2000, p. 291.

<sup>335</sup> PRIEUR Stéphane. *La disposition par l’individu de son corps*. Bordeaux : Les Etudes hospitalières, 1999, n° 70, p. 59.

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction. – Les personnes. –Le famille, l’enfant, le couple*. Paris : Presse universitaire de France, 2004, n° 206, p. 397 in DELAGE Pierre-Jérôme, *op. cit.*

<sup>338</sup> DELAGE Pierre-Jérôme, *op. cit.*

<sup>339</sup> FABRE-MAGNAN Muriel. *Introduction générale au droit : Cours et méthodologie*. Paris : Presses universitaires de France, 2009, p. 149.

<sup>340</sup> DELAGE Pierre-Jérôme, *op. cit.*

<sup>341</sup> CEDH, 27 févr. 2007, *Akpinar et Altun c. Turquie*, § 82, n° 56760/00 : mutilation *post mortem*.

<sup>342</sup> DELAGE Pierre-Jérôme, *op. cit.*

la publication de la photographie<sup>343</sup>, relevant ainsi une « atteinte au droit au respect de la vie privée de sa veuve et de ses enfants »<sup>344</sup>.

Mais soucieux de protéger les morts, le législateur français adopte la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008<sup>345</sup> qui vient étayer la jurisprudence en affirmant à l'article 16-1-1 du Code civil que « les restes de la personne décédée, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence<sup>346</sup>. Cette disposition appuie les propos d'une partie de la doctrine qui avait pu établir un ordre des choses « à part des autres choses »<sup>347</sup> du cadavre en relevant dans la notion de respect un sens du sacré<sup>348</sup>.

La loi applique aux cendres le principe d'indisponibilité du corps humain qui justifie l'indivisibilité des restes mortels<sup>349</sup>. Les cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation sont désormais mises à égalité avec l'inhumation.

Une protection comparable est assurée aux sépultures.

## § 2 : La stabilité de la sépulture

La sépulture « obéit à un principe de stabilité »<sup>350</sup> pour assurer « la paix des morts »<sup>351</sup>. Ainsi, toute violation ou profanation du tombeau permet d'obtenir une sanction<sup>352</sup> : « ce n'est pas l'atteinte matérielle au tombeau » qui est alors puni mais le trouble apporté au repos du défunt »<sup>353</sup>. Il faut toutefois souligner que la protection de la sépulture est récente concernant l'urne funéraire. Il s'agit de ladite loi précitée qui le lui confère. Antérieurement à la loi, des jarres funéraires jetées dans les poubelles ou laissées à l'abandon sur le trottoir ont été découvertes<sup>354</sup>.

---

<sup>343</sup> CEDH, 14 juin 2007, *aff. Hachette Filipacchi associés c. France*, n° 71111/01, § 48 (saisi de la Cour européenne suite à la condamnation de la Cour de cassation dans l'arrêt *Erignac*).

<sup>344</sup> MARGUENAUD Jean-Pierre, La liberté d'expression nécrophage. *RTD civ.*, 2007, p. 732.

<sup>345</sup> Loi n° 2008-1350, 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire – JORF n° 0296, 20 déc. 2008, p. 19538.

<sup>346</sup> C. civ., art. 16-1-1, al. 1 : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ».

<sup>347</sup> LOISEAU Grégoire, *Mortuorum corpus : une loi pour le respect*. *Dalloz*, 2009, p. 236.

<sup>348</sup> TGI Lille, 10 nov. 2004, n° 03-02059 : *Dalloz*, 2005, p. 930 ; V° note LABBEE Xavier, La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels. *Dalloz*, 2005, p. 930.

<sup>349</sup> Repris par le CGCT, art. L. 2223-18-2, al. 1 : « (...) les cendres sont en leur totalité (...) ».

<sup>350</sup> ARNAULT Alexandra, Transfert de sépulture pour motif légitime. *JCP G*, 28 juin 2010, n° 26, p. 719 ; HAUSER Jean, Des droits avant la naissance et après la mort. *RTD civ.*, 1991, p. 706.

<sup>351</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 juill. 1986, n° 85-12725 – Bull. 1986, I., n° 205, p. 197.

<sup>352</sup> V° CP, art. 225-17 à 225-18-1.

<sup>353</sup> JULIEN Jérôme, La dernière demeure... *Dr. fam.*, sept. 2004, n° 9, étude 21.

<sup>354</sup> CHARTIER Sophie, « Paix à nos cendres », *L'Express*, 25 mai 2006, n° 2864, p. 88.

Dorénavant, au même titre que la dépouille mortelle, la sépulture fait l'objet d'une protection. Ainsi, dans une affaire où des fossoyeurs avaient éventré des cercueils dans le but de dépouiller les défunts, la chambre criminelle n'a eu aucune difficulté à les condamner pour violation de sépulture<sup>355</sup>.

Pour mettre en œuvre efficacement le principe de stabilité de la sépulture, il lui est reconnu « un caractère immuable et inviolable qui ne peut être enfreint que s'il est justifié d'un intérêt supérieur »<sup>356</sup>. Ainsi, il est possible d'autoriser de manière exceptionnelle le transfert de sépulture, à condition qu'il corresponde à la volonté du défunt ou qu'il soit justifié par des raisons graves et sérieuses<sup>357</sup>. Il s'agit d'assurer dans ce cas le respect dû aux morts<sup>358</sup>. Toutefois, il apparaît des situations dans lesquelles la volonté du défunt apparaît postérieurement à l'inhumation ou à la crémation<sup>359</sup>. Le respect de cette volonté se confronte alors au principe d'immutabilité de la sépulture.

Il semblerait que le principe d'immutabilité de la sépulture « n'est qu'un mode de protection » qui « permet de garantir la volonté du mort », cette dernière « devrait [alors] prévaloir »<sup>360</sup>. Mais les juges penchent pour ne pas ordonner l'exhumation du *de cujus*<sup>361</sup>, traduisant sans doute « la primauté du principe d'immutabilité des sépultures »<sup>362</sup>. La jurisprudence admet une exception « si la sépulture donnée au défunt avait un caractère provisoire ou si celui qui est le plus habile à représenter sa volonté n'a pu donner son avis en temps utiles »<sup>363</sup>. Autrement, les juges ont énoncé « que lorsque le lieu de la sépulture a été décidé (...) il ne doit pas être changé sans une nécessité absolue, le respect de la paix des morts ne devant pas être troublé par les divisions des vivants »<sup>364</sup>. En conséquence, le juge peut faire droit à la demande s'il apparaît un « motif grave ou un intérêt légitime »<sup>365</sup>.

---

<sup>355</sup> Cass., crim., 25 oct. 2000, n° 00-82152 : Il était établi que les prévenus avaient ouvert les bières soit en les forçant à l'aide d'un instrument, soit en sautant dessus à pieds joints.

<sup>356</sup> CA Toulouse, 28 avr. 1997, *Caplong c. Barthelemy*, JurisData n° 1997-043552.

<sup>357</sup> CA Paris, 15 mars 1989, *Chambrette c. Combazard*, JurisData n° 1989-020945.

<sup>358</sup> *Ibid.*

<sup>359</sup> Si l'on veut retirer l'urne du caveau ou de sa niche dans le *colombarium*, il faut respecter la législation relative à l'exhumation.

<sup>360</sup> JULIEN Jérôme, *op. cit.*

<sup>361</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 11 févr. 2003, *Association crémétiste du Lot-et-Garonne c. Zivi*, n° 00-21546 : La Cour de cassation retient que l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 « implique que les volontés exprimées par le défunt quant à ses funérailles et à sa sépulture soient respectées ». Mais « la cour d'appel a pu retenir qu'il incombait à [l'Association] de prendre les dispositions nécessaires pour assurer leur respect en temps utile et qu'en l'espèce, elle avait, du fait de sa carence (...) rendu impossible, au moment du décès, l'exécution » des dispositions testamentaires.

<sup>362</sup> JULIEN Jérôme, *op. cit.*

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 juill. 1996, n° 85-12725 – Bull. 1986, I., n° 205, p. 197.

<sup>365</sup> CA Pau, 1<sup>er</sup> mars 2010, JurisData n° 2010-006084.

L'arrêt de la cour d'appel de Pau en fournit un exemple<sup>366</sup>. En l'espèce, l'époux en instance de divorce a provoqué délibérément un accident de la circulation causant sa mort ainsi que celle de ses deux enfants<sup>367</sup>. L'épouse avait convenu de l'inhumation des enfants dans le caveau appartenant à la branche paternelle<sup>368</sup>. Il ressort des pièces du dossier qu'atteinte à cette époque d'un syndrome anxio-dépressif sévère réactionnel, son consentement était altéré<sup>369</sup>. Cependant, la demande de la requérante a lieu onze ans après l'inhumation. Ce délai est donc « en contravention directe avec le principe de stabilité »<sup>370</sup>. Mais il ressort des pièces du dossier un certificat établi par un psychologue. Il atteste qu'il a fallu onze années à la requérante « pour se dégager du sentiment de culpabilité dans le décès intervenu »<sup>371</sup>. L'arrêt retient que « le rétablissement psychique » de la mère et la possibilité d'entreprendre « un deuil légitime » sont constitutifs « de la nécessité absolue exigée (...) pour autoriser l'exhumation » des enfants<sup>372</sup>. Les tribunaux ont déjà fait droits à la demande d'exhumation d'enfants mineurs lorsqu'ils ont été inhumés dans un caveau appartenant à la famille de celui qui a provoqué leur mort et avec leur auteur<sup>373</sup>. Les juges relèvent en effet que la démarche est « guidée par des motifs légitimes et naturels » et « qu'il est pour le moins difficile d'obliger une mère dont l'ex-mari a tué ses enfants à se recueillir sur la tombe de celui-ci »<sup>374</sup>. Les juges prennent en considération les circonstances du décès pour déduire un éventuel intérêt légitime au transfert de sépulture.

Le respect accordé dans un premier temps à la sépulture puis à la dépouille mortelle et aux cendres confère une protection particulière au corps humain « mort ». Protégé dans leur intégrité, cette protection est limitée puisque « le droit s'autorise (...) quelques arbitrages avec l'intérêt des vivants »<sup>375</sup>.

---

<sup>366</sup> *Ibid.*

<sup>367</sup> *Ibid.* : âgés de trois et six ans.

<sup>368</sup> ARNAULT Alexandra, Transfert de sépulture pour motif légitime. *JCP G*, 28 juin 2010, n° 26, p. 719 : En effet, face à des enfants de cet âge, « il ne pouvait être question d'une recherche de la volonté présumée quant au choix du lieu de sépulture de sorte qu'il revenait logiquement à la mère ».

<sup>369</sup> CA Pau, 1<sup>er</sup> mars 2010, *op. cit.* : « Atteinte d'un syndrome anxio-dépressif sévère réactionnel » la requérante « présentait une asthénie importante et des angoisses majeures ce qui n'avait pas manqué d'altérer son consentement à l'inhumation conjointe ».

<sup>370</sup> ARNAULT Alexandra, *op. cit.*

<sup>371</sup> CA Pau, 1<sup>er</sup> mars 2010, *op. cit.*

<sup>372</sup> ARNAULT Alexandra, *op. cit.*

<sup>373</sup> CA Nancy, 24 févr. 1987, époux *Baummann-Mullet c. Girardey*, JurisData n° 1987-040611.

<sup>374</sup> *Ibid.* : La Cour d'appel soulève que la demande d'exhumation n'est pas intervenu dans des délais trop long. En l'espèce, environ un ans après l'inhumation.

<sup>375</sup> LOISEAU Grégoire, Pour un droit des choses. *Dalloz*, 2006, p. 3015.

## ***Section 2 : Une protection limitée***

Le cadavre est avant tout une chose, il est donc permis de porter atteintes à son intégrité. Mais parce qu'il est sacré, les atteintes sont encadrées par la loi et les contestations sont soulevées devant les juridictions. Dès lors, l'atteinte portée au cadavre et conditionnée à l'absence d'opposition de l'intéressé de son vivant est autorisée (§ 1). C'est une possibilité fort louable que celle de prolonger la vie de tiers. Cependant, il existe des situations rendant déraisonnables une telle atteinte en raison de la finalité poursuivie. Il s'agit notamment de celle portant sur la « sécrétion contenant le germe de la vie »<sup>376</sup> d'une personne décédée pour procréer un être humain. L'atteinte a le mérite d'être juridiquement prohibée (§ 2).

### **§ 1 : L'atteinte autorisée**

Selon l'article 16-1 du Code civil, le corps humain est inviolable. Mais le principe d'inviolabilité n'est pas absolu puisque l'article 16-3, alinéa 1, est une dérogation à la règle et permet qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain sur une personne décédée soit portée dans deux cas.

Premièrement, le prélèvement en vue de connaître les causes du décès qui ne peut être pratiquée qu'en présence d'un consentement présumé<sup>377</sup>. Mais en présence du cadavre d'un mineur ou majeur sous tutelle, l'opposition à une autopsie est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur<sup>378</sup>. Cette règle s'oppose à une décision rendue par le Conseil d'Etat en date du 17 février 1988<sup>379</sup> où l'interprétation qu'il fait de l'article 2 de la loi du 22 décembre 1976<sup>380</sup> semblait contestable<sup>381</sup>. En l'espèce, les médecins procédèrent à l'autopsie d'un enfant de quatre mois sans information ni autorisation de ses parents de confession musulmane interdisant toute atteinte au cadavre. Le Conseil d'Etat interprète strictement l'article précité dès lors qu'il relève que seul le prélèvement en vue d'une

---

<sup>376</sup> CA Toulouse, 18 avr. 1994, *Mme Pires c. Centre hospitalier régional La Grave*, JurisData n° 1994-043187.

<sup>377</sup> CSP, art. L. 1211-2, al. 3.

<sup>378</sup> *Ibid.*

<sup>379</sup> CE, 5<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sect., 17 févr. 1988, *épx Camara*, req. n° 65-436.

<sup>380</sup> Loi n° 76-1181, 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes (prélèvement sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques) – JORF 23 déc. 1976, p. 07365, art. 2 : « 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 son refus d'un tel prélèvement ».

<sup>381</sup> FORT-CARDON, 1<sup>o</sup> Médecine-Chirurgie. – Prélèvements d'organes. L. n° 76-1181, 22 décembre 1976, art. 2. D. n° 78-501, 31 mars 1978, art. 8 à 11. Prélèvement sur le cadavre d'un mineur. Détermination de la cause du décès. Consentement exprès (non). Absence d'opposition (oui). Responsabilité de l'assistance publique (non). 2<sup>o</sup> Responsabilité de la puissance publique. – Hôpitaux. Prélèvements d'organes. Prélèvement sur le cadavre d'un mineur. Fins thérapeutiques ou scientifiques. Absence d'opposition (oui). Responsabilité (non). *JCP G*, 1990, II., n° 10, p. 21421.

greffe est soumis à autorisation du représentant légal : « il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le prélèvement sur le cadavre d'un mineur n'est subordonné à autorisation expresse de son représentant que dans le cas où ce prélèvement est effectué en vue d'une greffe et que, lorsque le prélèvement (...) a pour objet de déterminer la cause du décès, il peut être effectué sans consentement exprès »<sup>382</sup>.

La modification rédactionnelle de l'article, par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004<sup>383</sup>, impose dorénavant une information et une autorisation des titulaires de l'autorité parentale. Mais il peut être passé outre leur opposition à titre exceptionnel « en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort »<sup>384</sup>. Ainsi, ces prélèvements peuvent être effectués « sur des populations dont la religion interdit toute atteinte au cadavre »<sup>385</sup>.

Deuxièmement, les prélèvements scientifiques<sup>386</sup> ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui<sup>387</sup>. L'atteinte à l'intégrité du corps humain dans l'intérêt thérapeutique est le seul moyen « pour obtenir ces précieux éléments qui permettent de maintenir en vie celui ou celle sur qui » l'organe est greffé<sup>388</sup>. Le prélèvement scientifique ou thérapeutique sur le corps du défunt n'est possible que s'il a consenti, préalablement à son état, à ce qu'une telle atteinte soit portée à son corps : c'est la règle du consentement présumé. Mais concernant le prélèvement à finalité thérapeutique, le corps de la personne, constatée décédée par les médecins, est maintenu artificiellement en vie, la circulation sanguine étant nécessaire pour conserver les organes intacts.

La personne décédée est censée avoir accepté qu'un prélèvement ait lieu à sa mort « dès lors [qu'elle] n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement »<sup>389</sup>.

---

<sup>382</sup> CE, 5<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sect., 17 févr. 1988, *op. cit.*

<sup>383</sup> Loi n° 2004-800, 6 août 2004 relative à la bioéthique – JORF, 7 août 2004, n° 182, p. 14040, texte n° 1.

<sup>384</sup> CSP, art. L. 1211-2, al. 3.

<sup>385</sup> BINET Jean-René, La loi relative à la bioéthique. – commentaire de la loi du 6 août 2004 : 2<sup>e</sup> partie. *Dr. fam.*, nov. 2004, n° 11, Etude 26.

<sup>386</sup> BINET Jean-René, Respect et protection du corps humain : présentation de la loi relative à la bioéthique (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004). *JCl. civ.*, févr. 2005, fasc. 5, n° 73 : En 1994, les prélèvements scientifiques étaient soumis à un consentement exprès du défunt et se différenciaient du prélèvement thérapeutique. En effet, « le législateur souhaitait que la mauvaise réputation des prélèvements à visée scientifique [notamment par l'expérimentation menée sur un patient en état de mort cérébrale] ne rejaillisse pas sur les prélèvements d'organes destinés aux greffes ».

<sup>387</sup> AUBY Jean-Marie, refondu par HELMLINGER Laurence, Ethique biomédicale : aspect de droit administratif. *JCl. adm.*, févr. 2006, fasc. 224, n° 55 : « La loi n° 2004-800, du 6 août 2004 a abandonné toute distinction dans le régime applicable, selon la finalité du prélèvement » ; Le prélèvement d'organes est une thérapeutique par laquelle un organe défaillant est remplacé par un organe sain provenant d'un donneur.

<sup>388</sup> THOUVENIN Dominique, Le loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. *Dalloz*, 2005, p. 116.

<sup>389</sup> CSP, art. L. 1232-1, al. 2.

Autrement dit, lorsqu'une personne décède, elle est présumée consentir au prélèvement d'organes à moins de s'être inscrite de son vivant au registre national des refus<sup>390</sup>. La notion de consentement présumé a été instaurée dans la législation française à travers la loi dite *Caillavet*<sup>391</sup>. Mais son application concrète « soulève des difficultés récurrentes quant à la portée de l'opinion émise par l'entourage du défunt »<sup>392</sup>. La règle devient alors « celle de la présomption irréfragable sans consultation des tiers retirant à la famille la possibilité de s'opposer au prélèvement des organes thérapeutiques »<sup>393</sup>. Le décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris en application de la loi susvisée énonce à l'article 9 que « toutes les personnes pouvant témoigner qu'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement sur son cadavre, en particulier les membres de sa famille et ses proches, consignent leurs témoignages assortis des justifications nécessaires dans le registre »<sup>394</sup>. Cette disposition a suscité des différends entre les centres hospitaliers et les proches de la personne prélevée. En effet, dans une affaire, une infirmière a demandé des renseignements à l'entourage de la victime, incapable d'exprimer sa volonté, « sur le point de savoir si elle [l'] avait entendu ou non s'opposer à un prélèvement de ses organes après sa mort »<sup>395</sup>. Il l'informe de l'opposition à tout prélèvement mais les agents du service hospitalier ne l'ont pas consigné sur le registre. Il a alors été jugé « que la consignation par quiconque sur le registre (...) y compris par le personnel hospitalier, n'est qu'une des modalités de l'expression du refus » de la personne hospitalisée<sup>396</sup>. Les juges relèvent ainsi une faute du centre hospitalier pour ne pas avoir tenu compte de l'expression de la volonté du défunt.

Les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994<sup>397</sup> réintroduisent la consultation de la famille et la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 clarifie le principe de consentement présumé. Ainsi, les dispositions introduites dans le Code de la santé publique ne déchargent pas les

---

<sup>390</sup> PARICARD Sophie, Le dépistage systématique du VIH : une évolution majeure proposée par la Haute Autorité de santé. *RDSS*, 2010, p. 299.

<sup>391</sup> Loi n° 76-1181, 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes (prélèvement sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques) – JORF 23 déc. 1976, p. 07365, art. 2 : « 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 son refus d'un tel prélèvement ».

<sup>392</sup> AUBY Jean-Marie, refondu par HELMLINGER Laurence, Ethique biomédicale : Aspect de droit administratif. *JCl. adm.*, févr. 2006, fasc. 224, n° 56.

<sup>393</sup> COELHO José, Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques. *AJ fam.*, 2007, p. 308.

<sup>394</sup> Décr. n° 78-501, 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes – JORF, 4 avr. 1978, p. 1498.

<sup>395</sup> TA Lyon, 19 mai 1993, *Consorts de Sousa*, JurisData n° 1993-050122.

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

<sup>397</sup> Loi n° 94-653, 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain – JORF 30 juin 1994, n° 175, p. 11056 ; Loi n° 94-654, 29 juill. 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 – JORF 30 juin 1994, n° 175, p. 11059.

médecins, qui n'ont pas directement connaissance d'un éventuel refus, de recueillir par une approche humaniste la volonté de la personne décédée auprès de ses proches. L'article L. 1232-1 du Code de la santé publique énonce en effet que le médecin « s'efforce de recueillir l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt » auprès de ses proches. Cette disposition ne signifie pas que la volonté du défunt se substitue à celle de ses proches. La loi précise de manière explicite « que le témoignage des proches, et non plus nécessairement de la famille, ne doit porter que sur la volonté du défunt et non sur leurs propres sentiments »<sup>398</sup>. Ainsi, il incombe au médecin de « rechercher non pas l'avis de la famille, mais bien l'absence de refus exprimé par le défunt de son vivant »<sup>399</sup>. Un groupe de travail, dans une réflexion consacrée aux enjeux éthiques sur le don d'organes, soulève cependant la difficulté due au délai de courte durée dans lequel le témoignage des proches doit être recueilli<sup>400</sup>. Le dialogue avec ces derniers est particulièrement délicat car il y a le risque que « l'information délivrée soit insuffisante ou mal comprise ou encore qu'une vision utilitariste du corps ne soit donnée »<sup>401</sup>. Les personnels de santé font alors attention aux propos qu'ils tiennent. Mais en pratique, la plupart des praticiens s'abstiennent de prélever un organe lorsque les proches refusent<sup>402</sup>, notamment parce qu'ils ne connaissent pas la position du défunt<sup>403</sup>.

De même, le témoignage des proches est souvent sollicité par le praticien alors que la personne décédée était en possession d'une carte de donneur. Il permet de constater si le défunt a « changé d'opinion entre-temps »<sup>404</sup> mais c'est la volonté des proches qui est recherchée et prise en compte au détriment de celle du défunt car les praticiens ne veulent pas « à terme compromettre la légitimité sociale des prélèvements » en passant outre la volonté de la famille<sup>405</sup>.

---

<sup>398</sup> AUBY Jean-Marie, refondu par HELMLINGER Laurence, *op. cit.*, n° 56.

<sup>399</sup> MANAOUIL Cécile, La nouvelle législation concernant les prélèvements d'organes à visée thérapeutique et à visée scientifique. *Petites affiches*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 43.

<sup>400</sup> Groupe de travail sur les Enjeux éthiques des prélèvements sur donneurs « à cœur arrêté », 27 nov. 2007 : [http://www.espace-ethique.org/fr/documents/transplantations/CR\\_PCA\\_27\\_nov\\_07\\_VW.pdf](http://www.espace-ethique.org/fr/documents/transplantations/CR_PCA_27_nov_07_VW.pdf) [site consulté : 28/02/2011], p. 11.

<sup>401</sup> SIROUX Danièle, Commentaire de la « Contribution du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine aux débats préparatoires à la révision de la loi bioéthique. *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2008, n° 365, p. 31.

<sup>402</sup> Entretien avec Vincent APARICI, responsable Grand Sud de l'Association pour le développement et l'innovation en cardiologie, lors de la Conférences sur le don d'organes, le 14 avr. 2011, à la Faculté de médecine, Marseille.

<sup>403</sup> En conséquence, il est nécessaire d'amener chacun à transmettre sa position à son entourage sur le don d'organes et de tissus.

<sup>404</sup> MANAOUIL Cécile, *op. cit.*

<sup>405</sup> Rép. min., 12 janv. 2006, Politique en faveur du don d'organes – JO Sénat Q, n° 19195, p. 2225.



La loi du 6 août 2004 remplace la notion de famille intégrée dans les lois de 1994, par celle de proches. Elargir le cercle de personnes habilitées à exprimer le souhait du défunt ouvre davantage la porte au conflit. En effet, l'un des proches de la personne décédée peut témoigner en faveur du prélèvement à l'inverse des autres. Dans cette situation où les avis sont divergents, le praticien est dans une position délicate. On peut penser que le prélèvement ne sera pas effectué dans la majorité des cas pour ne pas troubler l'harmonie familiale<sup>406</sup>.

Toutefois, lorsque les prélèvements *post mortem* ont lieu sur un mineur ou un majeur sous tutelle, leur seule volonté d'y consentir de leur vivant n'est pas suffisante<sup>407</sup>. L'article L. 1232-2 du Code de la santé publique requiert en sus l'accord des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur par écrit<sup>408</sup>. Il est regrettable que l'autorité parentale ait la faculté d'ignorer la volonté du mineur quant au souhait de faire don de ses organes. Mais, à l'inverse, le praticien n'est pas dispensé de s'assurer que le mineur ou le majeur sous tutelle n'a pas fait connaître son refus au prélèvement de son vivant<sup>409</sup>. Les praticiens recherchent le refus d'un prélèvement notamment en vérifiant que le mineur ne s'est pas inscrit sur le registre national automatisé ou en recueillant le témoignage de la famille. Dans une affaire où une mineure âgée de 16 ans a mis fin à ses jours, ses grands-parents mettent en cause un centre hospitalier pour avoir prélevé ses organes<sup>410</sup>. Ils soutiennent d'une part que « le consentement formel des parents [de la jeune fille] n'étaient pas suffisant » et « qu'eux-mêmes avaient manifesté leur opposition qui aurait dû être pris en compte »<sup>411</sup> ; d'autre part « que le mal-être de leur petite-fille, notamment par rapport à son corps, aurait dû être interprété comme une expression de refus »<sup>412</sup>.

Les juges considèrent, même en cas de consentement exprès des titulaires de l'autorité parentale, que les dispositions précitées ne dispensent pas les médecins « de s'assurer (...)

---

<sup>406</sup> Entretien avec Vincent APARICI, responsable Grand Sud de l'Association pour le développement et l'innovation en cardiologie, lors de la Conférences sur le don d'organes, le 14 avr. 2011, à la Faculté de médecine, Marseille.

<sup>407</sup> GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Dalloz*, 2007, p. 1102.

<sup>408</sup> CSP, art. L. 1232-2, al. 1 : « Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement » en vue d'un don « ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit ».

<sup>409</sup> CSP, art. R. 1232-6 : « Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas ».

<sup>410</sup> CAA Lyon, 3 nov. 2009, n° 06LY02462, Inédit au recueil Lebon.

<sup>411</sup> *Ibid.*

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

que la personne concernée, même mineure, n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement »<sup>413</sup>. Il n'est toutefois pas fait droit à la demande des requérants dès lors que les juges relèvent d'une part que les parents préalablement consultés ont « donné leur consentement au prélèvement d'organes sur la dépouille de leur fille et n'avaient pas connaissance d'une opposition exprimée antérieurement par celle-ci » et d'autre part que le mal-être de l'intéressée ne peut être regardé comme une manifestation de « sa volonté de s'opposer à un tel prélèvement »<sup>414</sup>.

La liste des organes pouvant faire l'objet d'un prélèvement ne cesse de s'accroître en s'appuyant « sur l'idée d'une solidarité entre les morts et les vivants »<sup>415</sup>. Mais il faut distinguer les organes en tant qu'ensemble constituant le cadavre, des éléments et produits qui peuvent s'en détacher. L'appropriation des gamètes constitue une atteinte prohibée.

## § 2 : L'atteinte prohibée

La procréation *post mortem* était licite avant la loi du 29 juillet 1994 en raison du silence des textes. L'examen de la jurisprudence révèle toutefois un refus des juges saisis par des femmes qui demandaient l'autorisation d'être inséminées avec les gamètes de leur mari ou concubin défunt<sup>416</sup>. En effet, les juges du fond relèvent que l'assistance médicale à la procréation a pour but de lutter contre la stérilité, cette lutte « constituant la cause exclusive des engagements réciproques »<sup>417</sup>. La disparition de la cause « emporte dissolution des engagements »<sup>418</sup>, ce qui équivaut à une absence de consentement. En l'espèce, « le couple s'étant trouvé dissous [par le décès accidentel du conjoint], la cause [avait] disparu »<sup>419</sup>. Une demande analogue a seulement été acceptée par le juge. Il s'agit d'une décision ancienne du tribunal de grande instance de Créteil où le juge a admis la remise à une femme des paillettes de sperme de son défunt mari en vue d'une

---

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> THOUVENIN Dominique, Le loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. *Dalloz*, 2005, p. 116.

<sup>416</sup> TGI Toulouse, 26 mars 1991, *Galon c. CECOS Midi Pyrénées*, JurisData n° 1991-046226 : « L'économie et le sens d'une convention d'autoconservation de sperme en vue de l'utilisation de la semence prélevée, en présence et avec le consentement du donneur, s'oppose à ce que soit admise une stipulation pour autrui, tacite ou implicite, permettant la restitution des prélèvements à la veuve du donneur ».

<sup>417</sup> CA Toulouse, 18 avr. 1994, *Mme Pires c. Centre hospitalier régional La Grave*, JurisData n° 1994-043187.

<sup>418</sup> *Ibid.*

<sup>419</sup> *Ibid.*

insémination<sup>420</sup>. Le jugement se fonde sur « l'attitude du défunt qui au cours de sa maladie a voulu préserver ses chances de procréer [et] la prise de position dans cette procédure de ses parents qui ont été à mêmes de connaître les intentions profondes de leur fils ». Le tribunal relève que ces attestations « constituent un ensemble de témoignages et présomptions qui établissent sans équivoque, la volonté formelle du mari de rendre son épouse mère d'un enfant commun, que la conception de cet enfant survienne avant ou après sa mort »<sup>421</sup>.

La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994<sup>422</sup> interdit la procréation *post mortem*, qu'il s'agisse de la fécondation ou du transfert d'un embryon congelé après la mort du géniteur. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoit ainsi que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants » ; le décès d'un des membres du couple fait donc obstacle à l'insémination. La disposition rejoint la majorité des décisions des tribunaux qui requéraient la présence du donneur ainsi que son consentement pour utiliser la semence prélevée.

La Cour de cassation va dans le sens de l'article 7, alinéa 1 de la Convention de New-York, ratifiée par la France<sup>423</sup> et condamne alors fermement l'assistance médicale à la procréation *post mortem* au nom de l'intérêt de l'enfant de ne pas être conçu orphelin de père<sup>424</sup>. Cependant, cette question se pose dans un contexte exceptionnel : l'enfant aura « le sentiment d'avoir été désiré fortement et doublement par son père et sa mère d'abord, puis à nouveau par sa mère »<sup>425</sup>. Mais la Haute juridiction retient que « l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée »<sup>426</sup>. Le but légitime est de porter remède à la stérilité, ce but a « disparu du fait du décès avant implantation »<sup>427</sup>. Il est soutenu par certains auteurs que

---

<sup>420</sup> TGI Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984, *Parpalaix c. CECOS*, JurisData n° 1984-00829.

<sup>421</sup> *Ibid.*

<sup>422</sup> Loi n° 94-654, 29 juill. 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 – JORF 30 juill. 1994, n° 175, p. 11060.

<sup>423</sup> Conv. de New-York relative aux droits de l'enfant, art. 7, al. 1 : L'enfant a « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » ; HAUSER Jean, *L'enfant souvenir*. *RTD civ.*, 1995, p. 873 : « en permettant délibérément la naissance d'un enfant dont on sait d'avance qu'il ne connaîtra pas [un de ses parents], il est bien douteux qu'on se conforme à cette obligation ».

<sup>424</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 9 janv. 1996, n° 94-15998 – Bull. 1996, I., n° 21, p. 13, : concernant l'implantation d'embryon congelé après décès du mari.

<sup>425</sup> CCNE, Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin), n° 40. Rapp. 17 déc. 1993, p. 4 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis040.pdf> [site consulté : 05/05/2011]

<sup>426</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 9 janv. 1996, n° 94-15998 – Bull. 1996, I., n° 21, p. 13, : concernant l'implantation d'embryon congelé après décès du mari.

<sup>427</sup> HAUSER Jean, *L'enfant souvenir*. *RTD civ.*, 1995, p. 873.

la procréation *post mortem* est un « remède à la mort »<sup>428</sup>. Mais une telle finalité n'est pas admissible car « l'enfant n'a pas pour vocation première et unique de souvenir de ses auteurs disparus »<sup>429</sup>.

Cependant, au-delà des objections éthiques qu'un tel procédé peut soulever, n'est-il pas primordial de prendre davantage en compte la liberté de disposer des éléments de son corps et ainsi reconsidérer les dispositions retenues par la loi de 1994 et autoriser l'insémination *post mortem* ? Si le corps humain est dissocié de la personne, il acquiert la qualité de chose une fois la dissociation effectuée. Le droit de procréer par insémination « se rattacherait alors au domaine de l'avoir et non plus de l'être »<sup>430</sup>. L'individu disposerait « de son patrimoine génétique, comme il dispose de son patrimoine »<sup>431</sup>. Le droit de procréer par insémination devient alors possible après la mort de l'individu. Mais les différents rapports dans le cadre de la révision des lois bioéthiques y sont hostiles<sup>432</sup>, même si le Comité consultatif national d'éthique opte pour des « exceptions encadrées »<sup>433</sup> en instituant des conditions de délais et de consentement comme le font certains pays européens<sup>434</sup>, notamment la Grande Bretagne et l'Espagne<sup>435</sup>.

La justice ne semble pas non plus prédisposée en ce sens. En effet, le tribunal de grande instance de Rennes a récemment rejeté la demande présentée par une femme consistant à récupérer les gamètes congelés de son mari décédé afin de se faire inséminer à l'étranger<sup>436</sup>. La requérante s'était placée sur le terrain des obligations contractuelles pour obtenir la restitution des gamètes de son défunt mari. Elle faisait valoir que les obligations du Centre d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) étaient la conservation des gamètes du mari ainsi que la restitution « en application des dispositions

---

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> *Ibid.*

<sup>430</sup> LABBEE Xavier, Dépôt de sperme auprès d'un CECOS : licéité de la convention et respect de la volonté du déposant décédé quant à la réutilisation de la semence. *Dalloz*, 1992, p. 61.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> Notamment CE, Rapp. sur la révision des lois bioéthiques, *Doc. Fr.*, 9 avr. 2009, p. 51 : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000288/0000.pdf> [site consulté : 12/03/2011]

<sup>433</sup> CCNE, Questions pour les Etats Généraux de la bioéthique, n° 105, 9 oct. 2008, p. 5 : [http://www.ccne-ethique.fr/docs/avis\\_105\\_CCNE.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/docs/avis_105_CCNE.pdf) [site consulté : 05/05/2011]

<sup>434</sup> CHABAULT- MARX Caroline, La frilosité du juge français face à l'insémination *post mortem*. *Dalloz*, 2009, p. 2758.

<sup>435</sup> Les Documents de travail du Sénat, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, 21 janv. 2009, LC n° 193, p. 6 : <http://www.senat.fr/lc/lc193/lc193.pdf> [site consulté : 09/02/2011]

<sup>436</sup> TGI Rennes, 15 oct. 2009, *Mme X c. CECOS de l'Ouest*, *JurisData* n° 2009-011196 : Le juge des référés a rejeté cette demande d'une part parce que « la loi dispose que font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple (...) » et, d'autre part, « que M<sup>me</sup> X recherchait en définitive à contourner l'application de la loi française qui prohibe l'insémination *post mortem* en se rendant ultérieurement en Belgique ou en Espagne afin de bénéficier d'une réglementation conforme à ses souhaits ».

ayant existé entre son mari, elle-même et le CECOS »<sup>437</sup>. La restitution des paillettes du mari décédé à la requérante était improbable dès lors que l'acte précisait que « la conservation du sperme est strictement personnelle » et « ne pourra être utilisé que pour le patient présent et consentant »<sup>438</sup>. Ainsi, « le caractère strictement personnel s'oppos[e] à la transmission des obligations »<sup>439</sup> au conjoint survivant.

Les juridictions précédemment saisies avaient retenu l'existence d'un contrat<sup>440</sup> mais dans le cas d'espèce, le juge ne le qualifie pas. Les auteurs l'envisagent tel un contrat de dépôt<sup>441</sup> mais cette référence est de nos jours « moins utile » puisque « l'autoconservation [est] désormais prévue par la loi »<sup>442</sup> de 1994 et affirmée clairement par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 qui fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons notamment par le décès d'un des membres du couple. En effet, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique dispose : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants »<sup>443</sup> et consentir « préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». La disposition ajoute que fait « obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple »<sup>444</sup>. L'interdiction s'explique par la destinée de l'assistance médicale à la procréation qui vise à répondre à la demande parentale d'un couple. Cette demande n'a plus lieu d'être s'il n'y a plus de couple.

La doctrine semble approuver cette interdiction<sup>445</sup> qui se justifie par le fait que « si le corps et ses produits dépendent du domaine extra-patrimonial, il faut décider qu'à l'instar des libertés, le droit de procréer s'éteint avec la mort »<sup>446</sup>. En conséquence, si les libertés disparaissent avec le sujet, « la procréation artificielle *post mortem* n'est pas

---

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> BINET Jean-René, Pas de restitution des paillettes sur ordonnance ! : A propos de l'ordonnance des référés du TGI de Rennes du 15 octobre 2009. *JCP G*, 29 oct. 2009, p. 377 : Par application de l'article 1122 du Code civil qui dispose : « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

<sup>440</sup> TGI Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984 *Parpalaix c. CECOS*, JurisData n° 1984-00829 : « Le dépôt de sperme dans un centre de conservation du sperme s'analyse en un contrat spécifique ».

<sup>441</sup> BINET Jean-René, *op. cit.*

<sup>442</sup> *Ibid.*

<sup>443</sup> CSP, art. L. 2141-2 : Les autres conditions sont que le couple doit être « en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ».

<sup>444</sup> CSP, art. L. 2141-2 : Il y a également « le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation ».

<sup>445</sup> MATEI Mihaela, L'insémination artificielle post mortem ou lorsque le désir d'enfant devient un problème bioéthique. *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2010, n° 16, p. 27.

<sup>446</sup> LABBEE Xavier, Dépôt de sperme auprès d'un CECOS : licéité de la convention et respect de la volonté du déposant décédé quant à la réutilisation de la semence. *Dalloz*, 1992, p. 61.

envisageable, quand bien même elle aurait été voulue par la personne de son vivant »<sup>447</sup>. Ainsi, la procréation médicalement assistée qui remédie à la stérilité « ne peut concerner que les vivants car, si l'un des membres du couple est décédé, son incapacité à procréer ne relève plus de la pathologie mais de la norme, les morts ne pouvant procréer »<sup>448</sup>. Cette analyse a le mérite de placer les couples sans problème de stérilité sur un pied d'égalité. Il en résulte que lors du décès du mari, la femme ne peut plus avoir d'enfants alors « pourquoi en serait-il autrement [pour] un couple frappé d'infertilité »<sup>449</sup> ?

Mais « raisonner en termes de liberté individuelle, de validité des conventions, de droits à ou de l'enfant, (...) de principes éthiques » n'est pas forcément adéquat<sup>450</sup>. En effet, l'état actuel du droit impose à ces femmes, en sus de la perte du mari, l'abandon du projet parental. N'est-il donc pas plus humain de concevoir que, lors de la procréation médicalement assistée la présence du géniteur n'est pas nécessaire dès lors qu'à l'instar de la procréation non médicalement assistée, son rôle cesse après la conception tandis que celui de la femme ne s'arrête qu'à la naissance<sup>451</sup> ? Admettre cette possibilité en l'absence du consentement de la personne décédée amorce la discussion sur l'autorisation d'une insémination avec les gamètes de personnes plongées dans le coma ou l'extraction de gamètes sur des corps morts<sup>452</sup>. C'est ce qui s'est passé au Royaume-Uni. Une femme avait obtenu le prélèvement de gamètes sur son époux en état de coma profond par la technique d'électro-éjaculation<sup>453</sup>. Elle a ensuite sollicité une autorisation d'exporter en Belgique les paillettes congelées pour « procéder à une insémination *post mortem* »<sup>454</sup>.

La révision sur la bioéthique écarte une possible autorisation de l'insémination artificielle mais une alternative semble possible par le transfert *post mortem* d'embryon,

---

<sup>447</sup> *Ibid.*

<sup>448</sup> MIRKOVIC Aude, Le transfert d'embryon post mortem : comment sortir de l'impasse ?. *Dr. fam.*, juin 2009, Étude 23.

<sup>449</sup> HAUSER Jean, Le siècle des espérances congelées a droit à ses catégories juridiques. *RTD civ.*, 1994, p. 579.

<sup>450</sup> RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, Droit de la famille. *JCP G*, 15 juin 1994, n° 24, I., p. 3771.

<sup>451</sup> *Ibid.*

<sup>452</sup> AN, Rapp. d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janv. 2010, n° 2235, p. 38 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2235-t1.pdf> [site consulté : 14/02/2011]

<sup>453</sup> MURAT Pierre, en collaboration avec CIMAR Laurence, Respect et protection du corps humain : assistance médicale à la procréation. - Accès. *JCl. civ.*, mars 2007, fasc. 40, n° 48 : Affaire « BLOOD ».

<sup>454</sup> BERGE Jean-Sylvestre, Le droit communautaire dévoyé. *JCP G*, 16 févr. 2000, I., n° 7, p. 206 : En l'espèce, les juridictions britanniques ont fait droit à la demande en se fondant sur la règle de droit communautaire de la libre prestation de services. La décision a été critiquée car elle permettait « d'utiliser le droit communautaire (à dominante économique) dans un domaine qui n'est pas le sien (...) et ce de manière frauduleuse puisque le seul objectif était de parvenir à contourner les interdits posés par les législations nationales ».

conçu du vivant des deux membres du couple. Leur légalité est envisagée dès lors que plusieurs arguments plaident en faveur de leur autorisation<sup>455</sup>. En effet, dans cette hypothèse le projet parental, même s'il est rompu par le décès du conjoint, est abouti dans la mesure où il se manifeste par la « volonté d'un homme et d'une femme de concevoir un enfant et de l'élever ensemble »<sup>456</sup>. Ainsi, le Comité consultatif national d'éthique pour les Sciences de la vie et de la santé relève « que la disparition de l'homme ne fait pas disparaître les droits que la femme peut considérer avoir sur ces embryons »<sup>457</sup>. Si un tel procédé est admis, les couples pourront demander une fécondation *in vitro ante mortem*, ce qui serait une alternative pour contourner la procréation *post mortem*, pas encore autorisée en France.

Un rapport de 2011 vise à insérer dans le Code de la santé publique un article 20 bis qui autoriserait le transfert d'embryon *post mortem*<sup>458</sup>.

La protection accordée au cadavre implique de prendre en compte dans les limites de l'ordre public, le choix du défunt quant à la destination de sa dépouille.

---

<sup>455</sup> AN, Rapp. d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, *op. cit.*, p. 41-42.

<sup>456</sup> CCNE, Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin), n° 40. Rapp. 17 déc. 1993, p. 1 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis040.pdf> [site consulté : 05/05/2011]

<sup>457</sup> *Ibid.*

<sup>458</sup> AN, Rapp. fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n° 2911), 26 janv. 2011, n° 3111 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3111-tl.pdf> [site consulté : 14/05/2011], p. 443 ; CSP, art. 20 bis : « Le transfert d'embryons sera autorisé par l'ABM, dès lors que le père y avait consenti. Ce transfert ne pourra avoir lieu qu'entre le sixième et le dix-huitième mois suivant le décès de ce dernier. Dans ces conditions, la filiation paternelle légitime ou naturelle, selon que le couple était marié ou non, sera établie et l'enfant sera appelé à la succession de son père ».

## Chapitre 2 – La destination du cadavre

Lorsque la vie s'est retirée, la personne est anéantie et « le corps cesse d'exister »<sup>459</sup>. A cet instant, le corps « se transforme en cadavre »<sup>460</sup>. La personnalité s'éteint mais, parce qu'il a existé et qu'il reste dans le souvenir de vivants, les règles juridiques ont imposé « une attitude générale de respect »<sup>461</sup>. A travers ce respect, on reconnaît « le caractère sacré de la mort »<sup>462</sup> qui se reflète par le respect du choix des morts sur la destination ultime de leur cadavre.

Choisir ce qu'il adviendra de son cadavre fait partie de la liberté des funérailles qui est largement entendue par la jurisprudence. Faisant l'objet d'un développement modéré du culte de la mort (Section 1), la personne décédée peut également faire don de son cadavre : il appartient au droit de rechercher un équilibre de l'exploitation de celui-ci (Section 2).

### *Section 1 : Un développement modéré du culte de la mort*

En France, le culte de la mort se développe autour de l'inhumation, mode de sépulture ancestral. L'incinération est admise depuis plus d'une centaine d'année mais au regard des pays voisins, il se répand faiblement<sup>463</sup>.

Le choix du culte de la mort est libre et nos règles se fondent sur les deux modes traditionnels (§ 1). Si l'on s'en écarte, le choix est soumis à condition : il s'agit « de déterminer (...) les limites de l'humainement acceptable »<sup>464</sup>. Il a été jugé que le choix quant aux modes de sépulture devait être restreint dès lors que les dernières volontés exprimées par le défunt n'étaient pas conformes aux exigences de l'ordre public (§ 2).

#### **§ 1 : La tradition dans le choix du culte de la mort**

Les Tyriens entre le X<sup>e</sup> et le VII<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ incinéraient les morts. Ils déposaient les restes de corps humains dans des urnes enfoncées dans le sol, accompagnées la plupart du temps de quelques vases et terres cuites ainsi que de statuettes et des

---

<sup>459</sup> DIERKENS R. [René]. *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*. Paris : Masson, 1996, n° 29, p. 27.

<sup>460</sup> *Ibid.* : « La « mort » du corps coïncide (...) avec la « naissance » du cadavre ».

<sup>461</sup> ARNOUX Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 60-61.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>463</sup> Source : Association française d'information funéraire : [http://www.afif.asso.fr/francais/conseils/conseil33.html#INFORMATIONS\\_GENERALES](http://www.afif.asso.fr/francais/conseils/conseil33.html#INFORMATIONS_GENERALES)

<sup>464</sup> BYK Christian, Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique. *JCP G*, 11 juill. 2001, n° 28, I., p. 336.



maquettes<sup>465</sup>. Les Romains pratiquaient également la crémation mais elle a été évincée par l'inhumation. Charlemagne va officiellement interdire la crémation<sup>466</sup>. Dans les sociétés occidentales, les cimetières vont donc occuper une place prépondérante. Il faudra attendre la loi du 15 novembre 1887 relative à la liberté des funérailles<sup>467</sup> et le décret du 27 avril 1889<sup>468</sup> relatif à l'incinération pour que la crémation soit à nouveau autorisée en France.

Ainsi, pour le cadavre de la personne décédée, le choix se porte entre l'incinération ou l'inhumation. Cette volonté découle de l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887<sup>469</sup>. Peu importe la forme, testamentaire ou autre<sup>470</sup>, dans laquelle elle est exprimée, qu'elle soit tacite ou établie par présomption, l'essentiel est qu'elle apparaisse certaine et lucide<sup>471</sup>, le juge étant l'interprète. La volonté du défunt sur le mode de sépulture prime sur toute autre considération, entérinant dans ce domaine le principe de l'autonomie de la volonté<sup>472</sup>. Mais lorsque le défunt n'a « pas laissé de consignes précise à ce sujet »<sup>473</sup>, des conflits se nouent.

Le juge recherche alors la volonté du défunt auprès de ces proches car ce sont les personnes les mieux placées pour la connaître<sup>474</sup>. La preuve de sa volonté sera donc généralement rapportée par voie de témoignages<sup>475</sup>. Mais en cas d'opinions divergentes des proches, quels sont les témoignages à prendre en considération ? En tout cas, « l'ordre successoral n'a ici vocation qu'à donner des indices permettant de déterminer la ou les personnes à même d'éclairer le juge sur la volonté du défunt »<sup>476</sup>. Le juge recherche la personne la mieux qualifiée à exprimer la volonté présumée du défunt concernant le lieu de

---

<sup>465</sup> AN, Rapp. sur la proposition de loi n° 51, adopté par le Sénat relative à la législation funéraire, n° 664, 30 janv. 2008 par Philippe GOSSELIN, p. 9 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0664.pdf> [site consulté: 19/02/2011]

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> Loi, 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles – Recueil Duvergier, p. 451.

<sup>468</sup> Décr., 27 avr. 1889 portant règlement d'administration publique déterminant les conditions applicables aux divers modes de sépulture – JORF, 4 mai 1889, p. 2066.

<sup>469</sup> Loi, 15 nov. 1887, *op. cit.* ; Décr., 27 avr. 1889 portant règlement d'administration publique déterminant les conditions applicables aux divers modes de sépulture – JORF, 4 mai 1889, p. 2066 : toute personne [majeurs et mineurs émancipés en état de tester] peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le mode de sépulture.

<sup>470</sup> Loi, 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, art. 3, al. 3 : « Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation ».

<sup>471</sup> CA Pau, 25 janv. 2002, *A. c. S.*, n° 02-00319.

<sup>472</sup> POPU Hélène, Le respect des dernières volontés – De l'organisation des funérailles à la cryogénéisation. *Deffrénois*, 30 nov. 2005, art. 38273, n° 22, p. 1770.

<sup>473</sup> JULIEN Jérôme, La dernière demeure... *Dr. fam.*, sept. 2004, n° 9, étude 21.

<sup>474</sup> BEIGNIER Bernard avec la collaboration de Yann PUYO, Respect et protection du corps humain : Le mort. *JCl. civ.*, art. 16 à 16-3, fasc. 72, mai 2007, n° 11.

<sup>475</sup> JULIEN Jérôme, *op. cit.*

<sup>476</sup> *Ibid.* ; CA Toulouse, 26 juin 2000, époux *Mialhe c. Lacroux*, Répertoire n° 1999-00180.

sépulture, en fonction de leurs relations personnelles avec ce dernier<sup>477</sup>. Il semblerait que la tendance porte davantage sur la veuve, le veuf<sup>478</sup> ou même le concubin<sup>479</sup> survivant. Mais il peut également s'agir des parents ou d'une personne extérieure à la famille<sup>480</sup>. En effet, dans une décision du 27 mai 2009<sup>481</sup>, la Cour de cassation consacre expressément l'amitié « comme un lien suffisamment fort pour en faire une personne de confiance en matière d'organisation des funérailles »<sup>482</sup>. Pour étouffer ce choix, les parents de la défunte soulèvent le moyen selon lequel la personne la « mieux qualifiée » ne doit pas suppléer une intention réputée inconnue, mais décider des modalités des funérailles<sup>483</sup>. Autrement dit, le pourvoi avance que « la volonté exprimée quant aux modalités des funérailles doit être, en l'absence de directives de la personne décédée, non pas celle propre et supposée du défunt que le tiers se contenterait de traduire mais celle individuelle de la personne de confiance, qui en quelque sorte se substituerait à celle du défunt »<sup>484</sup>. Reconnaître cette thèse revient à effectuer une transmission *post mortem* du « droit de disposer de son corps par le défunt (...) à ses proches (...) ; cette disposition se ferait davantage pour arranger les vivants, que pour protéger les souhaits supposés de la personne décédée quant à ses funérailles »<sup>485</sup>. Alors, la Cour de cassation rejette le pourvoi et considère que la personne la mieux qualifiée pour décider des modalités des funérailles doit rapporter l'intention du défunt. Elle s'inscrit dans le sens de la jurisprudence qui estime qu'« en l'absence de volonté exprimée par le défunt, le juge doit s'assurer que la solution choisie n'est pas en opposition manifeste avec ce qu'aurait pu souhaiter la personne décédée »<sup>486</sup>.

Si l'option du défunt porte sur la crémation, la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008<sup>487</sup> prévoit que l'urne peut être inhumée dans une sépulture du cimetière, déposée dans

---

<sup>477</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 15 juin 2005, n° 05-15839 – Bull. 2005, I., n° 267, p. 223.

<sup>478</sup> CA Montpellier, 7 janv. 2003, *Esquirol*, n° 01-04823.

<sup>479</sup> CA Lyon, 13 févr. 2003, *F. c. F.*, n° 01-06420.

<sup>480</sup> CA Paris, 27 mai 1988, *Meyer c. Shimshi*, JurisData n° 1998-022703 : par lettre, le défunt a confié à un ami l'exécution de ses dernières volontés mais n'a pas exprimé son intention formelle sur sa sépulture.

<sup>481</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 2009, n° 09-66589 ; V° POPU Hélène, Une ami : porte-parole des dernières volontés du défunt. *Defrénois*, 30 août 2009, art. 38976, n° 14, p. 1475.

<sup>482</sup> PRIEUR Stéphane, L'organisation des funérailles de l'individu décédé : quelle « personne de confiance » pour y pourvoir en l'absence de volonté exprimée ?, *Petites affiches*, 25 sept. 2009, n° 192, p. 6 : Elle est nommé personne de confiance « par référence aux termes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients, désignant ainsi la personne qui sera consultée dans le cas où le patient ne s'est pas lui-même exprimé pour les décisions relatives à sa santé ».

<sup>483</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 27 mai 2009, *op. cit.*

<sup>484</sup> PRIEUR Stéphane, *op. cit.*

<sup>485</sup> *Ibid.*

<sup>486</sup> CA Aix-en-Provence, 10 sept. 1990, *Salesses c. Pico*, JurisData n° 1990-051366.

<sup>487</sup> Loi n° 2008-1350, 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire – JORF 20 déc. 2008, n° 0296, p. 19538, Texte n° 1.

une case de columbarium, scellée sur un monument funéraire dans un cimetière ou un site cinéraire<sup>488</sup>.

Les cendres peuvent également être dispersées en pleine nature sauf sur les voies publiques<sup>489</sup> ou dispersée dans un jardin du souvenir<sup>490</sup>. Dans ce dernier cas, le professeur Xavier LABBEE rappelle que la dispersion des cendres « ne signifie pas constituer une sépulture »<sup>491</sup> et qu'en conséquence, « celui qui demande la dispersion de ses cendres ne veut pas de sépulture et devient SDF pour l'éternité »<sup>492</sup>.

Si c'est l'inhumation qui est choisie, la personne décédée a un droit à être inhumée. Le maire ne peut refuser au motif que la personne décédée n'a « pas droit à inhumation sur le cimetière de la commune du fait que le caveau (...) ne [permet] plus d'accueillir de nouveaux corps »<sup>493</sup>. Un tel refus est illégal au regard de l'article L. 2223-3 du Code générale des collectivités territoriales<sup>494</sup>.

Un contentieux se pose lorsque les communes rencontrent des saturations. Le maire peut exhumer les restes d'un cadavre et a le choix entre faire réinhumer les restes dans un ossuaire<sup>495</sup> ou faire procéder à la crémation de ces restes<sup>496</sup>. Cette faculté ne respecte pas le choix des défunts qui notamment, pour des raisons religieuses, ne se font pas incinérer. Il n'était pourtant pas possible « de s'opposer à la crémation des restes même [si] le défunt avait formellement exprimé son refus à la crémation »<sup>497</sup>. La loi n° 2008-1350 du 19

---

<sup>488</sup> CGCT, art. L. 2223-18-2, al. 1.

<sup>489</sup> AUBIN Emmanuel et SAVARIT-BOURGEOIS Isabelle, Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire. *AJDA*, 2009, p. 531 : les voies publiques concernent « les dépendances domaniales affectées à l'utilisation collective ».

<sup>490</sup> CGCT, art. L. 2223-18-2, al. 2 et 3.

<sup>491</sup> LABBEE Xavier, Souviens-toi que tu es poussière : à propos de la loi du 19 décembre 2008. *JCP G*, 21 janvier 2009, n° 4, act. 34 : Le « mot « dispersion » évoque (...) la disparition intégrale de toute trace de l'individu, peu compatible avec la pensée de ceux qui croient en la résurrection de la chair ou en l'existence d'un lieu de séjour des morts ».

<sup>492</sup> *Ibid.*

<sup>493</sup> CE, sect., 5 déc. 1997, *Commune de Bachy c. Saluden Laniel*, JurisData n° 1997-051006.

<sup>494</sup> CGCT, art. L. 2223-3 : « La sépulture dans un cimetière d'une commune est due : 1° Aux personnes décédées sur son territoire, quel que soit leur domicile ; 2° Aux personnes domiciliées sur son territoire, alors même qu'elles seraient décédées dans une autre commune ; 3° Aux personnes non domiciliées dans la commune mais qui y ont droit à une sépulture de famille ; 4° Aux Français établis hors de France n'ayant pas une sépulture de famille dans la commune et qui sont inscrits sur la liste électorale de celle-ci ».

<sup>495</sup> DUTRIEUX Damien, Opérations funéraires. *JCl. coll. terr.*, mai 2009, fasc 717, n° 88 et n° 149 : Les restes sont « « réunis dans un cercueil de dimensions appropriées » [CGCT, art. R. 2223-20, al. 2], dénommé reliquaire ou boîte à ossements » et sont ensuite réinhumés dans un ossuaire, qui est « un lieu destiné à la réinhumation des restes exhumés ».

<sup>496</sup> L'exhumation des restes trouvés dans une concession reprise se distingue de l'exhumation autorisée par le maire à la demande d'un proche du défunt.

<sup>497</sup> TCHAGUINE Bertrand de, Actes de l'état civil : Actes de décès. – Permis d'inhumer. – Funérailles. – Sépultures. *JCl. civ.*, mai 2001, fasc. 5, n° 65.

décembre 2008 rend alors obligatoire l'ossuaire<sup>498</sup>. La crémation des restes exhumés ne peut avoir lieu qu'en l'absence d'opposition connue ou attestée du défunt<sup>499</sup>. Le problème inverse se pose concernant des personnes décédées à l'étranger. Le transfert du corps s'effectue dans un cercueil hermétique en zinc pour des raisons d'hygiène et de prévention des trafics illicites<sup>500</sup>. Ainsi, si la personne décédée demandait à être incinérée, il n'est pas possible de respecter sa volonté en raison du zinc qui compose le cercueil. Déplacer la personne dans un autre cercueil ne se fait pas, au risque de commettre une violation de sépulture. Ainsi, le choix du défunt quant au mode de sépulture n'est pas toujours respecté. C'est également le cas lorsque son choix n'est pas conforme aux exigences de l'ordre public.

## § 2 : La restriction dans le choix du culte de la mort

Les dernières volontés exprimées par le défunt doivent être conformes aux exigences de l'ordre public<sup>501</sup>. C'est la raison pour laquelle en France, la cryogénéisation n'est pas considérée comme un mode de sépulture. Résultant de la tentation d'éternité – les psychologues y voient un refus de la mort – la cryogénéisation, opération de congélation<sup>502</sup>, vise soit le simple refus d'une personne d'imaginer son corps en décomposition, soit l'attente du jour où la science pourrait permettre « une résurrection du mort »<sup>503</sup>. L'aspect d'immortalité qu'elle semble conférer a notamment séduit un médecin, Raymond MARTINOT. Il était convaincu que les progrès de la biologie et de la médecine pourraient un jour ramener à la vie des corps congelés ainsi que guérir des maux aujourd'hui incurables<sup>504</sup>. A sa mort, ses ayants droits ont demandé l'autorisation de le cryogéniser ce qui lui aurait permis « de suspendre le temps pour permettre au chercheur de vaincre la mort »<sup>505</sup>. Les juges se sont alors trouvés confrontés à la question de savoir si « l'espoir d'un retour à la vie après la mort » était « un droit de l'homme naturel, inaliénable et

---

<sup>498</sup> Loi n° 2008-1350, 19 déc. 2008, *op. cit.*

<sup>499</sup> Loi n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 26 – JORF 18 mai 2011, n° 0115, p. 8537, Texte n° 1.

<sup>500</sup> AN, Rapp. sur la proposition de loi n° 51 par Philippe GOSSELIN adopté par le Sénat relative à la législation funéraire, n° 664, 30 janv. 2008.

<sup>501</sup> CE, 6 janv. 2006, n° 260307 : « Le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics (...) ».

<sup>502</sup> POIROT-MAZERES Isabelle, « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public » : Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation. *Dr. adm.*, juill. 2006, Etude 13.

<sup>503</sup> CHEYNET de BEAUPRE Adeline, La concession à perpétuité. *Dr. fam.*, oct. 2006, Etude 42, n° 24.

<sup>504</sup> POIROT-MAZERES Isabelle, *op. cit.*, n° 1.

<sup>505</sup> POPU Hélène, Le respect des dernières volontés – De l'organisation des funérailles à la cryogénéisation. *Defrénois*, 30 nov. 2005, art. 38273, n° 22, p. 1770.

sacré »<sup>506</sup> ? La jurisprudence administrative n'autorise pas la cryogénéisation comme mode légal de sépulture<sup>507</sup>. Le rapporteur public, M. MILLET énonce dans ses conclusions que la législation funéraire étant d'ordre public, il faut considérer tout procédé autre que l'inhumation et la crémation comme illicite<sup>508</sup>. La solution est conforme à la jurisprudence exprimée dans l'arrêt *Leroy* du Conseil d'Etat<sup>509</sup> mais les requérants tentent alors d'assimiler la cryogénéisation à l'inhumation. Cependant, dans la mesure où la cryogénéisation « empêche la disparition progressive de la dépouille »<sup>510</sup>, « elle maintient sans limitation de temps la corporéité de la personne défunte fais[ant] obstacle au processus de dégradation biologique »<sup>511</sup>. Elle ne peut, par voie de conséquence, être assimilée à une inhumation.

Les juges refusent également que la cryogénéisation soit un mode légal de conservation des corps. En effet, la Cour administrative d'appel de Nantes avait estimé que les dispositions de l'article R. 2213-2 ancien du Code général des collectivités territoriales permettent seulement de conserver le corps du défunt avant sa mise en bière. La conservation n'est donc que temporaire contrairement à la finalité de la cryogénéisation.

Les requérants tentent de faire valoir la liberté de la vie familiale, corollaire de la liberté individuelle garantie par la Déclaration des droits de l'homme de 1789<sup>512</sup> et 66 de la Constitution<sup>513</sup>. C'est une manœuvre judiciaire de leur part dans la mesure où la Cour européenne accepte que l'article 8 de la Convention<sup>514</sup> puisse être invoqué en matière funéraire. Il est en effet reconnu par la Cour qu'assurer une sépulture pour ses proches relève de la liberté de la vie familiale<sup>515</sup> et que le refus d'autoriser le transfert d'une urne funéraire dans la concession familiale pouvait être appréciée au regard de l'article 8 de la

---

<sup>506</sup> MICHEL Jérôme, *Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort*. Dalloz, 2005, p. 1742.

<sup>507</sup> CAA Nantes, 27 juin 2003, *Cts Martinot* : « Le droit de toute personne d'avoir une sépulture et de régler librement, directement ou par l'intermédiaire de ses ayants droit, les conditions de ses funérailles préalablement à son inhumation, prévu par les dispositions de l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887... s'exerce dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires en vigueur... La conservation du corps d'une personne décédée par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par les dispositions précitées ».

<sup>508</sup> Concl. de MILLET Jean-Frédéric, *Conservation des corps et respect des dernières volontés*. AJDA, 2003, p. 1871.

<sup>509</sup> CE, 5<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> ss sect., 29 juill. 2002, *Cts Leroy*, n° 22-2180 : Dalloz, 2002, p. 2583.

<sup>510</sup> CHEYNET de BEAUPRE Adeline, *op. cit.*

<sup>511</sup> MICHEL Jérôme, *op. cit.*

<sup>512</sup> DDHC, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

<sup>513</sup> Const., art. 66, al. 2 : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>514</sup> Conv. EDH, art. 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale(...) ».

<sup>515</sup> CEDH, 30 oct. 2001, *Pannullo et Forte c. France*, n° 37794/97, § 35.

Convention<sup>516</sup>. Le Conseil d'Etat reconnaît que le choix de la sépulture « est intimement lié à la vie privée » et qu'il s'agit d'un moyen « par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions »<sup>517</sup>. Cependant, une condamnation de la Cour européenne en ce domaine est à exclure dès lors que « le droit interne peut, sans méconnaître les stipulations de la Convention EDH, n'autoriser que l'inhumation ou la crémation des corps »<sup>518</sup>, une telle restriction se fondant notamment « dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics »<sup>519</sup>. De plus, « si le droit de mener une vie familiale normale suppose le droit de fonder une famille et de vivre avec elle, il n'implique pas que les membres de cette famille puissent revendiquer le droit de rester les uns avec les autres par delà la mort, et ce, par attachement filial ou par promesse d'un retour futur à la vie »<sup>520</sup>. La citation de Heidegger prend tout son sens lorsqu'il disait que l'homme est un être pour la mort.

Une manière de contourner la jurisprudence est de démontrer que les personnes cryogénisées ne sont pas « des morts en sursis » mais « des vivants en suspens »<sup>521</sup>. Le raisonnement consisterait à affirmer que la cryogénie entraîne les personnes dans un état intermédiaire qui impliquerait un « minimum nécessaire pour qu'on ait encore le droit de dire que l'homme est vivant »<sup>522</sup>. Si tel était le cas, un problème de définition de la mort serait soulevé<sup>523</sup>. Mais la personne étant dans ce cas vivante, elle peut disposer de son corps dans les limites fixées par la loi.

La mort est la condition de notre humanité et « le droit, à sa façon, nous raconte aussi cette histoire là (...): le droit nous dit que la mort est un terme infranchissable de notre condition, qu'il nous faut disparaître, que les modalités de notre effacement sur cette terre intéressent la communauté des vivants, qu'elles sont d'ordre public et qu'elles constituent un invariant de notre appartenance à l'humanité »<sup>524</sup>. Le droit français a ainsi pris

---

<sup>516</sup> CEDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, n° 61564/00, § 24.

<sup>517</sup> CE, 6 janv. 2006, n° 260307.

<sup>518</sup> ERSTEIN Lucienne, Le choix du mode de sépulture peut faire l'objet de restrictions dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics. *JCP G*, 12 avr. 2006, n° 15, II., p. 10059.

<sup>519</sup> CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> ss sect., 6 janv. 2006, n° 260307.

<sup>520</sup> POIROT-MAZERES Isabelle, « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public » : Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation. *Dr. adm.*, juill. 2006, Etude 13, n° 9.

<sup>521</sup> *Ibid.*, n° 18.

<sup>522</sup> *Ibid.*

<sup>523</sup> LABBEE Xavier. *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Lille : Presses universitaires de Lille, 1990, p. 24 : « Sous l'influence des moyens thérapeutiques nouveaux, la mort s'étale dans le temps (...) ».

<sup>524</sup> MICHEL Jérôme, *Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort*. *Dalloz*, 2005, p. 1742.

position<sup>525</sup> mais il n'en demeure pas moins que l'expansion de la cryogénéisation dans certains pays puisse faire évoluer notre société.

Par exemple, la cryogénéisation est pratiquée aux Etats-Unis, par des sociétés spécialisées dans lesquelles les personnes confient leur corps ou leur « céphalon »<sup>526</sup>. Le but de ces sociétés est de vaincre d'une certaine manière la mort. La recherche de l'éternité par la pratique de la cryogénéisation peut être louable puisqu'elle cheminerait vers les progrès de la science mais une inégalité se creuse d'avantage au sein de la population puisque seuls les plus fortunés peuvent y avoir accès. En France, le juge a clairement signifié que la dépouille mortelle devait disparaître. Cependant, si la cryogénéisation venait à être admise en droit français<sup>527</sup>, le système juridique serait affecté, notamment le droit successoral, pénal ou des obligations.

La personne décédée peut choisir une autre destination pour sa dépouille mortelle en faisant don de son corps. Le but recherché est une exploitation de la mort qui contribue à faire avancer la science.

### ***Section 2 : Une exploitation de la mort***

La personne humaine peut donner son corps après sa mort. L'exploitation de la mort est encadrée juridiquement pour éviter tout débordement. Le droit recherche un équilibre entre le respect qui est dû à la dépouille mortelle et divers intérêts. Elle se traduit par une utilisation du cadavre dans l'intérêt culturel dès lors que son respect n'interdit pas à la société un regard sur la mort (§ 1). Il est également possible d'utiliser le cadavre dans un intérêt scientifique (§ 2). Faisant avancer la science, elle suit un objectif respectable mais c'est également dans cette matière que des utilisations frauduleuses ont lieu. Après la célèbre affaire *Milhaud*, que l'on n'abordera pas, le contentieux se tourne désormais vers le fœtus dans la mesure où il est le plus souvent désintéressé par les parents.

---

<sup>525</sup> Rép. min. n° 21253, 19 janv. 2006 : JO Sénat Q 26 oct. 2006, p. 2715 : Le ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire énonce que le gouvernement n'entend pas faire évoluer le droit en matière de cryogénéisation.

<sup>526</sup> POIROT-MAZERES Isabelle, *op. cit.*, n° 2 : Il s'agit de la congélation de la tête seule.

<sup>527</sup> POPU Hélène, Le respect des dernières volontés – De l'organisation des funérailles à la cryogénéisation. *Deffrénois*, 30 nov. 2005, art. 38273, n° 22, p. 1770 : « En admettant que la science arrive un jour à décongeler les corps sans traumatisme et à guérir les maladies dont ils étaient affectés, quel sort réservera-t-on à ces **hibernatus** ? Au prix de quels traumatismes psychiques trouveront-ils leurs repères pour (re)vivre dans une société peut-être très différente de celle qui les a vus naître ? N'existe-t-il pas, par ailleurs, un risque de voir réapparaître, lors du réveil de ces corps, des maladies anciennes que l'on aurait éradiquées depuis longtemps ? ».

## § 1 : L'intérêt culturel

L'utilisation du cadavre est admise à condition que la personne décédée ait fait don de son corps, l'intérêt historique ou encore artistique de l'exposition de corps humain ayant toute sa place dans notre société. Mais des excès peuvent se produire, mettant en lumière des problèmes éthiques et juridiques. En effet, « tout ne se donne pas à voir dans n'importe quel contexte »<sup>528</sup>. C'est dans cette perspective qu'est né un contentieux récent mettant en scène une affaire concernant l'exposition de corps humains au musée<sup>529</sup>. En l'espèce, une suspicion d'un trafic de cadavres de prisonniers ou de condamnés à mort en provenance de la Chine planait. Les corps étaient exposés à Paris « A corps ouvert »<sup>530</sup>. Les organisateurs de l'exposition ont mis en avant le but scientifique et pédagogique afin de justifier l'exposition et échapper à une éventuelle condamnation. L'argumentation n'a pas convaincu le Tribunal de grande instance de Paris qui, statuant en référé, a interdit aux organisateurs la poursuite de l'exposition de cadavres et de pièces anatomiques. Le tribunal se fonde sur l'article 11 de la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire qui étend au cadavre le respect qui est dû au corps d'une personne vivante<sup>531</sup>. Le juge des référés ne condamne pas le principe même de l'exposition mais les découpages, les colorations arbitraires ainsi que les mises en scène qu'il qualifie de « déréalisantes »<sup>532</sup>. Il les juge incompatibles avec l'objectif scientifique. Enfin, le juge retient que l'exposition des corps a une finalité commerciale qui porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû<sup>533</sup> ; que la démarche pédagogique de l'exposition perd ainsi de sa substance.

Il est ainsi relevé par le juge des référés une atteinte au principe de dignité par la « marchandisation » et le « spectacle » de l'exposition<sup>534</sup>. Une condamnation s'avère justifiée dès lors qu'il est inacceptable que le corps humain devienne un « cadavre sans identité qui peut rapporter gros »<sup>535</sup>. Une critique apparaît s'agissant du motif de la

---

<sup>528</sup> CORNU Marie, *Le corps humain au musée, de la personne à la chose*. Dalloz, 2009, p. 1907.

<sup>529</sup> TGI Paris, 21 avr. 2009, JurisData n° 2009-002176.

<sup>530</sup> EDELMAN Bernard, « Mort à crédit ». *Dalloz*, 2009, p. 2019 : Les cadavres sont conservés par plastination qui consiste à « remplacer l'eau et la graisse des tissus par divers polymères, de sorte qu'après traitement, les corps (...) sont imputrescible ».

<sup>531</sup> C. civ., art. 16-1-1, al. 1 : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ».

<sup>532</sup> TGI Paris, 21 avr. 2009, JurisData n° 2009-002176 : Les cadavres sont présentés dans des positions « jouant au basket, au football, lançant le disque, courant, à vélo, ... ».

<sup>533</sup> DELLAA Yasmina, « Renaître de ses cendres en bijou de famille ; Décès. Une société suisse transforme les morts en diamants », *Libération*, 22 juin 2006, n° 7813, p. 18 : A rapprocher de certaines dérives qui se sont développées en France concernant la commercialisation des bijoux en cendres agglomérées, arborés en sautoir, avant que le respect qui leur est dû ne soit légalement reconnu.

<sup>534</sup> CORNU Marie, *Le corps humain au musée, de la personne à la chose*. Dalloz, 2009, p. 1907.

<sup>535</sup> PIERROUX Emmanuèle, « Our Body, à corps ouvert », l'exposition fermée. *Gaz. Pal.*, 28 mai 2009, n° 148, p. 2.



décision rendue par le juge. Le juge peut-il en effet affirmer que les cadavres « ont d'abord vocation à être inhumés ou incinérés (...) »<sup>536</sup> ? Les auteurs y répondent en soulignant que les principes d'intangibilité et d'indisponibilité ne sont pas absolus. Ainsi, le cadavre peut subir diverses immixtions à condition que l'individu ait de son vivant consenti à ce qu'une atteinte soit portée à son cadavre. En conséquence, les alternatives du devenir de la dépouille mortelle constituent des « exceptions légales aux principes gouvernant la protection du cadavre humain »<sup>537</sup>. Ces exceptions viennent contredire la position des premiers juges qui estimaient que « la destination normale des dépouilles humaines est la sépulture ou l'incinération et non l'exposition »<sup>538</sup>.

La Cour d'appel de Paris confirme<sup>539</sup> la décision du Tribunal de grande instance mais délaisse les modalités de l'exposition. En effet, elle s'appuie principalement sur le doute concernant l'origine des corps et l'existence d'un consentement préalable à leur exposition. Elle motive ainsi sa position sur le principe selon lequel « nul corps, obtenu de manière illicite ou frauduleuse, ne peut être utilisé »<sup>540</sup>.

Il ressort de ces décisions rendues sur le même fondement juridique<sup>541</sup> « une confrontation entre deux conceptions de la protection du cadavre avec d'un côté une logique individuelle et libérale basée sur le consentement de la personne et de l'autre une logique collective et absolue fondée sur l'ordre public »<sup>542</sup>. La Cour de cassation est alors intervenue et a rendu sa décision le 16 septembre 2010 pour donner un sens au respect dû au corps de la personne décédée<sup>543</sup>. A la lecture du dispositif, il semblerait que la Haute juridiction ne laisse pas la possibilité à l'individu de disposer en toute liberté de son corps à sa mort. En effet, la Cour de cassation relève que « pour déterminer si les corps exposés avaient été traités avec respect, dignité et décence », la cour d'appel a seulement recherché « si les personnes intéressées avaient donné leur consentement de leur vivant à l'utilisation de leurs cadavres »<sup>544</sup>. Fonder son arrêt sur cet unique motif est inopérant dès lors qu'elle

---

<sup>536</sup> TGI Paris, 21 avr. 2009, *op. cit.*

<sup>537</sup> MARRION Bertrand, Exposition Our Body : corps ouverts mais expo fermée. *JCP G*, 13 déc. 2010, p. 1239.

<sup>538</sup> *Ibid.* ; TGI Paris, 21 avr. 2009, *op. cit.* : « les cadavres et leurs démembrements ont d'abord vocation à être inhumés ou incinérés (...) ».

<sup>539</sup> CA Paris, 30 avr. 2009, JurisData n° 2009-002649.

<sup>540</sup> PIERROUX Emmanuèle, *op. cit.*.

<sup>541</sup> C. civ., art. 16-1-1.

<sup>542</sup> MARRION Bertrand, *op. cit.*

<sup>543</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 16 sept. 2010, n° 09-67456 – Bull. 2010, I., n° 174.

<sup>544</sup> *Ibid.*

aurait dû « examiner les conditions dans lesquelles les corps étaient présentés au public »<sup>545</sup>.

Ainsi, la Cour d'appel exigeait uniquement que le consentement de l'individu de son vivant soit rapporté pour que l'exposition soit licite. Sa décision allait dans le même sens que la Cour européenne des droits de l'homme qui dégage la notion d'autonomie personnelle<sup>546</sup>. Cette notion consiste à établir un droit de disposer de son corps de son vivant et « pourrait inspirer à l'avenir son extension à cause de mort »<sup>547</sup>. Seulement, en imposant le respect du corps après sa mort, le législateur « a contrecarré par anticipation de telles ambitions »<sup>548</sup>. La Cour de cassation est « à l'écoute du législateur » puisqu'elle va en son sens en interdisant l'exposition de cadavres à des fins commerciales, peu importe que les cadavres exposés soient ou non consentants<sup>549</sup>. Si « les personnes peuvent faire don de leur corps », elles n'en disposent pas « librement à des fins d'exposition »<sup>550</sup>.

Le consentement de la personne est insuffisant, la loi ne permettant pas que l'exposition du cadavre soit faite à des fins commerciales. Par voie de conséquence, si la dépouille mortelle peut faire échec au principe d'intangibilité par le don d'organes ou autres, il ne peut être dérogé au caractère non mercantile. De la sorte, « le respect dû au cadavre est absolu »<sup>551</sup>.

Une question s'est alors posée : toute exposition de restes humains est-elle désormais menacée à partir du moment où il existe « un indice de commercialité »<sup>552</sup> ? Les auteurs répondent que lorsque l'exposition a une finalité marchande secondaire, voire marginale, elle n'est pas menacée<sup>553</sup>. Les pouvoirs publics cherchent simplement à mettre un terme aux dérives commerciales dont est frappé le corps d'une personne décédée car « présenter la mort sous cet angle n'aboutit qu'à la nier » et « revient à (...) effacer la dimension ancestrale » qui est « le retour à la poussière »<sup>554</sup>. Ainsi, le respect dû à la dépouille mortelle « n'interdit pas le regard de la société sur la mort (...) ce qui permet de donner à

---

<sup>545</sup> *Ibid.*

<sup>546</sup> CEDH, 17 févr. 2005, *aff. K. A. et A. D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, § 83.

<sup>547</sup> LOISEAU Grégoire, *De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales*. Dalloz, 2010, p. 2750.

<sup>548</sup> *Ibid.*

<sup>549</sup> *Ibid.*

<sup>550</sup> CORNU Marie, *op. cit.*

<sup>551</sup> MARRION Bertrand, *op. cit.*

<sup>552</sup> LOISEAU Grégoire, *op. cit.*

<sup>553</sup> *Ibid.*

<sup>554</sup> CCNE, Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, n° 111. Rapp. 7 janv. 2010, p. 8 : [http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis\\_111.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_111.pdf) [site consulté : 12/05/2011]

voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture<sup>555</sup>, voire d'exposer des reliques<sup>556</sup>, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public »<sup>557</sup>.

Mais certaines conservations et expositions des vestiges d'humains posent des problèmes éthiques. Il s'agit notamment des têtes de guerriers maoris conservées en France. Elles ne présentent aucun intérêt pédagogique dans la mesure où elles ne sont plus exposées au public<sup>558</sup>.

Le musée municipal de Rouen possédait une des seize têtes de guerriers maoris. Le conseil municipal de la ville a souhaité procéder à la restitution mais n'a pas respecté la procédure de déclassement<sup>559</sup> pourtant destinée à renforcer la protection des biens faisant partie des collections publiques. Cependant, l'article L. 451-7 du Code du patrimoine interdit le déclassement des biens incorporés dans les collections publiques par dons et legs, les têtes maories entrant dans le champ de la disposition dès lors qu'elles ont été données à la ville de Rouen par un particulier<sup>560</sup>.

Afin de contourner la disposition précitée, la ville invoque principalement l'article 16-1 du Code civil pour soutenir « que le principe de la dignité de la personne humaine qui prolonge par delà la mort les droits du défunt sur son corps s'oppose à ce que des éléments du corps humain puissent être classés comme éléments des collections des musées de France »<sup>561</sup>. La Cour administrative d'appel, prenant notamment appui sur l'article L. 451-5 du Code du patrimoine, énonce que « les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de leur domaine public et sont, à ce titre, inaliénables »<sup>562</sup>. Les têtes maories constituent donc une patrimonialité non marchande et jouissent ainsi d'une protection considérable. Le juge administratif fait alors

---

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 9 : La motivation de « la conservation ou de l'exposition de vestiges humains dans les musées publics » se fait « dans le souhait de préserver un témoignage de l'histoire (...). Nous avons, par exemple, conservé les vestiges de Pompéi. Or, il est clair que si une telle catastrophe se produisait aujourd'hui, il ne serait pas envisageable d'en faire un musée pour que les foules puissent voir les corps des personnes ensevelies par l'éruption volcanique ».

<sup>556</sup> *Ibid.* : « un culte de relique obéit à des critères anthropologiques, théologiques et religieux de telle sorte que les corps exposés dans des églises, recouverts de cire et de vêtements, sont non seulement respectés, mais vénérés ou priés ».

<sup>557</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 16 sept. 2010, *op. cit.*

<sup>558</sup> CCNE, Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, *op. cit.*

<sup>559</sup> C. du patr., art. L. 451-5, al. 2 : Toute décision de déclassement d'un bien du domaine public ne peut être prise qu'après avis conforme d'une commission scientifique.

<sup>560</sup> BACACHE Mireille, Corps humain – Têtes maories. *RTD civ.*, 2010, p. 626.

<sup>561</sup> CAA Douai, 24 juill. 2008, n° 08DA00405.

<sup>562</sup> *Ibid.*

prévaloir le « régime de la propriété publique sur les dispositions du Code civil »<sup>563</sup> dès lors que l'appropriation publique des têtes maories est compatible avec la nature sacrée de la dépouille<sup>564</sup>. En effet, les dispositions du Code du patrimoine place « ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du Code civil »<sup>565</sup>. La Cour administrative confirme ainsi le jugement du tribunal administratif de Rouen qui avait retenu que l'article 16-1 a pour seule finalité d'interdire l'utilisation des restes humains à des fins mercantiles et ne s'opposait donc pas à leur intégration à une collection de musées à vocation scientifique<sup>566</sup>.

Les juges ne contestent toutefois pas le principe de la restitution. Le législateur est alors intervenu pour se saisir de cette question<sup>567</sup>, de la même manière qu'il était intervenu concernant la « Vénus Hottentote »<sup>568</sup>. Il prend en considération le fait que l'ensemble des parties du corps présente, pour les Maoris, « un caractère sacré car elles portent en elles « l'essence » de la personne »<sup>569</sup>. Il autorise alors la restitution des têtes maories par l'adoption de la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010<sup>570</sup> dans la mesure où ces têtes « ne présentent aucun intérêt (...) avéré »<sup>571</sup>. Dans ce cas, elles doivent « avant tout [être considérées comme] des éléments du corps humain »<sup>572</sup> et restituées aux Maoris afin qu'elles « puissent (...) recevoir une sépulture conforme aux rites ancestraux »<sup>573</sup>.

---

<sup>563</sup> BACACHE Mireille, *op. cit.*

<sup>564</sup> C. du patr., art. L. 111-1 : « Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, (...) sont considérés comme trésors nationaux ».

<sup>565</sup> CAA Douai, 24 juill. 2008, *op. cit.*

<sup>566</sup> TA Rouen, 27 déc. 2007, JurisData n° 2007-350713.

<sup>567</sup> AN, Rapp. sur la proposition de loi, adopté par le Sénat, visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, n° 2447, 7 avr. 2010 par Colette LE MOAL, p. 9 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2447.pdf>

<sup>568</sup> Sénat, Rapp. sur la proposition de loi autorisant la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, dite « Venus hottentote », à l'Afrique du Sud, n° 177, 23 janv. 2002 par Philippe RICHERT, fait au nom de la commission des Affaires culturelles : <http://www.senat.fr/rap/101-177/101-1772.html> [site consulté: 13/05/2011] : « L'intérêt scientifique témoigné à cette femme (Saartjie BAARTMAN) [de petite taille] n'avait pas d'autre objet que celui qui suscita la curiosité populaire » ; Loi n° 2002-323, 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud – JORF 7 mars 2002, p. 4265, Texte n° 2.

<sup>569</sup> Sénat, Rapp. sur la proposition de loi visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories, n° 482, 23 juin 2009 de Philippe RICHERT, fait au nom de la commission des Affaires culturelles : <http://www.senat.fr/rap/108-482/108-4824.html> [site consulté: 13/05/2011] : « La tête est considérée comme la partie la plus sacrée du corps ».

<sup>570</sup> Loi n° 2010-501, 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 – JORF 19 mai 2010, n° 0114, p. 9210, texte n°3.

<sup>571</sup> Sénat, Rapp. sur la proposition de loi visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories, *op. cit.* : Un grand nombre de personnalités ont été entendues et l'ont soutenues.

<sup>572</sup> AN, Rapp. sur la proposition de loi, adopté par le Sénat, visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *op. cit.*, p. 11.

<sup>573</sup> Sénat, Rapp. sur la proposition de loi visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories, *op. cit.*

La question est plus délicate concernant l'intérêt scientifique d'un cadavre, notamment lorsqu'il s'agit de cadavre de fœtus, où la mort anticipe la naissance.

## § 2 : L'intérêt scientifique

Historiquement, l'« enfant mort sans baptême ne peut aller au ciel »<sup>574</sup>. Dans ces conditions, « des pratiques se mettent alors en place, vers le XV<sup>e</sup> siècle »<sup>575</sup>. Elles consistaient « à porter l'enfant mort-né dans le sanctuaire d'un Saint qui accomplira le miracle d'une résurrection momentanée, permettant de lui conférer le baptême, condition de son salut »<sup>576</sup>.

De nos jours, les corps des fœtus morts ne sont pas régis par la réglementation prévue pour les défunts mais par des règles garantissant le respect du corps<sup>577</sup> et interdisant, sauf exceptions<sup>578</sup>, une réification de l'embryon et du fœtus<sup>579</sup>. Les progrès de l'échographie qui permet aux parents une représentation concrète de l'enfant avant la naissance personnifie le fœtus qui devient enfant aux yeux des parents<sup>580</sup>. Mais d'un point de vue juridique et médical, il en est autrement. En effet, les tribunaux refusent de reconnaître aux fœtus et embryons « la qualité de personne (...) au seuil de la naissance »<sup>581</sup>. Cette absence de personnalité juridique semble être la cause de certaines utilisations illégales de leur enveloppe corporelle par la médecine, « faute de ne pouvoir utiliser les protections offertes à la dépouille mortelle d'une personne »<sup>582</sup>. Un exemple de fait de société pour illustrer ces propos.

Une mère de famille, qui avait subi une interruption volontaire de grossesse en 2002 a souhaité connaître la date à laquelle l'établissement hospitalier avait procédé à l'incinération du corps du fœtus. L'incinération d'un fœtus ou d'un embryon se fait à la

---

<sup>574</sup> MOREAU-DAVID Jacqueline, Approche historique du droit de la mort. *Dalloz*, 2010, p. 266-1.

<sup>575</sup> *Ibid.*

<sup>576</sup> *Ibid.*

<sup>577</sup> C. civ., art. 16-1 : « Chacun a droit au respect de son corps ».

<sup>578</sup> CSP, art. L. 2151-5, al. 2 et s.

<sup>579</sup> CCNE, Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains mort, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, n° 1. Rapp. 22 mai 1984, p. 2 : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis001.pdf> [site consulté : 20/05/2011] : Le Comité affirme que « l'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui (...) a été vivant, et dont le respect s'impose à tous ».

<sup>580</sup> BREZILLON Stéphane, Actes de l'état civil : Actes de décès. – Etat civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance. *JCl. civ.*, avr. 2011, fasc. 20, n° 2.

<sup>581</sup> GALLOUX Jean-Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Dalloz*, 2006, p. 1200 ; CEDH, 8 juill. 2004, *VO. c. France*, n° 53924/00, § 82 : « Le point de départ du droit à la vie » contenu dans l'article 2 de la Convention EDH « relève de la marge d'appréciation des États ».

<sup>582</sup> CORPART Isabelle, Décès périnatal et qualification juridique du cadavre. *JCP G*, 28 sept. 2005, n° 39, I., p. 171.

charge de l'hôpital dès lors qu'ils sont exclus du champ d'application de l'article 79-1 du Code civil<sup>583</sup>. Cette disposition rend possible à l'officier d'état civil une déclaration d'un acte d'enfant sans vie et « permet [en conséquence] aux parents (...) de faire reconnaître cet être comme un enfant véritable »<sup>584</sup> et donc de réclamer le corps et de procéder à son inhumation ou à sa crémation<sup>585</sup>. Mais il s'agit d'une simple faculté. Ainsi, les parents qui ne souhaitent pas établir cet acte ou les fœtus qui n'entrent pas dans le cadre de ladite disposition<sup>586</sup> ainsi que les embryons, font l'objet d'une réglementation pour le moins insolite. En effet, en pratique, le fœtus et l'embryon « sont réunis, avec les autres pièces anatomiques, dans des cercueils collectifs qui seront ensuite transportés au crématorium »<sup>587</sup>. L'incinération se fait à la charge de l'hôpital qui élimine comme de simples déchets les cendres résultantes de la crémation.

Les interrogations de la mère de famille concernant le devenir de son fœtus fut alors le déclenchement d'une « macabre découverte »<sup>588</sup> : des centaines de fœtus et de mort-nés dans la chambre mortuaire d'un hôpital ont été conservés sans que les parents ne soient avertis de leur conservation. Les corps « les plus anciens dataient de 1985 »<sup>589</sup>. La réaction de la société oscille « entre émotion et indignation »<sup>590</sup> mais elle n'étonne pas les professionnels de santé. L'explication peut résider dans le fait du traitement des fœtus au

---

<sup>583</sup> Circ. interm. DGCL/DACS/DHOS/DGS, n° 2009-182, 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus, § 1.2.1.1 : La circulaire précise que le fœtus expulsé « en deça de la quinzaine semaine d'aménorrhée » ne se voit pas établir un acte d'enfant sans vie ; SAUVAGE François, Les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie éclairées par une circulaire du 19 juin 2009. *AJ fam.*, 2009, p. 397 : Le seuil de maturité fœtale se fait en fonction de la corporalité du fœtus.

<sup>584</sup> GALLOUX Jean-Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Dalloz*, 2006, p. 1200.

<sup>585</sup> Circ. DHOS/E 4/DGS/DACS/DGCL n° 2001-576, 30 nov. 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance, § 2.2.1 : « L'inhumation ou la crémation des corps est obligatoire » – BO n° 2001-50.

<sup>586</sup> L'article 79-1 du Code civil subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie à la condition qu'il y ait eu accouchement ; Annexe à l'arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie – JORF 22 août 2008, p. 13165 : L'annexe effectue une distinction entre les cas d'accouchement proprement dit (« d'accouchements spontanés ou provoqués pour raison médicale qui ouvrent la possibilité d'établir un certificat d'accouchement ») de l'expulsion d'un fœtus (« d'accouchements spontanés ou provoqués pour raison médicale qui ouvrent la possibilité d'établir un certificat d'accouchement »).

<sup>587</sup> DUTRIEUX Damien, Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né. *Defrénois*, 15 juin 2002, n° 11, p. 719.

<sup>588</sup> ECOIFFIER Matthieu, « 351 fœtus et enfants mort-nés en stock à la maternité ; Des enquêtes lancées après une macabre découverte à Saint-Vincent-de-Paul, à Paris », *Libération*, 3 août 2005, p. 10, n° 7537.

<sup>589</sup> DEFANCE Anne-Lise et NAU Jean-Yves, « 351 fœtus et enfants mort-nés découverts dans un hôpital parisien », *Le Monde*, 4 août 2005, p. 4.

<sup>590</sup> CORPART Isabelle, Décès périnatal et qualification juridique du cadavre. *JCP G*, 28 sept. 2005, n° 39, I., p. 171.

même titre qu'une pièce anatomique, pouvant amener à déprécier leur origine humaine et entraîner des utilisations pour le moins contestables.

Le docteur Guy-Marie COUSIN rapporte qu'en pratique, il y a une conservation des corps de fœtus porteurs d'anomalies au-delà de la période fixée par les règles juridiques car cette conservation « est indispensable aussi bien à l'enseignement qu'à la recherche » scientifique<sup>591</sup>. Suite à cette découverte, l'Inspection général des affaires sociales a également découvert plusieurs centaines de corps de fœtus à l'hôpital Saint-Antoine. Spécialisé dans la formation *in utero* d'anomalie aboutissant à des malformations, les fœtus étaient conservés dans du formol en entier, à des fins scientifiques<sup>592</sup>. Une autopsie des corps est autorisée à condition d'un accord parental. En cas d'accord, les services hospitaliers auraient dû par la suite prendre en charge les corps « et ne pas les abandonner de la sorte »<sup>593</sup>. Si des fœtus étaient ainsi entreposés depuis plusieurs années, c'est parce que « lorsqu'un cas [les] laisse perplexes, [les médecins] se réservent ainsi la possibilité d'y revenir par la suite »<sup>594</sup>. Le professeur Axel KAHN, membre de l'Académie des sciences énonce « que les établissements ont longtemps conservé (...) des fœtus avant que la loi ne fixe des restrictions »<sup>595</sup>. Il fait « référence aux vieilles habitudes hospitalières »<sup>596</sup> »<sup>597</sup>.

Il apparaît alors judicieux que ces habitudes prennent fin. Il suffirait que le droit ne traite plus ces fœtus comme des déchets humains. En effet, ils ont un cadavre, ils n'appartiennent donc pas à la catégorie des pièces anatomiques. Selon les termes de l'article R. 1335-9 du Code de la santé publique, les pièces anatomiques se définissent comme des organes ou des membres « aisément identifiables par un non spécialiste ». Le cadavre du fœtus ou de l'embryon « est un tout, il ne peut se résumer à un ensemble de fragments »<sup>598</sup>. Le raisonnement de Bernard EDELMAN est donc à suivre. Il fait entrer l'embryon et le fœtus dans la catégorie « des êtres humains intermédiaires » et énonce que

---

<sup>591</sup> DEFRANCE Anne-Lise et NAU Jean-Yves, *op. cit.*

<sup>592</sup> BRY Hélène, « Des centaines de fœtus conservés des années à l'hôpital Saint-Antoine », *Le Parisien*, 1<sup>er</sup> nov. 2006, p. 9.

<sup>593</sup> CORPART Isabelle, *op. cit.*

<sup>594</sup> BRY Hélène, *op. cit.*

<sup>595</sup> BEAUVOIR Charlotte de et REJU Emmanuelle, « Dossier. Débat éthique. Questions troublantes autour d'une macabre découverte. La découverte de 351 corps de fœtus ou d'enfants mort-nés à l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul (Paris) soulève de nombreuses interrogations. Le premier ministre a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative et d'une enquête judiciaire. Des parents racontent la difficulté à faire le deuil. », *La Croix*, 4 août 2005, p. 3.

<sup>596</sup> KAHN Axel in BEAUVOIR Charlotte de et REJU Emmanuelle, *Ibid.*

<sup>597</sup> BEAUVOIR Charlotte de et REJU Emmanuelle, *Ibid.*

<sup>598</sup> BALESTRIERO Véronique, La situation de l'enfant mort-né. *Dalloz*, 1999, p. 81.

leur « « corps » oscille entre le corps humain et le matériau biologique »<sup>599</sup>. La nature humaine du fœtus ne doit pas être mise en doute afin qu'il bénéficie d'un « corps humain, au sens de l'article 16-1 du code civil »<sup>600</sup>, ce qui rendrait possible une prise en charge respectueuse de sa dépouille<sup>601</sup>.

Suite à ce scandale, la circulaire du 19 juin 2009 ne manque pas de rappeler<sup>602</sup> que les communes peuvent autoriser l'inhumation ou la crémation aux familles ne possédant pas d'acte d'enfant sans vie. Cette pratique s'étend progressivement. On peut y trouver un certain réconfort : « la société considère que ce projet de vie qui n'a pas abouti (...) a constitué un être (...) digne d'être doté (...) d'une sépulture plus honorable que la décharge publique »<sup>603</sup>.

Rendre obligatoire cette destination du cadavre amorcerait le traitement du fœtus comme un patient vis-à-vis des professionnels ainsi que d'appliquer les principes dégagés par l'affaire *Milhaud*.

---

<sup>599</sup> EDELMAN Bernard. *Ni chose ni personne : le corps humain en question*. Paris : Hermann, 2009, p. 70.

<sup>600</sup> GALLOUX Jean-Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Daloz*, 2006, p. 1200.

<sup>601</sup> AN, Rapp. au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 51), adopté par le Sénat relative à la législation funéraire, par Philippe GOSSELIN, n° 664, 30 janv. 2008 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0664.pdf> [site consulté : 21/03/2011], p. 20 : « Le minimum souhaitable serait d'appliquer aux petits corps concernés les règles de « respect, dignité et décence » que l'on veut appliquer aux cendres issues de la crémation ».

<sup>602</sup> Circ. interm. DGCL/DACS/DHOS/DGS, n° 2009-182, 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus.

<sup>603</sup> BALESTRIERO Véronique, La situation de l'enfant mort-né. *Daloz*, 1999, p. 81.



## Conclusion

Le droit encadre les conflits notamment en fixant des interdits à une personne. Il s'agit le plus souvent de veiller à l'intérêt général.

Les textes qui régissent par exemple le choix du mode de sépulture, l'interdiction de porter atteinte à la vie d'autrui, constituent un compromis entre la liberté individuelle et la santé publique. L'élaboration des lois de biéthique vise quant à elle à « protéger la science d'elle-même »<sup>604</sup> en encadrant les nouvelles avancées scientifiques. L'utilisation du mot « éthique » n'est pas anodine puisqu'« elle désigne un ensemble de préceptes de caractère moral »<sup>605</sup>. Ainsi, la loi de bioéthique définit « les conditions d'utilisation, au sein de la société française, des techniques et avancées médicales et scientifiques » et « résulte d'une prise de conscience des avantages et inconvénients (...) de la mise en œuvre de ces techniques nouvelles et puissantes »<sup>606</sup>. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 prévoyait sa révision dans les cinq ans mais dix années se sont écoulées avant que n'intervienne la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. Si la révision a mis autant de temps, c'est en raison de nouveaux progrès. La présente loi a prévu « un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur »<sup>607</sup>. Actuellement en cours de révision, elle s'attache à répondre à nouveau aux questions suscitées par les innovations médicales.

L'encadrement effectué par la loi est renforcé par l'intervention des juridictions qui s'adaptent davantage à l'évolution humaine et s'efforcent de trouver un équilibre dans l'application du droit. Ce qui est recherché est la paix. D'ailleurs, le professeur Philippe MALAURIE retient un droit pacificateur<sup>608</sup> et, pour achever notre étude, nous finissons par ses mots : « la mort, grâce au droit civil, peut s'accomplir **paisiblement** »<sup>609</sup>.

---

<sup>604</sup> ROUQUIE Sylvie, Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie. *Petites affiches*, 13 mai 1998, n° 57, p. 12.

<sup>605</sup> TERRE François et FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*. 7<sup>ème</sup> éd. Paris : Précis Dalloz, 2005, n° 18, p. 20.

<sup>606</sup> CHAPUIS F. [François], VASSAL P. et AMSTUTZ A. [Aude]. *La loi de bioéthique*. p. 123 in *Santé, société, humanité : Manuel de sciences humaines en médecine* sld FREYER Gilles et alii, Paris : Ellipses, 2010.

<sup>607</sup> Loi n° 2004-800, 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 40 I.

<sup>608</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Defrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131 : « la paix par le droit ».

<sup>609</sup> MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Defrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131.

## Bibliographie

### I. OUVRAGES GENERAUX

BINET Jean-René. *Droit médical*. Paris : Montchrestien, 2010, 533 pp. coll. « Cours », ISBN 978-2-7076-1666-1

CARBONNIER Jean, *Droit civil : Introduction. – Les personnes. – La famille, l'enfant, le couple*. Paris : Presses universitaires de France, 2004, 1496 pp. coll. « Quadriges Manuels », ISBN 2-13-054739-7

CORNU Gérard. *Droit civil : Introduction. – Les personnes. – Les biens*. 12<sup>e</sup> éd. Paris : Montchrestien, 2005, 733 pp. coll. « Domat droit privé », ISBN 2-7076-1426-2

FABRE-MAGNAN Muriel. *Introduction générale au droit : Cours et méthodologie*. Paris : Presses universitaires de France, 2009, 285 pp. coll. « Licence Droit » ISBN 978-2-13-054805-8

TERRE François et FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes. – La famille. – Les incapacités*. 7<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2005, 1382 pp. coll. « Précis. Droit privé », ISBN 2-247-04109-4

TERRE François, FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes. – La famille. – Les incapacités*. 6<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 1996, 1170 pp. coll. « Précis. Droit privé », ISBN 2-247-03626-0

### II. OUVRAGES SPECIAUX

ARNOUX Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, 575 pp., ISBN 2-86781-158-9

BAUD Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*. Paris : Seuil, 1993, 243 pp. coll. « Des travaux », ISBN 2-02-017737-4

BAUDOIN Jean-Louis. *Vie et mort de la personne : La personne en droit comparé : apparition et disparition. in La personne humaine, sujet de droit*, 4<sup>ème</sup> Journées René Savatier, Paris : Presses universitaires de France, 1994, 232 pp., ISBN 2-13-046507-2

BAUDOIN Jean-Louis et BLONDEAU Danielle. *Ethique de la mort et droit à la mort*. Paris : Presses universitaires de France, 1993, 127 pp. coll. « Les Voies du droit », ISBN 2-13-0450030

BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre. *Les grands arrêts du droit de la santé*. Paris : Dalloz, 2010, 603 pp., coll. « Grands arrêts », ISBN 978-2-247-07155-5

- BOUZON-ROULLE Agnès. *Mort*. in *Dictionnaire de la santé et de la biomédecine* sld de Philippe PEDROT, Paris : Ellipses, 2006, 476 pp. coll. « Dictionnaire de droit », ISBN 978-2-7298-2866
- CALLU Marie-France. *Le regard du droit sur la fin de vie*. p. 65-72 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010, 408 pp. coll. « Santé, qualité de vie et handicap », ISBN 978-2-8143-0033-0
- CHAPUIS F. [François], VASSAL P. et AMSTUTZ A. [Aude]. *La loi de bioéthique*. in *Santé, société, humanité : Manuel de sciences humaines en médecine* sld FREYER Gilles et alii, Paris : Ellipses, 2010, 240 pp. coll. « Sciences humaines en médecine », ISBN 978-2-7298-6038-7
- DIERKENS R. [René]. *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*. Paris : Masson, 1966, 234 pp. coll. « de médecine légale et de toxicologie médicale ».
- EDELMAN Bernard. *Ni chose ni personne : le corps humain en question*. Paris : Hermann, 2009, 143 pp. coll. « Hermann philosophie », ISBN 978-2-7056-6875-4
- GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean. *Lexique des termes juridiques*. sld de Serge GUINCHARD, 16<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2007, 699 pp., ISBN 978-2-247-07406-8
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie. *Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. Paris : L'Harmattan, 2004, 447 pp. coll. « Logiques juridiques », ISBN 2-7475-5917-3
- LABBEE Xavier. *Mort*. in *Dictionnaire de la culture juridique*, sld de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, Paris : Lamy : Presses universitaires de France, 2003, 1649 pp. coll. « Quadrige », ISBN 2-13-053936-X
- LABBEE Xavier. *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Lille : Presses universitaires de Lille, 1990, 447 pp. coll. « Sciences juridiques et sociales », ISBN 2-85939-377-3
- LEGROS Bérengère. *Le droit de la mort dans les établissements de santé*. Bordeaux : Les Etudes hospitalières, 2008, 395 pp. coll. « Tout savoir sur », ISBN 978-2-84874-073-7
- LETELLIER Philippe. *Euthanasie*. p. 96 in *ABCDaire des sciences humaines en médecine*. Coord. BAGROS Philippe et alii, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Ellipses, 2009, 298 pp. coll. « Sciences humaines en médecine », ISBN 978-2-7298-5061-6
- LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André. *Histoire du droit civil*. 2<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2010, 1617 pp. coll. « Précis Dalloz. Droit privé », ISBN 978-2-247-08567-5
- MOINE André. *Les entraves légales à la volonté de mourir*. p. 247-264 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010, 408 pp. coll. « Santé, qualité de vie et handicap », ISBN 978-2-8143-0033-0

- MOINE-DUPUIS Isabelle. *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*. Paris : LGDJ, 1997, 438 pp. coll. « Bibliothèque de droit privé », ISBN 2-275-01512-4
- MONTABORD Jean. *Euthanasie*. in *Dictionnaire de la santé et de la biomédecine* sld de Philippe PEDROT, Paris : Ellipses, 2006, 476 pp. coll. « Dictionnaire de droit », ISBN 978-2-7298-2866
- PAIN Benoît. *Mort*. p. 164-165 in *ABCDaire des sciences humaines en médecine*. Coord. BAGROS Philippe *et alii*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Ellipses, 2009, 298 pp. coll. « Sciences humaines en médecine », ISBN 978-2-7298-5061-6
- PEDROT Philippe. *Les seuils de la vie : biomédecine et droit du vivant*. Paris : Odile Jacob, 2010, 186 pp., ISBN 978-2-7381-2539-2
- PRIEUR Stéphane. *La disposition par l'individu de son corps*. Bordeaux : Les Etudes hospitalières, 1999, 453 pp. coll. « Thèses », ISBN 2-912359-25-2
- RENAUT Marie-Hélène. *Mort : approche historique* in *Dictionnaire de la santé et de la biomédecine* sld de Philippe PEDROT, Paris : Ellipses, 2006, 476 pp. coll. « Dictionnaire de droit », ISBN 978-2-7298-2866
- RIPERT Georges et BOULANGER Jean. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, 4 vol., 1067 pp.
- SAURY Robert. *L'éthique médicale et sa formulation juridique : Approche médico-juridique des grands problèmes d'Éthique, de la nécessité de la loi*. Montpellier : Sauramps médical, 1991, 155 pp., ISBN 2-84023-008-9
- TERESTCHENKO Michel. *Du bon usage de la torture : Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*. Paris : La Découverte, 2008, 215 pp. coll. « Cahiers libres », ISBN 978-2-7071-4983-1
- THIERRY Jean-Baptiste. *La légistique de l'euthanasie*. p. 321-336 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010, 408 pp. coll. « Santé, qualité de vie et handicap », ISBN 978-2-8143-0033-0
- VIALLA François. *La France peut-elle avoir légalisée l'euthanasie ?*. p. 389-402 in *La Mort et le Droit*, Mélanges [In memoriam Catherine LATINI-COURTAULT], sld de Bruno PY, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 2010, 408 pp. coll. « Santé, qualité de vie et handicap », ISBN 978-2-8143-0033-0

### III. ARTICLES DE REVUES OU DE PÉRIODIQUES

- ALT MAES Françoise, La loi sur la fin de vie devant le droit pénal. *JCP G*, 8 mars 2006, I, p. 119.

- AMIÉL P. et F. VIALLA, La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France. *RDSS*, 2009, p. 673.
- ARNAULT Alexandra, Transfert de sépulture pour motif légitime. *JCP G*, 28 juin 2010, n° 26, p. 719.
- AUBIN Emmanuel et SAVARIT-BOURGEOIS Isabelle, Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire. *AJDA*, 2009, p. 531.
- AUBY Jean-Marie, refondu par HELMLINGER Laurence, Ethique biomédicale : aspect de droit administratif. *JCl. adm.*, févr. 2006, fasc. 224
- BACACHE Mireille, Corps humain – Têtes maories. *RTD civ.*, 2010, p. 626.
- BAILLEUL David, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. – A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie. *JCP G*, juin 2005, I., p. 142.
- BAILLON-WIRTZ Nathalie, La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences en droit français. *Dr. fam.*, avr. 2007, n° 4, étude 13.
- BEIGNIER Bernard, Accompagner dans la mort. *Dr. fam.*, déc. 2008, n° 12, repère 11.
- BEIGNIER Bernard avec la collaboration de Yann PUYO, Respect et protection du corps humain. Le mort. *JCl. civ.*, mai 2007, fasc. 72.
- BEIGNIER Bernard avec la collaboration de Yann PUYO, Respect et protection du corps humain : La mort. *JCl. civ.*, mai 2007, fasc. 70.
- BEIGNIER Bernard, Constat de la mort : le critère de la mort cérébrale. *JCP G*, 23 avr. 1997, n° 17, II., p. 22830.
- BELLIVIER Florence, La filiation, la génétique et le juge : où est passé la loi ? *RTD civ.*, 1999, p. 529.
- BERGE Jean-Sylvestre, Le droit communautaire dévoyé. *JCP G*, 16 févr. 2000, I., n° 7, p. 206.
- BINET Jean-René, Pas de restitution des paillettes sur ordonnance ! : A propos de l'ordonnance des référés du TGI de Rennes du 15 octobre 2009. *JCP G*, 29 oct. 2009, p. 377.
- BINET Jean-René, Protection de la personne : principes. *JCl. civ.*, avr. 2008, fasc. 10.
- BINET Jean-René, Respect et protection du corps humain : présentation de la loi relative à la bioéthique (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004). *JCl. civ.*, févr. 2005, fasc. 5.
- BINET Jean-René, La loi relative à la bioéthique. – commentaire de la loi du 6 août 2004 : 2<sup>e</sup> partie. *Dr. fam.*, nov. 2004, n° 11, Etude 26.

- BIOY Xavier, Le statut des restes humains archéologiques. *RDP*, 1<sup>er</sup> janv. 2011, n° 1, p. 89.
- BONNARD Jérôme, La révision des lois de bioéthique. *Dalloz*, 2010, p. 846.
- BRAZEAU-LAMONTAGNE S.n [L.], Ethique et décision médicale. *La revue de médecine interne*, 2005.
- BREZILLON Stéphane, Actes de l'état civil : Actes de décès. – Etat civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance. *JCl. civ.*, avr. 2011, fasc. 20.
- BRUGGEMAN Maryline, Euthanasie : prudence est mère de sûreté. *Dr. fam.*, mars 2011, alerte 24.
- BRUGGEMAN Maryline, Droit au respect de vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux Etats. *Dr. fam.*, mars 2011, alerte 18.
- BYK Christian, Suicide digne et obligation de l'Etat. *JCP G*, 31 janv. 2011, p. 122.
- BYK Christian, Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique. *JCP G*, 11 juill. 2001, n° 28, I., p. 336.
- CALLU Marie-France, Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte ». *RTD civ.*, 1999, p. 313.
- CENAC Pierre et PEYROUX Cécile, La mort de la réserve héréditaire ?. *JCP N.*, 4 mars 2011, n° 9, p. 1092.
- CHABAULT- MARX Caroline, La frilosité du juge français face à l'insémination post mortem. *Dalloz*, 2009, p. 2758.
- CHARTIER Yves, Etat végétatif et réparation du préjudice. *Dalloz*, 1996, p. 69.
- CHEYNET DE BEAUPRE Adeline, La concession à perpétuité. *Dr. fam.*, oct. 2006, Etude 42, n° 24.
- CHEYNET de BEAUPRE, Vivre et laisser mourir. *Dalloz*, 2003, chron. p. 2980.
- CHIOCCARELLO Amélie, L'absence de statut des prélèvements humains révèle l'impuissance du droit lors de l'utilisation des éléments et produits du corps humain. *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2010 n° 16, p. 40.
- COELHO José, Brefs propos sur le don d'organes thérapeutiques. *AJ fam.*, 2007, p. 308.
- COELHO José, Droits des malades et fin de vie : une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine. *Gaz. Pal.*, 23 mars 2006, n° 82, p. 13.
- CORNU Marie, Le corps humain au musée, de la personne à la chose. *Dalloz*, 2009, p. 1907.

- CORPART Isabelle, Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement – Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. *Dr. fam.*, juin 2005, Etude 14.
- CORPART Isabelle, Décès périnatal et qualification juridique du cadavre. *JCP G*, 28 sept. 2005, n° 39, I., p. 171.
- COSTE-FLORET Paul, La greffe du cœur devant la morale et devant le droit. *RSC*, 1969, p. 799.
- CROZE Hervé, Euthanasie et devoir de vivre. *JCP G*, 30 avr. 2008, act. 299.
- DEFFERRARD Fabrice, Mort, blessures graves et disparition suspectes. *JCl. proc. pén.*, 2005, fasc. 20.
- DELAGE Pierre-Jérôme, Respect des morts, dignité des vivants. *Dalloz*, 2010, p. 2044.
- DEMAY DE GOUSTINE Patrick, Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre. *RDSS*, 1997, p. 524.
- DREIFUSS-NETTER Frédérique, Bioéthique et droit des usagers du système de santé. *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23.
- DURRIEU DIEBOLT Carine, Le moment de la mort. *AJ fam.*, 2004, p. 120.
- DUTRIEUX Damien, Opérations funéraires. *JCl. coll. terr.*, mai 2009, fasc. 717.
- EDELMAN Bernard, « Mort à crédit ». *Dalloz*, 2009, p. 2019.
- ERSTEIN Lucienne, Le choix du mode de sépulture peut faire l'objet de restrictions dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics. *JCP G*, 12 avr. 2006, n° 15, II., p. 10059.
- FABRE-MAGNAN Muriel. *Introduction générale au droit : Cours et méthodologie*. Paris : Presses universitaires de France, 2009, p. 149.
- FABRE-MAGNAN Muriel, Le domaine de l'autonomie personnelle. *Dalloz*, 2008, p. 31.
- FORT-CARDON, 1° Médecine-Chirurgie. – Prélèvements d'organes. L. n° 76-1181, 22 décembre 1976, art. 2. D. n° 78-501, 31 mars 1978, art. 8 à 11. Prélèvement sur le cadavre d'un mineur. Détermination de la cause du décès. Consentement exprès (non). Absence d'opposition (oui). Responsabilité de l'assistance publique (non). 2° Responsabilité de la puissance publique. – Hôpitaux. Prélèvements d'organes. Prélèvement sur le cadavre d'un mineur. Fins thérapeutiques ou scientifiques. Absence d'opposition (oui). Responsabilité (non). *JCP G*, 1990, II., n° 10, p. 21421
- GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Dalloz*, 2007, p. 1102.
- GALLOUX Jean-Christophe et GAUMONT-PRAT Hélène, Droits et libertés corporels. *Dalloz*, 2006, p. 1200.

- GALLOUX Jean-Christophe, De corpore jus. *Petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.
- GHEZA Marc, Essai de déconstruction juridique du droit à la mort. *RDSS*, 2008, p. 1071.
- GOBERT Michelle, La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000). *Petites affiches*, 8 déc 2000, n° 245, p. 4.
- GOUSTINE, Patrick de, La détermination de la mort en droit positif. *RDSS*, 1990, p. 595.
- GRIDEL Jean-Pierre, L'individu juridiquement mort. *Dalloz*, 2000, p. 266-6.
- HAUSER Jean, Actes d'enfant sans vie : retour à la case départ ?. *RTD civ.*, 2010, p. 75.
- HAUSER Jean, La mort en ce jardin. *RTD civ.*, 2009, p. 501.
- HAUSER Jean, Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information. *RTD civ.*, 2000, p. 291.
- HAUSER Jean, L'enfant souvenir. *RTD civ.*, 1995, p. 873.
- HAUSER Jean, Le siècle des espérances congelées a droit à ses catégories juridiques. *RTD civ.*, 1994, p. 579.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, La responsabilité à raison d'une contamination post-transplantationnelle : un choix de politique jurisprudentielle. *RDSS*, 2008, p. 519.
- HOCQUET-BERG Sophie, Le texte sur la fin de vie : une loi pour les malades ou... pour les médecins ?. *Responsabilité civile et assurances*, mai 2005, alerte 47.
- JULIEN Jérôme, La dernière demeure... *Dr. fam.*, sept. 2004, n° 9, étude 21.
- KLEITZ Clémentine, Euthanasie : le libre choix... des Etats. *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, n° 27, p. 3.
- LABBEE Xavier, Respect et protection du corps humain : l'enfant conçu. – Généralités. *JCl. civ.*, avr. 2011, fasc. 50.
- LABBEE Xavier, Sacré cadavre. *JCP G*, 21 févr. 2011, n° 8, p. 197.
- LABBEE Xavier, Souviens-toi que tu es poussière : à propos de la loi du 19 décembre 2008. *JCP G*, 21 janvier 2009, n° 4, act. 34.
- LABBEE Xavier, Respect et protection du corps humain. *JCl. Civ. Code*, 2006, Fasc. 52.
- LABBEE Xavier, La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels. *Dalloz*, 2005, p. 930.
- LABBEE Xavier, La dépouille mortelle est une chose sacrée. *Dalloz*, 1997, p. 376.



- LABBEE Xavier, Dépôt de sperme auprès d'un CECOS : licéité de la convention et respect de la volonté du déposant décédé quant à la réutilisation de la semence. *Dalloz*, 1992, p. 61.
- LAMARCHE Marie, Critères de la mort et prélèvement d'organes. *Dr. fam.*, déc. 2008, n° 12, alerte 94.
- LEGOUX Alain, Actes de l'état civil. *Gaz. Pal.*, 14 févr. 2008, n° 45, p. 3.
- LOISEAU Grégoire, De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales. *Dalloz*, 2010, p. 2750.
- LOISEAU Grégoire, Mortuorum corpus : une loi pour le respect. *Dalloz*, 2009, p. 236.
- LOISEAU Grégoire, Pour un droit des choses. *Dalloz*, 2006, p. 3015.
- MALAURIE Philippe, Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. *Deffrénois*, 30 sept. 2005, art. 38228, n° 18, p. 1385.
- MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Droit civil : Les personnes, les incapacités. *Deffrénois*, 2003, n° 9.
- MALAURIE Philippe, Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?. *Deffrénois*, 30 sept. 2002, art. 37598, n° 18, p. 1131.
- MANAOUIL Cécile, La nouvelle législation concernant les prélèvements d'organes à visée thérapeutique et à visée scientifique. *Petites affiches*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 43.
- MARGUENAUD Jean-Pierre, La liberté d'expression nécrophage. *RTD civ.*, 2007, p. 732.
- MARRION Bertrand, Exposition Our Body : corps ouverts mais expo fermée. *JCP G*, 13 déc. 2010, p. 1239.
- MASSIP Jacques, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008. *Deffrénois*, 15 nov. 2008, n° 19, p. 2148.
- MATEI Mihaela, L'insémination artificielle post mortem ou lorsque le désir d'enfant devient un problème bioéthique. *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2010, n° 16, p. 27.
- MEAU-LAUTOUR Huguette, La transmission patrimoniale à cause de mort. *Dalloz*, 2000, p. 266-14.
- MELIN François, Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français ?. *Deffrénois*, 30 nov. 2004, art. 38055, n° 22, p. 1523.
- MESMIN Olivier, Le consentement en matière de prélèvement d'organe sur une personne morte. *RDSS*, 2001, p. 690.
- MICHEL Jérôme, Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort. *Dalloz*, 2005, p. 1742.

- MILLET Jean-Frédéric, Conservation des corps et respect des dernières volontés. *AJDA*, 2003, p. 1871.
- MIRKOVIC Aude, Le transfert d'embryon post mortem : comment sortir de l'impasse ?. *Dr. fam.*, juin 2009, Etude 23.
- MOREAU Jacques, Les médecins qui procèdent à la transfusion d'un patient en vue de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. *JCP G*, 6 févr. 2002, II., p. 10025.
- MOREAU-DAVID Jacqueline, Approche juridique du droit de la mort. *Dalloz*, 2000, p. 266-1.
- MURAT Pierre, en collaboration avec CIMAR Laurence, Respect et protection du corps humain : assistance médicale à la procréation. - Accès. *JCl. civ.*, mars 2007, fasc. 40.
- NEIRINCK Claire, Les transferts d'embryons post mortem avant les lois bioéthiques. *JCP G*, 26 juill. 1995, n° 30, II., p. 22472.
- PARICARD Sophie, Le dépistage systématique du VIH : une évolution majeure proposée par la Haute Autorité de santé. *RDSS*, 2010, p. 299.
- PEDROT Philippe, Contrats et Obligations. *JCP G*, 11 mars 1992, II, p. 21807.
- PIERROUX Emmanuèle, « Our Body, à corps ouvert », l'exposition fermée. *Gaz. Pal.*, 28 mai 2009, n° 148, p. 2.
- POIROT-MAZERES Isabelle, « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public » : Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation. *Dr. adm.*, juill. 2006, Etude 13, n° 18.
- POPU Hélène, Une ami : porte-parole des dernières volontés du défunt. *Defrénois*, 30 août 2009, art. 38976, n° 14, p. 1475.
- POPU Hélène, La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né. *Defrénois*, 15 juill. 2008, n° 13, p. 1443.
- POPU Hélène, Le respect des dernières volontés – De l'organisation des funérailles à la cryogénéisation. *Defrénois*, 30 nov. 2005, art. 38273, n° 22, p. 1770.
- PRIEUR Stéphane, L'organisation des funérailles de l'individu décédé : quelle « personne de confiance » pour y pourvoir en l'absence de volonté exprimée ?, *Petites affiches*, 25 sept. 2009, n° 192, p. 6.
- PROTHAIS Alain, Accompagnement de la fin de vie et droit pénal. *JCP G*, 28 avr. 2004, I., p. 130, Etude n° 18.
- PUIGELIER Catherine, Qu'est-ce qu'un droit à la vie ?. *Dalloz*, 2003, p. 2781.

- PUYBASSET Louis, Faut-il légaliser l'euthanasie ?. *Dalloz*, 2007, p. 1328.
- PY Bruno, Contestation de la date de la mort figurant dans un acte de décès. *Petites Affiches*, 23 févr. 2001, n° 39, p. 14.
- RAVILLON Laurence, Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique. *RDSS*, 1999, p. 191.
- RAYMONDIS, Problème juridique d'une définition de la mort. A propos des greffes d'organes. *RTD civ.*, 1969, p. 29.
- ROME Félix, Fin de vie : toujours plus ?. *Dalloz*, 2007, p. 785.
- ROUQUIE Sylvie, Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie. *Petites affiches*, 13 mai 1998, n° 57, p. 12.
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, Droit de la famille. *JCP G*, 15 juin 1994, n° 24, I., p. 3771.
- SAISON-DEMARS Johanne, Droits des personnes malades et autres usagers du système de santé. *JCl. adm.*, 2007, fasc. 229-50, n° 9.
- SAVATIER Jean, Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui. *Petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.
- SAURY Robert, *L'éthique médicale et sa formulation*, juridique Sauramps, 1991, p. 118.
- SAUVAGE François, Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006. *JCP N.*, 18 juill. 2008, n° 29, p. 1248.
- SERPILLON François, *Code criminelle ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*. Lyon : 1784, Partie III, Titre XXII, art. 1, p. 959.
- SIROUX Danièle, Commentaire de la « Contribution du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine aux débats préparatoires à la révision de la loi bioéthique. *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2008, n° 365, p. 31.
- TCHAGUINE Bertrand de, Actes de l'état civil : Actes de décès. – Permis d'inhumer. – Funérailles. – Sépultures. *JCl. civ.*, mai 2001, fasc. 5.
- TERRASSON DE FOUGERES Aline, La résurrection de la mort civile. *RTD civ.*, 1997, p. 893.
- THOUVENIN Dominique, La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. *Dalloz*, 2005, p. 116.

#### IV. PRESSE

BEAUVOIR Charlotte de et REJU Emmanuelle, « Dossier. Débat éthique. Questions troublantes autour d'une macabre découverte. La découverte de 351 corps de fœtus ou d'enfants mort-nés à l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul (Paris) soulève de nombreuses interrogations. Le premier ministre a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative et d'une enquête judiciaire. Des parents racontent la difficulté à faire le deuil. », *La Croix*, 4 août 2005, p. 3

BRY Hélène, « Des centaines de fœtus conservés des années à l'hôpital Saint-Antoine », *Le Parisien*, 1 nov. 2006, p. 9

CHARRETTE Laurence de, « Une pratique qui vient d'être légalisée aux Pays-Bas et qui suscite de nombreuses interrogations en France. – Le débat sur l'euthanasie relancé », *Le Figaro*, 12 avr. 2001

CHARTIER Sophie, « Paix à nos cendres », *L'Express*, 25 mai 2006, n° 2864, p. 88

DEFRANCE Anne-Lise et NAU Jean-Yves, « 351 fœtus et enfants mort-nés découverts dans un hôpital parisien », *Le Monde*, 4 août 2005, p. 4

DELLAA Yasmina, « Renaître de ses cendres en bijou de famille ; Décès. Une société suisse transforme les morts en diamants », *Libération*, 22 juin 2006, n° 7813, p. 18

ECOIFFIER Matthieu, « 351 fœtus et enfants mort-nés en stock à la maternité ; Des enquêtes lancées après une macabre découverte à Saint-Vincent-de-Paul, à Paris », *Libération*, 3 août 2005, n° 7537, p. 10

ENDERLIN Serge, « En Suisse, pas d'interdit sur le suicide assisté », *Libération*, 25 mars 2008, p. 4

KOVACS Stéphane, « Après les Pays-Bas, la Belgique vient d'autoriser une pratique qui reste interdite en France et en Grande-Bretagne. – L'euthanasie gagne du terrain en Europe », *Le Figaro*, 11 oct. 2002

NAU Jean-Yves, « La peau des bébés », *Le Monde*, 4 nov. 1987, p. 21

SAHEB ETTABA Selim, « Les cendres funéraires devront laisser leur adresse », *Agence France presse*, 22 juin 2006

VERGUEY Ean-Charles, « Abréger les souffrances », *L'Est Républicain*, 31 oct. 2010, p. 43

#### V. ADRESSES INTERNET

Académie nationale de médecine

[www.academie-medecine.fr](http://www.academie-medecine.fr)

Agence de la biomédecine

[www.agence-biomedecine.fr](http://www.agence-biomedecine.fr)

Assemblée nationale

[www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)  
Association française d'information funéraire  
[www.afif.asso.fr/](http://www.afif.asso.fr/)  
Comité consultatif national d'éthique  
[www.ccne-ethique.fr](http://www.ccne-ethique.fr)  
Cour de cassation  
[www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)  
Cour européenne des droits de l'homme  
[www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_FR](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR)  
La documentation française  
[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)  
Le service public de l'accès du droit  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)  
Sénat  
[www.senat.fr](http://www.senat.fr)

## **VI. AUTRES SOURCES**

Entretien rapide avec Monsieur Vincent APARICI, responsable Grand Sud de l'Association pour le développement et l'innovation en cardiologie, lors de la Conférence sur le don d'organes, le 14 avr. 2011, à 18h 45, tenue à la Faculté de médecine, à Marseille.

Entretien avec le Docteur Jean-Christian COLAVOLPE, praticien hospitalier, Coordination prélèvements et greffes à l'Hôpital de La Timone, à Marseille, le 14 juin 2011 à 9h.

## Table des illustrations

ILLUSTRATION 1 ECHELLE DE GLASGOW .....	15
ILLUSTRATION 2 CHIFFRE DES PRELEVEMENTS SUR SUJETS EN ETAT DE MORT ENCEPHALIQUE .....	21
ILLUSTRATION 3 EXEMPLE DE DIRECTIVE ANTICIPEE PAR L'ASSOCIATION POUR LE DROIT DE MOURIR DANS LA DIGNITE .....	36-37

**Illustration 1**  
**Echelle de Glasgow**

**Illustration 2**  
**Chiffre des prélèvements sur sujet en état de mort encéphalique**



**Illustration 3**  
**Exemple de directive anticipée par l'Association pour le droit de mourir dans la dignité**

# Table des matières

Remerciements .....	6
Sigles et abréviations utilisés.....	7
Sommaire .....	9
Introduction .....	10
<b>PARTIE 1 – LA MORT ET LA PERSONNE .....</b>	<b>13</b>
CHAPITRE 1 – LA DELIMITATION DE LA MORT .....	13
Section 1 : La perception remaniée de la mort .....	14
§ 1 : L’aspect de la mort modifié .....	14
§ 2 : L’émergence du concept de mort cérébrale.....	16
Section 2 : L’élaboration juridique subtile de nouveaux critères de la mort.....	18
§ 1 : L’adoption des critères de la mort cérébrale .....	18
§ 2 : Le réaménagement du constat traditionnel de la mort.....	21
CHAPITRE 2 – L’HUMANISATION DE LA MORT .....	25
Section 1 : La remise en cause de l’interdiction de donner la mort .....	26
§ 1 : Une interdiction européenne nuancée .....	26
§ 2 : Une interdiction nationale fragile.....	30
Section 2 : La réappropriation personnelle de la mort .....	34
§ 1 : L’abandon d’une approche curative des soins.....	34
§ 2 : L’administration du traitement à « double effet » .....	39
<b>PARTIE 2 – LA MORT ET LE CADAVRE .....</b>	<b>43</b>
CHAPITRE 1 – LA PROTECTION DU CADAVRE .....	43
Section 1 : Une protection notable .....	44
§ 1 : Le respect du corps humain.....	44
§ 2 : La stabilité de la sépulture .....	49
Section 2 : Une protection limitée .....	52
§ 1 : L’atteinte autorisée.....	52
§ 2 : L’atteinte prohibée.....	57
CHAPITRE 2 – LA DESTINATION DU CADAVRE.....	63
Section 1 : Un développement modéré du culte de la mort .....	63
§ 1 : La tradition dans le choix du culte de la mort .....	63
§ 2 : La restriction dans le choix du culte de la mort.....	67
Section 2 : Une exploitation de la mort .....	70
§ 1 : L’intérêt culturel .....	71
§ 2 : L’intérêt scientifique.....	76
Conclusion.....	80
Bibliographie.....	81
Table des illustrations.....	93
Table des matières .....	97

## Résumé

Notre société contemporaine a évolué au gré du développement des techniques scientifiques, innovées constamment par l'être humain. La reconnaissance juridique du don d'organes, l'interdiction de l'euthanasie sont autant d'exemples récents démontrant une relation complexe entre le droit et la mort. Le chercheur se trouve ici confronté à des questions dépassant l'élaboration normative puisqu'elles intéressent également l'éthique. Les conflits qui se traduisent par des recours devant les juridictions mettent au défi le juge de trouver un équilibre entre science et autonomie personnelle, dans les zones d'incertitude entre la vie et la mort ainsi que la recherche des désirs exprimés par le mourant et l'ordre public.

L'ouvrage vise à dégager une réflexion intéressante les contours de la mort. Afin d'introduire l'étude du contentieux de la mort tel qu'il est aujourd'hui, il présente une analyse approfondie sur la personne humaine et le cadavre.

Mots-clé : Constat de la mort, contestation, bioéthique, don d'organes, volonté, cadavre, coma dépassé, procréation, sépulture, respect, stabilité, cendre, inhumation, crémation, euthanasie, droit à la mort.

### Abstract

#### The death's contentious

Our contemporary society is changing according to the development of scientific technology, constantly innovated by the human person. The legal acknowledgment of the transplant organ, the ban of the euthanasia are so much recent examples demonstrating a complex connection between right and death. Researcher is confronted to some questions exceeding the normative elaboration because they also concern the ethic. The disputes, which result of the legal action at the courts, challenge judges to reach a balance between advances in science and personal autonomy in the uncertainty zones between life and death and so the research of wishes expressed by the dying.

This work aims at bringing out a reflection on the outline of death. In order to introduce the current study of the death's contentious, it presents a detailed analysis on the human person and the corpse.

Key words : Certified of the death, dispute, bioethic, transplant organ, wishes, corpse, irreversible coma, procreation, grave, respect, stability, ash, burial, cremation, euthanasia, right to the death.