La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort

Lisa Carayon

▶ **To cite this version:**

Lisa Carayon. La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français. NNT : 2016PA01D070 . tel-01798538

HAL Id: tel-01798538
https://theses.hal.science/tel-01798538

Submitted on 23 May 2018

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 PARIS 1 – PANTHÉON-SORBONNE

École de Droit de la Sorbonne

La catégorisation des corps

Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteure en droit privé,

présentée et soutenue publiquement par :

Lisa CARAYON

Le 12 décembre 2016, à Paris.

Sous la direction de :

Monsieur Grégoire LOISEAU

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Membres du Jury :

Madame Annick BATTEUR

Professeure à l'Université de Caen

Madame Adeline GOUTTENOIRE

Professeur à l'Université Bordeaux IV (rapporteur)

Madame Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ

Professeure à l'Université Paris Ouest-Nanterre (rapporteure)

Madame Anne-Marie LEROYER

Professeure à l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne

Madame Christine NOIVILLE

Directrice de recherche – CNRS

UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON-SORBONNE

École de Droit de la Sorbonne

La catégorisation des corps

Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteure en droit privé,

présentée et soutenue publiquement par :

Lisa CARAYON

Le 12 décembre 2016, à Paris.

Sous la direction de :

Monsieur Grégoire LOISEAU

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Membres du Jury :

Madame Annick BATTEUR

Professeure à l'Université de Caen

Madame Adeline GOUTTENOIRE

Professeur à l'Université Bordeaux IV (rapporteur)

Madame Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ

Professeure à l'Université Paris Ouest-Nanterre (rapporteure)

Madame Anne-Marie LEROYER

Professeure à l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne

Madame Christine NOIVILLE

Directrice de recherche – CNRS

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteure.

À ma mère pour être sûre de moi, depuis toujours.

À ma tante qui sait l'importance du juste mot.

À ceux dont j'aurais aimé qu'ils voient l'aboutissement de ce travail : mes grands-parents, Jennifer.

Remerciements

Mes sincères remerciements vont tout d'abord à mon directeur, M. le professeur Grégoire Loiseau, pour son soutien et ses encouragements constants tout au long de ces années de thèse.

Mes plus vifs remerciements vont ensuite à Mesdames les Professeures Annick Batteur, Adeline Gouttenoire, Stéphanie Hennette-Vauchez, Anne-Marie Leroyer et Madame la Directrice Christine Noiville pour me faire l'honneur de siéger dans mon jury de soutenance.

Merci à tous les personnels chargés de la documentation, en bibliothèque comme en juridictions, sans lesquels la recherche ne serait pas possible.

Merci, du fond du cœur, à mes compagnes de toutes ces années, auxquelles ce travail doit tant : à Julie pour sa rigoureuse sensibilité, à Marie pour sa sensible rigueur.

Merci à ceux et celles qui, par leurs relectures, par leurs conseils et par nos échanges, ont grandement contribué à cette étude : Bérénice, Clément, Jérémy, Laurence, Louise, Max.
Et aussi, dans leurs domaines respectifs, à Charles, Héloïse, Florian, Marion, Marylin, Victor, Xavier.

J'exprime toute mon amitié à ceux et celles qui ont partagé mon quotidien durant l'élaboration de cette thèse. Par votre présence, l'Université, les bibliothèques, furent des lieux de vie autant que de travail : Sophie, Julien, Alicia, David, Romain, Elsa B., Elsa F., Laurie, Lola et tous les autres. Merci, pour leur accueil si généreux, à tous les membres du CRDS.

Mes pensées les plus sincères vont à toutes celles et ceux grâce auxquels ces années furent des moments d'émulation intellectuelle collective et de rencontres particulières : les membres des groupes de recherche *REGINE*, *Masculinités* et *Concurrence normative* ; les non-membres du séminaire de théorie du droit et spécialement Messieurs Jeuland et Verkindt ; les membres du Centre Crépeau de l'Université Mc Gill et, bien sûr, tous les membres du CECC.

Un salut de camaraderie à tous ceux et celles qui ont partagé mes engagements.
À mes amis, pour chaque instant partagé.
À Alexandre, pour nos rires quotidiens.

Liste des abréviations

Les numéros des décisions renvoient aux numéros de pourvois pour la Cour de cassation, aux numéros de requêtes pour le Conseil d'État et la Cour EDH, aux numéros au répertoire général pour les décisions du fond.

A
act. = actualité·s
AJDA = *Actualité juridique du Droit administratif*
AJCT = *Actualité juridique des collectivités territoriales*
AMP = Assistance médicale à la procréation
AN = Assemblée nationale
arr. = arrêté
art. = article
art. cit. = article cité (article du même auteur cité précédemment)

B
BO = Bulletin officiel

C
c. = contre
CA = Cour d'appel
CAA = Cour administrative d'appel
CASF = Code de l'action sociale et des familles
Cass. = Cour de cassation
C. av. civ. = Code de l'aviation civile
C. civ. = Code civil
CCNE = Comité consultatif national d'éthique
CE = Conseil d'État
C. éd. = Code de l'éducation
CEDH = Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. env. = Code de l'environnement
C. for. = Code forestier
CGCT = Code général des collectivités territoriales
CGPPP = Code général de la propriété des personnes publiques
chron. = chronique
cit. = cité·e
circ. = circulaire
Civ. = chambre civile
CJA = Code de la justice administrative
CJM = Code de la justice militaire
C. mon. fin. = Code monétaire et financier
COJ = Code de l'organisation judiciaire
coll. = collection
comm. = commentaire
Comp. = comparer
coord. = coordination
Cour / Comm. EDH = Cour /commission européenne des droits de l'Homme
C. patr. = Code du patrimoine
CPCE = Code des procédures civiles d'exécution
C. pén. = Code pénal
CPM = Code des pensions militaires et des victimes de la guerre
C. proc. pén = Code de procédure pénale
CRI = compte-rendu intégral
Crim. = chambre criminelle
C. rur. = Code rural et de la pêche maritime
CSP = Code de la santé publique
CSS = Code de la sécurité sociale
Cour d'ass. = Cour d'assises
Cour EDH = Cour européenne des droits de l'Homme

D
D. = Recueil Dalloz
dactyl. : dactylographié·e
déc. = décision
décr. = décret
dir. = direction
doctr. = doctrine
Dr. adm = Droit administratif
Dr. fam. = Droit de la famille

E
éd. = édition·s

G
Gaz. Pal. = La Gazette du Palais

I
ibid. = ibidem (dans le même, même référence que précédemment)
ICOM = *International Consil of Museums* (Conseil international des Musées)
IGA = Inspection générale de l'administration
IGAS = Inspection générale des affaires sanitaires
IGEC = instruction générale de l'état civil
IGESR = Inspection générale de l'enseignement supérieur et de la recherche
IMG = Interruption médicale de grossesse
IR = informations rapides

IVG = Interruption volontaire de grossesse

J
*JCP G. /A. /N./*S.= *La Semaine juridique édition générale / Administration et collectivités territoriales / notariat / social*
JIB = Journal international de bioéthique
JO(RF/AN) = Journal officiel (de la République française/édition Assemblée nationale)
jurisp. = jurisprudence

L
L. = loi
LPA = *Les Petites Affiches*

M
minist. = ministériel·le
Minist. Int. = Ministère de l'Intérieur

N
n° = numéro
not. = notamment
nbp = note de bas de page

O
obs. = observations
Op. cit. = Opus citatum (dans l'ouvrage cité précédemment)
ord. = ordonnance

P
p. = page
pan. = panorama
préc. = précité·e
PUAM = Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUL = Presses de l'Université de Laval
PULIM = Presses universitaires de Limoges
PUR = Presses universitaires de Rennes

R
RDC = Revue des contrats
RD publ. = Revue du droit public
RDSS = Revue de droit sanitaire et social
RDUS = Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
ref. = référé
rép. : réponse
req. = requête
Rev. crit. DIP = Revue critique de droit international privé.
RFA = République fédérale d'Allemagne
RFDA = Revue française de droit administratif
RGDM = Revue générale de droit médical
RIEJ = Revue interdisciplinaire d'études juridiques.
RJPF = Revue juridique Personne et Famille
RLDC = Revue Lamy droit des collectivités
RLDI = Revue Lamy droit de l'immatériel
RRJ = Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSC = Revue de sciences criminelles
RTD civ./eur. = Revue trimestrielle de droit civil / européen
RU = Royaume-Uni

S
s. = suivant·es
Spéc. = spécialement

T
t. = tome
TA = Tribunal administratif
TGI = Tribunal de grande instance
th. = thèse
Trib. civ. = Tribunal civil
Trib. corr. = Tribunal correctionnel
TUE = Traité sur l'Union européenne

V
vol. = volume

Avertissement :

Il aurait été préférable de bilatéraliser la rédaction de ce travail afin, notamment, de ne pas dissimuler la place des femmes dans l'élaboration et l'étude du droit.

Nous y avons renoncé par facilité de lecture mais l'usage du masculin comme neutre doit être lu ici comme recouvrant les deux genres.

Sommaire

Partie 1

L'inutile recherche de la qualification des corps

Titre 1 Les flottements du droit positif

Titre 2 Les errements de la doctrine

Partie 2

L'indispensable étude de la hiérarchisation des corps

Titre 1 Identifier les hiérarchisations

Titre 2 Remédier aux hiérarchisations

« Tâchons d'entrer dans la mort les yeux ouverts… »

Marguerite YOURCENAR

Mémoires d'Hadrien

Introduction

1. « *Le langage est une législation* »[1]. Que dire alors du droit sinon qu'il est doublement normatif, par sa qualité discursive et par sa fonction sociale ? C'est sur cette conception du droit qu'est construite cette étude et il convient de s'en expliquer en exposant son objet **(§1)**, son sujet **(§2),** et la démarche suivie pour son élaboration **(§3)**.

§1. Objet de l'étude : les corps humains avant la naissance et après la mort

2. Cette étude porte sur les corps humains avant la naissance et après la mort. Ces objets particuliers méritent d'être brièvement définis avant de présenter les raisons qui ont conduit à les choisir.

3. La notion de corps humain ne fait pas l'objet d'une définition juridique précise. Non pas que les termes de « corps » ou d'« humain » soient inconnus du droit, mais leur usage semble le plus souvent renvoyer à des notions extra-juridiques, en particulier biologiques et médicales. L'humain est ce qui est *biologiquement humain* ; le corps est un organisme organisé, considéré dans sa globalité. Si ces rudiments de définition ne sont évidemment pas incontestables, ils déterminent, à grands traits, l'objet de cette étude ; excluant les corps des animaux[2] ainsi que les éléments humains détachés du corps, notamment les organes[3].

4. Parmi ces corps, nous avons choisi de nous intéresser uniquement à ceux qui ne sont pas nés et à ceux qui sont déjà morts. Là encore, la détermination des limites de l'étude délicate et partiellement extra-juridique. En effet, si le droit prévoit, par l'établissement des actes de

[1] R. BARTHES, *Leçon*, Seuil, 1978, p. 12.

[2] Le terme est entendu ici dans un sens juridique qui l'oppose à l'être humain (v. art. 515-14 C. civ.). Au sens biologique l'être humain est évidemment une espèce animale. Nous nous attacherons également à titre principal aux corps des humains, au sens biologique, et non à tous ceux des espèces d'hominidés même si nous soulignerons les limites de cette distinction (v. *infra n°* 452).

[3] Il pourra arriver que soit étudié le droit applicable aux éléments détachés du corps dans la mesure où il concerne l'atteinte à l'intégrité du corps mort. V. not. *infra* n° 151 sur la question des autopsies. Le régime des cellules-souches ne sera pas formellement étudié, non pas, comme l'évoque D. MEHL, par « *gymnastique linguistique* » consistant à « *débaptiser l'embryon dans les tous premiers instants de son existence pour ne parler que de "cellules souches", afin de permettre une petite ouverture à la recherche sur l'embryon sans pour autant le désacraliser* » (« L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie*, M. IACUB et al., La Découverte, 2001, p. 60), mais parce qu'en l'état actuel du droit français les cellules-souches utilisées par la recherche proviennent d'embryons surnuméraires issus de procédures d'AMP, nous choisissons donc de concentrer notre études sur ceux-là.

naissance[4] et des actes de décès[5], des éléments de preuve de la naissance et de la mort, il n'en établit pas formellement les critères.

La naissance n'est pas définie par le droit : l'établissement d'un acte de naissance est purement déclaratif. Aucune preuve médicale n'est nécessaire à l'enregistrement d'un enfant à l'état civil, sauf, paradoxalement, si cet enfant est décédé avant la déclaration[6]. On admettra alors une conception extra-juridique de notre objet. La naissance sera, au sens large, la séparation du corps de la femme ayant procédé à la gestation et donnant lieu à une vie indépendante de celle-ci.

De la même façon, la preuve juridique de la mort ne nécessite pas, à strictement parler, d'évaluation médicale : l'établissement de l'acte de décès relève également de la simple déclaration[7], même si la fermeture du cercueil[8] nécessite, elle, une constatation médicale[9]. Il a abondamment été affirmé que le droit a, au cours du dernier siècle, accueilli une définition de la mort moins déterminée par l'activité cardiaque et circulatoire que par l'activité cérébrale[10]. Notons bien, cependant, que la définition de la mort établie par le Code de la santé publique[11] ne s'applique théoriquement qu'au constat de la mort en vue d'un prélèvement d'organes[12]. À n'en point douter, cette position participe cependant d'une évolution globale de la perception de la mort qui incite à considérer, même hors de ce cas particulier, qu'elle correspond à l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales[13].

5. Une fois admis que les premières frontières de notre objet, naissance et mort, connaissent une définition plus factuelle que juridique, il faut s'interroger sur les limites

---

[4] Art. 55 et s. C. civ.
[5] Art. 78 et s. C. civ.
[6] Art. 79-1 C. civ.
[7] Art. 78 C. civ. Ceci est confirmé par l'Instruction générale de l'état civil, n° 424 : « *l'acte de décès peut être dressé aussitôt la déclaration effectuée et sans attendre que le certificat de décès* […] *ait été établi par un médecin* » (*État civil. Instruction générale annotée et actualisée,* éd. 2012, Pédagofiche).
[8] Un certificat médical est également nécessaire à la réalisation de soins de conservations sur le corps (art. R. 2213-2-2 CGCT). Mais, par exemple, les opérations de moulages ne nécessitent que le respect d'un délai de vingt-quatre heures depuis la déclaration de décès (art. R. 2213-5 CGCT).
[9] Art. L. 2223-42 CGCT.
[10] Pour un exposé détaillé de l'évolution de la notion v. St. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps,* coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, p. 73 et s. Pour des résumés v. par ex. V° *Mort,* in *Dictionnaire de droit de la santé et de biomédecine*, Ph. PEDROT (dir.), Ellipses, 2006 ; M. CAUSSANEL et Y. LAMBERT, *Mort (diagnostic)*, in *Dictionnaire des sciences criminelles*, G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004, p. 637.
[11] Art. R. 1232-1 CSP.
[12] Civ 1re, 19 oct. 1999, n° 97-19845 : *RTD civ.* 2000, 79, note J. HAUSER.
[13] V. CE 2 juill. 1993, n° 124960 : *JCP G.* 1993.II.22133, note P. GONOD ; *D.* 1994.100, note J.-M. PEYRICAL ; *RTD civ.* 1993.805, note J. HAUSER ; *RFDA*, 1993.1002, concl. D. KESSLER ; *D.* 1994, chron., p. 352, note G. LEBRETON. Civ 1re, 7 janv. 1997, n° 94-20135 : *JCP G.* 1997.II.22830, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 1997.393, note J. HAUSER. Précisément sur la mort encéphalique v. G. DHONNEUR et M.-CL. JOUAN, V° *Mort encéphalique,* in *Dictionnaire des sciences criminelles*, *op. cit.*, p. 639.

apportées à la notion même de corps. À partir de quand et jusqu'à quand peut-on parler de corps humain ? Ici aussi, le choix opéré correspond à la fois à des critères juridiques et à des éléments sociaux.

Le corps humain semble protégé, en tant que tel, par le droit dès la conception[14] c'est-à-dire dès la fécondation de l'ovocyte[15]. Dès lors, et sans se prononcer sur la pertinence de cette protection ou des nuances qu'elle connaît, nous inclurons donc l'embryon dans notre étude dès cet instant. Se pose cependant la question de savoir quelle terminologie utiliser pour le désigner. L'expression « corps humain avant la naissance » est parlante, cependant, elle porte en elle un présupposé : que le corps *naîtra* ou du moins qu'il est *destiné à naître*. Nous ne nous interdirons pas, par facilité rédactionnelle, d'utiliser cette formulation[16] mais soulignons qu'elle ne saurait indiquer que nous considérons que tout ovocyte fécondé *devrait* être placé dans des circonstances propres à conduire à sa naissance[17]. Par simplicité, nous utiliserons principalement les termes d'« embryon » ou de « corps embryonnaire » et ce quel qu'en soit le stade de développement. En effet, on admettra, avec Florence BELLIVER, que la distinction entre « embryon » et « fœtus » est largement arbitraire[18] et c'est donc tout aussi discrétionnairement que nous choisissons le terme d'embryon pour désigner tout corps humain non-né qu'il se trouve *in vitro* ou *in utero*.

La détermination des limites du « corps après la mort » est plus délicate. En effet, le droit n'établit formellement aucune limite temporelle ou matérielle aux dispositions applicables au corps mort. Si quelques normes évoquent des conditions propres à l'ancienneté de la mort ou à l'état de décomposition du corps, la plupart d'entre elles s'appliquent, textuellement du moins, quel que soit l'état du corps. Depuis la loi du 19 décembre 2008[19], il est même possible de considérer que, par principe, et en dehors de considérations sanitaires, le droit est indifférent au fait que le corps soit ou non réduit à l'état de cendres. Cette évolution du droit correspond

[14] Art. 16 C. civ.
[15] CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, *Brüstle c. Greenpeace* : *D.* 2012, 410, note J.-C. GALLOUX ; *JCP G*. 2012, 146, note N. MARTIAL-BRAZ et J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2012, 85, obs. J. HAUSER ; *AJF*, 2011.518. obs. A. MIRKOVIC ; *Dr. fam*. 2011, alerte. 98, obs. M. BRUGGEMAN ; *RDC*, 2012, n° 2, p. 593, note. L. BRUNET et Chr. NOIVILLE.
[16] Nous éviterons en revanche l'expression « enfant à naître » qui porte trop fortement l'idée d'une « destinée » du corps. Nous ne la reprendrons que pour commenter des textes l'utilisant.
[17] Pour le choix de la formule « *entité anténatale* » et refusant le terme d'être humain afin de ne pas se placer dans une perspective personnaliste v. J. MESMIN d'ESTIENNE, *L'État et la mort,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 29.
[18] Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 220, nbp 1. L'auteure choisit alors le terme « *embryon-fœtus* » pour les corps *in utero* et embryon pour les corps *in vitro.* L'analyse des termes employés par les normes confirmera que le droit ne définit pas avec précision la distinction entre embryon et fœtus : v. *infra n°* 87 et s.
[19] L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire : JORF n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19538.

sans doute à une certaine perception sociale qui, du fait de l'intégration progressive de la crémation aux rites funéraires, apporte la même considération aux restes humains qu'ils soient ou non incinérés. C'est pourquoi nous inclurons indifféremment dans cette étude tout reste de nature humaine quel que soit son état de décomposition et qu'il ait ou non fait l'objet d'une incinération, dès lors qu'il est issu d'un corps mort[20]. Étant donné que le droit ne possède pas de vocabulaire unifié pour désigner ces objets particuliers[21], nous nous octroierons une certaine liberté dans l'expression, employant de manière synonyme les termes de « cadavre » ou de « corps mort »[22]. Une fois exposées les frontières de notre objet, il convient d'expliquer les raisons qui en ont déterminé le choix.

6. Pourquoi rapprocher ces deux objets ? Ces corps mobilisent indéniablement des interrogations sociales distinctes : sauvegarde de la vie d'un côté, respect des morts de l'autre ; liberté reproductive ou liberté des funérailles par exemple. Cependant, il est tout aussi indubitable qu'un grand nombre de questions peuvent être posées de façon similaire dans ces deux champs[23] : quel usage de l'humain dans la recherche scientifique ? Quelles atteintes possibles aux corps dans un objectif de santé publique ? Quelles limites à la liberté d'action des personnes au regard d'intérêts collectifs ? Mais la question, proprement juridique, qui a massivement mobilisé la doctrine est celle de la qualification juridique de ces corps.

Dire que les embryons et les cadavres interrogent la bi-partition chose/personne est un poncif[24]. Nous verrons que de multiples auteurs ont consacré d'importants développements à ce débat[25] qui s'inscrit plus largement dans celui du lien entre corps et personnalité juridique[26].

---

[20] On entend par là que ne sera pas étudiée à la situation d'un élément issu d'un corps humain vivant même si la séparation d'avec celui-ci a provoqué la mort des tissus. En revanche, pourra être inclue la situation d'un reste très altéré d'un corps mort dans un état de décomposition avancée, même si le corps n'est plus perceptible dans son intégralité.

[21] *Infra* n° 66 et s.

[22] Pour un exemple de multiples distinctions possibles en fonction de la situation et de l'état du corps v. J. MESMIN d'ESTIENNE, *L'État et la mort, op. cit.*, p. 24.

[23] Pour une explication du lien historique entre traitement du cadavre et statut du corps humain et de la reproduction v. J. D. LANTOS, « Plastination in Historical Perspective », in Controversial Bodies*,* J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 13.

[24] À titre d'illustration dans une littérature pléthorique qui sera analysée *infra* n° 361 et s. *:* J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* PUF, 1987 ; L. NEYRET, *D.* 2016.1781 ; Fl. BELLIVIER (*Droit des personnes, op. cit.*) affirme que « *le constat selon lequel, en droit, le cadavre est une chose, s'impose* » (n° 208) mais adopte sur l'embryon une position plus nuancée (n° 221 et s. et not. 232 où elle qualifie les embryons *in vitro* d'« *aliens juridiques* » ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ-Lextenso éditions, 8e éd. 2015, n° 26 (à propos des embryons) ; B. LEGROS, *Droit de la bioéthique,* Les études hospitalières, Bordeaux, 2016, n° 24 (à propos des embryons) ; B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009 (à propos des cadavres).

[25] *Infra* n° 361.

[26] Sur l'idée que le corps est une composante de la personne v. par ex. Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités.* Dalloz, 7e éd., 2005 et 8e éd., 2012, p. 17.

Pour autant, ces corps ne sont pas les seuls permettant d'illustrer les difficultés que présente la qualification lorsqu'elle s'applique à l'humain. Il aurait été possible d'interroger par exemple, la classification des individus par sexes[27]. Mais l'intérêt de l'objet choisi est précisément qu'il interroge ce que la doctrine s'accorde à considérer comme la première subdivision du droit, celle qui recouvre tout l'« *univers juridique* »[28], la distinction des choses et des personnes[29]. Ces corps[30] étaient donc les supports idéaux pour illustrer le sujet de cette étude : la catégorisation.

§2. Sujet de l'étude : la catégorisation

7. Le droit entretien avec la classification un rapport étroit. Ce lien, c'est la qualification. « *Outil essentiel de l'analyse juridique* »[31], elle consiste précisément à rattacher un objet, pris comme un fait, à une catégorie. Résumant *« toute la substance d'un problème de droit* », elle est le contact conceptuel « *entre les faits concrets et la règle abstraite »*[32]. La qualification est donc, en général, un acte de classification, c'est-à-dire un acte de distribution[33], de regroupement systématique des éléments d'un ensemble « *en un tableau rationnel comportant une division majeure fondée sur un critère dominant et des sous-distinctions fondées sur divers critères combinés afin de procéder à l'analyse* »[34]. Ce dernier élément de la définition est capital : la classification poursuit une finalité[35] et c'est cette finalité qui distingue, parmi toutes les démarches de classification, la *qualification*.

---

[27] Sur le parallèle possible entre les questions v. d'ailleurs *infra* n° 414 et s.

[28] J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 199 : « *dans l'univers juridique français, tout ce qui n'est pas une personne est une chose* ».

[29] Là encore les écrits sont innombrables, la plupart des manuels organisant leur présentation autour de cette distinction. On citera à titre d'exemple Al. SUPIOT, *Homo juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 59 : « *notre regard ordonne le monde en deux ensembles bien distincts : il y a d'un côté les choses et de l'autre les personnes. Cette* summa divisio *est ancienne et profondément ancrée dans notre culture juridique.* […]. *Mais tandis qu'en droit romain la séparation des choses et des personnes demeurait relative, elle a acquis depuis une valeur normative : il est devenu sacrilège de traiter la personne comme une chose et irrationnel de traiter les choses comme des personnes. Cette séparation a ainsi acquis une valeur dogmatique, c'est-à-dire qu'elle a la force d'une évidence qui éclaire l'ensemble de notre vision du monde* ». Les deux catégories sont en effet toujours présentées comme excluantes l'une de l'autre : v. par ex. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

[30] Et non leurs éléments pour lesquels la doctrine ne semble pas douter qu'ils s'agissent de choses. V. par ex. A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 68, n° 42.

[31] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016, V° *Qualification*.

[32] P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *La logique judiciaire,* 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 31.

[33] *Petit Robert*, 2013, V° *Classification.*

[34] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op. cit.,* V° *Classification.*

[35] Comme le souligne M.-O. BARDEAU, « *pour bien spécifier la catégorie, dont la différence avec la notion ne se laisse pas aisément percevoir, il faut insister sur son caractère* opératoire *car il s'agit moins de distinguer deux objets différents que d'observer le même sous un autre regard » : La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, n° 10. V. généralement les n° 8 et s. pour des distinctions très claires entre notion, catégorie et catégories juridiques.

8. La qualification est une classification juridique dans la mesure où sa *finalité* est proprement juridique[36]. L'objectif principal de la démarche[37] est d'opérer un lien entre un fait, et une règle par le biais d'une *catégorie juridique* c'est-à-dire un ensemble auquel est rattaché un corpus de normes[38]. Comme le résume François TERRÉ, « *la qualification est* […] *un facteur antécédent de l'application de la règle* »[39].

La catégorie juridique peut avoir fait l'objet d'une définition proprement juridique, légale ou prétorienne[40]. Dans ce cas, le processus de qualification se subdivise puisque c'est chaque élément de la définition qui fait l'objet d'une sous-qualification. Mais, lorsque la catégorie n'est pas textuellement définie – ce qui est le cas pour les objets de cette étude – elle n'existe que par ses *manifestations*. La qualification procède alors d'un double mouvement, décrit par Jean-Louis BERGEL, consistant d'abord en une induction de la catégorie juridique à partir de certains éléments de son régime, tenus pour certains, puis à un rapprochement de cette classification avec l'objet considéré pour en déduire les conséquences[41]. C'est sans doute ce qui fait dire à François TERRÉ que *« l'opération de qualification utilise et modèle tout à la fois les catégories préétablies* »[42].

9. Car l'apparente technicité de ce processus de subsomption des faits sous la norme juridique[43] ne doit pas dissimuler que la qualification procède également d'un « *incessant glissement du droit au fait et du fait au droit* »[44]. Pour peu que l'on adhère à une position nominaliste[45], la qualification consiste aussi en un

---

[36] O. MASSOT, « De l'euphémisme en droit à l'euphémisation du droit », *RIEJ,* 2003.51, p. 231.
[37] On pourrait y adjoindre un objectif *pédagogique* ou, plus largement, explicatif : M.-O. BARDEAU, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, n° 12-13.
[38] M. WALINE proposait cette définition : « *tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi, ou tout autre règle de droit, attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait une condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge* » : « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin,* t. 1, Bruylant-Sirey, 1963, p. 365.
[39] F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1957, LGDJ- Lextenso, 2014, p. 12. Sur une réflexion sur le rapport qualification/classification v. J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, 1996, p. 238, nbp 23.
[40] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op. cit.,* V° *Définition*.
[41] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 140.
[42] Fr. TERRÉ, « Volonté et qualification », *APD*, 1957, *Le rôle de la volonté dans le droit,* p. 100.
[43] P. WACHSMANN, V° *Qualification,* in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003.
[44] L. HUSSON, « Le fait et le droit », in *Nouvelles études sur la pensée juridique,* Dalloz, 1974. Ce « *syllogisme ascendant* » dont parle R. PERROT (*La logique judiciaire,* 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 148) était déjà préfiguré par H. MOTULSKY lorsqu'il décrit le raisonnement inductif par lequel le juge identifie la règle de droit la plus appropriée au « "*magma" de faits* » qui lui est exposé : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Dalloz, rééd. 2002, p. 50.
[45] Pour un résumé des positions théoriques sur la notion de qualification v. X. BIOY, « Quelques lectures théorique de la qualification ? », in *Les affres de la qualification juridique,* M. NICOD (dir.), Presses de l'Université

> *« jugement apparemment de fait, mais en réalité commandé par une fondamentale et préalable évaluation de ce qui est politiquement souhaitable ou socialement acceptable quant aux réalités de ce fait »*[46].

« *Acte fondamental d'évaluation* »[47], acte de *définition* autant que de classification[48], la qualification est donc, plus qu'une activité de connaissance[49], une activité créatrice. La qualification, comme toute classification, est aussi un classement[50].

10. Comme l'affirme Christophe GRZEGORCZYK, « *ce que nous appelons "qualification" juridique est une opération d'attribution du sens ou de la valeur à un objet quelconque* »[51]. L'opération intellectuelle consistant au rattachement du fait à la catégorie pose en effet immédiatement la question du *critère* de ce rattachement[52]. À ce stade du mécanisme s'introduit nécessairement un jugement de valeur dans la mesure où « *les éléments à prendre en compte peuvent être objectivés, mais pas la pondération introduite entre eux et la pesée qui en résulte : ces dernières ne relèvent que de l'intime conviction, autrement dit de l'arbitraire, sans qu'aucune nuance péjorative ne s'attache à l'emploi de ce terme* »[53]. Derrière la qualification se dissimule, plus ou moins adroitement, la personne qui qualifie, ses objectifs et ses valeurs[54]. Comme le souligne Patrick WACHSMANN, « *la qualification s'opère inéluctablement en fonction du résultat auquel elle tend, qui la prédétermine, et qui renvoie à la question du juste et de l'injuste dans la mesure où elle peut rarement reposer sur la passivité de son auteur* »[55]. Dans la mesure où la qualification est une *distinction* elle contient les deux sens de ce terme : la reconnaissance du caractère différent *par rapport à un autre terme* et l'attribution – ou la non-attribution – d'un honneur particulier[56]. Par conséquent, « *distinguer c'est hiérarchiser* »[57]. Cette opération n'est donc « pas extérieure au sujet qui l'opère*, elle n'est*

Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2015, not. p. 14 et s. V. aussi *infra* n° 429.

[46] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *La qualification, Droits,* 1993, n° 18. p. 9.

[47] *Ibid.*, n° 18, p. 9.

[48] Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1957, LGDJ- Lextenso, 2014, p. 2-3.

[49] Ph. PEDROT, « Repenser l'interprétation de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, études coordonnées par H. GAUMONT-PRAT, Les études hospitalières, 2012, p. 303.

[50] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op. cit.,* V° *Classement* : « *action de classer ;* […] *des éléments d'un ensemble, soit pour la seule commodité de leur consultation ou de leur utilisation soit afin d'introduire entre eux un ordre de mérite, de valeur, de priorité qui confère plus d'avantage à l'élément qui précède qu'à celui qui le suit* ».

[51] Chr. GREGOSCZYK, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1990, n° 11, p. 31.

[52] M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53, n° 12.

[53] P. WACHSMANN, V° *Qualification,* art. cit., p. 1281.

[54] En admettant que, pour l'instant du moins, l'application ou l'appréciation du droit procède d'une activité humaine. Cependant, même dans l'hypothèse future d'une informatisation du travail juridique la qualification procèderait ultimement du travail du programmateur.

[55] P. WACHSMANN, V° *Qualification,* art. cit., p. 1279.

[56] *Le Petit Robert*, 2013, V° *Distinction.*

[57] M.-L. IZORCHE « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53, n° 1.

pas "dans la nature des choses", elle reflète une volonté ou du moins une certaine représentation du monde (une idéologie parfois) »[58]. En ce sens, la qualification comporte une dimension proprement politique[59].

11. Dès lors que l'on conçoit le droit comme un instrument normatif résultant, à un moment donné, d'un rapport de pouvoirs entre groupes, entre intérêts divergents – voire conflictuels– on perçoit que la qualification, processus visant à la fois à *nommer* la place d'un objet dans l'ordre juridique et à l'*assujettir* à un régime juridique donné, peut être un mécanisme de pouvoir[60] . Si l'on ajoute à cela que, bien souvent, « *la réalité légale se* [donne] *pour la réalité naturelle* »[61], on comprend que les catégories juridiques rétro-agissent sur la réalité puisqu'elles peuvent être perçues comme « neutres » au sens de vierges de tout jugement de valeur et an-historiques. C'est pourquoi nous avons retenu ici le terme de *catégorisation* pour nommer notre analyse.

12. C'est précisément la polysémie du terme « catégorisation » qui nous a conduit à le choisir pour désigner notre démarche. Il comprend à la fois la démarche juridique qui peut être appliquée aux corps pour en déterminer le régime juridique – catégorisation juridique, processus de qualification – et le fait social de hiérarchisation induit par l'application de régimes différenciés à des objets, même quand ils sont, par ailleurs, affirmés par le droit comme identiques.

13. La question se déplace alors sur celle de savoir s'il existe bien une unité parmi ces deux objets. Autrement dit, peut-on écrire qu'il existe un *statut* des embryons et des cadavres ? D'aucuns ont en effet affirmé que le terme serait impropre au sens où il est impossible d'identifier avec certitude un ensemble de règles qui serait *uniformément* attaché à ces objets et

---

[58] *Ibid.,* p. 53, n° 18.

[59] V. Ph. PEDROT, « Vie et mort : la frontière brouillée », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 79 : « *toute classification renvoie à un acte qui consiste à donner non pas le nom qui revient obligatoirement à la chose mais que mérite la chose elle-même en fonctions des valeurs que l'on souhaite privilégier, donc de déterminations foncièrement politiques* ». Sur les risque de dissimulation de cet aspect v. O. MASSOT, « De l'euphémisme en droit à l'euphémisation du droit », *RIEJ,* 2003.51, not. p. 230.

[60] J. COMMAILLES, « Droit et sciences sociale. Préalables et conditions d'un nouveau régime de connaissance », in *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 77 : « *Le discours sur le social tenu par le droit est logiquement un discours prescriptif, un discours par conséquent potentiellement inscrit dans des processus de pouvoir dirai-je, ce qui exige alors de le situer politiquement et de le caractériser culturellement* » V. aussi *infra* n° 429.

[61] D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 276.

où, par ailleurs, ils n'étaient pas considérés de façon univoque comme des personnes[62]. Cependant, il nous semble qu'il ne doit pas être écarté, dans la mesure où « statut » est entendu dans un sens large de corpus de normes applicables à un objet[63] : il est en effet des règles qui, à l'évidence, s'appliquent aux corps avant la naissance et après la mort et, à l'inverse, des normes qui, manifestement, ne peuvent leur être attachées. On concèdera volontiers que ces normes n'ont pas toujours été *conçues* comme un ensemble parfaitement déterminé et qu'elles dessinent, parmi les corps, des subdivisions multiples. Mais ce constat n'est pas suffisant pour écarter le terme de *statut* ou, par conséquent, pour considérer qu'il y aurait ici une pluralité d'objets[64]. Le droit applicable aux corps avant la naissance et après la mort relève d'une même logique qui les distingue des autres, ceux qui sont nés et vivants : eux sont des corps humains auxquels s'appliquent des règles particulières et auxquels l'application de normes propres aux personnes juridiques est contestée. En cela ils constituent bien des objets spécifiques.

Cependant, il est indéniable que ce corpus de règles crée également, selon divers critères, des distinctions entre ces corps : il s'agit alors d'un statut fractionné. Or, comme le souligne Amélie GOGOS-GUINTRAND à propos des statuts de personnes, ces distinctions déterminent aussi un « *positionnement social* » et donc une hiérarchie de valeurs[65]. La question qui se pose alors à la recherche juridique est de savoir que faire de ce fractionnement.

§3. Démarche de la recherche

14. L'interrogation se résume alors à savoir si l'activité doctrinale devrait consister à *décrire* l'incohérence ou à la *dénoncer.* Car *dénoncer* les incohérences de certaines normes, voire de certaines décisions, avec les orientations générales qui auraient été identifiées, c'est présupposer que cette incohérence a nécessairement des effets négatifs – imprévisibilité du droit ou inégalité entre les sujets par exemple[66] – sans nécessairement s'expliquer, d'ailleurs, sur le critère qui détermine l'aspect néfaste de ces conséquences. Si un examen du droit positif s'accompagne de suggestions de mise en cohérence des normes particulières avec les principes généraux, il est impossible que ces prescriptions soient axiologiquement neutres. Si l'on peut à

[62] À propos des embryons v. not. A. MIRKOVIC, « Le rôle des comités d'éthique », in *Regard sur les biotechnologies,* C. DURAND (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 269.
[63] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016, V° *Statut.*
[64] Dans ce sens à propos de l'embryon v. Gr. LOISEAU, *Le droit des personnes,* Ellipses, 2016, n° 3, p. 5.
[65] A. GOGOS-GUINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, th. dact. Paris I, 2008, n° 9.
[66] À propos des décisions juridictionnelles : D. GUTMANN, « "Le juge doit respecter la cohérence du droit". Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 112.

la limite concevoir une certaine neutralité dans la description des normes et des contraintes de leur rédaction[67], il est impossible de parvenir à cette neutralité dans la prescription car il n'y a jamais qu'une solution, univoque, à la résolution d'une contradiction ou d'une ambiguïté. Il reste cependant possible au juriste de suggérer des orientations mais l'honnêteté intellectuelle veut alors que l'on admette qu'il s'agit de possibilités – qui supposent d'adhérer aux prémisses exposées[68] – et non pas de *déductions* juridiques[69]. Exposons ces différentes approches.

15. La première attitude possible est celle de la description. Exposant l'état du droit positif, l'observateur peut en souligner les paradoxes et les incongruités. Mais même limitée à une simple fonction descriptive, la neutralité doctrinale reste largement un idéal[70]. La simple description peut être porteuse de choix axiologiques dans la mesure où l'exposé non-critique des normes peut sous-entendre une adhésion à leur contenu, voire participer à leur légitimation[71]. Ainsi, dès lors que l'on admet que les normes juridiques sont porteuses de valeurs, l'activité doctrinale ne peut faire l'économie d'une explicitation de son point de vue.

16. En l'occurrence, il s'agira ici, dans le premier titre de cette étude[72], de montrer en quoi le régime applicable aux corps humains avant la naissance et après la mort a pu susciter, chez une part importante de la doctrine juridique, un débat féroce sur la qualification qu'il conviendrait de leur appliquer, ainsi que, plus largement, sur le point de savoir si les normes

---

[67] M. TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? 2. Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 310 et s., not. p. 324.

[68] Ce qui n'exclut évidemment pas la prétention du raisonnement à la rationalité : v. Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 482.

[69] Comme le souligne D. GUTMANN : *« Tous les juristes savent bien qu'une même question donne fréquemment lieu à deux argumentations différentes, également fondées au regard de la cohérence du droit positif, de sorte que la solution finale dépend moins de l'impératif de cohérence que d'un véritable choix de politique juridique* » : « "Le juge doit respecter la cohérence du droit" : « Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 117. V. aussi D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, n° 36, not. p. 59 « *Il y a donc une large part de spéculation dans le raisonnement juridique. On la dissimule classiquement derrière l'apparence déductive du syllogisme juridique » ;* A. J. ARNAUD, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 165.

[70] Même s'il n'est pas impossible de tendre vers cet idéal : St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, not. p. 244 et s.

[71] Comme l'exposent A. BERNARD et Y. POIRMEUR : « *juge autorisé de la valeur des productions normatives, la doctrine contribue aussi à légitimer les normes produites en mettant en scène leur conformité à l'idéal du droit et en attestant leur bien fondé. Censeur mais également oracle, la doctrine, productrice principale du discours à travers lequel le droit trouve sa cohérence, est un agent essentiel de l'objectivation et de la légitimation des règles de droit* » : « Doctrine civiliste et production normative », in *La doctrine juridique*, PUF, 1994, p. 180. V. aussi D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? 1. Une neutralité impossible », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 293 et Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, La doctrine, coll. Méthode du droit, Dalloz, 2004, p. 246 et s.

[72] *Infra* n° 31 et s.

propres à la personnalité juridique sont applicables avant la naissance et après la mort[73]. Cette lecture préliminaire, qui s'attachera aux textes applicables aux cadavres et aux embryons et à la jurisprudence qui les a interprétés[74], retient donc une certaine conception de la « cohérence » du droit, tournée vers la corrélation parfaite entre une catégorie juridique déterminée et un régime juridique univoque. On fera ici « comme si » il existait, dans le droit, deux catégories homogènes de chose et de personne. Cette démarche ne saurait prétendre à la « neutralité » dans la mesure où, souhaitant révéler les *conditions de possibilité* du débat doctrinal, on exposera une lecture du droit qui souligne les incohérences du droit alors que d'autres interprétations seraient toujours possibles. Il ne s'agira donc pas tant d'exposer « objectivement » un état du droit que d'indiquer les interprétations de celui-ci qui rendent possible la controverse sur la qualification des corps. On montrera cependant tout l'artifice qu'il y a à cette démarche dans la mesure où, précisément, l'étude de la production du droit indique qu'il n'est pas conçu comme un système articulé autour de catégories juridiques précisément déterminées[75].

17. Une seconde démarche est alors de chercher à *résoudre* les contradictions apparentes du droit. Cette attitude suppose de considérer que l'impossibilité de trouver dans l'état du droit une parfaite corrélation catégorie juridique / régime juridique est un *problème*, considérant que ce qui donne « *à un système juridique son originalité et sa permanence* [est] *non pas tant le contenu concret des normes qu'une technique de vocables et de notions, de classifications et de catégories* »[76]. La cohérence d'un système juridique, pensée notamment comme une articulation régulière entre catégories juridiques et régimes juridiques est ainsi couramment présentée comme un aspect de son efficacité et de sa légitimité[77]. De son efficacité au sens où la clarté des catégories et des régimes qui leur sont associés permet à la fois la simplicité et la prévisibilité du système[78] ; de sa légitimité au sens où le caractère prévisible du

[73] Une difficulté peut parfois apparaître ici : il n'est pas toujours évident de distinguer la question de l'application de personnalité juridique de façon prénatale et *post mortem* et celle de la qualification *du corps* lui-même. Certains auteurs pouvant admettre que les deux questions sont totalement distinctes et d'autres les confondre. Nous étudierons ici principalement les cas où il nous semble être question de la qualification du corps au sens strict mais ne nous interdirons pas de travailler également sur l'étendue de la personnalité juridique, considérant que son application avant la naissance et après la mort n'est pas sans influence sur la protection des corps, notamment en ce qui concerne l'embryon.

[74] La constitution du corpus serait expliquée *infra* n° 164 et s.

[75] *Infra* n° 328 et s.

[76] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique,* Quadriges/PUF, 3e éd., 2016, p. 347. L'auteur attribue cette affirmation à la doctrine comparatiste.

[77] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* Droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ-Lextenso éditions, 4e éd., 2014, p. 101. Chr. ATIAS parle plutôt de « *vérité* » : *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 330 et s.

[78] J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 23, p. 100. Sur la classification comme élément de passage « *de l'inconnu vers le connu* », v. M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, Thémis droit, PUF, 2e éd., 2015, p. 32 et s.

système le fait échapper au soupçon d'arbitraire. Par conséquent, dans un système juridique où les catégories de chose et de personne sont classiquement pensées comme s'excluant l'une de l'autre[79] et comme englobant la totalité des objets susceptibles d'être saisis par le droit[80], traiter les embryons et les cadavres tantôt comme des choses, tantôt comme des personnes est couramment vu comme la marque d'un système incohérent et donc à corriger[81]. L'activité doctrinale, tournée vers la clarification du droit, s'attache donc souvent à la définition de catégories juridiques nouvelles, ou à la subdivision de catégories pré-existantes, pour apporter des outils de lecture permettant de concevoir le droit comme un système cohérent[82]. Or, cette démarche n'est pas sans ambiguïté dans la mesure où, dépassant l'activité descriptive, elle peut glisser vers une activité prescriptive, proposant des modifications du droit en vue de sa « mise en cohérence » systémique.

18. Or, à propos du droit des personnes, Christian ATIAS affirme sans ambages :

> *« Ce n'est pas une hérésie de l'avouer :* […] *la matière a moins que d'autres besoin de cohérence. La première fonction de ses règles n'est pas principalement de fournir des moyens d'agir. Le droit des personnes ne se présente pas comme une gamme de qualifications, de techniques juridiques permettant d'aboutir aux différents résultats pratiques recherchés par les particuliers* »[83].

Il ajoute un peu plus loin qu'« *en matière juridique, la cohérence n'est ni une fin en soi, ni une valeur primordiale* »[84]. Cette affirmation, si elle peut sembler surprenante au premier abord, suggère que la complexité de la matière, et des intérêts qui s'y affrontent, conduit à une conception particulière de l'élaboration de la norme juridique[85]. Les « incohérences » des régimes et des qualifications des corps rencontrées dans le droit positif peuvent, dans ce contexte, être envisagées comme les manifestations d'un système cohérent par son *acceptabilité*

---

[79] Ce que J.-Chr. HONLET nomme des « *catégories dures* » : « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, 1996, p. 238. Sur le fait que toute opération de classement suppose qu'un objet ne puisse être contenu que dans une seule classe : M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, Thémis droit, PUF, 2e éd., 2015, p. 31 et s.

[80] V. par ex. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil. 1804-2004, Livre du bicentenaire* 2004, p. 324.

[81] X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 92 : « *Le fait qu'il* [l'embryon] *entre mal dans la distinction "personne/chose"* […] *peut attirer l'attention sur la cohérence du droit* ».

[82] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ-Lextenso éditions, 4e éd., 2014, p. 101 : la « *rationalité de la production juridique est confortée par l'existence d'une* doctrine juridique *qui, en s'efforçant de systématiser les solutions particulières, contribue à accroître la cohérence et la rigueur formelle du droit* ». V. surtout Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthode du droit, Dalloz, 2004, not. p. 217 et s.

[83] Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. droit fondamental, 1985, p. 11.

[84] *Ibid.*, p. 14.

[85] Nous ne nous prononcerons pas ici sur les modes de mise en cohérence dans d'autres branches du droit, chacune devant rencontrer en l'espèce ses propres enjeux.

générale et non en raison de son articulation juridique. Dès lors, que peut bien avoir à dire la doctrine juridique, *en tant que détentrice d'un savoir sur le droit* ?

19. Une première possibilité consiste à rechercher, dans le droit, les principes généraux qu'il exprime, voire qui le traversent implicitement, et les *politiques* qui l'orientent[86], puis à interroger ensuite les normes étudiées à la lumière de ces données. Mais la démarche n'est pas exempte de difficulté.

La cohérence peut en effet être recherchée à l'intérieur même de la norme : la cohérence d'une règle peut se comprendre comme la corrélation entre le but qu'elle se fixe elle-même et les mesures qu'elle prévoit pour y parvenir. Il s'agit alors de comparer les fondements de la norme, au sens de ses causes, avec ses effets concrets, ou du moins, s'il s'agit d'apprécier la cohérence a priori, avec ses effets prévisibles. En ce sens, l'appréciation de la cohérence d'une norme est proche, sans que ces deux aspects se recouvrent totalement, de l'appréciation de son efficacité87. La difficulté consiste alors à identifier les objectifs de la règle. Car si ceux-ci sont parfois clairement explicités – comme, par exemple, dans l'exposé des motifs d'une loi – ils n'y sont pas toujours détaillés voire, pour certains types de normes, n'apparaissent nulle part. L'appréciation de la cohérence doit alors passer par une première étape de reconstitution des objectifs fixés, avec le danger certain, présumant la rationalité de son auteur ou du moins le caractère univoque de son action, de reconstituer l'objectif de la norme à partir de ses effets, ce qui ne peut que rendre l'analyse tautologique.

20. Une seconde conception[88] de la cohérence du système juridique consiste à apprécier la conformité d'une norme donnée aux principes et aux valeurs contenus de façon générale dans le droit[89]. Ce dernier aspect est délicat à analyser. Notons bien qu'il ne s'agit pas ici d'interroger la validité de la norme au sens de sa conformité avec une norme supérieure[90]. Certes, les

---

[86] Sur la distinction possible entre standards, politiques et principes v. R. DWORKIN, « Le positivisme », trad. M. TROPER, *Droit et société,* 1985-I, p. 36. V. aussi Al. VIALLA, V° *Valeurs et principes (Distinction)*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008.

[87] Ce que M. DELMAS-MARTY nomme « *validité empirique* », « *qui renvoie à l'effectivité et à l'efficacité* » : « Préface, la tragédie des trois C », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 7. Pour une étude de cette notion dans le champ contractuel v. M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC*, 2006, n° 3, p. 679.

[88] Non pas que les conceptions que nous exposons ici soient les seules possibles. On n'évoquera pas, notamment, la question de la cohérence au sens le plus strict, si deux normes de valeur égale interdisaient et autorisaient respectivement la même action par exemple.

[89] V. M. van de KERCHOVE et Fr. OST, *Entre la lettre et l'esprit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 119 et s.

[90] Ce que Fr. OST et M. van de KERCHOVE nomment « légalité » in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 512 : « *Par légalité nous entendons la conformité* […] *au prescrit de la (ou des) norme(s) supérieure(s)* ».

démarches peuvent être confondues si les valeurs en causes sont affirmées dans un texte hiérarchiquement plus important[91]. Il convient cependant de distinguer ces deux approches, car le contrôle de cohérence peut ici être effectué entre deux normes de valeur identique, l'une exprimant des principes plus généraux que l'autre. C'est le cas, par exemple, des articles 16 et suivants du Code civil, qui, bien qu'ayant une valeur légale, sont volontairement rédigés de façon générale. Ils sont ainsi sensés exprimer les valeurs à l'aune desquelles le droit des personnes est supposé construit, y compris par d'autres normes légales. Mireille DELMAS-MARTY avance ainsi l'idée de « *validité axiologique, qui suppose la légitimité donc la cohérence du système par référence aux valeurs protégées* »[92].

La difficulté est, une fois encore, que ces « valeurs protégées » ne sont pas toujours explicites. Ainsi, peut-on considérer que la protection du corps des personnes n'était pas un principe cardinal du droit avant la création de l'article 16-1 du Code civil[93] ? Évidemment non, et de nombreux éléments allaient déjà dans ce sens, au premier rang desquels la répression spécifique, par le droit pénal, des actions portant atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui. Mais cette analyse en deux temps relève-t-elle encore d'une démarche scientifique ? François OST et Michel van de KERCHOVE font de la « *conformité de la norme à des normes, valeurs ou principes extra-juridiques, de nature éthique* »[94] un aspect de sa *validité* mais il nous semble plutôt que l'activité scientifique ne peut ici qu'intervenir *a posteriori*, dans une démarche explicative de telle ou telle interprétation : si l'application d'une norme est écartée ou nuancée par une juridiction au regard de principes généraux, l'activité scientifique peut consister en l'identification ou l'explicitation de ce raisonnement mais toute appréciation *a priori* de la validité de la norme aux regard de ces principes serait en réalité prescriptive[95].

21. Une dernière démarche consiste alors à expliciter ses propres valeurs et à analyser le droit avec cette grille de lecture. Jacques CHEVALLIER présente ainsi cette attitude, qu'il qualifie d'« engagement intellectuel » :

---

[91] À titre exemple, on pourrait dire que l'énoncé selon lequel « il est autorisé de faire ce qui n'est pas interdit » est à la fois une norme au sens où il est prescrit par la Constitution (et pourrait donc, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, remettre en cause la validité d'une norme contraire) et un principe au sens où les juges s'en saisiraient afin d'interpréter d'autres normes de telle sorte qu'elles répondent à cette exigence.

[92] M. DELMAS-MARTY, « Préface, la tragédie des trois C », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 7.

[93] Contre l'idée qu'il n'y avait pas de « statut » du corps avant les lois de bioéthique v. A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 47 et s.

[94] Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 512.

[95] M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 50. Sur l'entremêlement des activités descriptives et prescriptives de la doctrine v. Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 232 et s.

> *« par engagement intellectuel, on entend par là souligner que le juriste est toujours amené à adopter un point de vue sur la norme qu'il étudie, point de vue qui comporte nécessairement une dimension subjective et est indissociable d'un ensemble de références, de valeurs présentes de manière explicite ou latente* »[96].

Selon lui, cette démarche se distingue difficilement d'une approche jusnaturaliste[97]. En effet, même si les processus d'analyse peuvent relever de la technique juridique, la méthode procède également d'une approche extra-juridique. Comme le soulignent Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU à propos du statut de l'embryon – et l'affirmation vaut pareillement pour ce qui est du statut du cadavre[98] :

> « *le besoin existe de fixer, une fois pour toutes, les limites du tolérable, d'organiser, de structurer un régime. Le débat n'est cependant ni un débat juridique ni un débat scientifique* […]. *Le débat est, et doit rester un débat philosophique et éthique parce que chercher à préciser le statut de l'embryon demande nécessairement de répondre à des questions fondamentales* »[99].

Mais dans ce cas, le juriste n'est ni moins ni plus légitime à l'analyse que n'importe qui d'autre[100]. Tout au plus, s'il n'expose pas nettement sa démarche, a-t-il les moyens intellectuels de présenter ses propres valeurs sous l'apparence d'un raisonnement juridique[101] ; tout au plus peut-il avancer, parmi tous les arguments possibles, ceux qui s'inscrivent dans une logique spécifiquement juridique de principes, d'exceptions, de conditions, de catégories ; il aura donc les moyens de persuader *les autres juristes* qu'elles sont plus légitimes ou plus vraies. Mais, au fond, il ne s'agit encore que de persuasion[102] et non de conviction : la prescription doctrinale n'est, au bout du compte, que la présentation savante de valeurs individuelles. Avant d'aller plus loin il conviendra donc de s'intéresser de près à la façon dont la production doctrinale a pu

---

[96] J. CHEVALLIER, « Juriste engagé(e) », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 306.

[97] *Ibid.*, p. 307. Sur une qualification identique concernant la défense de *valeurs* v. B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 256.

[98] D. LE BRETON écrit ainsi : « *La mort suspend-elle le lien indissoluble de la personne et de son corps ? La résolution de cette question repose uniquement sur des arguments culturels, une vision du monde, un univers de valeurs ; elle dépend des représentations de la mort, du corps ; elle implique une définition sociale de la personne. D'une certaine manière, la question soulevée ne souffre d'aucune réponse, chacune renvoyant à l'éternel miroir d'imaginaires sociaux légitimes.* […] *le statut du cadavre sollicite le sens le plus intime du sacré pour chaque individu.* » : *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes*, éd. Métailié, 2008, p. 16-17.

[99] J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987, p. 202. Dans ce sens aussi J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 1.

[100] V. D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », *RTD civ.* 2002, spéc. p. 460.

[101] La rédaction sous la forme juridique d'un texte n'est d'ailleurs plus pour longtemps l'apanage des juristes. V. par ex. les essais inégaux, mais parfois convaincants, du robot *Législator* : http://legislatozor.org/ [consulté le 13 nov. 2016].

[102] V. D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, n° 36, p. 59.

présenter ce raisonnement comme un acte de *connaissance* et non comme le produit d'un discours idéologique. Ce travail sera l'objet de notre second titre[103].

22. Il faut ici exposer les difficultés inhérentes à toute étude du discours doctrinal. Au-delà de sa vertu cathartique, l'expression de difficultés méthodologiques présente en effet une certaine utilité : révéler des problématiques générales au domaine de recherche[104]. En l'occurrence, il est sans doute légitime de s'interroger sur la pertinence d'une étude juridique sur le discours doctrinal. Si l'on nie à la doctrine tout caractère de source du droit, la recherche juridique s'attachant à une conception stricte de son objet, ne devrait-elle pas rester indifférente à toute production doctrinale antérieure ? Ce positionnement occulterait cependant l'importance réelle de l'activité doctrinale qui, indéniablement, a, par des réseaux multiples[105], une influence sur la production des textes et de la jurisprudence.

23. Nous exposerons alors les raisons qui nous ont fait choisir les instruments d'une démarche critique pour faire des écrits doctrinaux une lecture visant à mettre en lumière les présupposés dissimulés derrière leur apparente scientificité. En cela, il faut bien admettre que nous produirons un discours sur ce qui constitue déjà un métadiscours[106]. Cette étude ne peut alors faire l'économie d'une réflexion épistémologique à laquelle la théorie du droit apporte un soutien nécessaire. Cette discipline, à laquelle notre formation initiale ne nous destinait pas, nous a semblé indispensable à la réflexion et nous avons alors préféré nous y confronter plutôt que, face à l'ampleur de la tâche, l'éviter prudemment. La situation dans laquelle nous nous trouvons est donc empreinte d'une certaine ambiguïté car il ne s'agit pas de reproduire ici les imprécisions épistémologiques que nous dénoncerions chez d'autres. Il est donc nécessaire d'exposer notre vision de l'activité doctrinale.

---

[103] *Infra* n° 361 et s. Nous exposerons alors la façon dont furent sélectionner les productions doctrinales analysées.

[104] Dans ce sens, hors du droit, v. Chr. GUIONET, « Et si on réhabilitait les difficultés méthodologiques ? », in *Exploiter les difficultés méthodologiques. Une ressource pour l'analyse en sciences sociales*, Chr. GUIONNET et S. RÉTIF (dir.), coll. Des sociétés, PUR, 2015, p. 11.

[105] Expertises multiples (auditions parlementaires, consultations…) mais aussi, indirectement, usage des écrits doctrinaux par les avocats dans leurs conclusions, inspiration des magistrats dans la rédaction de leurs décisions etc.

[106] Sur ce positionnement v. *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche réalisé dans le cadre de l'appel à projet « Les principes fondamentaux du droit » avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avril 2004, p. 22-23 : « *Quant au discours doctrinal analysé, celui-ci est en principe un métalangage en ce qu'il prend pour objet le langage prescriptif du droit lui-même. Mais notre analyse de ce discours particulier ne peut pas se prétendre tout à fait externe par rapport à lui.* […]. *Et c'est pourquoi notre point de vue est qualifiable d'externe modéré* […] *celui d'un observateur qui ne peut pas se dire hors du réseau de normes qu'il observe, en tant qu'il en est lui-même justiciable et éventuellement politiquement responsable ».*

24. Dans une seconde partie de cette étude, nous procèderons à une analyse du droit positif visant à dépasser la simple question de la qualification. Nous exposerons progressivement les raisons qui nous feront adopter une approche de notre sujet historique plutôt que naturaliste[107]. Cette réflexion s'appuie sur deux présupposés. Le premier est que les catégories juridiques sont, comme nous l'avons précédemment exposé, des notions politiques et arbitraires[108]. L'attribution de la personnalité juridique, en particulier, est une *prise de position* du droit[109] et non l'*enregistrement* d'une nature des choses qui lui serait extérieure. Le second est que le droit, au-delà de son pouvoir coercitif, a également un pouvoir normatif sur le plan symbolique[110] au sens où il possède « *un pouvoir de faire des choses avec des mots* »[111]. En tant que juriste, il est donc souhaitable de s'interroger sur les objectifs visés ou affichés par les textes, les valeurs qui les sous-tendent et les conséquences pratiques de leur application[112]. Il est certain que cette position est déjà un « point de vue »[113] ; comme le souligne Jacques CHEVALLIER :

> même s'il ne s'agit plus d' *« apporter une contribution au bon fonctionnement de l'ordre juridique, de produire de la normativité, mais de s'intéresser aux processus sociaux et politiques de production et d'application du droit ;* […] *cette démarche débouche sur l'élaboration de schèmes explicatifs qui traduisent une certaine vision des rapports entre le droit et la société, et partant de la réalité sociale et politique* »[114].

Comme nous l'avons exposé, nous considérons que le droit n'est pas un donné et que les catégories juridiques comme les régimes qui leurs sont associés sont non seulement éminemment *construits,* mais que cette construction répond à un équilibre social acquis *à un moment donné* et *dans un objectif donné*[115]. C'est pourquoi d'ailleurs le droit comparé ne sera

---

[107] *Infra* n° 526 et s.
[108] V. P. WACHSMANN, V° *Qualification*, art. cit., spéc. p. 1281.
[109] Ph. PEDROT, « Vie et mort : la frontière brouillée », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 79. V. aussi C. LÉVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, p. 399 (dernière phrase) : « *il ne faut pas se voiler la face, au-delà de l'instrument juridique, la personne relève d'une politique juridique* ».
[110] V. not. P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept,* C. THIBIERGE *et alii*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 137.
[111] P. BOURDIEU, *Choses dites*, éd. De Minuit, 1987 p. 164.
[112] Soulignons que par « pouvoir symbolique » nous entendons que le discours du droit, parce qu'il est porteur de valeurs, a une influence sur les rapports sociaux. Cependant, nous ne signifions ni que cette influence serait propre au droit, ou plus importante que celle d'autres champs normatifs, ni que telle ou telle norme juridique serait plus nécessaire à la structure sociale qu'une autre. Pour des positions différentes v. *infra* n° 454 et s.
[113] Indéniablement, « *Perspective "historique" et perspective "naturaliste" sont un "œil", une certaine façon de situer son objet d'étude et de le choisir. Sans doute est-ce au fond une façon de se situer soi-même, de connaître sa position dans les rapports sociaux, d'abord, avant même l'objet auquel on va s'attacher* » : C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature,* coll. Recherches, éd. Côté-femmes, 1992, p. 205
[114] J. CHEVALLIER, « Juriste engagé(e) », art. cit., p. 307.
[115] V. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, 2e éd., 1982, p. 159 : « *il peut paraître étonnant de traiter des classifications comme "données" du système juridique. Quoi de plus "construit"*

ici utilisé qu'à titre d'illustration et non de démonstration : le fait que des solutions différentes, ou identiques, soient apportées ailleurs aux questions soulevées en droit français ne dit à peu près rien dès lors que l'on ne peut analyser en détail les causes sociales et historiques qui ont présidé à ces décisions. Tout au plus ces exemples démontrent-ils qu'aucune solution n'est universelle.

Le travail doctrinal acquiert alors sa légitimité et son efficacité dans la révélation de ces équilibres mais aussi dans l'étude des *conséquences pratiques* de telle ou telle norme. Michel MIAILLE présente cette démarche de façon limpide :

> *« une pensée critique ne peut plus se contenter de décrire tel événement social tel qu'il s'offre à l'observation : elle ne peut que le réinsérer dans la totalité du passé et du devenir de la société qui l'a produit. Développé ainsi dans toutes ses dimensions, cet événement perd le caractère plat, unidimensionnel, que la seule description lui conférait : il devient gros de toutes les déterminations qui l'ont produit et de toutes les transformations possibles qui peuvent l'affecter.* […] *en réfléchissant sur les conditions et les effets de son existence dans la vie sociale, la théorie retrouve son lien avec la pratique, c'est-à-dire avec le monde social existant.* […]. *Une étude de droit dans le sens que nous venons d'indiquer dépasse alors le recensement, la classification et la connaissance du fonctionnement des diverses notions juridiques, des institutions et des mécanismes du droit. Le monde juridique ne peut alors être véritablement connu, c'est-à-dire compris, que par rapport à tout ce qui en a permis l'existence et dans son devenir possible. Ce type d'analyse désenclave l'étude du droit de son isolement, le projette dans le monde réel où il trouve sa place et sa raison d'être, et, le liant à tous les autres phénomènes de société, le rend justiciable de la même histoire sociale. Car, en définitive, il s'agit bien de savoir pourquoi telle règle juridique et non telle autre régit telle société, à tel moment »*[116].

C'est la première tâche à laquelle nous nous attellerons, en ayant de notre sujet une approche historicisée. Nous montrerons alors la façon dont tant la classification juridique des corps humains que leur régime juridique a procédé historiquement d'une distinction entre les corps protégés et les autres. Cette approche permettra également de pointer la façon dont le traitement du corps de l'embryon est intimement lié à la perception sociale du corps des femmes[117].

---

qu'une classification dont chacun sait qu'elle est un ordre imposé aux choses, un ordre permettant de maîtriser intellectuellement le réel à la fois mouvant et chaotique ? Certes les classifications sont toutes contingentes […] *Cependant dans la majorité des cas, les classifications sont présentées sans de trop grandes justifications pour une raison simple : elles sont logiques, elles émanent finalement d'une saine raison. En somme, elles passent vite pour naturelles. Enfin, si elles ne sont pas très naturelles, elles sont au moins commodes : c'est le dernier argument* ».

[116] *Ibid.*, p. 20.

[117] Nous espérons ainsi échapper à la mise en garde d'A. J. ARNAUD qui écrit : « *le juriste est par essence un être intégré, au service de la classe dominante, donc un collaborateur actif de la domination de classes* » : « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 165. Il cite ici M. SBRICCOLI, L'interpretazione delle statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'étà communale, Milan, 1969. V. le compte-rendu de l'ouvrage par A. J. ARNAUD, *RHD*, 1970, p. 460.

25. Cette mise en perspective historique montrera que, concernant le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort, il n'y eut pas d'invariants dans les valeurs protégées par le droit et que celles-ci correspondent à un contexte donné ; à des équilibres conjoncturels toujours remis en question[118]. Le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort a souvent reflété non seulement du pouvoir général de l'État sur le corps de ses sujets mais plus particulièrement des relations de pouvoirs entre groupes. À travers la protection ou l'absence de protection de ces corps s'expriment des formes d'inclusion et d'exclusion de *certains individus et de certains groupes* dans la communauté sociale régie par le droit : femmes, pauvres, étrangers, condamnés.

26. Affirmons immédiatement que cette approche ne vise nullement à soutenir – comme cela peut être fait pour les personnes nées et vivantes, personnes juridiques certaines[119] – que l'évolution du droit va *nécessairement* dans le sens d'un amenuisement des hiérarchisations entre les corps[120]. Le sens de l'Histoire n'est pas univoque. Il nous semble en effet que si le droit, dans certains domaines, a indéniablement desserré son étreinte sur les corps des embryons et des cadavres, il est au contraire d'autres points sur lesquels il opère des distinctions nouvelles. Les rapports de pouvoir qui s'exercent sur les corps sont en constantes mutations[121] et il n'est pas toujours évident de déterminer les origines des mouvements constatés[122]. L'approche

---

[118] J.-Cl. BOLOGNE affirme ainsi que son étude historique sur l'encadrement de l'avortement et de la contraception doit « *surtout nous porter à réfléchir sur la relativité de la morale, mais dans ses arguments plus que dans son existence. Inséparable de l'organisation sociale, elle se coule dans les anfractuosités de nos peurs. L'erreur est sans doute de la croire immuable parce que révélée ; non moins grave l'erreur de croire que la caducité de la morale d'hier nous affranchit de celle de demain*. » : *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 275.

[119] Lorsque nous emploierons le terme « personne juridique », nous ne désignerons ici que les personnes juridiques personnes physiques par opposition aux personnes morales. Lorsque qu'une ambiguïté sera à craindre, notamment lors de l'étude des débats sur la qualification à apposer aux corps avant la naissance et après la mort, nous utiliserons l'expression « *personne juridique certaine* », étant abondamment rétitéré qu'il n'existe plus, dans notre système juridique, de personne née et vivante ne possédant par la personnalité juridique. En général, sur le droit à la personnalité juridique : X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », in *La personnalité juridique,* X. BIOY (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 97.

[120] L'idée est parfois avancée que les anciens statuts des personnes établissaient entre elles des rapports de domination, là où les nouvelles « catégories » de personnes visent à rétablir entre elles un équilibre autrefois absent : v. par ex. D. COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLEAUD (dir.), Études juridiques, Économica, 2006, p. 91 ; Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, th. Caen, LGDJ, 2003, p. 225.

[121] M.-J. BERTINI affirme ainsi **«** *refuser l'idée que nos sociétés répondent à un ordonnancement qui atteste de leur caractère humain c'est admettre toutes les carences dont souffre le réel, produit du hasard, des accidents, des bifurcations, des interactions, des chocs, des ruptures, des crises, des discontinuités qui créent de micro-équilibres aisément qualifiés de structures, appelés à se dissiper et à créer de nouvelles micro-structures provisoires sans que ce mouvement, qui est celui même du vivant se stabilise jamais* » : « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, n° 50.

[122] V. M.-Th. LORCIN, *Société et cadre de vie en France, Angleterre et Bourgogne (1050-1250)*, coll. Regard sur

historique est alors nécessaire pour déconstruire à la fois l'idée qu'il y eut un temps où les corps avant la naissance et après la mort faisaient l'objet d'un respect plus important du droit qu'aujourd'hui *et* le préjugé considérant que le droit accorde actuellement aux corps une protection plus également répartie qu'il n'a pu le faire dans le passé. Suivant l'invitation de Philippe ARIÈS, nous embrasserons donc le temps long[123]. En réalité, et comme dans d'autres domaines, il faut avant tout constater un *déplacement* des priorités de la norme juridique, une transformation des discours comme des pratiques. L'approche historique n'est alors qu'un préalable, nécessaire, à des interrogations sur le droit contemporain car la distance créée par le temps rend visible les *domaines* où s'exercent ces hiérarchisations et permet donc de lire le droit positif de façon plus ciblée. Il apparaîtra alors que ces effets de hiérarchisation, s'ils ont pu s'atténuer, se déplacer, se dissimuler, sont toujours opérants. Nous en montrerons donc ensuite les manifestations contemporaines en indiquant la façon dont, selon nous, les normes de droit positifs construisent, de fait, des catégories de corps plus ou moins considérés, plus ou moins protégés, mais aussi, par ricochet, des catégories de personnes plus ou moins libres[124].

27. L'objet choisi dans cette étude est ici particulièrement révélateur. Quelle que soit la lecture que l'on fasse du droit applicable aux embryons et aux cadavres, quelle que soit l'*appréciation* individuelle que l'on porte sur ces normes, il est indéniable que ces corps sont des objets socialement importants. Le traitement qui leur est accordé fait partie d'un « *imaginaire culturel* »[125]. L'étude des normes juridiques qui leur sont applicables révèle donc

---

l'Histoire, Société d'éducation et d'enseignement supérieur, 1985, p. 152 *« L'une des difficultés majeures de l'histoire sociale,* […] *quelle que soit l'époque envisagée, est de déterminer d'où partent les initiatives. Elles viennent aussi de la base. C'est la nature des sources qui tend à faire croire que le mouvement part toujours des cadres de la société ».*

[123] V. *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975, p. 12 : « *Les changements de l'homme devant la mort, ou bien sont eux-mêmes très lents, ou bien se situent entre de longues périodes d'immobilité. Les contemporains ne les aperçoivent pas, parce que le temps qui les sépare dépasse celui de plusieurs générations et excède la capacité de la mémoire collective. L'observateur d'aujourd'hui, s'il veut parvenir à une connaissance qui échapperait aux contemporains, doit donc dilater son champ de vision et l'étendre à une durée plus longue que celle qui dépasse deux changements successifs. S'il s'en tient à une chronologie trop courte, même si celle-ci paraît déjà longue aux yeux de la méthode historique classique, il risque d'attribuer des caractères originaux d'époque à des phénomènes qui sont en réalité beaucoup plus anciens. C'est pourquoi l'historien de la mort ne doit pas avoir peur d'embrasser les siècles jusqu'à concurrence du millénaire : les erreurs qu'il ne peut pas ne pas commettre sont moins graves que les anachronismes de compréhension auxquels l'expose une chronologie trop courte* ». R. CHARVIN insiste lui aussi sur la nécessité d'une approche historique étendue : « *Une* […] *anomalie me paraît* […] *marquée d'étrangeté : c'est la réduction constante de la séquence historique retenue pour évaluer les mutations. Or, selon la longueur ou la brièveté des séquences historiques retenues, le sens de l'évolution peut être radicalement différent. La tendance est à la disparition de la dimension historique, ce qui conduit à une interprétation de la réalité sociale étroitement conjoncturelle* » : « Essai sommaire sur l'interprétation de la réalité sociale par les juristes », in *Interpréter et traduire*, J.-J. SUEUR (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 60.

[124] *Infra* n° 621 et s.

[125] J. PIGEAUD, « La question du cadavre dans l'antiquité gréco-romaine », *Micrologus*, 1999, VII, p. 66. L'auteur ajoute « *on peut concevoir la définition du cadavre, au long des siècles, comme un effort, un travail de deuil de*

les *hiérarchies* portées par le droit : écarts de *protection matérielle* entre les corps, écarts de *liberté réelle* entre les individus, écarts de *considération symbolique* entre les groupes. Ce n'est donc pas tant en raison d'une considération particulière pour ces corps que la démarche d'analyse du droit positif est essentielle : mettre en lumière les catégories *de fait* créées par le droit entre les corps permet d'exposer les rapports de forces qui se nouent en deçà et au-delà du droit[126].

28. La question se pose alors, une fois constatés les écarts de traitement entre les corps opéré par le droit, de savoir si, en tant que juriste, il est possible de formuler à cet égard des *propositions*. En toute logique, étant donné les limites que nous avons exposées quant à la légitimité de la démarche prescriptive, nous aurions pu nous y soustraire. Nous avons cependant souhaité nous y confronter et cette démarche sera l'objet de notre dernier titre[127]. Il est alors nécessaire d'exposer les éléments constituant, selon nous, les orientations du droit les plus souhaitables.

Tout d'abord il nous paraît que, si l'ordre et la santé publique ne sont pas en jeu, la détermination de la destination des corps par l'État doit idéalement être allégée, d'autant plus si les régimes qu'il impose limitent les droits et libertés des personnes juridiques certaines. En cela, il serait possible de dire que nous penchons en faveur d'une forme de neutralité morale de l'État, même si cette position ne résout pas, loin de là, l'ensemble des difficultés pratiques relatives à la *mise en œuvre* de cette « neutralité »[128]. Ce d'autant plus qu'il nous semble que *l'effectivité* de la protection des droits et libertés des personnes ne peut être garantie que si les pouvoirs publics s'assurent que leur exercice n'est pas fermé à certains en raison, notamment, de questions matérielles. En ce sens, on adhère à l'objectif, énoncé par le droit lui-même, d'une attribution et d'un exercice égal, et non-discriminatoire, des droits et libertés.

---

l'humanité ». V. aussi D. LE BRETON, *La chair à vif, op. cit.*, p. 16-17 : « *La mort suspend-elle le lien indissoluble de la personne et de son corps ? La résolution de cette question repose uniquement sur des arguments culturels, une vision du monde, un univers de valeurs ; elle dépend des représentations de la mort, du corps ; elle implique une définition sociale de la personne. D'une certaine manière, la question soulevée ne souffre d'aucune réponse, chacune renvoyant à l'éternel miroir d'imaginaires sociaux légitimes.* […] *le statut du cadavre sollicite le sens le plus intime du sacré pour chaque individu* ». En ce qui concerne l'embryon v. par ex. : J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* PUF, 1987, p. 207 : « *c'est la dignité humaine qui, toute entière, est en cause dans ce qu'on fait au plus petit d'entre nous, de ce minuscule, que nous avons tous été et sans lequel nous ne serions pas* ».

[126] P. BOURDIEU affirmait ainsi « *la lutte des classements est une dimension fondamentale de la lutte des classes* » : *Choses dites*, éd. De Minuit, 1987, p. 164.

[127] *Infra* n° 784 et s.

[128] V. P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, spéc. p. 24.

Ensuite, il nous semble souhaitable, lorsque l'exercice des droits et libertés des personnes juridiques n'est pas concerné, d'orienter le droit vers une *identité* de traitement des corps morts d'une part et des corps embryonnaires d'autre part. Non pas parce qu'ils *mériteraient, naturellement*, une considération particulière, mais en raison de la portée symbolique qui peut être attachée aux distinctions que le droit opère entre eux. Or, si ces *différences* dans les régimes appliqués ne peuvent être, techniquement, considérées comme des *inégalités* – dans la mesure où l'on considère que cette notion ne s'applique qu'aux personnes juridiques certaines[129] –, elles ont indéniablement cette signification sociale, par les valeurs qu'elles véhiculent, par les sentiments d'exclusion qu'elles peuvent susciter. La question de la *réception* sociale des normes ne peut en effet être totalement écartée par le juriste, au risque soit de passer à côté d'un élément majeur de compréhension du droit réel, soit de formuler des suggestions qui n'ont aucune chance d'être considérées. Comme le souligne Christian ATIAS, le droit peut sans doute se satisfaire d'une « *cohérence multiple* », fondée sur la conjonction, plus ou moins équilibrée, d'impératifs contradictoires[130].

Notre démarche ne prétend donc pas réduire toutes les ambiguïtés, tous les « frottements », toutes les obscurités du droit applicable aux corps humains avant la naissance et après la mort. Elle accepte volontiers d'embrasser une certaine complexité de son objet comme de son sujet au sens où, comme l'expose Jacques LE GOFF,

> *« la complexité n'est pas le contraire de la simplicité, le complexe n'étant pas nécessairement compliqué.* [La complexité] *serait plutôt le contraire de l'unidimentionnalité, de l'unilatéralité, du monisme comme dénégation du foisonnement créateur de la réalité. En cela, elle prédispose à une intelligence plus fine du droit ouvrant la voie à un nouveau réalisme »*[131].

À la construction d'un *système* nous privilégierons donc des suggestions ponctuelles dont nous pensons, et espérons, qu'elles pourraient s'inscrire dans notre réalité.

29. Annonce de plan. Si une certaine lecture du droit positif et de la jurisprudence peut faire penser que ces corps défient la classification traditionnelle des choses et des personnes, il apparaît bien vite que la véritable question est ailleurs, notamment dans le débat politique portant sur le régime qui leur est applicable. Dès lors, la recherche de la *qualification juridique* apportée par le droit aux corps humains avant la naissance et après la mort semble une vaine démarche à laquelle on peut s'étonner qu'une partie de la doctrine attache une importance

[129] Avec tout l'artifice qu'on connaît : M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.,* p. 133.
[130] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, n° 346.
[131] J. LE GOFF, « Introduction », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 14.

considérable **(Partie 1)**. Pour peu que l'on accepte une autre perspective dans la lecture du droit, notamment en adoptant une approche historique du sujet, il devient possible de percevoir qu'au-delà de la question de la qualification, le droit procède à un classement des corps morts et des corps embryonnaires : créant entre eux des *catégories de fait*. Une fois cette hiérarchisation décrite, il devient possible, passant du descriptif au prescriptif, d'en suggérer quelques adoucissements **(Partie 2)**.

Partie 1 L'inutile recherche de la qualification des corps

Partie 2 L'indispensable étude dela hiérarchisation des corps

Partie 1
L'inutile recherche de la qualification des corps

30. À la recherche d'une qualification juridique pour les corps humains avant la naissance et après la mort, l'observateur se trouve confronté à la grande imprécision des textes qui leur sont spécialement applicables. Le droit contient un foisonnement de dénominations pour ces corps et les régimes qu'il leur applique empruntent tantôt au droit des choses tantôt au droit des personnes. L'étude de la jurisprudence n'apporte pas plus de clarté à l'ensemble, tant les juridictions semblent s'attacher à éviter à tout prix de se prononcer sur la nature juridique des embryons et des cadavres. La tentative de « prendre le droit au mot » est donc vite stérilisée par le constat selon lequel les juges comme le législateur se préoccupent davantage de déterminer des solutions ponctuelles à certaines difficultés que de construire un ensemble cohérent autour de catégories juridiques étanches, fermement arrimées à des régimes juridiques précis **(Titre 1)**.

Dès lors, l'étude de la production doctrinale élaborée à propos des corps humains avant la naissance et après la mort ne peut manquer d'étonner. Les auteurs semblent chercher avec frénésie la qualification idéale, celle qui clarifiera enfin l'architecture complexe du régime des corps morts et des corps embryonnaires, apportant aux juristes les outils d'une lecture cohérente du système juridique. Il apparaît cependant que c'est moins la description que la prescription qui est visée par cette partie de la doctrine. Il sera alors nécessaire de soumettre ces écrits à une critique épistémologique qui en révèlera les limites méthodologiques et les présupposés idéologiques **(Titre 2)**.

Titre 1 Les flottements du droit positif

Titre 2 Les errements de la doctrine

Titre 1 Les flottements du droit positif

31. Dans le premier temps de cette étude, le droit, son vocabulaire, ses tournures, seront pris au sérieux : on étudiera différents aspects du droit positif, les textes comme la jurisprudence, à l'aune des catégories classiques de personne et de chose, cherchant à déterminer s'il est possible de dégager de l'ensemble une qualification précise pour ces corps.

Cette analyse montrera que la qualification des embryons et des cadavres par les textes et la jurisprudence est pour le moins ambiguë : ni les mots utilisés pour les désigner, ni les régimes qui leur sont appliqués ne peuvent permettre d'opérer une catégorisation claire de ces corps (**Sous-titre 1)**. Mais il apparaîtra progressivement que moins qu'une imprécision du droit, ces objets révèlent un véritable *évitement* de la qualification : refusant de nommer ces corps, la jurisprudence use de multiples stratagèmes pour trancher les litiges sans les qualifier ; espérant sans doute une prise de position du législateur qui ne saurait advenir. De fait, la qualification des embryons et des cadavres est un problème si éminemment politique que le Parlement pratique, lui aussi, l'art de l'esquive **(Sous-titre 2)**

Sous-titre 1 Des qualifications ambiguës

Sous-titre 2 : Des qualifications éludées

Sous-titre 1 Des qualifications ambiguës

32. Sans conteste, la majorité de la doctrine affirme que la personnalité juridique commence avec la naissance d'un être humain vivant et viable[132] et s'éteint avec sa mort[133]. Il convient cependant de comprendre quels sont les éléments du droit positif qui permettent à certains de se prononcer dans un sens différent[134]. Pour les besoins de cette première analyse, nous choisissons de ne pas remettre en cause les mots de la loi : nous aurons l'occasion de revenir sur les modalités d'élaboration des textes[135], mais il convient dans un premier temps d'adopter à leur égard une attitude descriptive, en recherchant, dans les termes utilisés pour désigner les corps et dans les régimes qui leur sont appliqués, des éléments à même de suggérer l'une ou l'autre des qualifications. On constatera alors que les classifications suggérées sont le plus souvent ambiguës **(Chapitre 1)**.

La tentation est alors grande de se tourner vers la jurisprudence, force interprétatrice et supposément clarificatrice du système juridique. Il faudra cependant admettre que ses positions sont, en la matière, très peu tranchées et que les juges ne font que prolonger les hésitations des textes **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 L'imprécision des textes

Chapitre 2 Les hésitations de la jurisprudence

[132] Spéc. sur la notion de viabilité et sa contestation : C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chr. p. 29. V. aussi C. LEVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, p. 156 et s.
[133] Pour quelques exemples v. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes,* 17e éd., Lexis-Nexis, 2015, p. 14 et 116 ; Ph. MALAURIE, *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, coll. Droit civil, Defrénois - Lextenso éditions, 8e éd. 2016, n° 5 et 9 ; Gr. LOISEAU, *Le droit des personnes,* Ellipses, 2016, n° 15 et 19.
[134] *Infra* n° 374 et s.
[135] *Infra* n° 328 et s.

Chapitre 1 L'imprécision des textes

33. L'étude des termes employés par le droit pour désigner les embryons ou les cadavres révèle une certaine confusion. Ce constat est renforcé par l'inclusion, dans l'analyse, non seulement de la loi au sens strict mais de l'ensemble des textes concernant ces corps. Plus l'on s'enfonce dans le marécage des circulaires et arrêtés, plus les incertitudes lexicales sont manifestes. Mettre de côté ces textes particuliers conduirait cependant à ignorer que la multiplication des sources et des publications fait partie intégrante des difficultés auxquelles doit se confronter l'épistémologie juridique contemporaine[136].

34. Pour procéder à cette recherche nous avons recensé, sur la base de données *Légifrance*, l'ensemble des textes contenant les termes *cadavre*, *embryon* et *fœtus* mais aussi *chose, personne*, *enfant*, *corps*, *mort* et *défunt*. Nous avons relevé le contexte dans lequel les mots étaient utilisés et recherché ce qu'ils désignaient matériellement. Cette analyse révèle une certaine confusion des textes : les termes utilisés sont imprécis, le droit ne procède pas à des qualifications directes claires. Les mots « chose » ou « personne » sont peu utilisés et désignent des réalités diverses ; les textes privilégient des dénominations plus spécifiques dont le contenu juridique est parfois difficilement perceptible, de sorte que les embryons et les cadavres semblent des objets innommés **(Section 1)**. Une approche inductive, s'attachant aux régimes pour en extraire une qualification, rencontre des difficultés similaires. Le droit applicable aux embryons et aux cadavres recèle à la fois des dispositions renvoyant au régime classique des choses et des éléments révélant des traces du régime des personnes **(Section 2)**. Ce chaos apparent ne doit pas effrayer. Au contraire, si l'on admet, avec Gérard CORNU, que « *la lettre de la loi est le premier visage de son esprit* »[137], on prendra ce constat comme une simple entrée en matière dans la complexité du traitement, par le droit, des corps humains avant la naissance et après la mort. « *L'imprécision du langage* [sera] *alors le masque derrière lequel on découvr*[ira] *l'incertitude des notions* »[138].

Section 1 Des corps innommés

Section 2 Des corps inqualifiables

[136] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, p. 82 et s.
[137] G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999, p. 99.
[138] R. NERSON, « Exercice de vocabulaire », *Mélanges Malinvaud,* LGDJ, 1967, p. 612.

Section 1 Des corps innommés

35. Les termes de « chose » et de « personne » sont très peu utilisés par les textes pour désigner les corps humains avant la naissance et après la mort. Le droit ne procède donc pas à de véritables *qualifications* **(§1)**. En revanche, les textes utilisent de multiples termes alternatifs dont le statut manque de clarté. S'agit-il là de simples facilités de langage désignant des notions juridiques homogènes ou de véritables *catégories* juridiques **(§2)** ?

§ 1 Les qualifications absentes

§ 2 Les dénominations multiples

§1. Les qualifications absentes

36. La recherche des termes « chose » et « personne », dans des occurrences où ils pourraient désigner les corps humains avant la naissance et après la mort, produit des résultats déroutants. Les termes n'apparaissent que très rarement dans les dispositions elles-mêmes **(B).** Le mot « personne », lorsqu'il est utilisé, ne l'est que dans les *titres* des codes dans lesquels s'insèrent ces dispositions **(A)**.

A. La classification ambiguë des embryons et des cadavres dans les dispositions relatives aux personnes

B. La rareté des qualifications explicites

A. La classification ambiguë des embryons et des cadavres dans les dispositions relatives aux personnes

Les subdivisions des codes utilisent parfois le terme « personne » dans les titres coiffant des dispositions applicables aux embryons et aux cadavres. Cette désignation, qu'il serait possible de considérer comme une forme de *qualification indirecte* manque cependant de précision[139]. En effet, il est difficile d'apprécier d'une part si ces classifications relèvent d'une simple facilité ou d'un choix significatif **(1)** et, d'autre part, quels sont les véritables objets désignés par ces termes **(2)**.

1) La subdivision du Code civil : une facilité ?

2) Les subdivisions du Code pénal : des destinataires imprécis

[139] Considérant les subdivisions comme descriptives et non normatives v. Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 217. Il nous semble cependant que l'usage qui est parfois fait par la jurisprudence de l'interprétation *a rubrica* doit conduire à considérer son aspect normatif, v. *infra n°* 317 et s.

1) La subdivision du Code civil : une facilité ?

37. Au sein du Code civil, les dispositions relatives à la protection des corps après la mort[140], au respect de l'être humain dès avant la naissance[141], mais aussi celles portant sur les actes de décès[142] et les actes d'enfant sans vie[143] sont placées dans le livre premier – « *Des personnes* ». Ce terme désigne donc autant les embryons et les cadavres que les personnes nées et vivantes, dont la personnalité juridique n'est pas contestée. Il serait donc possible de voir dans cet ordonnancement un premier indice dans le sens d'un rattachement de ces corps au statut de personne juridique.

38. Cependant, étant donné la structure actuelle du Code civil, cette place permet aussi de traiter ensemble les dispositions relatives aux actes de l'état civil d'une part et au respect des corps d'autre part. Une classification « distributive » aurait été possible, distinguant par exemple les dispositions concernant les corps des *personnes juridiques certaines* des autres, mais le partage n'en aurait pas été simplifié. Dans la mesure où il n'existe pas de titre indépendant « des corps humains » ou « des actes de l'état civil » – comme celui portant sur les lois en général – les normes relatives aux corps avant la naissance et après la mort ne trouveraient pas davantage leur place dans les livres portant sur la propriété ou les sûretés.

2) Les subdivisions du Code pénal : des destinataires imprécis

39. Plusieurs infractions concernant les embryons et les cadavres sont placées dans le livre « des crimes et délits contre les personnes » du Code pénal. Il en est ainsi des infractions relatives aux crimes eugénistes[144] **(a)**, à l'interruption illégale de grossesse[145] **(b)** et au respect dû aux morts[146] **(c)**. Cependant, l'identification des « personnes » protégées par ces normes est incertaine.

a) Les « infractions bioéthiques » : protection de l'embryon ou de la collectivité ?

40. Difficile de savoir qui est la « personne » atteinte par un acte d'eugénisme ou par la naissance d'un enfant cloné. La classification des infractions actuellement adoptée par le Code

[140] Art. 16-1 C. civ.
[141] Art. 16 C. civ.
[142] Art. 78 C. civ. et s.
[143] Art. 79-1 C. civ. al. 2.
[144] Art. 214-1 C. pén. et s.
[145] Art. 223-10 C. pén.
[146] Art. 225-17 C. pén.

pénal ne permet pas de trancher clairement. La confusion provient notamment des apports successifs de la loi du 29 juillet 1994[147] et de celle du 6 août 2004[148].

41. Les « autres crimes et délits » de la loi de 1994. Lors de la recodification du Code pénal, un nouveau livre, relatif aux « autres crimes et délits », fut créé[149] dans lequel furent placées les dispositions concernant les animaux. La loi de bioéthique du 29 juillet 1994 y inséra ensuite un titre spécifique[150] dans lequel étaient répertoriées les infractions en matière d'éthique biomédicale[151]. Une section était consacrée à la protection des embryons humains mais ceux-ci pouvaient également être concernés par l'interdiction des pratiques eugénistes, placée dans une section particulière. Une première incertitude sur la qualification portée par les textes apparut alors car l'eugénisme fut défini comme un acte « *tendant à l'organisation de la sélection des personnes* »[152]. Fallait-il entendre cette formulation comme concernant uniquement la sélection des *personnes juridiques* ou plus largement comme la sélection de tout corps humain ? Dans la première hypothèse n'était-elle pas redondante avec le crime de génocide ? Dans la seconde l'usage du terme « personne » ne jetait-il pas le trouble sur la qualification à apporter à l'embryon ?

42. La possibilité d'une qualification tranchée. La position de l'infraction d'eugénisme dans le livre « autres crimes et délits » pouvait apporter une cohérence catégorielle à l'ensemble : ici placée, cette infraction n'était pas conçue comme étant commise *contre des personnes juridiques*. Opérée au stade prénatal, la pratique eugéniste n'atteignait pas des sujets de droit mais concernait la sélection de *futurs* sujets de droit ; après la naissance, l'infraction changeait de qualification : effectuée contre des *personnes juridiques,* elle devenait crime contre l'humanité.

La qualification de l'embryon pouvait alors être conçue de façon cohérente : les dispositions le concernant ne procédaient pas d'atteintes à des *personnes* mais d'« autres crimes et délits », d'infractions spécifiques. La création d'un livre particulier pouvait se justifier par le

147 L. n° 94-654 du 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 n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11060.
148 L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF n° 182 du 7 août 2004, p. 14040.
149 L. n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, JORF n° 0298 du 23 déc. 1992, p. 17568. Art. 135.
150 P. COUVRAT avait déjà envisagé que ce livre devienne le réceptacle de multiples dispositions sans lien particulier entre elles : « Le nouveau Code pénal en sa forme », in *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu,* PUF, 1994, p. 90.
151 Art. 511-1 C. pén. et s.
152 Art 511-1 anc. C. pén.

fait que, quand bien même l'embryon serait qualifié de chose, ces infractions n'auraient pas davantage trouvé leur place parmi les atteintes aux biens dans la mesure où elles ne trouvaient pas leur fondement dans une atteinte à la propriété[153].

43. Le trouble introduit par la loi de 2004. En 2004, deux crimes dits « contre l'espèce humaine » ont été introduits dans le livre des infractions contre les personnes : clonage et eugénisme. Cependant, le chapitre relatif aux infractions en matière d'éthique biomédicale a été conservé dans le livre « des autres crimes et délits » et contient également des éléments de prohibition du clonage et de l'eugénisme[154], ainsi que les infractions explicitement liées à la protection de l'embryon.

La qualification de l'embryon s'en trouve alors compliquée : pourquoi, par exemple, « *le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne* »[155] serait-il plus attentatoire « aux personnes » que le fait de « *provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellule ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne* »[156] ? Il semble que la seule distinction existant entre ces deux infractions soit leur gravité, la première étant un crime, l'autre un délit. Mais cette distinction peut-elle à elle seule modifier la nature de la « victime » *personne* dans un cas, *principes* dans l'autre[157] ? En effet, le fait que les crimes d'eugénisme et de clonage n'aient pas été placés dans la section spécifique du Code pénal consacrée à la *protection de l'embryon humain* pourrait indiquer que le fondement de ces infractions dépasse la seule protection de chaque embryon, individuellement[158]. Elles auraient sinon pu être rapprochées des infractions consacrées à la protection « individuelle » des embryons :

---

[153] Sur l'analyse du régime de l'embryon par la notion de propriété v. *infra* n° 153 et s.
[154] Art. 511-1 à 511-1-2 C. pén.
[155] Art. 214-2 C. pén. Sur la maladresse de la formulation : Ph. DESCAMPS, « Enfants clonés, enfants damnés ? », *D*. 2004.1819.
[156] Art. 511-1-2 C. pén.
[157] Cl. SUREAU fait d'ailleurs justement remarquer à propos de l'interdiction du clonage que « *si d'un point de vue philosophique on reproche au clonage son influence supposée déterminante sur la personnalité de l'individu ainsi créé, on doit reconnaître que, ce faisant, on nie ce qui caractérise certainement le mieux l'humanité, l'aptitude au choix* […]. *Dès lors on ne peut échapper à la question fondamentale : criminaliser ainsi la soi-disant reproduction à l'identique, n'est-ce pas douter de l'humanité de l'homme, de sa faculté singulière d'échapper à cette prédétermination,* […], *n'est-ce pas constituer, plus que l'acte ainsi condamné, une faute contre l'espèce humaine ?* » : « L'être prénatal, d'une réalité humaine à l'incertitude juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 337. Pour un autre point de vue sur le clonage v. B. MATHIEU, « La bioéthique, matrice des droits d'un homme nouveau », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, t. 2, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1220. X. BIOY explique quant à lui l'interdiction du clonage : « *L'idée est de protéger l'aléa génétique* […] *car ce dernier serait le garant naturel de la liberté de chacun* » il admet cependant qu'« *il s'agit là de consacrer un arguement éthico-psychologique* » : *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 114.
[158] Pour une présentation de ces infractions comme protégeant une « dignité » collective v. P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100.

diagnostics préimplantatoire (DPI) et prénatal (DPN) illégaux[159] ou encore délit d'interruption de grossesse suite à un DPN illégal[160].

On pourrait ainsi soutenir que les « personnes » atteintes par les infractions contre l'espèce humaine ne sont pas les embryons mais plutôt l'ensemble de la collectivité humaine, le groupement de tous les sujets de droits, de tous les êtres humains nés, vivants, viables, en tant que collectif. Il ne s'agit alors pas d'une victime unique, constituée par l'embryon particulier, objet de pratiques eugénistes ou de clonage, mais d'une victime plurielle, comprise comme l'ensemble de tous les membres de l'espèce humaine qui seraient par ailleurs sujets de droit[161]. Mais il est vrai qu'adopter cette lecture brouille[162] la distinction[163] entre crime contre l'espèce humaine[164] – collectivité prise dans sa pure dimension biologique – et crime contre l'humanité – collectivité prise dans sa dimension sociale[165].

b) L'interruption illégale de grossesse : protection de l'embryon ou des femmes enceintes ?

44. Depuis la loi du 4 juillet 2001[166], la plus grande partie des dispositions relatives aux interruptions illégales de grossesse ont été transférées du Code pénal[167] vers le Code de la santé publique. N'y subsiste plus que l'infraction d'interruption de grossesse sans le consentement de la personne enceinte[168]. Placée dans le titre des infractions contre les personnes, elle pourrait être vue comme la subsistance d'une protection de *l'embryon*, considéré comme une personne. Mais à mieux y regarder, ces dispositions sont insérées dans la partie du Code relative à la « *mise en danger* de la personne ». Or, si l'infraction est accomplie, l'embryon n'est pas seulement « mis en danger » mais bien éliminé et ce d'autant plus que la tentative de cette

[159] Art. 511-20 et 511-21 C. pén.
[160] Art. 2222-3 CSP.
[161] *Contra* J.-R. BINET, « exceptio est strictissime interpretationis : l'enfant conçu au péril de la biomédecine », in *Libre droit. Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 95.
[162] Sur cette question précise v. F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*, th., PUAM, 2005, n° 663 et s. ; v. aussi M. BÉNÉJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pénal*, 2012.392.
[163] Pour le refus de la distinction : M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC,* 2012. 495.
[164] M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865.
[165] Sur le lien possible entre les deux notions v. par ex. M.-A. HERMITTE, « De la question de la race à celle de l'espèce. Analyse juridique du transhumanisme », in *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine,* G. CANSELIER et S. DESMOULIN-CANSELIER (dir.), Société de législation comparée, 2011, p. 155.
[166] L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 156 du 7 juill. 2001, p. 10823.
[167] Pour des difficultés d'interprétation de législations favorables à l'avortement en raison de leur classement dans le Code pénal V. A. AOUDJ-MRAD, « Le corps de la femme et la biomédecine : le clair-obscur tunisien », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 204.
[168] Art. 223-10 C. pén.

infraction n'est pas réprimée[169]. La « personne » protégée est donc plus probablement la femme enceinte[170].

c) L'atteinte aux cadavres et aux sépultures

45. Les infractions relatives aux atteintes aux cadavres ou aux sépultures[171] sont également placées dans le livre des crimes et délits contre les personnes. Si ce classement est inchangé depuis son origine[172], la sous-catégorisation de ces infractions a, elle, évolué. Initialement placée dans une section spécifique, regroupant les crimes et délits contre la famille, les enfants et les réglementations funéraires[173], elle se trouve aujourd'hui dans le chapitre consacré aux atteintes à la *dignité* de la personne. Cette classification pourrait induire des hésitations sur la qualification à appliquer aux corps morts **(ii)**, tant la notion de dignité est aujourd'hui imprécise **(i)**.

i. Éléments liminaires sur le rapport entre dignité et personnalité

46. Pour comprendre la difficulté qu'il y a à s'appuyer sur la notion de dignité pour rechercher les indices de la personnalité juridique il faut reprendre succinctement les débats existant sur cette notion.

47. L'utilisation juridique du terme « dignité » renvoie actuellement à trois notions distinctes[174] : la dignité d'une fonction ou d'un rang ; la dignité comme droit de la personne, opposable à autrui, et enfin la dignité comme principe objectif, opposable notamment à la

[169] P. COUVRAT désigne cette place comme constituant une maladresse, considérant implicitement que la disposition protège l'embryon, « Le nouveau Code pénal en sa forme », art. cit.
[170] J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial,* coll. Préférences, éd. Cujas, 5e éd., 2010, n° 31 ; Ph. CONTE, *Droit pénal spécial,* Lexis-Nexis, 4e éd, 2013, n°133 ; pour une opinion défavorable à cette classification : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal,* 6e éd., Précis, Dalloz, 2011, n° 348. Cette dernière opinion est citée au soutien de l'argumentation de D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 28-29.
[171] Sur ces infractions V. I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*. Thèse, Paris I, 2005, p. 352 et s.
[172] Anc. art. 360 C. pén.
[173] Anc. art. 345 et s. C. pén. Sur l'évolution de l'infraction de la protection des sépultures à la protection du cadavre V. A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, p. 220 et s.
[174] Nous reprenons cette typologie de *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche réalisé dans le cadre de l'appel à projet « Les principes fondamentaux du droit » avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avril 2004, p. 26 et s. V. aussi P. CASSIA, *Dignité(s),* coll. Sens du droit, Dalloz, 2016, not. p. 29 et s. Pour une lecture de la dignité comme instrument unifié de « *protection contre les inégalités inacceptables* » v. C. LEVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris I, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, p. 324 et s.

personne elle-même comme limite à sa propre liberté[175]. C'est surtout dans les deux derniers sens que se pose la question du lien entre dignité et personnalité juridique : est-il possible d'envisager une dignité-droit sans sujet de droit ? La dignité-principe peut-elle être opposée à une personne pour limiter son action sur *une chose* ?

48. Il n'existe pas, à notre connaissance, d'application claire de la notion de dignité à des actions portant sur des objets indubitablement qualifiables de choses. On pourrait pourtant envisager que la notion soit employée pour interdire des comportements indignes pour un humain sans qu'aucun corps humain soit l'objet de l'action : maltraitance sur un animal, destruction d'une œuvre d'art, d'un objet archéologique par exemple. La dignité serait alors un pur outil de droit objectif[176]. Mais l'utilisation faite par le droit de la dignité concerne systématiquement un sujet de droit[177] ou au minimum un corps humain[178]. D'où une interrogation légitime sur le fait que la dignité pourrait être l'instrument d'une reconnaissance étendue de la personnalité *juridique*. Une des raisons de l'ambiguïté est l'emploi de deux formulations : « dignité humaine » et « dignité de la personne humaine ». Si certains auteurs conceptualisent une distinction entre ces deux notions[179], il arrive également qu'elles soient employées l'une pour l'autre, créant ainsi un flou terminologique : la dignité de la *personne humaine* est-elle celle d'une *personne juridique*[180] ?

49. Afin d'émanciper la dignité de la notion de personne juridique, certains auteurs ont proposé de considérer que la notion s'appliquait à *l'humain – personne humaine* ou *être humain* – sans considération pour la notion de personnalité juridique. Cette approche n'est pas sans soulever des difficultés de définitions[181] mais elle s'attache généralement à distinguer la

---

[175] Pour quelques exemples de cette distinction : G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics – Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. REDOR (dir.), Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 353 ; D. ROMAN, « *"À corps défendant"* – La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007.1284 ; A. LOPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, « La bioéthique, le droit et la biotechnologie humaine », *in* B. PY, F. VIALLA et J. LEONHARD (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau – Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, coll. Mélanges, vol. 1, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 176 ; S. PARICARD, « La médecine saisie par la convenance personnelle », *ibid*., vol. 2, p. 28-29.

[176] Par ex. : S. DOUAY, *JCP G.* 2003.II.10052, note sous TA Nantes, 5 sept. 2002 et CA Angers, 9 sept. 2002.

[177] Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE note ainsi que la loi de 2008 a étendu la notion de dignité au traitement des restes funéraires alors que cette notion est « *l'apanage de la personne aux termes de l'article 16 du Code civil* » : « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC*, 2016, n° 3, p. 505.

[178] V. *infra* n° 235 et s. pour les applications jurisprudentielles.

[179] X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, not. n° 199 et s.

[180] Sur la distinction entre « dignité » et « dignité humaine » v. P. CASSIA, *Dignité(s),* coll. Sens du droit, Dalloz, 2016, p. 40 et s.

[181] V. *infra* n° 397 et 501.

matérialité d'un corps humain par opposition à la personnalité juridique, instrument purement juridique[182]. La dignité humaine serait alors l'instrument de la protection d'un corps humain, que celui-ci soit ou non le support d'une personne juridique[183]. Cependant, une telle construction n'explique pas l'utilisation de la notion de dignité lorsqu'aucune atteinte corporelle n'est en cause[184], sauf à considérer que la dignité atteinte serait la dignité *de l'auteur de l'acte* ou encore la dignité humaine comme principe objectif[185].

50. Ainsi, même si des constructions doctrinales sont possibles afin de produire une lecture de la dignité en termes de droit objectif, cette lecture est nécessairement distributive, la dignité étant parfois indéniablement construite comme un droit subjectif[186], voire même un droit de la personnalité[187]. C'est pourquoi la notion, lorsqu'elle est utilisée, fait planer le doute sur son lien avec la notion de personne juridique[188]. Cette difficulté, que nous retrouverons[189], est ainsi présente dans l'analyse de l'infraction d'atteinte aux cadavres ou à la sépulture.

ii. La dignité et les corps morts : ambiguïté de la valeur protégée

51. La classification des atteintes aux corps morts et aux sépultures sous le terme d'« atteinte à la dignité » de la personne peut susciter plusieurs interprétations, mais il semble que ce sont *les morts* qui sont désignés par le terme de « personne ».

---

[182] La difficulté de distinction s'accentue encore lorsque l'on constate que la dignité humaine impose, pour certains auteurs, l'attribution de la personnalité juridique à la personne humaine v. *infra* n° 383 et s.

[183] Sur la dignité comme instrument de protection de la personne ou de protection du corps V. Cl. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Ph. PEDROT (dir.), Économica, 1999, p. 46-47.

[184] V. notamment *infra* n° 119 pour les infractions de presse.

[185] Pour un parallèle avec la notion de bonnes mœurs v. G. FAURÉ, « Bonnes mœurs et Dignité », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 201.

[186] B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de la dignité et les interventions sur le génome humain », *RD publ.,* 1999, spéc. p. 99-104. *Contra*, pour un refus de cette analyse, N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité humaine*, M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir), Études juridiques, Économica, 1999, p. 127 et s. L'article 16 du Code civil (« *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci* »), pourrait être invoqué dans ce sens : N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », art. cit., p. 130. L'affirmation d'un « droit à la dignité » est ainsi une évolution remarquée du droit québécois : D. GOUBEAU, « Réflexions sur les principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine au Canada », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 288.

[187] M. FABRE-MAGNAN, V° *Dignité humaine*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008. Dans le cadre du droit pénal il semble cependant que les notions de dignité et de droit de la personnalité soient distinctes, chacune faisant l'objet d'un chapitre dans le titre 2 du livre 2 du Code pénal.

[188] Pour N. MOLFESSIS, la reconnaissance d'un droit subjectif à la dignité remet donc en question la distinction des choses et des personnes, il s'oppose donc à l'usage de cette notion, y préférant l'usage du droit objectif : « La dignité de la personne humaine en droit civil », art. cit., p. 132 et s.

[189] *Infra* n° 129 et 381.

52. Hypothèse de la dignité objective de l'auteur. Tout d'abord, il est possible d'arguer que la dignité atteinte par l'infraction de violation de sépulture soit celle de l'auteur des faits. La question renvoie à une interrogation générale : est-ce sa propre dignité ou la dignité de l'autre que l'on atteint par le traitement indigne d'autrui[190] ? Or, on voit mal en quoi cette infraction atteindrait plus la dignité de l'auteur que toute autre atteinte à des personnes vivantes[191], et il aurait au surplus été loisible au législateur, s'il avait voulu indiquer la spécificité de l'infraction, de la placer dans les « autres crimes et délits », auprès, par exemple, des atteintes portées aux animaux. L'illustration est parlante puisque la situation particulière de ces infractions dans le Code manifeste qu'elles n'ont pour fondement ni l'atteinte à des personnes, ni l'atteinte à des biens[192].

53. L'hypothèse de la dignité comme principe objectif. On pourrait encore soutenir que la « dignité de la personne » ici atteinte est une dignité abstraite recouvrant l'*idée de personne* et non celle d'un individu particulièrement désigné. L'acte d'atteinte aux cadavres ou aux sépultures atteindrait ainsi la collectivité toute entière[193], au sens de « genre humain »[194], et le concept idéal de personne. On pourrait alors rapprocher ce délit des infractions contre l'humanité ou contre l'espèce humaine.

Cette interprétation serait confortée par le fait que l'infraction est constituée également par l'atteinte aux « *monuments édifiés à la mémoire des morts* », lesquels ne contiennent pas nécessairement les restes matériels d'un corps. C'est l'opinion défendue par Grégoire LOISEAU : « *n'étant plus une personne, le mort n'est pas, en soi, sujet de dignité. La*

---

[190] Fr. KERNALEGUEN résume ainsi : « *la notion même de dignité est sujette à débat* […]. *Si l'on adopte une conception objective de la dignité, la volonté de la personne y trouve une limite indépassable, même lorsqu'aucune autre personne n'est directement impliquée. Si, au contraire, on adopte une conception subjective c'est la volonté individuelle qui détermine les contours de la dignité : assurément pour l'individu lui-même, et, le cas échéant, pour les personnes qui participent volontairement à la même action* » : « Les principes de protection du corps humain en droit français : l'influence déterminante de la biomédecine », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 158.

[191] Si cette conception devait être retenue ce serait l'ensemble du droit pénal qui serait qualifiable d'atteinte à la dignité de la personne…

[192] Il est certes précisé à l'article 521-1 C. pén. que l'infraction n'est constituée qu'à l'égard d'un animal « *domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité* » donc à l'égard d'animaux appropriés mais ce n'est pas l'atteinte à la propriété qui est ici en cause. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, p. 187. Sur l'évolution du fondement de la protection des animaux v. J.-P. MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé,* Limoges, PUF, 1992. p. 351 et s.

[193] En droit espagnol, l'infraction d'atteinte aux sépultures fait partie des délits religieux : J. CORBELLA i DUCH, « Dommages moraux pour la disparition de restes humains », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture,* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 288.

[194] B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, chron., p. 186 ; A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, Th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 172.

dignité du cadavre ne tient pas à une improbable dignité du défunt mais à la valeur que l'on attache à l'état d'humanité, transcendant la situation des individus, vivants ou morts »[195]. Cette infraction serait donc l'un des rares exemples d'atteinte à la dignité par le comportement d'une personne juridique sur une chose, en tant que son comportement atteint l'idéal de dignité.

54. Cependant, on comprendrait alors mal cette classification isolée, derrière les dispositions relatives au bizutage, à la dissimulation forcée du visage ou à l'exploitation de la vente à la sauvette[196]. L'ensemble des infractions de ce chapitre concerne en effet des atteintes à des personnes-sujets de droit, spécifiquement désignées : la « dignité de la personne » protégée par ce titre est toujours la dignité au sens subjectif, le consentement des victimes étant déterminant pour la qualification des infractions[197]. La notion de « dignité » de ce titre devrait-elle être conçue de façon fractionnée ?

55. Hypothèse de la protection du défunt. Par ailleurs, l'évolution de l'article 225-17 du Code pénal semble indiquer une forme d'« individualisation » de l'infraction. En effet, de la sanction de l'atteinte aux seules *sépultures* on est passé, en 1994[198], à la sanction des atteintes aux *corps morts*[199]. Cette infraction se rapproche d'autant plus des autres atteintes à la personne qu'elle utilise bien le terme d'atteinte à l'*intégrité* du corps et que l'atteinte aux *cendres* n'est pas incluse dans la mesure[200]. Renée KOERING-JOULIN note ainsi à propos de cette infraction que « *toute personne passée de vie à trépas,* […] *voit aujourd'hui son intégrité sauvegardée, en une sorte de* continuum *entre personne vivante et personne décédée* »[201]. Il semble donc plus

[195] Gr. LOISEAU, « Statut du cadavre, le point de vue du privatiste », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 214. L'auteur note cependant en bas de page que le droit pénal, en classant l'atteinte aux sépultures dans les atteintes à la dignité, pourrait faire douter de cette affirmation.

[196] Respectivement art. 225-16-1, 225-4-10 et 225-12-8 C. pén. L'incongruité de ce classement conduit d'ailleurs certains auteurs à étudier, dans leur manuel, ces infractions au titre des atteintes à l'intimité des personnes, et non des atteintes à la dignité : v. not. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial,* coll. Préférences, éd. Cujas, 5e éd., 2010, n° 190 et s.

[197] Pour une approche de cette infraction comme une atteinte à la dignité individuelle par opposition aux atteinte à la dignité au sens collectif v. P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100.

[198] L. n° 92-684 du 22 juill. 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes : JORF n° 169 du 23 juill. 1992, p. 9875. Entrée en vigueur le 1er mars 1994.

[199] Même si la jurisprudence avait antérieurement appliqué cette infraction, par une interprétation extensive, à l'atteinte aux *corps*. Ex. : T. corr. Paris, 16 fév. 1970, *Gaz. Pal.* 1970.II.40.

[200] Seule l'atteintes aux urnes l'est. Dans ce sens A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, *op. cit.*, p. 307.

[201] R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in *La dignité de la personne humaine,* M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir), Études juridiques, Économica, 1999, p. 73.

évident de considérer que ce sont les morts, individuellement, qui sont ici désignés par le terme de « personnes »[202].

56. Conclusion du A. Lire les dispositions concernant les embryons et les cadavres à la lumière de leur classification dans les codes révèle une certaine ambiguïté : si le terme de *personne* est parfois employé, il n'est jamais certain qu'il désigne précisément ces corps, et le lien entre ce terme et la notion de personnalité juridique n'est pas toujours évident. La situation n'est pas plus claire en ce qui concerne les termes utilisés par les dispositions elles-mêmes.

B. La rareté des qualifications explicites

57. Les termes de chose **(1)** et de personne **(2)** sont très rarement employés dans les dispositions concernant les embryons et les cadavres. Lorsqu'ils le sont, ils font souvent l'objet de qualificatifs qui sèment le doute sur leur relation avec les *concepts* de chose et de personne.

1) L'utilisation introuvable du terme de chose
2) L'utilisation incidente du terme de personne.

1) L'utilisation introuvable du terme de chose

58. Une occurrence unique. Le terme de « chose », pourtant courant dans les textes, n'est jamais utilisé explicitement lorsqu'il s'agit de désigner embryons ou cadavres. La seule exception à ce « tabou » linguistique est une circulaire du 19 janvier 1995 qui, rappelant les dispositions pénales de la loi du 29 juillet 1994, utilise à propos de l'embryon le terme de « *res extra-commercium* »[203]. Le texte est cependant ambigu puisqu'il ne qualifie pas directement les embryons de *res* mais affirme que le « *principe "res extra-commercium" s'applique* […] *aux embryons humains* »[204], formulation pour le moins curieuse – quels sont l'origine et le contenu de ce mystérieux principe ? Une maladresse de rédaction ?

59. Hormis cette étrange occurrence, le terme de « chose » est soigneusement évité par le législateur. Si l'on peut y voir l'indice d'une *personnification* prénatale, il est également

[202] Dans ce sens : M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 407. Pour des propositions de recodification par souci de clarification v. A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, *op. cit.*, n° 199 et s.
[203] Circ. CRIM 95-2 F3 du 19 janv. 1995 : commentaire des dispositions pénales contenues dans les lois du 29 juill. 1994 relatives à la bioéthique, p. 4.
[204] *Ibid.*, p. 4.

possible de suggérer que cet évitement est lié à la connotation péjorative du mot dans le langage courant. On peut ici faire le parallèle avec la suppression du terme de « meuble » pour la désignation des animaux[205]. L'absence d'utilisation du mot « chose » relèverait alors d'une d'euphémisation générale du langage juridique sur laquelle nous reviendrons[206].

2) L'utilisation incidente du terme de personne

60. Le terme de « personne » est parfois utilisé dans les textes pour désigner les cadavres mais il est alors précisé qu'il s'agit de personnes *décédées*[207]. Plus généralement, les textes désignent le cadavre comme le « *corps de la personne décédée* »[208], « *restes de la personne* »[209] ou « *restes de la personne décédée* »[210] ; exceptionnellement comme la « *dépouille mortelle de la personne* »[211].

61. Il y a ici une précaution de rédaction : le cadavre n'est pas directement désigné comme personne mais il est un corps qui fut rattaché à une personne particulière. Il est notable que l'expression « corps de la personne » ne soit employée que dans les cas où les textes se réfèrent à un corps mort[212]. En effet, lorsque le corps est vivant, il se confond juridiquement avec la personne ; que la personne absorbe le corps, comme dans l'article 16 du Code civil[213] ou que le corps absorbe la personne, comme dans le premier alinéa de son article 16-1[214]. Le

[205] Cette modification, qui n'a été accompagnée d'aucune modification de régime, a été initiée dans l'unique but de supprimer un terme jugé offensant car niant symboliquement la possibilité d'une sensibilité animale : L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures : JORF n° 0040 du 17 févr. 2015, p. 2961. Art. 2. Sur ce point v. P.-J. DELAGE, « L'animal, la chose juridique et la chose pure », *D.* 2014, p. 1097 ; R. LIBCHABER, « La souffrance et les droits. À propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, p. 380. Sur les conséquences possibles de cette modification v. cependant L. SCALBERT, « Utilité et force symbolique du droit. À propos de la reconnaissance dans le Code civil de l'animal comme "être vivant doué de sensibilité" », *Revue de droit rural,* 2015, n° 432, p. 14.

[206] *Infra n°* .

[207] Ex : art. L.2213-7 CGCT ; R. 1232-1 et -2 CSP.

[208] Art. L. 2223-38 et -39 et R. 2213-3 C. coll. terr. ; art. R. 1112-75 et -76-1 CSP ; arrêté du 6 sept. 2013 portant agrément de produits destinés aux soins de conservation du corps de la personne décédée, JORF n° 0211 du 11 sept. 2013, p. 15224 ; arrêté du 17 nov. 1986 fixant la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires prévues par le décret n° 76-435 du 18 mai 1976 modifiant le décret du 31 déc. 1941, JORF du 20 déc. 1986, p. 15280.

[209] Art. L. 2223-4 CGCT.

[210] Art. 16-1-1 C. civ.

[211] L. n° 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, JORF du 7 mars 2002, p. 4265. (Dite Vénus hottentote). Il n'est pas impossible que ce terme particulièrement solennel ait été choisi en raison de l'importance politique exceptionnelle de la disposition. V. *infra* n° 73.

[212] Pour une exception : art. R. 6312-26 et -27 CSP, pour désigner le corps d'une personne transportée par transport sanitaire.

[213] « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci* ». Même si cet article dépasse la seule protection de l'intégrité physique de la personne, il l'inclut nécessairement.

[214] « *Chacun a droit au respect de son corps »* doit être lu comme « chaque personne a droit au respect de son

cadavre n'est donc pas pleinement désigné comme une « personne » par les textes, mais la tournure utilisée n'est pas anecdotique : elle renvoie à l'idée d'un rattachement passé à un sujet de droit[215]. À l'inverse, les textes n'emploient jamais le terme de personne pour désigner les corps des embryons mort-nés. Laurent LEVENEUR estime que cette absence du mot vise à « *éviter les rapprochements qui font mal* »[216], en évitant de signaler que l'avortement[217] consiste en la suppression d'une personne. Mais, outre le fait que l'intention du législateur peut ici être discutée, il est possible de nuancer le propos en considérant que l'absence d'usage du terme « personne » vise plutôt à éviter la controverse en opérant un détour par des terminologies plus floues.

62. Conclusion du § 1. Les textes utilisent très peu les mots « chose » et « personne » lorsqu'ils évoquent les embryons et les cadavres. Le terme « personne », en particulier, fait l'objet d'un usage imprécis, qui jette le doute sur son lien avec la *notion juridique* de personne. Présent dans les subdivisions des codes, il n'est pas toujours évident de déterminer l'objet qu'il désigne : corps morts et corps embryonnaires ou humains nés et vivants. Utilisé dans les dispositions elles-mêmes, il apparaît dans des formulations contournées telle que « personne décédée ». Cet usage s'inscrit dans un constat plus large : les textes multiplient les dénominations pour désigner les corps humains avant la naissance et après la mort, sans qu'il soit possible de déterminer si ces différences lexicales recouvrent des distinctions notionnelles.

---

corps ».

[215] Pour une interprétation de ces termes dans le sens de la persistance d'une « personnalité », plus « humaine » que juridique V. M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 420 et s.

[216] L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999, p. 20.

[217] Nous utiliserons dans cette étude le terme d'« *avortement* » pour toute interruption de grossesse à quelque degré d'avancement de celle-ci. Ce choix est d'abord celui de la simplicité. Bien que le Code de la santé publique distingue nomme « interruption volontaire de grossesse » les opérations effectuées avant et après douze semaine de grossesse, le langage courant réserve le terme d'IVG à l'avortement antérieur à ce délai et celui d'IMG à l'opération postérieure. Avortement est donc un terme synthétique et on usera d'« IVG » et d'« IMG » dans leurs sens courants. Une seconde explication doit également être exposée. Le terme d'avortement a longtemps été connoté négativement, comme renvoyant à une infraction pénale là où celui d'IVG était préféré pour marquer une certaine concession faite aux femmes par la loi (v. D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 28). Étant donné la disparition de l'infraction pénale et donc de l'ambiguïté lexicale sur le plan juridique, le terme nous semble devoir être aujourd'hui pour ce qu'il est (un terme technique) afin que son usage, embarassé de sa connotation, ne soit pas réservé aux opposants à l'avortement. Cet usage renvoie alors au slogan féministe « *avortement libre et gratuit* ». Sur notre posionnement en la matière v. *infra* n° 874.

§2. Les dénominations multiples

63. En dehors des rares appellations explicites de chose et de personne, les textes traitant du statut des embryons et des cadavres emploient, pour les désigner, une terminologie variée. Il est nécessaire de s'arrêter ici sur l'étude du vocabulaire employé et de son évolution. Sauter cette étape serait oublier que « *le langage est l'instrument nécessaire de la pensée* » et que, dans ce sens, on ne donne jamais assez d'importance aux mots[218]. En la matière, il est indéniable que les formules utilisées sont liées au langage courant ce qui entretient un certain flou sur la qualification à appliquer aux corps.

La question se pose en effet : quand passe-t-on de l'appellation à la qualification ? Peut-on réellement dire, avec Georges WIEDERKEHR, qu'« *un mot dans le langage juridique couvre une qualification qui renvoie à un ensemble de règles* »[219] ? Si l'on renverse la proposition, il semble surtout qu'un mot employé par une norme ne recouvre véritablement une *qualification* que s'il est associé à un ensemble de règles qui lui est *exclusivement* attaché. En l'absence de définition de certaines expressions, ou de régimes juridiques spécifiques qui leur seraient associés, il faut envisager que certains des noms utilisés pour désigner embryons et cadavres ne soient pas à proprement parler des « qualifications » mais de simples termes synonymes, issus du langage courant et utilisés par facilité et par hasard **(A)**. Certains termes jettent cependant le doute sur l'existence de notions juridiques spécifiques **(B)**.

A. Des désignations sans contenu conceptuel

B. Des désignations porteuses de nouvelles catégories juridiques ?

A. Des désignations sans contenu conceptuel

64. Comme le souligne Vincent ORTET, « *dans la protection applicable au corps mort, le droit fonctionne par approximation,* […] *par métonymie, dans un refus de principe de nommer le corps* »[220]. De fait, les textes désignent les corps morts par deux mots particuliers : « défunt » et « cadavre ». L'on pourrait tenter ici de conceptualiser une différence juridique entre ces termes **(1)**, mais un examen détaillé des dispositions fait apparaître qu'il ne s'agit sans

[218] R. NERSON, « Exercice de vocabulaire », *Mélanges Malinvaud*, LGDJ, 1967, p. 603.
[219] G. WIEDERKHER, « Le droit et le sens des mots », *Mélanges Goubeaux*, LGDJ-Dalloz, 2009, p. 573.
[220] V. ORTET « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.) Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 177.

doute là que de simples synonymes, issus du langage courant et d'une certaine tradition de rédaction **(2)**.

1) Défunt et cadavre : la personne morte ou son corps ?
2) L'absence de conceptualisation derrrière la variété des termes

1) Défunt et cadavre : la personne morte ou son corps ?

65. Un aperçu rapide des usages des termes « défunt » **(a)** et « cadavre » **(b)** pourrait faire penser que ces appellations sont utilisées pour désigner deux réalités : la personne juridique disparue dans un cas, la matérialité du corps mort dans l'autre. Mais les utilisations ne sont pas assez étanches pour que l'on puisse l'affirmer avec clarté.

a) Le terme « défunt »

66. Le défunt, personne décédée. Les ouvrages de langue courante définissent le terme de défunt comme relatif à ce « qui est mort »[221], comme synonyme de « trépassé » ou « disparu »[222]. On note que cette définition courante renvoie davantage à l'individualité de la personne décédée qu'à sa corporalité. L'appréciation juridique de la notion semble dans un premier temps identique puisque le terme est défini par les dictionnaires juridiques comme « personne décédée »[223]. Un constat confirmé par les textes qui utilisent le terme.

Dans la grande majorité de ces occurrences, le mot « défunt » renvoie à des attributs de la personnalité du mort. On trouve ainsi les termes d'« identité du défunt »[224], de « domicile »[225] ou de « résidence »[226] du défunt. Il est également fait référence à ses nom[227], prénom et sexe[228] ou encore à sa situation familiale[229]. Sont encore évoqués son droit de propriété[230], ses titres[231]

[221] *Le petit Robert*, 2013, V° *Défunt*.
[222] *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, Le Robert, V° *Défunt.*
[223] V° *Défunt*, in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016.
[224] Ex : art. 87 C. civ. ; L. 2223-18-3, R. 2213-45 CGCT ; 36 du décret n°55-1350 du 14 oct. 1955 pour l'application du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.
[225] L. 2223-44 CGCT.
[226] Ex : art. 80, 89, 91, 720 C. civ ; R. 221-47 COJ ; R.322-8 CPCE ; 280A, 60, 764 bis CGI ; R. 2213-14 et -29 CGCT.
[227] Art. R. 2213-20 CGCT ; L. 492 ter CPMIVG.
[228] Art. R. 2213-1-1 CGCT.
[229] Arrêté du 19 juin 1996 relatif à la création par la direction générale des finances publiques de traitements automatisés de gestion et de contrôle des dossiers relevant de la compétence des services de fiscalité immobilière et du domaine, JORF n°149 du 28 juin 1996, p. 9692, art. 3.
[230] Art. 775 sexies, 797, 641 bis et 1135 bis CGI.
[231] Art. R. 2122-24 CGPPP.

et plus largement ses biens[232], droits et actions[233]. Les textes mentionnent ses croyances[234] et volontés[235] et visent à protéger sa mémoire[236]. On pourrait donc aisément en déduire que le terme de « défunt » recouvrirait le concept juridique de « personne décédée » au sens de « sujet de droit éteint ».

67. Le défunt, corps mort. Ce serait cependant une erreur de considérer le terme de défunt comme univoque : certaines occurrences désignent manifestement non pas l'ancien sujet de droit, mais bien la matérialité du corps mort. Les textes mentionnent ainsi la crémation[237] ou l'inhumation[238] du défunt ainsi que l'« accès au défunt » pour les membres de sa famille[239]. Il s'agit bien sûr ici non de l'ancien sujet de droit, mais du cadavre en lui-même, désigné par un euphémisme[240], exprimant une « *nuance de piété* »[241]. Il est vrai que le droit répugne à l'utilisation de termes brutaux lorsqu'il évoque le corps mort.

b) Le terme « cadavre »

68. Le cadavre, corps humain mort. Dans un sens courant, le terme de cadavre désigne un corps mort[242], une dépouille[243]. On pourrait ainsi penser que le terme de cadavre désignerait exclusivement, dans les textes, le corps mort, sans lien particulier avec un sujet de droit. Le cadavre serait alors simplement « *le corps de l'homme* [au sens de l'humain] *une fois que la vie l'a quitté* »[244]. Les notions de « cadavre » et de « corps de la personne décédée » pourraient ainsi être distinguées : le *cadavre* désignerait indistinctement tous les corps humains morts, le *corps de la personne décédée* uniquement les corps morts ayant, à un moment, été rattachés à une personne juridique.

Un aperçu rapide du régime attaché à ces deux termes pourrait conforter cette interprétation. Il est en effet probable que les dispositions relatives aux procédures mises en œuvre dans le cas de la découverte d'un « cadavre » seraient appliquées à la découverte du

[232] Art. 791 C. civ.
[233] Art. 724 C. civ.
[234] L. 2213-9 CGC ; L. 131-2 C. communes Nouv.-Cal.
[235] Art. 764 C. civ. ; 433-21-1 C. pén. ; L. 1232-1 CSP.
[236] Art. L. 212-2 CPI ; L. 1110-4 CSP ; L. 161-36-1A CSS.
[237] Art. R. 2213-24 CGCT.
[238] Art. R. 1112-76 CSP.
[239] Art. 2223-93 CGCT.
[240] V. *infra* n° 73.
[241] *Le dictionnaire Larousse*, 2009, V° *Cadavre.*
[242] *Le petit Robert*, 2013, V° *Cadavre*.
[243] *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, Le Robert, V° *Cadavre.*
[244] J.-P. GRIDEL, V° *Cadavre*, in *Dictionnaire du corps*, M. MARZANO (dir.), Quadrige/PUF, 2007.

corps sans vie d'un fœtus dont on ne saurait pas s'il a vécu, voire au corps d'un fœtus qui ne serait manifestement pas né vivant et viable. À l'inverse, les dispositions de la réglementation funéraire – qui évoquent la personne décédée – ne s'appliquent pas systématiquement aux corps des enfants mort-nés ou des fœtus, dont la personnalité juridique est contestée. En effet, ces corps sont soit concernés par des textes spécifiques, soit distingués du « corps de la personne décédée » par l'expression « *corps de l'enfant pouvant être déclaré sans vie* »[245].

69. Les lacunes de la distinction. Mais cette première analyse ne convainc pas. Il serait difficile de soutenir, par exemple, que l'article L. 225-17 du Code pénal, prohibant « *toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit* » ainsi que le premier alinéa de l'article 16-1-1 du Code civil, « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* » s'appliqueraient aux fœtus et enfants mort-nés, en tant que corps humains ; alors que le second alinéa du même article, « *les restes des personnes décédées* […]*, doivent être traités avec respect, dignité, décence* », ne s'appliquerait pas au corps d'un enfant déclaré sans-vie, au prétexte qu'il n'aurait jamais accédé à la personnalité juridique[246]. Ces textes participent manifestement de la même *ratio legis* : la protection de l'intégrité du corps humain mort[247].

Les différences entre les appellations appliquées aux corps morts ne correspondent donc pas à de véritables différences notionnelles. Les origines de ces différentes terminologies doivent sans doute être trouvées hors du droit.

2) L'absence de conceptualisation derrière la variété des termes

70. L'utilisation des termes de « défunt » et de « cadavre » ne semblent pas résulter d'un effort de conceptualisation lors de la rédaction des textes. Il faut y voir plutôt la manifestation

[245] Sur cette notion v. *infra* n° 135.

[246] *Contra* cependant, à propos du recel de cadavre (art. 434-7 C. pén) : P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 315. L'auteur soutient que cette infraction ne serait pas applicable au corps d'un enfant mort-né car le texte évoque « *le cadavre d'une personne* » et que la personnalité juridique n'intervient qu'à la naissance ; pour une position proche v. J.-Chr. HONLET pour lequel l'inapplicabilité de l'infraction tient notamment à ce que l'enfant mort-né ne peut être déclaré à l'état civil : « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, 1996, p. 256. Il nous semble plutôt que l'inapplicabilité de ce texte aux corps mort-nés provient du fait qu'ils ne peuvent être, étant donné la jurisprudence actuelle, « victime[s] d'homicide ou décédé[s] des suites des violences » au sens du droit pénal (v. *infra* n° 183). Dans ce sens : A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 416.

[247] Par ailleurs, A. GAILLIARD considère que l'article 16-1-1 C. civ. n'est applicable qu'aux cadavres qui n'ont pas reçu de sépulture (*Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 102, p. 165). Malgré l'existence d'une infraction pénale spécifique à la violation de sépulture rien ne nous semble pouvoir aller, dans le Code civil, dans le sens de cette analyse.

de traditions de formulation **(a)** mais aussi la marque d'une évolution générale de la rédaction du droit vers des énoncés plus euphémisés **(b)**.

a) Des formulations issues de traditions sectorielles

71. Le cadavre du droit pénal. Le terme de cadavre désigne, dans le langage courant, à la fois le corps humain mort et les charognes d'animaux. C'est probablement cette proximité avec la matière animale[248] qui en fait un terme brutal[249]. De fait, cette terminologie est majoritairement utilisée par les textes pour désigner les corps d'animaux morts[250]. Son utilisation pour un corps humain est plus rare et se retrouve essentiellement[251] dans le champ du droit pénal[252].

L'association du terme avec l'idée de mort suspecte est manifeste. En effet, il arrive que dans un même texte, ou ensemble de textes, le corps mort soit diversement désigné mais que le terme de « cadavre » ne soit employé que dans le contexte pénal. Ainsi l'article 81 du Code civil indique-t-il que « *lorsqu'il y aura des signes ou indice de mort violente* […] *on ne pourra faire inhumation qu'après qu'*[on] *aura dressé procès-verbal de l'état du* cadavre » alors que, quelques dispositions plus loin, à l'article 87, il est énoncé que « *lorsque le* corps d'une personne décédée *est retrouvé et peut être identifié, un acte de décès doit être dressé* ». De la même façon, certains textes de droit médical n'évoquent le terme de « cadavre » que lorsqu'ils font référence aux constatations médico-légales[253].

72. Le défunt et la personne décédée, des dispositions sectorisées. De la même façon, bien que les termes de « défunt » et de « personne décédée » soient régulièrement utilisés

[248] On peut ici évoquer la brutalité de l'image portée par le poème de Ch. BAUDELAIRE, « Une charogne », qui rapproche la putréfaction d'un corps animal avec la condition future du corps des hommes, in *Les fleurs du mal,* Librairie générale française, 1972, p. 43.
[249] *Le petit Robert*, 2013, V° *Cadavre* : « *Corps mort, surtout en parlant de l'homme et des gros animaux (Rem. Ce mot est brutal, on lui préfère souvent corps)* ».
[250] Ex : Le chapitre « des sous-produits animaux » du C. rur. dans lequel le terme est utilisé plusieurs fois. Le terme est repris dans quantité de textes réglementaires relatifs à la prévention des épizooties.
[251] Pour une exception R. 2213-5 et -6 CGCT.
[252] Art. 74, R.117, R.53-10 et -14-1, R.120 C. proc. pén. ; 434-7 et 225-17 C. pén. ; L. 212-22 CJM ; arrêté du 19 août 2013 relatif à l'organisation, à la nature et au programme des épreuves des concours d'ingénieur de police technique et scientifique de la police nationale, JORF n° 0200 du 29 août 2013. Annexe 15.
[253] Arrêté du 1er avr. 1997 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement des tissus et au recueil des résidus opératoires issus du corps humain utilisés à des fins thérapeutiques, JORF n° 81 du 6 avr. 1997, p. 5275, art. annexe ; arrêté du 10 oct. 2000 modifiant l'arrêté du 4 mars 1997 relatif à la deuxième partie du deuxième cycle des études médicales, JORF n° 241 du 17 oct. 2000, p. 16482, art. annexe.

comme synonymes[254], parfois même au sein d'une même disposition[255], on peut remarquer une utilisation sectorielle des notions.

Ainsi le mot « défunt » est-il beaucoup plus usité dans les dispositions du champ du droit patrimonial. À cet égard, on note que ce terme est plus présent que celui de « personne décédée » dans le Code général des impôts ou dans les dispositions relatives au droit des successions. L'expression « personne décédée » – souvent employée comme raccourci pour « corps de la personne décédée » – est quant à elle plus utilisée que le terme de « défunt » dans les dispositions relatives aux funérailles ou aux dispositions de santé publique.

Bien plus que l'utilisation raisonnée de notions distinctes, on peut suggérer qu'il s'agit ici d'habitudes de rédaction : un terme utilisé une première fois dans un champ disciplinaire ayant tendance à être réutilisé pour la rédaction de dispositions de précision ou lors de réécriture. À titre d'exemple, le terme de « personne décédée », utilisé dès 1924 à l'article 79 du Code civil est repris lors des ajouts effectués sur ce texte en 1945[256] puis en 2011[257]. De la même façon, le terme de « défunt », utilisé systématiquement dans les dispositions sur les successions réécrites en 2001[258], est repris en 2006[259] lors d'un ajout à l'article 763 du Code civil. C'est lorsqu'une réécriture conduit à une modification de la terminologie qu'il y a lieu de s'interroger.

b) Évolution historique des termes : euphémisation du droit

73. Une autre hypothèse permettant d'expliquer les différences lexicologiques entre les différents textes est un phénomène historique d'euphémisation du langage juridique[260]. On

[254] V. par ex. : art. 79 et 80 C. civ. dans lesquels aucune différence conceptuelle ne peut être relevée.
[255] À titre d'exemple : art. L. 1110-4 CSP ; R. 2213-1-1 et -2-2 CGCT ; décret n° 2012-125 du 30 janv. 2012 relatif à la procédure extrajudiciaire d'identification des personnes décédées, JORF n° 0026 du 31 janv. 2012, p. 1766 ; décret n° 2005-1309 du 20 oct. 2005, JORF n°247 du 22 oct. 2005, p. 16769, art. 100 ; décret n° 55-1350 du 14 octobre. 1955, JORF du 15 oct. 1955, p. 10125, art. 36 ; arrêté du 29 nov. 2015 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement d'organes à finalité thérapeutique sur personne décédée : JORF n° 0273 du 25 nov. 2015.
[256] Ord. n° 45-509 du 29 mars 1945 transcription de l'acte de décès en marge de l'acte de naissance du défunt, JORF du 30 mars 1945, p. 1712.
[257] L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537.
[258] L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF n° 281 du 4 déc. 2001, p. 19279.
[259] L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513. Art. 29-25°.
[260] Pour un exemple d'évolution euphémisante dans le Code pénal V. P. COUVRAT, « Le nouveau Code pénal en sa forme », in *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu.* PUF, 1994, p. 93. Pour une réflexion historique sur l'usage doctrinal de l'euphémisme v. D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, not. p. 260 et s. Et, de façon plus légère : D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, n° 36, p. 66.

constate en effet que certains mots tendent à disparaître au profit de formulations jugées moins brutales.

74. De la personne morte au défunt. Un premier exemple d'euphémisation des termes juridiques est la disparition de l'expression « *personne morte* ». Utilisée dès l'origine dans le Code civil dans les dispositions sur les successions[261], ce terme disparaît en 2001[262] au profit du terme de « *défunt* ». Cette évolution semble s'être faite spontanément dans la mesure où on ne trouve pas de discussion sur ce point lexical dans les débats parlementaires. Les commentateurs de la loi n'ont pas semblé non plus noter cette évolution.

75. Du cadavre à la personne décédée. Cette évolution euphémisante du droit est également manifeste en ce qui concerne l'utilisation du terme « cadavre ». Le mot « cadavre » est initialement le plus employé par le droit pour désigner le corps mort. Il apparaît dès 1810 dans les dispositions pénales[263] – dans lesquelles il subsistera – et est également utilisé pour désigner les corps des enfants nés sans vie[264]. C'est donc dans une certaine continuité que le terme fut repris parmi les premières dispositions relatives aux prélèvements d'organes *post mortem*[265].

La transformation s'opère en 1994, lors de la rédaction des lois de bioéthique. Le terme de cadavre disparaît au profit de l'expression « *personne décédée* » ou « *corps de la personne décédée* »[266]. Le terme est indéniablement plus doux et sera repris dans les diverses mesures d'application de la loi[267]. La « *personne décédée* » devient à partir de là l'expression privilégiée des dispositions relatives à la santé publique[268]. Là encore, l'opération ne semble pas volontaire

[261] Anc. art. 748 et s. C. civ.
[262] L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF n°281 du 4 déc. 2001, p. 19279.
[263] Anc. art. 360 C. pén.
[264] Décret 4 juill. 1806 contenant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier d'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie.
[265] L. n° 76-1181 du 22 déc. 1976, JORF du 23 déc. 1976, p. 7365 ; décret n° 78-501 du 31 mars 1978, JORF du 4 avr. 1978, p. 1498 ; arrêté du 18 juin 1987 fixant les conditions de remboursement des frais occasionnés par les prélèvements d'organes humains destinés à la greffe, JORF du 8 sept. 1987, p. 10428, art. 1 ; arrêté du 24 mai 1994 fixant la liste des tissus et cellules pour lesquels le prélèvement sur cadavre est autorisé, JORF n° 121 du 27 mai 1994, p. 7658.
[266] L. n° 94-654 du 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 n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11060. Art. 5.
[267] Ex : arrêté du 6 nov. 1995 portant homologation des règles de répartition et d'attribution des greffons prélevés sur personne décédée en vue de transplantation d'organes**,** JORF n° 263 du 10 nov. 1996, p. 16475.
[268] Analysant le droit hongrois, J. SANDOR explique l'utilisation du terme de « personne décédée » par la difficulté croissante à définir la mort, notamment dans le cadre du don d'organes. Elle note ainsi : « *C'est peut-être pour cette raison que la terminologie médicale et le langage courant restent vagues : le donneur d'organes est appelé soit "patient", soit "personne décédée". Le terme "cadavre" est utilisé dans le cadre de la recherche médicale, de la transplantation d'organes et, dans certains cas, de l'enseignement.* » (« Piliers fondamentaux de la protection du corps dans le droit médical hongrois : dignité, autodétermination et non-réification », *Principes de protection*

mais on pourrait suggérer que le glissement sémantique est lié aux quelques scandales qui ont ému l'opinion publique dans les années précédentes[269] : le droit se devait de réaffirmer que le cadavre ne pouvait être traité sans considération pour la personne qu'il avait été.

76. Euphémisation comme mouvement du droit. L'importance du changement de dénomination ne doit pas être sous-estimée. Olivier CAYLA note justement que le choix des mots ne s'inscrit pas systématiquement « *dans une logique descriptive, mais* […] *dans un processus* d'ajustement *qui tient compte de* l'évaluation de la dignité de l'interlocuteur *et détermine l'usage des mots auquel on peut se sentir* autorisé*, en fonction du* droit *de les employer que cet interlocuteur, s'il est bienveillant, consent à accorder* »[270]. On peut ainsi transposer à l'usage du terme « cadavre » le constat que Jean CARBONNIER appliquait aux enfants naturels ou adultérins : « *il est des mots qui font mal et le législateur a appris à inclure dans ses moyens les vertus de l'euphémisme* »[271]. Mieux vaut l'euphémisme que l'infamie[272].

Une question se pose cependant : quand passe-t-on d'une euphémisation bienveillante au texte « politiquement correct »[273], se satisfaisant d'un changement de terminologie tout en perpétuant, voire aggravant, le traitement effectif de l'objet[274] ?

---

du corps et Biomédecine. Approche internationale, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 172).

[269] En 1991, au CHU d'Amiens, le prélèvement de plusieurs organes est pratiqué sur un jeune homme. L'autorisation explicite donnée par les parents est outrepassée, notamment en ce qui concerne le prélèvement des cornées. L'« affaire d'Amiens » a eu un très fort retentissement médiatique et n'est pas sans influence sur les débats relatifs à la loi de bioéthique de 1994. V. le témoignage du père du patient : A. TESNIERE, *Les yeux de Christophe,* éd. du Rocher, 1993 ; L. BENABID, C. MANAOUIL, M. GRASER, J. TCHAOUSSOF, O. JARDÉ, « Greffes de cornées : conséquences médico-légales de l'Affaire d'Amiens », *Journal de médecine légales, droit médical, victimologie, dommage corporel,* nov.-déc. 2002, n° 7-8, vol. 45, p. 365. Une autre affaire concernant ce CHU donne également lieu, à cette période, à un célèbre arrêt du Conseil d'État : un professeur de médecine pratique une expérimentation sur le corps d'une personne en état de mort cérébrale, sans l'accord des proche de celle-ci. V. G. LEBRETON, « *Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993, Milhaud)* », *D*. 1994, p. 352. Pour des éléments sur les décisions qui ont été rendue alors v. *infra* n° 230.

[270] O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits,* 1993, n° 18, p. 16.

[271] J. CARBONNIER, *Essai sur les lois,* 2e éd., Defrénois, 1995, p. 284.

[272] G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, cours DES, Paris II, 1970-1971, p. 70.

[273] V. l'opinion de G. WIEDERKHER sur la disparition des termes d'enfant naturel et adultérin. « Le droit et le sens des mots », *Mélanges Goubeaux*, LGDJ, Dalloz, 2009, p. 575.

[274] En général v. O. MASSOT, « De l'euphémisme en droit à l'euphémisation du droit », *RIEJ,* 2003.51, p. 225. Spéc. sur la façon dont la rédaction des lois de bioéthique masque les intérêts contradictoires qu'elles régissent v. D. THOUVENIN, « Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, not. p. 69 et s. Qualifiant de « *paradoxal* » le fait que ce soit la loi Veil qui, autorisant l'avortement, apporte une qualification légale à l'embryon : Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 222. Sans partager leur opinion sur le fond, on note aussi que X. DIJON et Chr. HENNAU-HUBLET font un constat similaire à propos du débat sur l'euthanasie : *« Une analyse linguistique du vocabulaire utilisé pour désigner l'acte euthanasique montrerait utilement jusque dans les mots, le prodigieux déni de l'objectivité du geste homicide ramené au pur respect de la volonté subjective du patient.* L'euphémisation *du langage bioéthique cache plus d'une fois le danger ici exposé de la dissociation entre le corps et l'âme* » : « Les droits de l'Homme corps et âme : la déchirure bioéthique », in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs,* S. M. HELMONS (dir.), Bruylant, Academia, 1999, p. 21, nbp 7, nous

77. Opération d'euphémisation, non de protection. Si l'on soutenait que les termes « défunt » ou « personne décédée » renvoient à des notions juridiques spécifiques, on pourrait s'attendre à ce que la modification de la terminologie employée dans les textes soit corrélée à une modification de régime. Dans ce sens le passage du terme de « cadavre » à celui de « personne décédée » dans la législation sur le don d'organes, en marquant un rapprochement avec la notion de personne juridique, devrait s'accompagner d'une évolution du régime du don d'organe vers une plus grande protection du corps. Pourtant, la loi de 1994, si elle vient préciser les conditions de prélèvement des organes sur le cadavre, ne renforce pas particulièrement la protection du corps dans son aspect « support de personnalité » : les conditions de consentement au prélèvement *post mortem* n'étant, par exemple, pas modifiées. On doit donc considérer que l'évolution lexicale en cause tient bien davantage de l'expression d'une volonté politique d'atténuation du langage que d'une véritable évolution tant de la notion juridique de « corps mort » que de son traitement par le droit. Mais toute évolution lexicale ne peut être considérée sous ce seul angle : lorsqu'un terme se répand de façon suffisamment systématique, il suggère nécessairement l'apparition de nouvelles catégories juridiques. C'est pourquoi les différents mots utilisés pour désigner le corps humain avant la naissance ont suscité de nombreux débats.

B. Des désignations porteuses de nouvelles catégories juridiques ?

78. Certaines désignations, lorsqu'elles acquièrent un caractère récurrent peuvent suggérer l'apparition de nouvelles catégories juridiques au sens où elles recouvriraient un régime précis. Mais des interrogations ne peuvent alors manquer de surgir sur l'étendue de leur champ d'application. C'est le cas notamment de la notion d'« enfant » **(a)** mais aussi de l'utilisation, par le droit, de termes à connotation scientifique **(b)** pour lesquels il reste possible de se demander s'ils constituent des catégories juridiques nouvelles, de simples désignations particulières des catégories de chose et de personne ou bien encore des contournements, visant à contourner la difficulté qu'il y a à désigner ces corps.

1) L'enfant : unité ou diversité ?

2) Les termes scientifiques : nouvelle notions juridiques ou facilité de rédaction ?

soulignons. Sur l'idée d'une « euphémisation de l'autorité » dans le travail par les nouvelles pratiques managériales v. J. LE GOFF, « Nouveau modes de subordination dans le travail », *Esprit,* mars-avr. 2005, p. 143.

1) L'enfant : unité ou diversité ?

79. Les multiples sens du terme « enfant ». Plusieurs auteurs ont souligné les difficultés engendrées par l'usage, en droit, de mots possédant un sens courant[275] et ont noté les confusions que pouvait entraîner une polysémie interne au droit lui-même[276]. L'utilisation du terme d'enfant en référence au corps humain avant la naissance est rare mais renvoie très exactement à cette problématique : « enfant » a en effet plusieurs sens, tant dans le langage courant que dans le langage juridique[277].

L'étymologie du terme ne renseigne pas sur l'étendue de sa définition. « *Infans* » a en effet été utilisé en latin pour désigner un enfant né, mais parfois aussi celui qui ne l'est pas encore[278]. Si le langage courant semble surtout avoir conservé le premier sens, le langage juridique n'a pas totalement abandonné le second, notamment avec l'expression « enfant à naître ». Le terme est alors ambigu : désigne-t-il uniquement le corps de l'embryon ou l'enfant futur en tant que personne juridique ? La question est compliquée par le fait que le terme d'enfant possède, en droit, de multiples acceptions[279] dont la principale est la *personne juridique* mineure[280] : le terme, lorsqu'il est utilisé à propos des embryons, doit-il alors être compris comme suggérant l'attribution de la personnalité juridique ? Pour résumer, tous les corps désignés comme « enfant » doivent-il s'entendre comme une catégorie juridique unifiée, au régime harmonisé ?

80. Un champ d'application variable. Le terme d'enfant possède un champ d'application variable. Quand bien même on ne s'attacherait qu'à l'expression « enfant à naître » qui semble la plus propre à désigner les corps avant la naissance, on constaterait que la notion est imprécise.

Tout d'abord, la formule désigne, de façon très abstraite, des enfants futurs, ni forcément nés, ni forcément conçus. C'est le cas dans le chapitre du Code civil consacré aux libéralités

[275] V. par ex. G. CORNU, *Linguistique juridique,* 3e éd. Montchrestien, 2005, n° 17 et s.
[276] G. WIEDERKHER, « Le droit et le sens des mots », *Mélanges Goubeaux*, LGDJ-Dalloz, 2009 p. 576
[277] D. GUTMAN, V° *Enfant*, in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003 ; H. HAMADI, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, *Champs libres,* n° 6, 2007, L'Harmattan, p. 161.
[278] A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Infans conceptus, existence physique et existence juridique », in *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, Brill, Leiden/Boston, 2008, not. p. 500 et 522 sur l'évolution du sens de la maxime.
[279] M. PICHARD dénombre au moins cinq sens dont les deux principaux que nous avons évoqués : « L'enfant : à propos d'une polysémie », *Mélanges Payet,* Dalloz, 2011, p. 469.
[280] Dans ce sens et excluant l'embryon de la notion : Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014, n° 18.

faites « aux enfants à naître » du mariage[281]. Ce sont ici clairement d'enfants au sens de la filiation dont il s'agit, l'embryon n'étant pas concerné par ces dispositions. Dans d'autres occurrences, le champ d'application est moins évident. C'est le cas lorsque les textes évoquent l'« intérêt de l'enfant à naître », comme dans les dispositions relatives à la procréation assistée[282] ou à l'accueil d'embryon[283]. La question se pose de savoir si l' « enfant à naître » est uniquement le futur enfant né ou si l'intérêt de l'embryon pourrait être pris en compte également. La question est en réalité insoluble car il faudrait, pour répondre à l'interrogation, envisager une situation où l'intérêt de l'embryon pourrait être atteint sans que celui du futur enfant né le soit.

Il s'agit donc ici d'une acception du terme « enfant » qui se distingue à la fois du concept de mineur et du champ de la filiation : l'enfant est ici compris dans un sens que l'on pourrait qualifier de « corporel »[284]. Marc PICHARD affirme à ce propos que « *si le droit dit* enfant*, c'est alors, dans une certaine mesure, pour dire humain.* […] l'enfant par la vie humaine »[285]. Il n'est alors pas possible de distinguer l'« enfant à naître » embryon et l' « enfant à naître » futur enfant né, qui sont en réalité le même corps. Une réflexion similaire peut être faite pour les situations de diagnostic prénatal : la question de savoir si l'expression « *probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une pathologie* » concerne l'embryon ou le futur enfant né n'est pas véritablement pertinente. En effet, le DPN ne concerne par définition que des pathologies dont le *corps* est atteint avant la naissance, quand bien même elles ne s'exprimeraient qu'après…

Enfin, il est des situations où le terme d'« enfant à naître » désigne clairement un embryon non encore né, soit que les deux notions soient explicitement distinguées dans le texte[286], soit que la situation ne puisse matériellement s'appliquer qu'à lui[287].

---

[281] Art. 1081 et s. C. civ.
[282] Art. L.2141-10 CSP.
[283] Art. L.2141-6 CSP.
[284] Peu importe en effet que le futur « enfant » voit sa filiation établie à l'égard de ceux qui bénéficie de l'AMP ou de l'accueil d'embryon, au contraire, la suspicion que ceux-ci pourraient essayer de se dégager de leur lien de filiation, par exemple en pratiquant un accouchement sous X., pourrait être considérée comme un argument montrant que l'intérêt de l'enfant n'est pas satisfait.
[285] M. PICHARD, « L'enfant : à propos d'une polysémie », art. cit., p. 488.
[286] Art. L. 254-1 CASF ; R. 2141-8 CSP ; L. 531-1 et -2 CSS. Arrêté du 16 mai 1983 relatif à l'extension des dispositions générales relatives aux mesures de sécurité à prendre lors de la préparation et de l'emploi des produits antiparasitaires destinés à l'agriculture, JORF du 2 juill. 1983, n° compl, p. 6105, article annexe. Sur cette dernière acception, M. PICHARD considère que « l'enfant » ici visé est l'enfant dans son futur rapport de filiation avec ses parents, rapport qui lui donnerait le droit à certaines prestations. Nous ne sommes pas en accord avec cette analyse car les allocations en causes sont dues pour tout « enfant à naître » et sont maintenues en cas de décès de l'enfant en cause, sans que la date de ce décès, pré ou post natal soit indiquée (« L'enfant : à propos d'une polysémie », art. cit., p. 485). On doit donc considérer, avec A. MIRKOVIC, que c'est bien l'embryon *in utero* qui est désigné par le texte : *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 708 et s.
[287] Art. D. 4152-5 C. trav. qui évoque « l'exposition de l'enfant à naître » à certains rayons durant la grossesse.

81. Confusion sur l'existence d'une catégorie. L'usage d'un même terme pour désigner des réalités matérielles différentes – un enfant né, un fœtus *in utero*, un embryon *in vitro* – conduit nécessairement à des interrogations sur l'existence d'une catégorie juridique unique. La difficulté est ici qu'étudier le régime juridique applicable à la notion d'enfant n'est pas d'une grande aide puisque la question est justement de savoir si certaines dispositions *devraient* être appliquées aux embryons en raison de l'utilisation de termes identiques. L'existence de la catégorie est donc ici une question d'appréciation : l'embryon « mérite »-t-il le nom d'enfant et la protection qui lui est attachée[288] ? Nul doute que sa connotation issue du langage courant – petit être né, innocent, vulnérable[289] – n'est pas étrangère aux appréciations qui pourraient être portées sur le caractère juridique de la notion.

82. On peut voir ici un exemple de ce que décrit Christian ATIAS : « *le passage d'un mot commun dans le langage juridique ne garantit nullement qu'il est soumis à la "volonté du législateur". Nul n'en a acquis la maîtrise. Même son sens juridique reconnu et déterminé ne détermine pas nécessairement ses significations implicites enfouies dans l'usage commun* »[290]. Issu du langage courant, le terme d'enfant n'est peut-être pas maîtrisé par le législateur, qui l'emploie dans des acceptions diverses, sans que sa volonté de créer une catégorie particulière puisse être mise en évidence.

83. Si l'on prend, comme le font certains auteurs, cette appellation pour une qualification unique, insusceptible de subdivisions, on doit considérer que l'ensemble des dispositions concernant un « enfant » devrait s'appliquer à toutes les situations désignées par ce terme. Poussant le raisonnement, on pourrait montrer que si l'enfant désigne parfois une personne juridique, alors, chaque fois que le terme est utilisé par le droit, donc y compris pour un corps non encore né, on doit considérer qu'il s'agit d'une personne[291]. La résonnance du terme dans le langage courant pourra rendre cette position d'autant plus légitime qu'elle semble être la plus protectrice d'un être perçu comme vulnérable. Cette vulnérabilité pourrait ensuite justifier un refus de hiérarchiser différentes sous-catégories d'enfants.

Si l'on considère au contraire que le terme d'« enfant » pourrait concerner non seulement des objets distincts mais bien des régimes juridiques différents, autrement dit si l'on

[288] V. O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits,* 1993, n° 18, p. 9.
[289] *Le grand Robert de la langue française*, 1992, V° *Enfant.*
[290] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 154.
[291] A. CATHERINE, « L'assimilation de l'embryon à l'enfant ? Les indices civilistes de la personnification de l'embryon », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 5, *L'enfant,* PU Caen, 2007, p. 79 et s. Esquissant vaguement cette idée en rattachant le droit à la vie à la

admet qu'il ne s'agit pas ici d'une catégorie juridique mais d'une désignation courante appliquée, par facilité, au droit, alors le hiatus entre le sens commun et les acceptions juridiques crée un inconfort certain. Des textes pourraient appeler « enfant » un corps qui, par son exclusion de la personnalité juridique, serait considéré comme une chose. Cette percussion entre le sens courant et juridique des mots est dénoncée par Georges WIEDERKEHR comme particulièrement troublante pour le juriste[292], et Gérard CORNU souligne que ces confusions se développent particulièrement dans le champ du droit de la famille[293].

84. L'enfant et la personne vers une clarification ? L'évolution de certains textes tend à faire penser que le mot « enfant » fait partie, lorsqu'il désigne un embryon, des termes dont Laurent LEVENEUR dit qu'« *on ne veut plus* »[294]. Certaines formulations nouvelles, en supprimant ce terme, semblent clarifier la distinction entre embryon et personne.

À titre d'exemple, on peut évoquer le Code de déontologie des sages-femmes dans lequel le mot « enfant », anciennement utilisé, a été supprimé dans certaines dispositions. Son remplacement par le terme de « nouveau-né » exclut désormais toute difficulté d'interprétation : les « patients » sont bien ici les parturientes et les nouveau-nés ; non les embryons *in utero*[295]. Une illustration similaire pourrait être tirée de l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles qui définit le régime des soins « *dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé* de la personne ou d'un enfant à naître ». Dans ce cas, le texte distingue bien l'enfant à naître de la personne, dans une formulation qui, présente dès le stade des documents préparatoires de la loi[296], ne semble avoir fait l'objet d'aucune discussion. Or, si la précision a semblé nécessaire c'est peut-être que la seule dénomination de « personne » rendrait ambiguë la disposition, dont on pourrait se demander si elle s'appliquerait à des soins dispensés à l'embryon *in utero*.

---

[292] G. WIEDERKHER, « Le droit et le sens des mots », art. cit., p. 572.
[293] G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999, p. 99.
[294] L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999, p. 21.
[295] V. part ex. l'évolution de l'anc. art. 23 du Code de déontologie des sages-femmes (« *Tout cas pathologique susceptible de mettre en danger la vie de la parturiente ou de l'enfant commande l'appel du médecin même si la malade ou son entourage s'y refuse. Seul le cas de force majeure, notamment l'absence du médecin et le danger pressant, autorise la sage-femme à donner des soins de la compétence normale du médecin* ») devenue art. R. 4127-325 CSP (« *Dès lors qu'elle a accepté de répondre à une demande, la sage-femme s'engage à assurer personnellement avec conscience et dévouement les soins conformes aux données scientifiques du moment que requièrent la patiente et le nouveau-né. Sauf cas de force majeure, notamment en l'absence de médecin ou pour faire face à un danger pressant, la sage-femme doit faire appel à un médecin lorsque les soins à donner débordent sa compétence professionnelle ou lorsque la famille l'exige* »).
[296] SÉNAT, session ordinaire de 2003-2004, Ph. MARINI, rapport au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances rectificative pour 2003, adopté par l'Assemblée nationale, n° 112, annexe au procès-verbal de la séance du 11 déc. 2003, p. 478.

85. Marc PICHARD analyse la multiplication des usages du terme « *enfant » « non seulement comme un symptôme d'indifférence du législateur à l'égard des usages établis du langage du droit mais comme celui de sa difficulté à se défaire des faits, et en particulier des données de la science, à l'heure d'énoncer la règle de droit* »[297]. Cette remarque est pertinente : par l'utilisation généralisée de termes à la définition juridique imprécise, le législateur, consciemment ou non, procède à un évitement des questions difficiles, et notamment du lien entre corps embryonnaires et personnalité juridique. Il en est de même lorsqu'il fait usage de termes possédant, hors du droit, des sens scientifiques.

2) Les termes scientifiques : nouvelle notions juridiques ou facilité de rédaction ?

86. L'investissement, par le droit, de questions liées à la protection matérielle des corps a donné lieu, dans les textes, à une multiplication des occurrences de termes « scientifiques ». La difficulté est alors de distinguer les cas où les dénominations correspondent à leur sens « extérieur », et constituent de simples facilités de rédaction, et ceux où le droit, revêtant les mots d'un sens nouveau, a suggéré de nouvelles catégories juridiques. C'est ainsi le cas des notions d'embryon et de fœtus **(a)** mais aussi du terme d'« être humain » **(b)**.

a) L'embryon ou le fœtus : distinction scientifique ou sens spécifiquement juridique ?

87. Embryon et fœtus : des termes scientifiques utilisés juridiquement. Avant la naissance[298], le corps humain est souvent désigné par les textes dans des termes techniques, ayant un sens biologique précis : embryon ou fœtus. Ce n'est d'ailleurs que par le contexte que l'on comprend que les mots désignent bien des corps humains dans la mesure où la précision n'est que rarement apportée[299] et où la même dénomination est parfois utilisée dans le champ animal[300], voire végétal[301]. En l'absence de définition juridique, l'utilisation de ce vocabulaire technique pourrait renvoyer à des notions purement scientifiques. L'« embryon » devrait ainsi désigner un corps humain en deçà de douze semaines de grossesse et le « fœtus » ce même

[297] M. PICHARD, « L'enfant : à propos d'une polysémie », art. cit., p. 492.
[298] Pour une assimilation entre fœtus et grand prématuré, V. A. BELAUD-GUILLET, « Le statut du fœtus *ex utero* : du droit à la vie au droit sur la vie », *LPA*, 16 sept. 1998, n° 111, p. 8.
[299] Exceptions : art. L. 611-18 CPI ; section spécifique du Code pénal sur la « protection de l'embryon humain » ; art. L. 2141-8, L. 2151-2 et s., R. 2142-13 CSP.
[300] Ex. : « embryon » : articles D. 236-6 et s. C. rur. ; « fœtus » : arrêté du 10 oct. 2013 fixant les mesures techniques et administratives relatives à la prophylaxie collective et à la police sanitaire de la brucellose ovine et caprine, JORF n° 0247 du 23 oct. 2013, p. 17344, art. 2.
[301] Article D. 153-2 C. for.

corps de cette date jusqu'à sa naissance[302]. Dans plusieurs textes, les deux termes sont utilisés conjointement, marquant une considération pour la distinction des notions, quand bien même les régimes applicables ne différeraient pas[303].

88. La confusion des termes : deux notions pour un statut. Dans de nombreuses occurrences cependant, les termes de fœtus et d'embryon sont utilisés l'un pour l'autre alors même que la disposition en cause concerne manifestement les deux situations. Par exemple, l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle énonce une interdiction de brevetabilité des utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales. Il est manifeste que l'intention du législateur est ici d'inclure de telles utilisations du fœtus si elles se présentaient[304]. À l'inverse, les textes prévoyant, par exemple, une information sur les risques de l'alcoolisme maternel sur le « *fœtus* »[305] ne limitent évidemment pas cette information aux risques encourus après le troisième mois de grossesse.

89. La question de la catégorie. Évoquant Paul Valéry, Roger NERSON écrit : « *le Droit [...] réside dans le langage et l'opposition du Droit et des faits n'est autre chose que l'opposition de la constatation immédiate des choses d'avec leur expression sous une certaine forme* »[306]. Cette affirmation nous invite à considérer que la confusion de deux termes dans un même régime indique que les notions ne sont pas enregistrées dans leur sens extra-juridique mais prennent ici un sens propre. Christian ATIAS souligne ainsi que le sens des termes techniques se modifie nécessairement lorsqu'ils s'intègrent au droit : « *il ne s'agit pas d'une transposition à signification constante* »[307]. La question pourrait alors se poser : embryon et fœtus sont-ils une nouvelle catégorie du droit ? Cette interrogation est renforcée par le fait que l'appartenance biologique des corps avant la naissance au genre humain est souvent mobilisée dans le débat concernant l'existence de leur personnalité juridique ou la nécessité de leur en attribuer une[308]. L'utilisation de termes techniques est donc porteuse d'une certaine ambiguïté : vise-t-elle à affirmer la particularité du corps humain par rapport à d'autres corps et donc à

---

[302] V. *supra* n° 5.
[303] Art. D. 4152-4, D. 4152-11 et R. 4412-89 C. trav. ; L. 2131-1, R. 2131-1, R. 2131-10-1 CSP ; L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JORF n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031, art. 37 ; arrêté du 1er fév. 1996 modifiant l'arrêté du 6 sept. 1994 portant application du décret n° 94-359 du 5 mai 1994 relatif au contrôle des produits phytopharmaceutiques, JORF n° 43 du 20 fév. 1996, p. 2741, art. annexe 1.
[304] Un constat identique peut être fait pour les dispositions des articles 511-17 al. 2 C. pén. et L. 2141-8 CSP.
[305] Article L. 312-17 C. éd. ; arrêté du 10 oct. 2000 modifiant l'arrêté du 4 mars 1997 relatif à la deuxième partie du deuxième cycle des études médicales, JORF n° 241 du 17 oct. 2000, p. 16482, art. annexe.
[306] R. NERSON, « Exercice de vocabulaire », *Mélanges Malinvaud,* LGDJ, 1967, p. 604.
[307] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 156.
[308] *Infra* n° 390.

souligner l'unité de la notion ou au contraire, en évitant ainsi des termes tels que « personne » ou « personne humaine », à distinguer les corps prénataux des personnes juridiques[309] ? Une question similaire se pose à propos du terme « être humain ».

b) L'être humain : référence biologique ou création juridique ?

90. Les acceptions courantes de l'« être humain ». Le terme d'« être humain » apparaît dans la législation française dès l'après-guerre, notamment dans le préambule de la Constitution de 1946[310]. Cette apparition est parfois interprétée comme marquant l'introduction, dans le droit, de la dimension biologique, corporelle, de l'homme. De fait, le terme renvoie initialement à une classification biologique qui distingue l'humain d'autres espèces. Mais cette acception n'est pas la seule possible ; le terme est employé dès le XII[e] siècle[311] dans un sens distinct de la biologie : l'être humain est l'individu membre de l'humanité, élément d'une collectivité abstraite mais aussi un individu vivant, particulier, unique. La question de savoir laquelle de ces deux acceptions est retenue par le droit est épineuse.

En effet, si le terme d'être humain se réfère uniquement à une notion biologique, il pourrait alors constituer une catégorie juridique spécifique qui, transcendant la distinction personne juridique/chose, regrouperait dans un même régime tous les corps humains, y compris les embryons. Cette catégorie pourrait même inclure les cadavres si l'on retenait de l'« être » une conception large, non pas dans une opposition au « non-être », au « non-vivant », mais dans l'acception de « existant en tant qu'entité ». Si l'acception retenue est au contraire celle de l'être humain comme individu, comme personne, le terme pourrait simplement recouvrir le concept de personne juridique tel qu'entendu le plus couramment : être humain né et vivant.

91. Les divers sens juridiques. Le recours aux dictionnaires juridiques est ici inopérant puisque les définitions doctrinales retenues empruntent allègrement à ces différentes acceptions. Que dit-on en effet lorsque l'on définit l'être humain comme « *tout individu, homme ou femme, appartenant au genre humain (par opposition au règne animal, végétal et minéral), reconnu comme tel dès son origine (sa conception) et dont la loi, dès ce moment, garantit en*

[309] Sur un phénomène identique en ce qui concerne les cellules-souches v. D. MEHL, « L'élaboration des lois bioéthiques », in Juger la vie, M. IACUB et al., La Découverte, 2001, p. 60. Sans revenir sur ce sujet spécifique que nous avons choisi d'écarter (*supra* nbp 3), cette remarque nous conforte dans l'hypothèse que l'évolution des termes du droit ne peut être distinguée de l'évolution des régimes qu'il propose.

[310] Alinéa 1 : « *tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* » ; alinéa 11 : « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

[311] V. *Le grand Robert de la langue française*, 1992, V° *être* et *humain*.

principe le respect »[312] ? Plusieurs dimensions se mêlent ici : l'aspect biologique est mis en avant mais l'utilisation du terme d'« individu » et des catégories d' « homme ou femme » renvoie à une conception de l'être humain pris dans des relations sociales, voire juridiques, puisque considéré comme un individu autonome et appartenant à des catégories sexuées.

L'étude des textes utilisant la notion est compliquée par le fait que le terme est tantôt utilisé au singulier, tantôt au pluriel. L'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle est en ce sens symptomatique : il prohibe successivement le clonage « des êtres humains » et la modification génétique « *de l'être humain* ». Deux aspects se juxtaposent ici : dans les deux cas l'être humain est envisagé dans sa dimension biologique, en-deçà de la question de la personnalité juridique, mais la première occurrence envisage des êtres biologiques individuels alors que la seconde renvoie à un être humain comme métonymie de l'espèce humaine en son entier. Pour autant, cet usage du singulier et du pluriel n'est pas systématique et l'on trouve des usages strictement inverses, en particulier dans des dispositions réglementaires[313]. Cependant, même lorsque le terme est clairement utilisé dans un sens ou dans l'autre, les textes ne renvoient pas toujours à la même réalité.

92. L'être humain biologique : des contours juridiques variables. Le sens biologique du terme « être humain » est clairement le plus usité par les textes, mais il ne renvoie pas toujours à une acception unique. La dimension biologique est explicite lorsque l'être humain est désigné comme catégorie de mammifère[314], ou comme « biote »[315]. Certaines dispositions désignent ainsi l'être humain au sens le plus large, comprenant donc le cadavre[316]. Parfois, cependant, l'être humain n'est évoqué que comme être vivant, excluant les corps morts, mais

---

[312] V° *Humain*, in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016

[313] L'expression « tout être humain » utilise le singulier pour désigner une personne particulière. Par ex. : charte des droits et devoirs du citoyen français prévue à l'article 21-14 C. civ : « *tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables* » ; arrêté du 8 avr. 2010 fixant le programme d'enseignement des langues vivantes en classe de seconde générale et technologique, JORF n° 0097 du 25 avr. 2010, p. 7565, art. annexe : « […] *permet à l'élève à la fois de prendre conscience que les différences sont le signe d'une altérité mais aussi qu'elles ne peuvent masquer une similitude quant* […] *aux rêves de tout être humain* » ; arrêté du 6 juillet 2009 fixant le règlement intérieur du centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes, article annexe: « *Le centre doit être géré dans un cadre éthique soulignant l'obligation de traiter toutes les personnes retenues avec humanité et de respecter la dignité inhérente à tout être humain* ». À l'inverse, l'utilisation du pluriel ne désigne pas systématiquement l'ensemble des individus pris isolement mais parfois aussi l'espèce humaine comme un tout. Par ex. : articles R. 221-1 et R. 522-2 C. env. et arrêté du 9 oct. 2013 relatif aux conditions d'exercice de l'activité d'utilisateur professionnel et de distributeur de certains types de produits biocides, JORF n° 0268 du 19 nov. 2013, p. 733, art. annexe 1, qui évoquent « les êtres humains » comme espèce.

[314] Arrêté du 18 janv. 2008, fixant des mesures techniques et administratives relatives à la lutte contre l'influenza aviaire : JORF n° 0018 du 22 janv. 2008, p. 1150.

[315] Arrêté du 23 déc. 1999 fixant le contenu du dossier technique accompagnant la demande d'autorisation de dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans le cadre d'expérimentations portant sur des médicaments vétérinaires : JORF n° 19 du 23 janv. 2000, p. 1229, art. annexe.

[316] Articles L. 6211-1 et s. CSP définissant les examens biologiques.

pouvant inclure les embryons[317]. Dans certaines occurrences enfin, le terme est bien utilisé dans un sens biologique – pour désigner l'être humain par opposition à l'animal – mais la disposition ne s'applique de fait qu'à des personnes juridiques. Soit parce que le texte évoque spécifiquement les fonctions physiologiques qui ne correspondent qu'à des personnes nées et vivantes[318], soit parce que des textes particuliers régissent par ailleurs la situation pour les embryons et les cadavres. À titre d'exemple les dispositions du Code de la santé publique concernant les expérimentations sur « l'être humain »[319] pourraient dans l'absolu concerner les corps humains avant la naissance et après la mort mais les expérimentations sur les embryons[320] et les prélèvements *post mortem* à des fins scientifiques[321] relèvent de dispositions particulières. Ainsi, alors même que la notion d'être humain aurait pu trouver une définition unitaire dans son acception biologique, le périmètre d'application variable des dispositions qui utilisent le terme en fait un concept multiforme.

93. L'être humain comme individu : un champ d'application indéfini. Le problème est identique lorsque l'expression « être humain » renvoie à une *idée* de l'homme dans ses aspects moraux ou spirituels, comme partie de l'humanité. Cette notion comprend tantôt l'embryon, tantôt le cadavre.

94. L'exemple le plus évident est l'article 16 du Code civil : « *la loi assure la primauté de la personne interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Ici le terme d'être humain, opposé à la notion de *personne*, inclut manifestement l'embryon. Pourtant, l'expression « être humain » semble dépasser le seul aspect biologique, puisque, depuis 1994, il est question du début de « sa » vie et non de « la » vie, ce qui pourrait désigner l'être humain comme un *individu*[322]. De cette

[317] Art. R. 522-2 C. env. ; arrêté du 16 août 2006 relatif au contenu et aux modalités de présentation d'une brochure pour l'investigateur d'une recherche biomédicale portant sur un dispositif médical ou sur un dispositif médical de diagnostic *in vitro* : JORF n° 197 du 26 août 2006, p. 12663, art. 1 ; arrêté du 30 juin 2008 relatif aux limites maximales applicables aux résidus de chlordécone que ne doivent pas dépasser certaines denrées alimentaires d'origine végétale et animale pour être reconnues propres à la consommation humaine : JORF n° 0155 du 4 juill. 2008, p. 10736.

[318] Article R.214-89 C. rur. (pour des animaux « habitués à l'être humain ») ; article annexe 2-4 CASF et article annexe I, Chapitre 1er C. av. civ. (sur les « *capacités et limites de l'être humain* ») ; arrêté du 1er fév. 2013 fixant les conditions d'agrément, d'aménagement et de fonctionnement des établissements utilisateurs, éleveurs ou fournisseurs d'animaux utilisés à des fins scientifiques et leurs contrôles : JORF n°0032 du 7 fév. 2013, p. 2212, art. annexe 2 (« *audible pour l'être humain* »).

[319] Art. L1121-1 CSP. L'article assimile être humain et personne humaine.

[320] Art. L. 2151-1 et s. CSP.

[321] Art. L. 1241-6 CSP.

[322] L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999, p. 18 ; Chr. JAMIN, *RTD civ*. 1994, p. 936 ; D. VIGNEAU, « "Dessine-moi" un embryon », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 65.

disposition le cadavre est exclu, sauf à admettre une redondance avec l'article 16-1-1 du Code civil. On pourrait à l'inverse affirmer que les textes visant l'égale dignité des êtres humains[323] concernent évidemment les personnes nées et les cadavres[324] mais que leur application à l'embryon est plus problématique puisque l'article 16 du Code civil semble les écarter explicitement en distinguant personne et être humain. De la même façon, le texte « *les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* »[325] porte manifestement une acception de l'homme qui dépasse la dimension biologique et qui exclut nécessairement l'embryon, non encore né.

95. De façon similaire, lorsque la Charte de l'environnement énonce que « *l'environnement est le patrimoine commun de tous les êtres humains* » la disposition interroge : la notion de *patrimoine* aurait tendance à rapprocher l'être humain de la notion de personne juridique mais ces deux concepts sont pourtant, manifestement, employés dans un sens qui dépasse le sens juridique classique. Le « patrimoine » n'est ici rattaché à aucun régime juridique spécifique[326] et « les êtres humains » comprennent des générations futures[327], même non encore conçues. Une réflexion identique peut être menée sur les formulations du Code de l'environnement énonçant que l'un des objectifs du développement durable est « *l'épanouissement de tous les êtres humains* »[328] : être biologique au sein de son environnement, l'« humain » ici évoqué dépasse cette condition pour aller vers un « épanouissement », terme spirituel, dont le contexte indique qu'il concerne également des êtres non encore conçus.

96. Enfin, il est des dispositions qui, tout en utilisant le terme « être humain » dans un sens autre que biologique, ne se réfèrent manifestement qu'à des personnes nées et vivantes. L'infraction de traite d'êtres humains[329] est ainsi tout à fait singulière : il s'agit du seul article du Code pénal utilisant cette expression plutôt que le terme de personne alors qu'un bref aperçu des éléments constitutifs de l'infraction montre que seules les personnes nées et vivantes semblent concernées. Il s'agit en effet de commettre à leur égard des actes de « *proxénétisme,*

[323] Art. L. 111-1 C. éd.
[324] Art. 16-1-1 C. civ.
[325] *Déclaration universelle des droits de l'homme*, art. 1 : ONU, résolution 217A (III) du 10 déc. 1948.
[326] Sur la notion de patrimoine commun v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Thémis droit, PUF, 2011, p. 379 et s.
[327] Sur la notion de génération future dans le droit privé et sur ses origines dans le droit de l'environnement, v. É. GAILLARD, *Générations futures et droit privé. Vers un droit des générations futures,* th. Orléans, Bibliothèque de droit privé, t. 527, LGDJ-Lextenso, 2011, spéc. p. 137 et s.
[328] Art. L. 110-1 C. env.
[329] Art. 225-4-1 et s. C. pén.

d'agression ou d'atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou à des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement de l'un de ses organes, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit ». Parmi ces éléments, seul le prélèvement d'organe pourrait concerner des embryons et des cadavres mais il semble que cette infraction soit, pour ces corps, spécifiquement prévue dans le Code de la santé publique[330]. L'utilisation de ce terme particulier reste mystérieuse.

97. Parce qu'elle semble tantôt se confondre avec la catégorie classique de personne juridique tantôt la dépasser, la notion d'être humain induit nécessairement un questionnement en termes de qualification. Comme le concept d'enfant, elle est susceptible de plusieurs acceptions : parce que certains « êtres humains » sont indubitablement des personnes juridiques tous devraient-ils l'être ? À l'inverse les dispositions visant « les êtres humains » doivent-elles s'appliquer à tous les êtres humains biologiques même si certains sont, par ailleurs, des choses ? Toute l'ambiguïté sémantique réside dans le fait que cette dernière acception renvoie nécessairement, si ce n'est techniquement du moins symboliquement, à la situation de l'esclavage[331].

98. Conclusion du §2. L'étude des termes précis employés par les textes pour désigner les corps humains avant la naissance et après la mort fait apparaître une certaine confusion : même lorsque des dénominations distinctes sont mobilisées, elles ne renvoient manifestement pas à des régimes précis et *a fortiori* ne se rattachent jamais avec évidence aux notions de chose et de personne juridique. Les notions sont parfois utilisées par pure continuité rédactionnelle, parfois par précaution lexicale, afin de supprimer du droit des termes pouvant être perçus comme peu délicats. L'utilisation de certains mots sème cependant le doute sur la naissance de nouvelles catégories juridiques ou sur l'extension aux embryons et aux cadavres de dispositions applicables aux personnes nées et vivantes. En résumé, une étude lexicale des textes n'apporte aucun éclaircissement significatif sur le classement des corps, par le droit, dans la catégorie des choses ou dans celle des personnes.

---

[330] Art. L. 1272-4-1 et s. CSP

[331] V. par ex. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th., Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 474 ; J.-B. d'ONORIO, « Le respect de la vie : le devoir de mémoire du droit », in *Le droit dans le souvenir*. Liber amicorum *Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 215 ; B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 73 ; G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990, n° 4, p. 620.

99. Conclusion de la Section 1. Que l'évitement soit ou non volontaire, le droit n'utilise pas de terme précis et clairement défini lorsqu'il évoque les embryons ou les cadavres. Les mots « choses » ou « personnes » ne sont que très peu employés et souvent de façon détournée, sans que l'on puisse déterminer avec précision s'ils concernent vraiment ces corps. Les textes privilégient des dénominations plus vagues, qui ne renvoient pas précisément à l'une des catégories de la *summa divisio* : enfant, embryon, fœtus, cadavre, défunt sont autant de termes dont les liens avec les catégories de chose et de personne sont discutables. Face à cette imprécision des mots de la loi, le juriste à la recherche d'une qualification pour ces corps doit alors recourir à un processus de qualification par induction, passant par leurs régimes.

Section 2 Des corps inqualifiables

100. Les difficultés d'une recherche de la qualification par le régime. L'étude des termes utilisés par les textes est insuffisante pour qualifier les corps avant la naissance et après la mort comme chose ou personne. Il est donc possible de tenter une méthode de classification inverse : partant du régime pour en déduire la catégorie. Cette démarche présente cependant deux difficultés. La première est de distinguer, dans ce processus, les éléments que l'on pourrait qualifier de « critères » de la personne ou de la chose et ceux qui seraient la « conséquence » de la classification dans l'une ou l'autre catégorie[332]. La seconde, subséquente, est que, comme le montre Jean-Louis BERGEL, ce processus de qualification est avant tout un processus de définition[333] : pour affirmer que tel régime révèlerait l'appartenance d'un objet à la catégorie des choses ou à celle des personnes encore faut-il définir quel(s) élément(s) de droit serai(en)t déterminant(s) de chacune de ces qualifications.

101. Absence de critères légaux : la détermination des critères de qualification. Comme cela est régulièrement souligné, il n'existe pas de définition juridique de ce qu'est une personne[334]. Cependant, on dit moins que la catégorie de chose – dans la mesure où elle est définie comme « ce qui n'est pas une personne »[335] – reste tout aussi insaisissable dans sa définition. Certes, les débats sont nombreux sur l'existence de critères, *extérieurs* au droit, qui

[332] Pour un travail sur la distinction entre la définition du sujet et sa qualification v. C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit, trois hypostases », in *Le sujet de droit, APD*, 1979, p. 9.
[333] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit,* 5e éd., Méthodes du droit, Dalloz, 2012, p. 242 s.
[334] V. par ex. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 11.
[335] W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 1 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, Thémis droit*, PUF, 2011, p. 9 ; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les choses et les personnes à l'épreuve des procréations artificielles, Bibliothèque de droit privé*, t. 263, LGDJ, 1996, p. 18.

lui imposeraient de reconnaître, ou de ne pas reconnaître, à certains corps la qualité de personnes juridiques[336] ; mais quant à l'existence d'un critère *interne* au droit, il faut sans doute admettre qu'il n'en existe point[337]. Restent donc les *manifestations* de la personnalité juridique ou de la condition de chose qui pourraient, à rebours, nous renseigner sur les qualifications à apporter aux embryons et aux cadavres[338].

Sauf à refaire le travail élaboré par Xavier LABBÉE[339], il n'est pas envisageable ici d'aborder *toutes* les manifestations de la condition de chose ou de personne afin d'en examiner l'application prénatale et *post mortem*. La difficulté est alors de déterminer lesquelles pourraient être déterminantes dans la qualification finale. On retiendra ici les manifestations qui sont les plus couramment retenues par la doctrine : titularité de droits et présence d'un état pour les personnes **(§1)** ; possibilité de faire l'objet d'une circulation juridique ou d'une destruction pour les choses **(§2)**.

§1 Les résidus de la personnalité
§ 2 Les fragilités de la chose

§1. Les résidus de la personnalité

102. La personne : sujet de droit. La personne juridique est largement comprise par la doctrine[340] comme synonyme de sujet de droit[341]. La définition de l'une renvoie ainsi couramment, dans les dictionnaires juridiques, à la définition de l'autre[342]. Certains auteurs

[336] *Infra n°* 387.
[337] V. J. CARBONNIER, « Être ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit », in *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., LGDJ, 200, p. 231.
[338] Il convient alors, dans un premier temps, de s'intéresser à l'ensemble des questions qui *concernent* les embryons et les cadavres, même si les dispositions ne touchent pas directement *leur corps*. En effet, si l'on pouvait conceptuellement distinguer l'existence d'une personnalité juridique de la protection du corps (v. not. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006), nul doute que l'existence de l'une influe sur la protection de l'autre, en particulier en ce qui concerne l'embryon.
[339] X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort,* Presses universitaires de Lille, 1990.
[340] Du moins depuis le XVIIe siècle comme le note Y. THOMAS : « Le sujet de droit, la personne, la nature », *Le Débat,* 1998/3, n° 100, p. 97 ; V. aussi E. CHEVREAU, « Quelques remarques sur la continuité des "personnes juridiques" en droit romain classique », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard,* éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 217.
[341] *Contra :* A. GARAPON, « Le sujet de droit », *RIEJ*, 1993-31, p. 69 ; C. LEVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, not. 228 pour un résumé.
[342] V° *Personne*, in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016 : « être qui jouit de la personnalité juridique. V. sujet de droit » ; V° *Sujet de droit*, ibid. : « *Personne* […] *considérée comme support de droits subjectifs ; titulaire du droit* […] *ou débiteur de l'obligation* » ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, V° *Personne*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003 : « *Acteur et par conséquent sujet de droit* » ; A. PAYNOT-ROUVILLOIS, V° *Sujet de droit*, *ibid*. : notion assimilée à celle de « personnalité juridique ».

assimilent les deux notions[343], d'autres, pour les distinguer conceptuellement[344], admettent qu'elles sont indissociables dans l'état actuel du droit. Henri MOLTULSKY, par exemple, affirme que la personnalité juridique est l'une des acceptions possibles de la notion de sujet de droit mais admet que la notion n'a d'intérêt, dans une étude des droits subjectifs, « *qu'en tant qu'elle pose la question de savoir à quelle marque on reconnaît le sujet d'un droit déterminé* »[345]. François TERRÉ confirme ainsi : « *la personnalité juridique est précisément cette aptitude à être titulaire actif ou passif de droits subjectifs* »[346]. La titularité de droits peut donc être retenue comme l'une des manifestations de la personnalité juridique **(A)**.

103. La personne : l'identité. Une seconde caractéristique de la personne juridique est la possibilité[347] de posséder un état civil[348]. En tant que droit de l'Homme[349], l'état civil est la manifestation de la reconnaissance par le droit d'une personne juridique[350]. En tant qu'élément

---

[343] V. par ex. Ph. MALAURIE, *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, coll. Droit civil, Defrénois - Lextenso éditions, 8e éd. 2016, n° 2-3 ; G. CORNU, « La personne humaine, sujet de droit », in *L'art du droit en quête de sagesse,* PUF, 1re éd. 1998, p. 13 ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006, p. 13 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil,* Sirey, 1902, 2e éd., n° 287 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. 1, Les personnes, état et capacité,* LGDJ, 1952, 2e éd, p. 6. Assimilant les deux mais discutant J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., LGDJ, 2001, p. 232-233.

[344] X. BIOY, distingue la personne juridique comme le support passif des relations avec les tiers, le moyen de l'attribution de droits subjectifs et le sujet de droit comme manifestation de l'aspect actif de ces relations : *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* th. 2001, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, n° 19.

[345] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Dalloz, réed. 2002, p. 31.

[346] Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6e éd., 2003, n° 226.

[347] On pourrait en effet imaginer une personne sans état établi car n'ayant jamais été signalée aux services compétents, pour autant, la reconnaissance de sa personnalité juridique lui donnerait la possibilité de le réclamer. Comme l'affirme G. CORNU « *le droit n'est que déclaratif. L'enfant né n'attend pas d'être déclaré à l'état civil pour avoir la personnalité juridique qu'il* a de facto, de plano » : « La personne humaine, sujet de droit », *L'art du droit en quête de sagesse,* 1re éd., PUF, 1998, p. 19. Cependant, comme le souligne C. LEVY, si l'état civil n'est pas une *condition* de la personnalité juridique il est cependant indispensable à *l'effectivité* de celle-ci (*La personne humaine en droit*, *op. cit.*, p. 175), v. aussi M. BRUGGEMAN, « Le rôle de l'état civil », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 25.

[348] On prendra ici la notion d'état civil au sens large d'« état des personnes » comme le font d'ailleurs plusieurs auteurs, qui ne limitent pas leur définition à l'aspect institutionnel de fixation de l'identité : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille*, Sirey-Dalloz, 2009, 16e éd., n° 799 ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Domat droit privé, Montchrestien, 2007, 13e éd., n° 37. Pour une nuance v. Ph. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, *op. cit.*, n° 101.

[349] Par ex. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 déc. 1966. Entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 24 §2 : « *Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom* ». La Cour EDH a pu affirmer que les dispositons relatives à l'état civil relevaient des dispositions de l'article 6§1 et, par ailleurs que « *qu'en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement* à *une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci* » (Cour EDH, 17 juin 2003, *Mustafa c. France*, n° 63056/00, § 14).

[350] La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que « *l'acte de l'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique*

d'identification mais aussi de singularisation de la personne juridique[351], il est ainsi, théoriquement, l'attribut exclusif des *personnes*, par opposition aux choses[352]. Pierre MURAT note ainsi : « *bien des meubles font l'objet d'une immatriculation qui les individualise sans pour autant les rapprocher du traitement réservé à l'être humain* »[353]. L'existence d'un état prénatal ou *post mortem* pourrait donc légitimement être interprété comme la trace d'une personnalité juridique **(B)**.

A. L'existence de droits fugaces

B. L'existence d'un état partiel

A. L'existence de droits fugaces[354]

104. À rechercher la personne par l'existence du droit on rencontre évidemment une difficulté supplémentaire : la définition du droit subjectif et de ses principales caractéristiques. Le débat est évidemment nourri, chaque élément pouvant trouver sa contradiction[355]. Il ne s'agit pas ici de trancher en faveur d'une définition plutôt que d'une autre mais de rechercher, dans le droit applicable avant la naissance et après la mort, des *indices* de la survivance des différents critères proposés. On cherchera donc dans le droit positif les traces prénatales ou *post mortem* de la protection d'intérêts particuliers légitimes[356], d'un pouvoir de la volonté[357] – notamment par un droit d'action[358] – voire de la sauvegarde d'un désir personnel[359].

---

constate […] *un événement dont dépend l'état d'une ou de plusieurs personnes* » : Cass. civ. 1re, 14 juin 1983, n° 82-13247 : Bull. civ. I, n°174.

[351] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*. Thémis droit, PUF, 2011, p. 38 et s. ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* PUF, 2006, n° 33.

[352] Certains animaux voient leur nom et leur généalogie enregistrés par des autorités publiques (V. par exemple le fichier central des équidés immatriculés, art. D. 212-51 C. rur.) mais, d'une part, il s'agit bien d'un système distinct de l'état civil et, d'autre part, ce système a davantage pour finalité l'identification et la « traçabilité » des individus que leur individualisation. Dans ce sens la généalogie de ces espèces n'est pas une filiation puisqu'elle s'appuie uniquement sur le constat de la génération biologique et ne conduit à aucun lien de droit entre les différents individus.

[353] « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 455.

[354] J.-P. GRIDEL, « L'individu juridiquement mort », *D.* 2000, chr, p. 266-12.

[355] Pour un résumé rapide des différentes positions et de leurs critiques v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*. Thémis droit, PUF, 2011, p. 145 et s. ou E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005, p. 8 et s. Pour une approche plus détaillée v. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes – Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, coll. de thèses, Larcier, Bruxelles, 2005, not. n° 55 et s.

[356] R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de MEULENAERE, 3e éd., éd. Marescq, 1886, not. p. 325 et s.

[357] F. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, trad. M.-C. GUÉNOUX, 1840. V. aussi B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrecht, t. I, 8e éd., Francfurt s/ M., 1876.

[358] J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. 2008, p. 97 et s. ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques,* Sirey, 1963, réed. Dalloz 2005, p. 38.

[359] Fr. TERRÉ, « Le droit et le bonheur », *D.* 2010, chr., p. 26.

Il convient de souligner que la plupart des dispositions ici étudiées pourraient sans doute être lues dans un sens excluant la personnalité juridique, notamment sous l'angle du droit objectif, lecture que nous indiquerons également. Mais c'est précisément la *possibilité* d'une double lecture qui nous intéresse ici car elle indique une incertitude du droit que l'on retrouvera aussi bien dans l'analyse de la jurisprudence que du discours doctrinal[360]. On envisagera successivement la situation de l'embryon **(1)** puis celle du cadavre **(2)**.

1) L'embryon titulaire de droits : les difficultés de la maxime *infans conceptus.*

2) Les morts titulaires de droits : des dispositions équivoques

1) L'embryon titulaire de droits : les difficultés de la maxime *infans conceptus.*

105. Dans son étude sur la maxime *infans conceptus*[361], Yan THOMAS souligne que l'institution romaine originelle n'avait rien à voir avec l'idée de la reconnaissance prénatale d'une personnalité juridique[362]. Le mécanisme visait alors davantage à désigner des sujets de *pouvoir* que des sujets de *droits* : « *ce que le droit romain individualise comme sujet virtuel est moins une individualité concrète que le support d'un projet à la fois individuel, trans-personnel et collectif* »[363]. Or, dans la conception contemporaine du droit, le fait de recevoir à titre gratuit est moins la manifestation de la continuation d'une généalogie que l'exercice de *droits patrimoniaux*. Le fait de recevoir à titre gratuit est par conséquent totalement lié à la reconnaissance de l'existence d'un sujet de droit, quand bien même il s'agirait d'une personnalité juridique imparfaite **(a)**. Cependant, ce n'est pas tant la question de l'existence d'un « sujet de droit prénatal » dans le champ spécifique des successions qui crée aujourd'hui le débat sur la qualification de l'embryon, mais plutôt l'extension de cette question à d'autres domaines du droit **(b)**.

a) Les fondements historiques du débat : l'ambiguïté des textes

106. Les articles 725 et 906 du Code civil sont rédigés de telle façon qu'ils laissent une place importante au débat sur la reconnaissance d'une personnalité juridique prénatale.

[360] *Infra n°* 361.
[361] A. LEFEBVRE-TEILLARD affirme que l'expression est plus tardive : *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, éd. Brill, Leiden/Boston, 2008, p. 53-54.
[362] Y. THOMAS, « L'enfant à naître et l'"héritier sien". Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/1, p. 31.
[363] *Ibid.*, p. 35.

107. L'article 725 n'a été modifié que deux fois par rapport à sa rédaction initiale. En 1804, la disposition énonçait : « *pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession* » ; suivaient trois illustrations de « non-existence » : l'absence de conception, la mort civile[364] et « l'enfant qui n'est pas né viable ». L'« existence » était ici nécessairement une notion juridique renvoyant à la notion de personne juridique : avant sa naissance, l'enfant qui n'est finalement pas né viable « existe » évidemment au sens courant[365]. Un indice du caractère spécifiquement juridique de la notion est qu'il avait semblé nécessaire en 1977[366], lors de la réforme du droit de l'absence, de préciser que le présumé absent pouvait succéder. En effet, celui-ci est encore une personne juridique, contrairement à l'absent, qui, par interprétation *a contrario* de l'article 129 du Code civil, n'« existe » plus[367]. Il était donc tentant de considérer, comme le font de nombreux auteurs, que l'embryon bénéficiait alors d'une personnalité juridique[368] « sous condition résolutoire »[369] : existant « à l'instant de l'ouverture de la succession », il était considéré comme ne l'ayant pas été s'il ne naissait pas viable[370].

108. Mais la nouvelle rédaction de la disposition, issue de la loi de 2001 sur les successions[371], suscite une hésitation. L'article 725 dispose en effet actuellement : « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ». Cette nouvelle rédaction tendrait à affirmer l' « inexistence juridique » de

---

[364] Sur cette notion v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille.* PUF, 1996, n° 46, p. 61.

[365] D'ailleurs dans les deux sens courants recensés : il « avait une réalité » et il « vivait ». V. *Le petit Robert, 2013,* V° *Exister*.

[366] L. n° 77-1447 du 28 déc. 1977 portant réforme du titre IV du livre 1er du code civil, des absents : JORF du 29 déc. 1977, p. 6215.

[367] Art. 129 C. civ. : « *Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée postérieurement au jugement déclaratif d'absence, l'annulation de ce jugement peut être poursuivie* ».

[368] Me AUBAINS-LINAIS, parlant pour l'association des juristes pour le respect de la vie, invoquait d'ailleurs ces textes en audition parlementaire pour s'opposer au vote de la loi Veil : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 129. Pour une position contemporaine en faveur de la réalité de la personnalité juridique dès la conception mais d'une conditionnalité des droits : C. LEVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, p. 140 et s.

[369] V. par ex. Th. DOUVILLE, « Le statut de l'embryon et du fœtus », in *Les grandes décisions du Droit des personnes et de la* famille, LGDJ – Lextenso éditions, 2e éd., 2016, p. 96 ; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 527 (l'auteur ajoute l'idée d'une condition potestative, celle du prolongement de la volonté de la femme enceinte) ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* PUF, 2006, n° 12 ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes,* 13e éd., Montchrestien, 2007, n° 8 et s. Pour un recensement très complet des différentes positions sur la question en droit français et en droit québécois v. A. SARIS et G. GIDROL-MISTRAL, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain - Volet 1 : la maxime « *infans conceptus* », *R.D.U.S.* vol. 43, 2013, p. 209.

[370] V. R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français,* th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau, p. 48.

[371] L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral : JORF n° 281 du 4 déc. 2001, p. 19279.

l'embryon c'est-à-dire son absence de personnalité juridique [372] : l'embryon simplement conçu « n'existe » pas mais il est possible de reconnaître sa personnalité juridique *a posteriori,* au moment de la naissance – s'il naît viable il sera fait « comme si » il avait existé depuis sa conception. Cette nouvelle rédaction correspondrait davantage aux interprétations admettant une *rétroactivité* de la personnalité juridique[373] ou éventuellement une personnalité juridique sous condition suspensive[374]. La lecture croisée de cette disposition et de l'article 906 du Code civil ne permet pas de clore ce débat.

109. L'article 906, dont la rédaction est inchangée depuis 1804, énonce que pour être « capable » de recevoir par donation ou par testament « il suffit d'être conçu » à l'instant de la donation ou du décès. Cette formulation est ambiguë au regard de l'existence d'une personnalité juridique prénatale : l'emploi du terme « capable » renvoie en effet au concept de « capacité » juridique, qualité propre du sujet de droit[375]. L'emploi du verbe « suffire » n'est pas pour éclairer cette lecture. On peut y voir l'expression d'une exception à un principe : il faut normalement être né pour être titulaire de droits mais, par exception, il *suffit* d'être conçu pour effectuer l'action spécifique de « recevoir ». Dans cette hypothèse la personnalité juridique n'est attribuée *que* pour recevoir. Il est également possible de lire ce « il suffit » comme l'expression d'une définition générale des qualités nécessaires pour être titulaire de droits, et notamment du droit de recevoir : « exister » devrait alors s'entendre dans le sens de « être né » et l'article énumérerait les deux cas d'attribution de droits : être né ou être conçu. C'est sans aucun doute la lecture qu'en font les auteurs qui, adoptant la distinction élaborée par René DEMOGUE[376], considèrent qu'il existe, de façon prénatale, un « sujet de jouissance »[377]. Jean CARBONNIER

[372] Ce qui a été dénoncé : M.-P. BAUDIN, « "Être ou ne pas être…" (à propos de la modification de l'article 725 du code civil par la loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001) », *D.* 2002, p. 1763.
[373] X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires du Septentrion, 2012 éd. identique à celle de 1990, p. 91 ; Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014, n° 19.
[374] V. par ex. Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? » *D.* 2003, n° 13, p. 842 ; R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, n° 33, chron., p. 231 ; P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 314. ; J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 256. Pour une interprétation similaire en droit turc : S. OKTAY-OZDEMIR et G. S. TEK, « La disposition de son corps par la femme turque, un droit limité », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 215.
[375] V° *Capacité*, in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016.
[376] R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, p. 617 et s.
[377] Par opposition à un sujet d'« exercice » des droits : J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ*, 1998-2, p. 475 : l'auteur n'utilise pas directement l'expression en cause mais sa filiation avec R. DEMOGUE apparaît dans la nbp n° 83 ; C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeux des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 29 ; C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation de transfert

résume parfaitement les hésitations provoquées par ce régime lorsqu'il écrit, à propos de ceux qu'il appelle les enfants à naître : « *ce sont des non-sujets de droit en tant qu'ils n'ont pas reçu de droits, mais ils deviennent sujets de droit avant même d'exister, dès lors qu'ils ont reçus des droits. Le droit subjectif crée ici son propre sujet* »[378]. Mais l'analyse lexicale des textes est très insuffisante à rendre véritablement compte des soubassements du débat : les implications pratiques d'une reconnaissance prénatale de la personnalité juridique.

b) Le soubassement contemporain du débat : l'application du régime de la personne

110. L'insuffisance actuelle des dispositions dans le droit des successions. Sans même quitter le champ du droit des successions, deux questions majeures se posent aujourd'hui pour la mise en œuvre des articles 725 et 906. Tout d'abord, la *conception* doit-elle s'entendre comme une notion purement juridique ou doit-on lui attacher un sens biologique ? Si l'on fait du texte une interprétation historique, il est évident que seule la grossesse est comprise dans la disposition. Cependant certains auteurs, dans une lecture littérale et actualisée de la notion, affirment qu'*infans conceptus* pourrait s'appliquer à un embryon implanté après le décès de son géniteur[379] mais dont la conception aurait eu lieu avant[380]. La question dérive alors sur l'établissement de la filiation en dehors des hypothèses de présomption de paternité[381]. Notons ici, à titre de comparaison, la solution explicite du droit louisianais qui décide que l'embryon est bien considéré comme une personne juridique mais uniquement à compter de son implantation[382].

Par ailleurs, les modalités pratiques du recueil de la succession, de la donation ou du legs restent confuses. Quelle est, par exemple, la personne compétente pour accepter la

d'embryon post mortem », *D*. 2001.1397 ; G. RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence,* Lexis-Nexis Litec, 2006, 5e éd., n° 57. Pour des développements sur ces positions v. *infra* n° 376.

[378] J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2014, p. 238.

[379] En violation des dispositions du droit positif (art. L. 2141-2 al. 2 CSP) mais une jurisprudence récente montre que l'opération peut être effectuée à l'étranger : CE, 31 mai 2016, n° 396848 : *D*. 2016. 1204, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA* 2016.1092 ; *D.* 2016.1472, note H. FULCHIRON.

[380] M. GRIMALDI considère que *infans conceptus* joue si l'embryon *in vitro* est déjà conçu au moment du décès : *Droit civil. Successions,* 6e éd., Litec, 2001, n° 88 ; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 526. La jurisprudence de la CJCE pourrait suggérer une interprétation contraire : considérant que la « grossesse » ne s'entend pas seulement de la conception d'embryons *in utero* v. CJCE, 26 fév. 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei un Konditori Gerhard Flöckner OHG,* aff. C.-506.

[381] C'est-à-dire si les deux géniteurs ne sont pas mariés, ou, en cas de mariage, si l'implantation a eu lieu à une date telle que la naissance n'a pas lieu dans les délais légaux de conception. La possession d'état a pu être admise avant que l'implantation *post mortem* ne soit interdite : TGI Nanterre, 8 juin 1988, *D.* 1989, p. 248 ; CA Angers, 10 nov. 1992 : *D.* 1994, somm., p. 30, note X. LABBÉE.

[382] *Louisiana health law, Acts* 1986, n° 964, §1, RS 9:123, § 123 : v. G. RAYMOND, « Biotechnologie et droit de la filiation », *RIDP*, 1992, p. 251.

donation[383] ou effectuer un acte conservatoire sur un élément de la succession entre son ouverture et la naissance viable de l'enfant alors simplement conçu ? L'hypothèse d'une inexistence de la personnalité rendrait théoriquement cet acte impossible mais n'irait-on pas alors à l'encontre des objectifs de la disposition qui vise à protéger la vocation successorale de l'enfant à naître ? À l'inverse, l'existence d'une personnalité, quelles qu'en soient les modalités, pose la question de la personne en charge de la représentation de l'embryon[384]. Ce dernier exemple montre que la titularité prénatale de droits dépasse largement le champ du droit des successions et des libéralités puisqu'elle implique de désigner les personnes compétentes pour la défense de ses intérêts. Il est donc facile de passer ensuite à la question de savoir si le droit devrait plus largement défendre *la vie* de l'embryon.

111. L'absence de difficulté dans un contexte ancien protecteur de l'embryon. Dans les premières années de leur existence, la portée des dispositions des articles 725 et 906 du Code civil ne semble pas poser de problème majeur à la doctrine[385]. Mais à l'époque, admettre que ces dispositions spécifiques au droit des libéralités et des successions consacraient, en général, une personnalité juridique prénatale n'aurait pas posé de difficultés de cohérence du régime de l'embryon[386]. En effet, l'effet conjugué de l'existence du curateur au ventre[387] et de l'interdiction de l'avortement[388] conduisait à ce que la plupart des questions qu'aurait pu soulever l'existence d'une personnalité juridique prénatale trouvent une réponse concrète : l'intégrité du corps de l'embryon étant sauvegardé par le droit[389], rien n'empêchait que la

[383] Pour une analyse ancienne sur ce point v. R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français,* th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau, p. 62 et s.

[384] Pour deux décisions contradictoires concernant, non pas une succession mais l'attribution d'une pension alimentaire avant la naissance, à exécuter après celle-ci : TGI Lille 13 fév. 1998 : JurisData n° 1998-933257 ; *D.* 1999, p. 177, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 1999, p. 356, note J. HAUSER (statue sur l'autorité parentale, la résidence et la pension alimentaire à compter de la naissance) et TGI Lille 6 déc. 2012, n° 12/08160 : JurisData n° 2012-032831 ; *Dr. fam.* 2013, n° 3, comm. 39, note X. LABBÉE (refuse de statuer sur la pension alimentaire car « *l'obligation alimentaire est une obligation légale qui n'existe qu'à compter de la naissance de l'enfant* »).

[385] V. *infra n°*

[386] V. par exemple L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Librairie du recueil Sirey, 1938.

[387] Mécanisme conduisant à la surveillance d'une femme enceinte, le plus souvent après un divorce ou le décès de son mari, afin qu'elle ne procède ni à un avortement, ni à une substitution d'enfant. V. anc. art. 393 C. civ. Sur le régime de cette institution et les interrogations qu'elle soulevait v. E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu,* th. Toulouse, 1876, p. 118 et s. et R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français,* th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau, p. 108 et s. Pour un exposé plus contemporain v. X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990, p. 69 et s.

[388] Le Code pénal de 1810 prévoyait la réclusion à perpétuité pour les femmes qui avortaient et une peine de travaux forcés pour les médecins ou pharmaciens avorteurs (art. 317 C. pén. 1810). Sur les évolutions de la législation v. *infra* n° 707.

[389] D'autant plus que la jurisprudence avait pu admettre l'homicide involontaire prénatal : CA Douai, 16 mai 1882 : *S.* 1883.II.153.

personnalité juridique lui soit reconnue en sus d'une protection de droit objectif[390]. La désuétude puis la disparition du rôle de curateur au ventre[391] ainsi que la légalisation de l'interruption de grossese pour motifs médicaux[392], de l'interruption volontaire de grossesse[393], puis de la fécondation *in vitro*[394], ont introduit des difficultés conceptuelles : comment mettre en œuvre – et protéger – une personnalité juridique prénatale ?

112. Un enjeu général de protection de l'embryon. Les auteurs favorables à l'idée d'une titularité immédiate des droits de successions s'interrogent souvent sur la protection de ces droits contre la suppression de part[395]. Cette question entraîne alors celle de la pénalisation de l'autoavortement et aussi, plus largement de l'accès à l'avortement voire à la liberté d'accoucher de façon anonyme, puisque ces pratiques réduisent de fait à néant la protection des droits patrimoniaux accordés par la loi. On perçoit ici que la question de la reconnaissance d'une personnalité juridique à l'embryon est à la fois une interrogation technique – débat sur la meilleure manière d'atteindre un résultat concret, faire hériter l'enfant – mais est également une question politique qui concerne toutes les branches du droit. Ainsi, plusieurs auteurs se prononcent, en raison des difficultés techniques exposées, en faveur de la réintroduction d'une institution du type de celle de la curatelle au ventre – ou du moins soulignent son intérêt[396]. Le débat se déplace alors et investit le champ, bien plus large, des limites du pouvoir du droit dans la surveillance des femmes et de leur corps[397]. Bien que la survie de la personnalité *post mortem* ne pose pas les mêmes difficultés pratiques, elle soulève des débats théoriques proches.

2) Les morts titulaires de droits : des dispositions équivoques

113. Rechercher les traces de droits subjectifs est plus complexe lorsqu'il s'agit de personnes décédées que d'êtres simplement conçus. Les textes relatifs aux morts emploient moins de termes ambivalents quant à l'existence d'une personnalité. Il est donc souvent possible

[390] Dans ce sens Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 7e éd., 2005 et 8e éd., 2012, n° 23.
[391] L. n° 64-1230 du 14 déc. 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation : JORF du 15 déc. 1964, p. 11140.
[392] Décret-loi du 29 juill. 1939 relatif à la famille et à la natalité française : JORF du 30 juill. 1939, p. 9607. Art. 87.
[393] L. n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'IVG : JORF du 18 janv. 1975, p. 739.
[394] L. n° 94-654 du 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, n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11060.
[395] A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *RRJ*, 2001-3, p. 1407.
[396] *Ibid.,* p. 14010. V. aussi M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions,* Litec, 6e éd., 2001, n° 85 ; Ph. LE TOURNEAU, « De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'interruption licite de grossesse », *D.* 1990.284.
[397] Pour des développements sur cette question v. *infra* n° 383 et 705.

de faire l'analyse de ces dispositions en termes de simple droit objectif[398]. Cependant, on constate que la réglementation de la mort contient de façon éparse des « fragments » de droits subjectifs – Jean-Pierre GRIDEL emploie l'expression de « *droits fugaces* »[399] – c'est-à-dire des éléments qui participent aux multiples définitions possibles des droits subjectifs. Le droit positif contient ainsi des dispositions qui visent à prolonger, après la mort, la protection accordée aux intérêts des personnes de leur vivant **(a)** mais aussi à assurer des effets *post mortem* à la volonté **(b)**.

a) La subsistance d'intérêts protégés

114. Il est possible de trouver, dans le droit positif, des *indices* de la subsistance de certains droits après la mort : l'intimité de la vie privée, des liens de droits et d'obligations, une dignité subjective semblent en effet survivre au corps, laissant ainsi planer le doute sur une certaine prolongation de la personnalité juridique.

115. La subsistance des liens d'obligations : les frais funéraires. Les frais funéraires ont longtemps été considérés à la fois comme une charge successorale et une dette alimentaire[400]. Or, dans les deux cas, ils posaient la question de la subsistance d'une personnalité *post mortem*. En tant que charge successorale, la dette de frais funéraires était considérée comme étant une dette personnelle du défunt, qui, théoriquement, n'y avait jamais été tenu si l'on considère que la personnalité juridique disparaît avec la mort. En tant que dette alimentaire elle invitait à s'interroger sur l'identification du créancier et surtout de ses « besoins »[401]. La Cour de cassation elle-même rattachait cette obligation non seulement à l'obligation alimentaire des enfants à l'égard de leurs parents mais également aux dispositions de l'article 371 du Code civil : « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* »[402]. Du respect du *corps*

[398] V. par ex. G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes,* LGDJ, 1989, n° 56 ; G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personne juridique. "Qui se souvient des Hommes" », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1994, p. 32.
[399] J.-P. GRIDEL, « L'individu juridiquement mort », *D.* 2000, chr, p. 266-12.
[400] M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions,* 6e éd., Litec, 2011, n° 539 ; N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th., Paris II, 2006, coll. Doctorat et notariat éd. Defrénois, tome 17, p. 379 s.
[401] Trib. Seine 21 mai 1901 : *D.* 1902.II.206. Trib. civ. Seine, 9 janv. 1956 : *RTD civ.* 1956, p. 563, obs. R. SAVATIER ; *JCP N.* 1956.9294. G. RAOUL-CORMEIL souligne par ailleurs le problème de conciliation avec le principe « aliments ne s'arréragent pas » : « Fondement de l'obligation à la dette des frais funéraires », *D.* 2009, p. 1927.
[402] Civ 1re 14 mai 1992 : *D.* 1993.247, note J.-F. ESCHYLLE ; *JCP* 1993.II.22097 note F.-X. TESTU ; *RTD civ.* 1993.171, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1992, art. 35935, n° 121, obs. J. MASSIP. Civ. 1re 8 juin 2004, n° 02-12.750, *AJ fam*. 2004. 453, obs. F. C. ; *Dr. fam*. 2004. comm. 152, note B. BEIGNIER. Civ 1re 21 sept. 2005, n° 03-10.679 : *AJ fam.* 2005. 409 obs. F. BICHERON ; *Dr. fam.* 2005, comm. n°251, note B. BEIGNIER. Pour une décision se fondant exclusivement sur l'article 371 : Civ. 1re 29 janv. 2009, n° 07-14272 : *D*. 2009, p. 1927, note G. RAOUL-CORMEIL ; *RJPF*, mars 2009, p. 32, obs. S. VALORY ; *Procédures*, mars 2009, p. 20, note

mort[403] au respect dû au mort il n'y avait qu'un pas, franchi ici par la Cour qui inscrit le défunt dans une généalogie familiale et dans des rapports interpersonnels de droits et d'obligations[404]. Résolvant l'ambiguïté, la loi du 23 juin 2006 a « objectivé » cette obligation[405].

116. L'incertitude portant sur la nature des dettes de funérailles a cependant rencontré celle de la personnalité pré-natale. Dans un arrêt du 28 janvier 2009[406], la Cour de cassation a en effet décidé que l'enfant simplement conçu à la mort de son père était tenu de la dette funéraire à sa naissance, sur le fondement de l'article 371 du Code civil. Cette décision peut être diversement interprétée en ce qui concerne l'existence de la personnalité. Trois lectures au moins sont envisageables. Tout d'abord, il est possible de voir l'article 371 comme fondant une obligation *objective*, détachable de tout lien interpersonnel et s'appliquant à l'enfant à sa naissance. Ensuite, il serait envisageable d'interpréter cette décision comme une application particulière d'*infans conceptus*, jouant exceptionnellement en défaveur de l'enfant[407]. Enfin, on peut voir dans l'obligation d'honorer ses parents une expression singulière du droit à l'honneur, droit de la personnalité[408]. Dans ce dernier cas, moins que la personnalité prénatale de l'enfant c'est le prolongement *post mortem* de la personnalité de son père qui serait en cause. Ce prolongement de la protection accordée à la personnalité du mort peut également être perçu dans l'attention apportée par le droit à la protection de son intimité.

117. La survivance du secret médical. Bien que sa force en soit atténuée[409], le secret qui lie les professionnels de santé à leurs patients ne s'éteint pas avec la mort. La jurisprudence

M. DOUCHY-OUDOT ; *Défrénois*, 2009, p. 748, note J. MASSIP ; *JCP G.* 2010, n° 203, obs. R. LE GUIDEC.

[403] Art. 16-1-1 C. civ.

[404] B. BEIGNIER souligne le paradoxe qu'il y a à reconnaître un droit aux aliments pour les morts alors même que le concept de vie privée *post mortem* semble être abandonnée : *Dr. fam*. 2004. comm. 152 ; v. aussi *infra* n° 260.

[405] L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513 : modifie la formulation de l'article 806 du Code civil afin d'établir que le renonçant à la succession « *est tenu à proportion de ses moyens au paiement des frais funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce* ».

[406] Civ. 1re 29 janv. 2009, n° 07-14272, préc.

[407] G. RAOUL-CORMEIL, « Fondement de l'obligation à la dette des frais funéraires », *D*. 2009, p. 1927 ; Th. DOUVILLE, « Le statut de l'embryon et du fœtus », in *Les grandes décisions du Droit des personnes et de la famille*, LGDJ -Lextenso éditions, 2e éd., 2016, p. 97.

[408] B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes,* 17e éd., Lexis-Nexis, 2015, n° 78.

[409] Art. L. 1110-4 CSP *in fine* : des éléments concernant la santé du défunt peuvent être révélés à ses proches après son décès si cela leur permet de connaître les causes de la mort, de défendre sa mémoire ou de faire valoir leurs droits. Le patient peut cependant s'y être opposé de son vivant. Pour un parallèle avec les données personnelles, dans une affaire où le secret de la santé était en jeu v. CE 8 juin 2016, n° 386525 : JurisData n° 2016-011560 ; *JCP G*. 2016, n° 26, 756, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *Dalloz Actualités*, 2016, note J.-M. PASTOR *; Rev. Lamy dr. i*mm. 2016, p. 128, com. 4024, obs. L. COSTE ; *Gaz. Pal*. 2016, n° 24, p. 40, note P. GRAVELEAU ; *Dr. fam.* 2016, n° 9, comm. 185, obs. A. TANI ; *JCP N*. 2016, n° 39, 1288, note A. TANI. Sur cet arrêt v. aussi *infra* nbp 814.

avait déjà affirmé ce principe[410] avant que la loi du 4 mars 2002[411] ne l'inscrive formellement dans le Code de la santé publique. Certaines dispositions de droit supranational vont également dans ce sens[412]. Or, si le secret médical a longtemps été conçu comme un simple *devoir* du professionnel de santé, il est aujourd'hui indéniablement attaché aux *droits* du patient[413]. C'est ainsi qu'il est conçu par le Code de la santé publique lui-même[414] et c'est bien sur le droit à la protection de la vie privée que se fondent les juridictions, tant nationales[415] que supranationales[416], pour sanctionner les violations du secret médical. L'idée de l'existence d'un droit subjectif au secret[417] qui se prolongerait après la mort n'est donc pas absente des textes, même si elle ne semble pas avoir été confirmée par la jurisprudence française[418]. La Commission européenne des droits de l'homme a cependant adopté une position suggérant qu'elle prolonge un certain droit à l'intimité médicale après la mort[419].

118. Le droit de la santé est, plus largement, l'une des branches du droit dans laquelle la protection des « intérêts » des défunts est la plus présente. En effet, la relation particulière qui unit patients et soignants est conçue par la profession, et par le droit lui-même, comme se prolongeant bien après le décès. On en veut pour preuve l'article R. 4127-2 du Code de la santé publique, dont la rédaction[420] a été modifiée suite à une célèbre affaire[421], et qui dispose

[410] CA Paris, 27 mai 1997 : *D*. 1997, jur. 596, note B. BEIGNER ; *LPA*, 9 juill. 1997, n° 82, p. 26, note E. DERIEUX et Fr. GRAS (soulignons cependant que la juridiction relevait que le contrat d'édition de l'ouvrage contesté était antérieur à la mort et que le droit d'agir était continué dans la personne des héritiers).
[411] L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : JORF du 5 mars 2002, p. 4118.
[412] Sur ces textes et leurs ambiguïtés v. J. HERVEG, « La protection de la vie privée participe-t-elle au respect de l'individu après son décès ? Le cas des données du patient », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture,* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 255 (sur cette question spécifiquement en droit belge *ibid.* p. 263 et s.).
[413] V. A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUREAU, *Droit de la santé,* 3e éd., Thémis Droit, PUF, n° 305.
[414] L'article L. 1110-4 CSP est placé dans le chapitre « Droits de la personne » du titre « Droits des personnes malades et des usagers du système de santé ».
[415] Ex : Soc. 10 juill. 2000 : *Bull. civ.* V, n° 251. Civ. 2e 19 fév. 2009 : *Bull. civ.* II, n° 62.
[416] Cour EDH, 27 août 1997, *M. S c. Suède*, n° 74/1996/693/885 : *D*. 2000, jurispr., p. 521, note I. LAURENT-MERLE.
[417] Sur l'idée d'une évolution du *devoir* de secret au *droit subjectif au secret du médecin,* v. D. THOUVENIN, « le secret professionnel, droit ou devoir professionnel », *RDSS*, 1982, p. 586.
[418] Il semble que les juridictions, suivant un mécanisme sur lequel nous reviendrons *infra* (n° 261), se fondent davantage sur la violation de la vie privée des proches survivants. Ex : TGI Paris 23 oct. 1996 : *D.* 1998, somm. 85, obs. J. MASSIP ; *JCP* 1997.II.22844, note E. DERIEUX.
[419] Comm. EDH 20 mai 1998, n° 30039/96, *W. B. c. Suisse* (*RUDH*, 1998, p. 431) : dans cette affaire la requête d'un homme souhaitant accéder *post mortem* au dossier médical de sa mère est déclarée irrecevable : la Commission estime que les autorités nationales ont poursuivi un but légitime en lui refusant cet accès, en l'occurrence les « *droits et libertés d'autrui* » (autrui désignant donc la mère décédée).
[420] Issue du décret n° 95-1000 du 6 sept. 1995 portant code de déontologie médicale : JORF n° 209 du 8 sept. 1995, p. 13305.
[421] CE ass. 2 juill. 1993, req. n° 124960, *Milhaud* : *D.* 1994.74 note J.-M. PEYRICAL ; *RTD. civ.* 1993.803, obs J. HAUSER ; *JCP G.* 1993.II.22133, note P. GONOD.

aujourd'hui que « *le respect dû à la personne ne cesse pas avec la mort* ». Formulation ambiguë, notamment en raison de son écho avec la formulation des articles 16 et 16-1 du Code civil, et qui jette légitimement le doute sur la possibilité d'une survivance de la personnalité juridique[422]. L'idée d'un prolongement des droits de la personnalité après la mort se retrouve en droit de la presse.

119. Les infractions de presse à l'égard des morts : le prolongement de la dignité des personnes. La loi du 19 juillet 1881[423] contient deux dispositions protégeant manifestement les intérêts *subjectifs* des personnes au-delà de la mort[424].

120. Tout d'abord, l'article 39 bis prohibe la diffusion « de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification : […] d'un mineur qui s'est suicidé [ou] d'un mineur victime d'une infraction. ». Quel est ici l'intérêt protégé ? Sans doute, en premier lieu, l'intimité de la famille du défunt ; la disposition pourrait ainsi être rapprochée de l'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945[425] qui prohibe le fait de révéler l'identité d'une personne mineure délinquante[426]. L'infraction avait en effet été étendue par la jurisprudence à la situation du mineur décédé, notamment en raison du préjudice causé aux parents[427]. Cependant, rien dans la rédaction de ces dispositions n'impose l'existence d'une famille survivante[428]. Le Tribunal de grande instance de Nanterre a d'ailleurs pu décider que les parents d'un mineur ne pouvaient être considérés comme les victimes directes de cette infraction de presse[429]. Il y a donc bien ici une forme de protection des intérêts de la personne mineure

[422] Sur le respect du corps humain comme droit subjectif v. par ex. D. THOUVENIN « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 162, n° 74 ; A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA,* 1994, n° 149, p. 31.

[423] L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, JORF du 30 juill. 1881, p. 4201.

[424] On s'en tiendra ici aux infractions les plus évidemment protectrices des intérêts *du défunt*. Il serait également possible d'évoquer l'article 39 *quater* crée par la loi du 11 juillet 1966 (n° 66-500, JORF n° 0160 du 12 juill. 1966, p. 5956) qui interdit spécifiquement la diffusion de la filiation originelle d'une personne adoptée, jusqu'à trente ans après sa mort. La valeur protégée est ici double. Il s'agit de protéger la paix des familles, vivantes ou survivantes, contre des révélations qui sont évidemment à même de les troubler, mais cette infraction n'a pas vocation à s'appliquer uniquement lorsque le défunt laisse des proches survivants. En ce sens cette disposition vise également à ménager un équilibre entre la liberté de l'information et le principe du secret des filiations organisé par l'adoption plénière. Ce sont donc tout à la fois l'autorité de l'État, le caractère intangible de l'état civil et la vie privée du mort qui sont ici protégés.

[425] Ord. n° 45-174 du 2 févr.1945 relative à l'enfance délinquante.

[426] Chr. BIGOT, *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Guide Légipresse, Victoires Editions, 2004, p. 133.

[427] Cass. crim., 24 sept. 2002, *Hutin et Cayrol* : *Légipresse* 2002-I, n°197, p. 156.

[428] En effet, autant la diffusion d'informations précises ou d'images relatives à une infraction peuvent choquer des personnes étrangères à la victime autant la diffusion de la simple identité d'un mineur suicidé n'est sans doute constitutive d'aucun trouble si l'enfant était isolé.

[429] TGI Nanterre, 14 mars 2001, *Duchemin/Hachette Filipacchi et associé : Légipresse*, 2001-I, n° 182, p. 76.

elle-même, même décédée. Une réflexion similaire peut être menée à propos de la protection de la dignité[430] dans les infractions de presse.

121. Constitue ainsi une infraction le fait de diffuser les « *circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime* »[431]. Cette disposition pourrait, textuellement, s'appliquer à des infractions dont la victime est décédée[432]. Deux éléments pourraient cependant faire douter de cette analyse.

D'une part, l'infraction n'est constituée que si la diffusion des informations a été faite sans l'accord de la victime[433]. Cette première condition laisserait penser que le texte ne sauvegarde que les intérêts d'une personne juridique vivante, seule à même de donner ou de refuser explicitement son consentement. Mais l'argument n'est pas suffisant. Il est possible de considérer que le texte prévoit simplement une condition supplémentaire pour les victimes vivantes et que la victime décédée serait, quant à elle, considérée comme n'ayant jamais donné son consentement. Par ailleurs, hypothèse extrême, on pourrait imaginer une victime qui donnerait son consentement avant sa mort[434] à la diffusion d'images de son corps *post mortem*[435]. D'autre part, lorsque la victime est vivante, l'infraction n'est poursuivie que sur sa plainte[436]. En ce qui concerne les victimes décédées, et comme pour les incapables, la plainte pourrait être déposée par leurs ayants-droit. Là encore, l'argument n'emporte pas la conviction et l'application *post mortem* de la disposition pourrait être envisagée.

---

[430] Pour une analyse de la protection des morts en termes de dignité dans le droit québécois v. M.-È. ARBOUR et M. LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », *R.D.U.S.* (2009-10) 40, p. 268.

[431] Art. 35 *quater*, loi du 29 juill. 1881 préc.

[432] Dans ce sens : Chr. BIGOT, *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, *op. cit.*, p. 124 ; J. LEOHNARD, « Cadavre à la une. Regard du Droit pénal sur la médiatisation de l'image du cadavre », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 215. *Contra* : K. BUREAU, *La pénalisation des atteintes à la dignité des victimes par l'article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881, issu de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, th. dact. Montpellier I, 2006, p. 106 et s. : l'auteure s'appuie principalement sur la circulaire du 14 mai 2001, CRIM 2001-07 F1, NOR JUSD0130065C, qui énonce qu'il résulte des débats parlementaires que l'infraction est destinée à protéger les victimes vivantes. La condition n'apparaît cependant pas textuellement et l'auteure regrette cette limitation (p. 273 et s.), considérant que la dignité de la personne ne s'éteint pas avec son décès. Cependant, on peut douter de la pertinence de l'affirmation de la circulaire. En effet, dans sa défense de la disposition, la Garde des Sceaux E. GUIGOU prenait explicitement des exemples de personnes décédées : SÉNAT, séance du 25 juin 1999, discussion sous l'article 26.

[433] L. du 29 juill. 1881 préc. Art. 35 *quater*.

[434] Sur le prolongement de la force de la volonté *post mortem* V. *infra* n° 129.

[435] On pense par exemple à la célèbre affaire du boucher de Rotenbourg dans laquelle un homme avait consenti à être castré, tué puis partiellement mangé par son meurtrier. V. L. MILLOT, « le cannibale de Rotenbourg révulse l'Allemagne », *Libération*, 14 déc. 2002. Disponible sur : http://www.liberation.fr/planete/2002/12/14/le-cannibale-de-rotenburg-revulse-l-allemagne_424721 ; P. B., « Le"cannibale de Rotenbourg" condamné à perpétuité », *Le Figaro*, 10 mai 2006. Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/international/2006/05/10/01003-20060510ARTFIG90256-le_cannibale_de_rotenburg_condamne_a_la_perpetuite.php, [consultés le 22 mars 2016].

[436] L. du 29 juill. 1881 préc. Art. 48 8°.

122. Comme pour les atteintes portées aux cadavres, une telle interprétation du texte ne serait pas sans interroger sur le prolongement d'une personnalité juridique *post mortem*[437]. En effet, dans le cas d'une victime vivante, nul doute que la dignité protégée par ce texte soit une dignité subjective[438], entendue comme un *droit* pouvant être opposé par la personne aux tiers. Deux indices à cela : la nécessité de la plainte préalable et la possibilité de consentir à l'atteinte ; conditions incompatibles avec une notion de dignité entendue au sens objectif, par définition opposable à la personne elle-même. Admettre que l'infraction puisse être constituée *après la mort* supposerait donc le prolongement d'une dignité-droit après la mort : ne serait-ce pas alors l'indice d'une forme de survivance de la personnalité ? On pourrait certes considérer que, dans le cas d'une application *post mortem*, la « dignité » en cause soit une dignité objective, entendue comme un principe général de respect aux morts[439]. Mais on devrait alors admettre une définition distributive de la notion en fonction de la qualité de la victime[440].

123. Cette analyse n'est pas confirmée par le tribunal correctionnel de Paris, qui a jugé récemment que la condition de plainte de la victime était de nature à empêcher l'application de l'infraction après la mort, les textes ne permettant *« pas d'autre analyse littérale que celle* […] *réservant à la seule victime vivante la faculté de déposer plainte* »[441]. Si l'analyse est effectivement pertinente dans le cadre d'une interprétation *littérale*, l'argument est faible. On pourrait suggérer une lecture *a coherentia* : ainsi, doit-on considérer que la diffusion de l'image d'un cadavre mis à nu par une infraction de violation de sépulture n'est pas un acte incriminé ? Certes, l'article 225-18 du Code pénal ne qualifie par les personnes décédées de « victimes »

[437] Sur les interrogations soulevées par la protection de la *dignité* par les infractions d'atteinte aux cadavres et aux sépultures v. *supra n°* 45 et s.
[438] Pour des développements sur les différents sens de la notion v. *supra n°* 46. Pour une interprétation de la dignité en termes de droit subjectif : B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de la dignité et les interventions sur le génome humain », *RD publ.,* 1999, spécialement p. 99-104 ; l'article 16 du Code civil (« *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci* »), pourrait être invoqué dans ce sens : N. MOLFESSI, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in La dignité humaine,* M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir), Études juridiques, Économica, 1999, p. 130. Pour une lecture en termes de droits de la personnalité : M. FABRE-MAGNAN, V° *Dignité humaine*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008, p. 286. Dans le cadre du droit pénal il semble cependant que les notions de dignité et de droit de la personnalité soient distinctes, chacune faisant l'objet d'un chapitre dans le titre 2 du livre 2 du Code pénal.
[439] Sur l'appréhension de cette notion par la jurisprudence v. *infra n°* 283.
[440] L'imprécision de la notion, pourtant soulevée à l'encontre de ce texte (Cass. crim. 3 sept. 2014, n° 13-83129), n'a pas été considérée comme un moyen suffisamment sérieux pour justifier une QPC (Cass. crim. 18 déc. 2013, n° 13-83129).
[441] Trib. corr. Paris, 20 mai 2016, n° 15328000281. L'affaire avait suscité un certain émoi médiatique, la photo publiée par le magazine *VSD* concernant une victime de l'attentat du Bataclan de novembre 2015. Nous remercions le conseil de la famille qui a bien voulu nous transmettre une copie anonymisé de la décision.

de l'infraction d'atteinte au respect dû aux morts[442], mais il est toutefois possible de pointer le paradoxe qu'il y a à considérer que la diffusion d'images d'une infraction qualifiée *d'atteinte à la dignité des personnes* par le Code pénal ne peut être poursuivie comme *atteinte à la dignité de la personne* en droit de la presse…

b) Le prolongement de la force de la volonté

124. Évolution du champ d'application de la volonté du défunt. La possibilité de faire produire des effets à la volonté après la mort a toujours été consacrée en ce qui concerne les biens[443]. Le prolongement de la puissance de la volonté *post mortem* interrogeait alors les bornes de la personnalité juridique[444]. Jean CARBONNIER écrit ainsi à propos du testament : *« le mort n'est plus tout à fait un non-sujet de droit, puisque sa volonté s'impose ; il n'est plus tout à fait un sujet de droit puisqu'il ne peut plus la modifier »*[445]. Cependant la question de la survie de la personnalité pouvait se résoudre conceptuellement par l'existence d'une continuation patrimoniale entre le défunt et les héritiers[446]. Mais le droit a progressivement étendu ce pouvoir *post mortem* de la volonté à l'usage de son propre corps[447] : organisation de ses propres

[442] L'article énonce les cas d'aggravation de la peine « *lorsque les infractions* […] *ont été commises à raison de l'appartenance* […] *des* personnes décédées » à un certain nombre de catégories. Nous soulignons ce terme car il est employé par préférence à celui de *victime*. Ce choix n'est cependant pas significatif dans la mesure où, d'une part le terme de victime est parfois employé pour des personnes décédées (ex. art. 221-4 C. pén. pour le meurtre), et, d'autre part, les textes utilisent parfois alternativement les termes de *personne* et de *victime* pour désigner l'individu sur lequel a été commise une infraction (ex. art. 225-4-2 C. pén.).

[443] Nous employons ici « toujours » au sens de « toujours dans notre droit contemporain » : pour un aperçu historique de l'évolution de la perception du testament v. Ch. BAHUREL *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 20 et s. ; M. NICOD, « La réforme du droit des testaments », in *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir,* Journées nationales de Strasbourg Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. 9, Dalloz, 2006, p. 55. Notons également, à titre d'illustration historique, que la jurisprudence a, un temps, fait produire des effets *post mortem* à la volonté en consacrant la survie de l'offre formulée avec délai (Civ. 3e 10 déc. 1997, n° 9516461). Position contredite par la nouvelle formulation de l'article 1117 C. civ.

[444] M. PLANIOL et G. RIPERT citent déjà la capacité de tester au rang des dispositions qui manifesteraient une survie de la personnalité juridique après la mort : in *Traité pratique de droit civil français, t. 1, Les personnes, état et capacité,* LGDJ, 1952, 2e éd, p. 12. V. aussi G. ALMAIRAC : « *l'être humain est sujet et source de droit, bien avant le jour de sa naissance et au-delà de sa mort* […] *la volonté du défunt peut survivre à travers ses derniers écrits* » : *JCP G.* 1983.II.19956, note sous CA Riom 23 juin 1981. V. également A. WEIL et Fr. TERRÉ, *Les personnes, la famille, les incapacités,* 5e éd. Dalloz, 1993, n° 9.

[445] J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *APD*, t. 34, Sirey, 1989, p. 202. *Contra* J.-L. MOURALIS, « L'empreinte juridique du défunt », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 290 : « *la volonté qui s'impose alors n'est pas celle d'un mort mais celle d'un vivant produisant effet après sa mort. Au moment de son émission, la personnalité juridique de son auteur était incontestable : on comprend dès lors qu'elle reste ou devienne exécutoire même après le décès de ce dernier* ».

[446] F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1re éd., PUF, 2006, p. 35. La disposition par testament a également été considérée comme une aliénation *in extremis,* se réalisant dans le dernier instant de vie. Pour un résumé de la controverse v. Ch. BAHUREL *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 113 et s.

[447] Sur la conception initiale de la disposition du corps *post mortem* sous l'angle testamentaire v. I. ZRIBI, *Le sort*

funérailles[448], don du corps à la science, don de cornées, refus de prélèvement d'organes[449]. Cette évolution renouvelle les interrogations car la volonté du défunt s'impose alors de façon abstraite, sans s'incarner dans la personne des ayants-droit. Il convient de s'interroger sur les fondements de cette « puissance maintenue » de la volonté[450] : simple injonction du droit objectif ou *ersatz* de droit subjectif ? On peut constater que les garanties accordées à la volonté prennent des formes ambivalentes : la protection de la volonté des mineurs semble se prolonger après leur mort tandis que la sauvegarde de celle des majeurs passe plutôt par le droit pénal.

125. Le prolongement de la protection des incapables. Alors que le droit français a adopté le principe du consentement présumé[451] pour le prélèvement d'organes *post mortem*[452], le choix a cependant été fait de conserver une place particulière à la volonté des personnes dont l'autonomie était compromise de leur vivant[453]. C'est ainsi que le prélèvement ne peut être fait sans l'accord des deux titulaires de l'autorité parentale si le défunt était mineur, de son tuteur s'il s'agissait d'une personne majeure protégée[454]. Ce choix a sans doute été déterminé par l'acceptabilité de la norme pour les proches, confrontés à la mort d'une personne perçue comme vulnérable[455]. Cependant, il serait possible d'y voir un prolongement de la personnalité juridique.

Considérer que le prélèvement sur le corps mort d'un incapable ne peut s'effectuer qu'avec le consentement du tiers admis à le représenter de son vivant, c'est en effet admettre

posthume de la personne humaine en droit privé, th. dact. Paris I, 2005, p. 185 et s.

[448] Pour une interprétation du droit d'organiser ses funérailles comme un prolongement de la personnalité *post mortem* v. D. KESSLER, « Principes déontologiques fondamentaux et expérimentation médicale après la mort », *RFDA,* 1993, p. 1010.

[449] Pour un historique complet v. not. St. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps,* coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, p. 194 et s.

[450] Ch. BAHUREL exclut dès l'introduction de sa thèse l'idée que la force du testament soit la manifestation d'une prolongation de la personnalité : « *Au vrai le testament ne va pas jusque là : ce n'est pas, à notre sens, un prolongement* post mortem *de la personnalité juridique* […]. *Il semble plus juste de dire que les dernières volontés sont l'exercice ultime des droits de la personnalité, au moment même où ils disparaissent. On dit, à très juste titre, que la personnalité juridique* expire *au décès de l'individu : les dernières volontés se glissent dans cette ultime respiration juridique, et sont, en quelques sorte, le dernier souffle de la personnalité juridique* » (*Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 4). L'affirmation semble à la fois trop poétique et péremptoire pour qu'on s'en contente.

[451] Il est possible d'analyser le régime actuel du prélèvement d'organes non comme un système de consentement présumé mais comme un mécanisme de faculté d'opposition (v. Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 209) toutefois il ne semble pas que cette position modifie fondamentalement notre propos.

[452] Art. L. 1232-1 CSP.

[453] Pour un résumé des dispositions : Cl. BERNARD-XEMARD, « Prélèvements d'organes *post mortem* et incapacité juridique », *Dr. fam.* n° 7, juill. 2012, étude 14 ; v. aussi I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th. dact. Paris I, 2005, p. 313 et s. V. aussi. A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA,* 1994, n° 149, p. 33.

[454] Art. L. 1232-2 CSP.

[455] Sur la notion d'acceptabilité v. *infra* n° 745 et s.

que la protection qui lui est accordée se prolonge par-delà sa mort[456]. Or, la protection de l'incapable est une technique qui ne se conçoit qu'en termes de rapport *entre personnes juridiques* : fondée sur la vulnérabilité, elle met en jeu des notions telles que la capacité, la liberté, le consentement, l'autonomie, la représentation, qui ne peuvent se concevoir juridiquement que dans un rapport à la *personne*. À quoi sert la continuité de la protection des incapables[457] ? À rien si l'on considère que le prélèvement d'organes n'est pas un acte de volonté mais l'application du seul droit objectif ; à protéger l'exercice d'un *droit* à disposer de son corps après la mort dans l'hypothèse inverse[458].

126. Volonté, action et droit. Si l'on retient que le lien entre volonté et droit subjectif procède de l'existence d'une action[459], on pourrait conclure qu'il n'existe pas de droit *subjectif* à la protection de la volonté *post mortem* au sens où les actions civiles visant à rendre effectives et opposables les décisions des défunts devraient être mise en œuvre par ses proches, en leur propre nom[460]. On pourrait certes arguer que l'absence d'action se justifierait davantage par l'absence de *dommage*[461] que par la disparition de la personne mais l'interrogation est évidemment insoluble.

L'inexistence d'une action civile spécifique visant la protection de la volonté *post mortem* n'empêche pas, cependant, de s'interroger sur l'existence d'une action pénale spécifique[462]. En effet, s'il existe des sanctions pénales relatives à des entités sans personnalité juridique[463], ces sanctions ne sont pas liées spécifiquement à la protection d'une volonté. L'infraction de l'article 433-21-1 du Code pénal possède la particularité de sanctionner une

---

[456] C'est pourtant une position contraire qui a été retenue dans le cas du mariage posthume d'une personne sous tutelle. : Civ. 1re, 6 déc. 1989 : *D.* 1990. 225, note J. HAUSER ; *JCP G.* 1990.II.21557, note Fr. BOULANGER.

[457] On relèvera ici une forme de paradoxe dans les textes : les incapables majeurs ou mineurs de treize ans ont la possibilité, sans représentation, de s'opposer au prélèvement de leurs organes *post mortem* (art. R. 1232-6 CSP). Leur volonté est donc considérée comme suffisamment puissante pour s'opposer à un prélèvement mais pas pour entrer dans le champ du consentement présumé à l'opération.

[458] Pour un regard critique sur cette lecture v. St. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps,* coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, p. 104 et s.

[459] V. *supra* n° 104. Ce critère est cependant contestable : H. MOTULSKY, distingue ainsi clairement action et droit subjectif, celle-ci pouvant exister sans celui-là ou, plus précisément, l'action étant en elle-même un droit subjectif qui peut exister indépendamment d'un autre droit subjectif dont elle ne serait que l'enveloppe, v. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Dalloz, réed. 2002, p. 34 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif,* Dalloz, 1952, p. 69.

[460] *Infra* n° 223.

[461] La reconnaissance du *pretium mortis* ayant toujours été refusée, tout « dommage » causé après la mort (dans cette hypothèse le non-respect des dernières volontés) devrait *a fortiori* l'être également. V. J. GHESTIN, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité,* 3e éd., LGDJ, n° 265, p. 56 ; S. CARVAL, *les conditions de la responsabilité,* 4e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2013, n° 265-5.

[462] Art. 433-21-1 C. pén.

[463] Pour les actes de cruauté envers les animaux : art. 521-1 et s. C. pén ; pour des atteintes à l'environnement : v. par ex., parmi de nombreuses dispostitions : art. L. 415-3 C. env.

atteinte à une volonté, à un *désir*[464], qui n'aurait, par définition, pas été commise du vivant de la personne. D'où un doute légitime sur le prolongement de l'existence d'une personnalité juridique, porteuse de cette volonté.

127. Difficultés d'identification de l'intérêt protégé par le droit pénal. Déterminer les *destinataires* d'une norme, au sens des intérêts qu'elle protège, est nécessairement délicat[465]. La protection par le droit pénal, en particulier, pose des difficultés d'interprétation dans la mesure où il protège souvent l'intérêt privé – d'une personne juridique – autant que l'intérêt public ; la violation du premier étant parfois attentatoire au second. La protection des intérêts des défunts par le droit pénal peut donc toujours être lue de multiples façons : comme la sauvegarde de leur intérêt *particulier* – qui suggèrerait un prolongement de leur personnalité, comme la protection des intérêts *des personnes qui les entourent* – ce qui n'explique pas l'application des dispositions à des défunts isolés – ou enfin comme la défense d'un *sentiment* de déférence à l'égard des morts. L'analyse de l'infraction d'atteinte aux dernières volontés illustre parfaitement ces difficultés.

128. Atteintes à la volonté du défunt et personnification *post mortem*. La classification de l'infraction de non-respect des dernières volontés prolonge le doute quant à la survivance d'une forme de personnalité *post mortem*[466]. Son positionnement parmi les atteintes à l'autorité de l'État et, plus spécifiquement, dans des atteintes à l'administration publique, plaide dans un premier temps pour l'idée d'un droit uniquement *objectif* protégeant les dernières volontés[467]. Cette codification, acquise en 1992[468], est sans doute cohérente avec l'esprit de la loi de 1887 sur la liberté des funérailles. Si l'on considère cette dernière loi comme l'une des dispositions précurseuses du débat sur la laïcité[469], il est possible de considérer que la violation des dernières

[464] Sur le lien entre droit subjectif et protection d'un désir v. Fr. TERRÉ, « Le droit et le bonheur », *D*. 2010, chr., p. 26.
[465] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th. dact, Paris I, 2015.
[466] M. PLANIOL et G. RIPERT citent déjà la protection de la volonté relative aux funérailles au rang des dispositions qui manifesteraient une survie de la personnalité juridique après la mort : in *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 12.
[467] Dans ce sens A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 178.
[468] L. n° 92-1336 du 16 déc. 1992, JORF n° 0298 du 23 déc. 1992, p. 17568.
[469] Ph. MALAURIE souligne ainsi que cette loi fut la réaction d'un nouveau parlement anti-clérical à un arrêt de la Cour de cassation déclarant valable un arrêté préfectoral « *assignant des humiliations publiques aux enterrements civils* » : « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges Savatier*, Dalloz, Poitier, 1965, p. 616. V. également D. DUTRIEUX « Le corps mort face à la régulation par le droit public », Colloque du CEFEL du 14 mai 2001*, Revue Générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 271-275 ; R. AUDIBERT rattache cette loi à la liberté de conscience : *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 108 et s. Pour un exposé des débats contemporain à ceux-ci v. R. GOUFFIER, *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902, p. 52 et s.

volontés a été conçue comme une atteinte à l'autorité de l'État[470] : donner à une personne des funérailles religieuses alors qu'elle ne le souhaitait pas était indubitablement, à l'époque, une défiance envers la volonté étatique de restreindre la puissance des Églises. Mais la conservation de cette classification semble aujourd'hui désuète, d'autant que la liberté des funérailles s'entend bien plus largement que le seul choix de leur caractère confessionnel[471]. Où est alors l'atteinte à l'ordre public ?

Le trouble *matériel* à l'ordre public se comprend aisément en cas d'atteinte aux corps eux-mêmes, notamment lorsque les faits sont commis dans l'espace public – cimetière, hôpital – ou rendus publics par les médias, souvent friands des histoires « à faire peur »[472]. Mais quel trouble suscite le non-respect des dernières volontés ? La réponse est incertaine en particulier lorsque l'ensemble des proches *s'accordent* pour ne pas en tenir compte. L'infraction ne sera alors même pas révélée. Par ailleurs, même lorsqu'il existe un conflit patent, l'intentionnalité malveillante est rarement constituée et, de fait, on trouve extrêmement peu d'affaires concernant cette infraction[473] et les condamnations récentes sont, à notre connaissance, inexistantes.

129. La classification de la notion parmi les atteintes à l'état civil n'est pas pour éclairer l'analyse. En effet, on peine à voir en quoi les dispositions prises par le défunt quant à ses funérailles pourraient être en rapport avec son état civil[474]. On peut certes suggérer que cette classification de l'infraction relève simplement de la maladresse du législateur, perplexe face à

Ch. BAHUREL considère, quant à lui, que si cette loi est annonciatrice de la séparation de l'Église et de l'État elle est aussi le prolongement de la loi Naquet : *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 52, nbp 45.

[470] Par cette loi, il s'agissait pour un pouvoir politique de plus en plus hostile à la puissance de l'Église, d'entraver son emprise sur le domaine des pratiques funéraires et, bien que le gouvernement d'alors s'en défende, de protéger avant tout la possibilité de ne *pas* donner de caractère religieux à ses funérailles. C'est donc d'abord cette hypothèse qui est envisagée lors de la création de cette l'infraction pénale. R. GOUFFIER nous apprend ainsi que le terme « toute personne » a remplacé les mots « ministres du culte » qui figuraient dans la première version du texte : *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902, p. 120.

[471] Elle inclut, par exemple, le choix de l'inhumation ou de la crémation. Sur les limites aux choix possibles v. *infra* n° 674.

[472] Pour quelques exemples voir les faits-divers suivants : L. GONZALEZ, « Atteinte à l'intégrité des cadavres par une entreprise de pompes funèbres », 20 juin 2014, *France 3 Champagne-Ardenne.* Disponible sur : http://france3-regions.francetvinfo.fr/champagne-ardenne/2014/06/20/atteinte-l-integrite-des-cadavres-par-une-entreprise-de-pompes-funebres-502729.html ; V. VANTIGHEM, « Deux légistes accusés d'atteinte à l'intégrité d'un cadavre », *20 Minutes,* 11 janv. 2012. Disponible sur : http://www.20minutes.fr/societe/857616-20120111-deux-legistes-accuses-atteinte-integrite-cadavre ; http://www.charentelibre.fr/2013/12/20/pyrenees-le-cannibale-mis-en-examen-pour-assassinat-et-atteinte-a-l-integrite-d-un-cadavre,1871679.php. [consultés le 7 nov. 2016].

[473] V. par ex : Civ. 3e, 1er mars 2006, n° 05-11.327 ; Crim., 11 sept. 2001, n° 01-82.135, inédit ; Crim., 13 sept. 2000, n° 99-85.383, inédit.

[474] À peine peut-on signaler que le décès est mentionné en marge de l'acte de naissance (art. 79 al. 3 C. civ.), ce qui n'éclaire pas le débat.

la qualification à apporter à une infraction aussi atypique, mais il reste possible de s'interroger sur l'interprétation à tirer d'une telle position. Contrairement aux autres infractions d'atteinte à l'état civil, qui incriminent les atteintes à sa *fiabilité*[475], l'infraction d'atteinte aux dernières volontés s'attache à la protection d'une volonté individuelle. Cette particularité étonne si l'on considère, dans une conception classique de la notion, que l'état des personnes est indisponible[476] et que son immuabilité participe de l'autorité de l'État[477]. Cependant, si l'on aborde l'état civil non pas dans son aspect *identificatoire* mais dans sa dimension *identitaire*, l'infraction prend sens.

Par le biais du respect de la vie privée et familiale, l'état civil tend en effet de plus en plus à devenir le lieu d'expression de la puissance d'autodétermination de la personne : prénom[478], nom[479], sexe[480] et même filiation[481] se sont ainsi progressivement affranchis du mirage de l'immutabilité. Considérer l'atteinte aux dernières volontés concernant les funérailles comme une atteinte à l'état civil serait la considérer comme une atteinte indirecte à la vie privée[482], au pouvoir d'autodétermination de la personne[483]. De ce constat à l'idée d'une survivance des droits de la personnalité, et donc de la personne qui en serait le support, il n'y a qu'un pas[484].

---

[475] Art. 433-18-1 à 433-21 C. pén. : absence de déclaration d'accouchement, fausse déclaration de nom dans un acte d'état civil, bigamie, célébration de mariage religieux sans mariage civil préalable.

[476] V. par ex. A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Manuel, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2015, 8éd., n° 45 ; B. TEYSSIÉ, *Droit civil – Les personnes*, Manuel, LexisNexis, 2015, 17e éd., n° 7 ; A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, 2014, 2e éd., n° 101.

[477] V. par ex. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes,* 15e éd., Lexis-Nexis, 2014, n° 6. Pour une approche critique v. M. GOBERT, « Réflexion sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

[478] Art. 60 C. civ.

[479] Art. 61 C. civ.

[480] Cass. ass. plén, 11 déc. 1992 : *JCP* 1993.II.21991, note G. MÉMETEAU ; *RTD civ.* 1993.97, obs. J. HAUSER ; Cour EDH, 11 juill. 2002, *Goodwin* : *D.* 2003.2032, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

[481] La remise en cause progressive de la rigidité des délais de prescription en matière familiale tend, par le biais du droit au respect de la vie privée, à remettre en cause l'immutabilité des filiations. V. Cour EDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie,* n° 10699/05 et, en droit interne, Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 : *AJ fam.,* note J. HOUSSIER à paraître.

[482] Pour un rattachement de la liberté des funérailles au droit à la vie privée, mais sans interrogation sur la personnalité *post mortem* v. Ch. BAHUREL, *Les volontés des morts, op. cit.*, p. 53.

[483] G. SCHAMPS, étudiant le droit belge, rattache ainsi l'organisation de ses funérailles au principe d'autonomie de la personne : « L'autonomie de la personne sur son corps : portée et balises en droit belge », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 109. B. EDELMAN voit dans la possibilité de disposer de son corps par testament la manifestation d'un droit à la liberté de conscience, sans préciser, cependant, qui en serait le titulaire : *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 99-100.

[484] Mais le retour au droit objectif est toujours possible. Cette infraction pourrait également prévenir l'atteinte à l'ordre public que constituerait le fait de n'être pas certain, de son vivant, que ses volontés seront respectées après sa mort. En ce sens, on peut concevoir la protection *post mortem* du corps et de la volonté comme une disposition « de réconfort », qui, telle la veilleuse qui nous rassurait enfant contre l'obscurité de nos cauchemars nous tranquillise, adulte, face à l'irrémédiable disparition de notre moi, de ce qui fait notre individualité et notre personnalité : nos convictions et la puissance de notre volonté. Affirmer socialement, par la sanction pénale, le

B. L'existence d'un état partiel

130. Protection de l'état et personnalité. La protection de l'état civil, et au sens large de l'identité des personnes, a toujours un objectif double. En tant que système d'identification des individus, en tant qu'outil du contrôle de l'État sur sa population, l'état civil est protégé par le droit objectif au même titre que tout autre élément de l'autorité étatique. Mais en ce quil participe à la sauvegarde de l'identité de chacun, l'état civil est nécessairement attaché à l'existence d'une personne au sens juridique, de la personnalité unique d'un individu[485]. C'est dans ce sens que les dispositions permettant l'évolution et la protection de l'état après la mort **(1)** et avant la naissance **(2)** suggèrent la présence d'une personnalité juridique.

1) L'évolution possible de l'état civil après la mort

2) L'existence possible d'un état anténatal

1) L'évolution possible de l'état civil après la mort

131. L'état civil d'une personne se maintient évidemment après sa mort : le mort ne disparaît pas pour l'État qui en conserve la trace[486]. Il arrive que les mentions portées sur l'acte du vivant de la personne soient modifiées après sa mort sans que cela soulève d'interrogation quant à l'éventuelle survie de sa personnalité. C'est le cas par exemple lorsqu'un mariage est annulé après la mort de l'un des époux[487] ou qu'une filiation est contestée après la mort d'un

prolongement de notre personnalité au sens extra-juridique, serait ainsi faire participer le droit à la grande entreprise de lutte contre l'angoisse de la mort. M. GRIMALDI affirme ainsi que l'homme trouve, dans l'expression de ses dernières volontés, « *une illusion d'immortalité* ». De celles-ci il dit également « *qu'elles soient vœux d'immortalité et apaisent l'angoisse de la mort qui pourrait le contester ?* » : « Les dernières volontés », *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 178. G. GOUBEAUX explique d'une façon similaire le fait que certaines juridictions fassent référence à un « droit au repos » des morts : « *la conscience collective se résout difficilement à admettre l'extinction totale et définitive de la personnalité* », in *Traité de droit civil. Les personnes.* LGDJ, 1989, n° 56 ; I. ZRIBI reprend une idée proche lorsqu'elle énonce que « *donner une réponse sur la place que le droit accorde aux défunts permet de rassurer les vivants sur leur propre décès et de tempérer un peu l'angoisse de la mort en leur permettant d'espérer, non pas l'immortalité, mais du moins un minimum de respect de leur corps mort et de leur souvenir »,* in *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th., Paris I, 2005, p. 26. On retrouve cette formulation chez Ch. BAHUREL : « *Le testament* […] *est incontestablement une consolation pour celui que la mort vient visiter. L'expression de ses dernières volontés vient le rassurer devant l'angoisse de la mort et lui assure qu'après sa mort, il ne tombera pas dans l'oubli »*, in *Les volontés des morts, op. cit.*, p. 6.

[485] Sur le double aspect identificateur et identitaire de l'état civil v. A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de M. Gobert*, 2004, Économica, p. 247 et aussi « L'état civil au prisme du genre : un révélateur des discriminations », in *L'identité à l'épreuve de la mondialisation,* S. BOLLÉ et É. PATAUT (dir.), IRJS éditions, t. 72, 2016, not. p. 138. V. encore P. MURAT, « La réforme de l'inscription à l'état civil de l'enfant prématurément perdu : entre progrès et occasion manquée », *Études sur la mort*, 2001/1 n° 119, p. 183.

[486] Art. 79 C. civ. *in fine.*

[487] L'action en nullité étant tantôt ouverte à tout intéressé et tantôt transmissible à cause de mort. Pour une synthèse v. N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, 2006, coll. Doctorat et notariat, éd. Defrénois, t. 17,

enfant[488]. Dans ce cas, les causes de la modification de l'acte résident dans des événements qui ont eu lieu du vivant de la personne[489]. Deux situations cependant conduisent à s'interroger sur les liens entre état et subsistance de la personnalité. Il s'agit des cas où l'état prend acte *post mortem* de l'expression d'une volonté antérieure à la mort[490] : mariage et adoption posthumes.

De l'avis général de la doctrine, le mariage et l'adoption *post mortem* trouvent leurs fondements dans le pouvoir absolu conféré à la volonté de la personne[491], pouvoir à même de déjouer le formalisme[492] ou les procédures[493] prévus normalement par les textes. Or, c'est précisément la liberté du consentement que ce formalisme est censé protéger, notamment par la possibilité de refuser, jusqu'à la dernière minute, de s'engager[494]. Les interrogations possibles sur l'existence d'une personnalité *post mortem* tiennent à ce double constat : existence d'une puissance de la volonté après la mort et possibilité pour cette volonté d'influer sur l'état civil.

132. Mariage et présomption de volonté. Le mariage posthume a été introduit[495] dans le droit français en 1960[496]. Exemple-type de la loi compassionnelle, rédigée à la hâte pour répondre à la souffrance d'une fiancée enceinte ayant perdu son futur époux dans la catastrophe du barrage de Malpasset[497], cette disposition est pourtant demeurée dans notre droit et donne encore lieu à application[498].

---

p. 186 et s. et p. 279 et s.

[488] L'établissement d'un lien de filiation parental entre une personne décédée et un enfant vivant sera exclu de cette étude, un tel acte ne modifiant pas à strictement parler l'état civil de la personne défunte, qui ne comporte que la mention de sa filiation avec ses propres parents. V. art. 57 C. civ.

[489] Une récente modification de l'état du droit pourrait cependant susciter le débat : la loi sur la modernisation de la justice prévoit en effet une procédure de révision des décisions internes liées à l'état des personnes en cas de condamnation par la Cour EDH. La particularité de la disposition est qu'elle conditionne cette action à la présence d'un intérêt de la personne que la satisfaction équitable ne permet pas de combler mais qu'elle prévoit également que l'action puisse être engagée *post mortem* sans que les personnes compétentes pour cette action n'arguent d'un intérêt personnel : la disposition suppose donc l'existence d'un *intérêt post mortem* en lien avec l'état : L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{e} siècle : JORF n° 0269 du 19 nov. 2016. Art. 42.

[490] Sur les liens entre personnalité et puissance de la volonté v. *supra* n° 102.

[491] V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2014, p. 1184.

[492] Recueil personnel des consentements dans le mariage : art. 75 C. civ.

[493] Possibilité d'audition de l'enfant dans toutes les procédures le concernant : art. 338-1 C. proc. civ.

[494] Sur la liberté de la rupture des finançailles v. par ex. Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités.* Dalloz, 8^{e} éd., 2012, n° 101 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ-Lextenso éditions, 8^{e} éd. 2015, n° 787.

[495] Il existait auparavant des mécanismes proches pour les temps de guerre, mais c'est en particulier à partir de 1940 que de véritables mariages posthumes ont été possibles. Pour l'historique v. J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », *S.* 1960, chr. p. 15 et P. GUIHO, « Réflexion sur le mariage posthume », in *Mélanges Falleti*, Dalloz, 1971, p. 321.

[496] L. n° 59-1583 du 31 déc. 1959 relative aux mesures d'aide immédiate prises par l'État à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset le 2 décembre 1959 dans le département du Var : JORF du 8 janv. 1960, p. 259.

[497] I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », *JCP N.* 2004.1328.

[498] Les statistiques en la matière sont rares mais elles convergent vers un chiffre inférieur à une quarantaine de mariages accordés par an. V. ASSEMBLÉE NATIONNALE, Rapport de M. BLANC, n° 2095, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 nov. 2009, sur l'article 10 *ter* ; INED, *Population*, n° 2, 1996, 369 ;

La question de la personnalité de la personne décédée est généralement écartée par les auteurs[499] au motif que le mariage n'unit pas à strictement parler vivant et mort, puisqu'il est réputé avoir été conclu la veille du décès[500]. Pour autant, cette explication ne satisfait que partiellement et dépend en réalité du présupposé avec lequel on aborde l'analyse.

Si l'on part du principe que la personnalité juridique cesse avec la mort, alors, effectivement, faire rétroagir le mariage à la veille du décès s'apparente à une fiction juridique[501]. Mais, si l'on cherche à l'inverse les traces de personnalité *post mortem* que pourrait contenir cette disposition*,* il est possible de défendre que la rétroactivité de la date du mariage n'est qu'un procédé permettant à l'autre époux de bénéficier des droits qu'il ou elle tire de l'union et qui, eux, sont liquidés au moment du décès[502]. Jean CARBONNIER parle ainsi de « *fiction de mariage* »[503] et non de fiction de personnalité. Isabelle CORPART résume toute l'ambiguïté de la situation lorsqu'elle écrit que le mariage posthume « *repose sur une fiction. Dans la mesure où l'on peut célébrer son mariage, le mort est en effet une personne en survivance* ». L'auteure semble suggérer que c'est la survivance de la personnalité juridique qui constitue une fiction. Cette position suppose d'adopter de la personnalité une approche réaliste, c'est-à-dire de considérer que le droit *reconnaît* la personnalité juridique et non qu'il *l'attribue*[504].

133. Si, dans une approche différente, on part à la recherche de la personnalité juridique par ses effets, on peut tout à fait considérer qu'il y a là une manifestation *post mortem* de volonté, voire de consentement, notions qui, par définition, ne s'attachent qu'à la personnalité juridique. C'est la particularité du mécanisme consistant à faire produire des effets *post mortem*

Rép. min. n° 41306, JOAN Q, 17 avr. 2000, p. 2504 ; M. BIEGELMANN-MASSARI évoque le chiffre d'une cinquantaine de demandes par an en 1995 : « Quand le Code civil interdit le mariage et marie les défunts », *Droit et société,* 1995, n° 26, p. 162-163.

[499] X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort,* Presses universitaires du Septentrion, 1990, p. 210. Considérant qu'il ne s'agit là que d'un prolongement *post mortem* d'une volonté exprimée du vivant de la personne : M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 414.

[500] Art 171 al. 2 C. civ.

[501] Fiction d'A.-M. LEROYER attache à un objectif d'équité dans les relations familiales : *Les fictions juridiques,* th. dact. Paris II, 1995, t. 1, n° 262.

[502] Si le mariage posthume ne crée aucune vocation successorale *ab intestat,* d'autres conséquences patrimoniales sont possibles, on pense ici notamment au versement de pensions de réversion, à l'allocation de veuvage, à l'attribution d'un contrat d'assurance-vie etc.

[503] J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004, p. 1184.

[504] Pour une telle position v. not. G. CORNU, *Droit civil. Les personnes,* Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 6 : « *La personnalité juridique est reconnue par la loi civil à tout être humain : elle appartient à tout individu. Elle lui vient avec la vie. Fondé sur la nature ; sur la biologie, le dorit civil répond ici aux exisgences de la vie, il l'entérine : c'est la vie qui réclame – qui exige dès qu'elle existe et tant qu'elle dure – d'être reconnue.* […] *La loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnaît ».*

à une volonté seulement *présumée* qui rend possible l'analyse du mariage posthume comme une survie de la personnalité juridique. Outre les difficultés techniques posées par ce mariage particulier[505], c'est l'un des points qui heurtent les auteurs réticents à ce procédé[506]. Une difficulté identique surgit lors de l'analyse du mécanisme d'adoption posthume.

134. Adoption et persistance de volonté. L'adoption, simple ou plénière, d'une personne décédée n'est possible que depuis 1996[507]. L'article 353 *in fine* du Code civil[508] permet que la requête en adoption d'un enfant soit déposée après son décès, sous réserve qu'il ait été accueilli en vue d'adoption de son vivant. Cette disposition, adoptée sans aucune discussion par le Parlement[509], pose moins de difficultés que le mariage posthume quant à la survie de la volonté de l'adopté, le consentement à l'adoption[510] étant normalement recueilli avant le placement[511]. Quand bien même l'on se trouverait face à la situation d'un enfant de plus de treize ans, et devant donc consentir personnellement à l'acte[512], ce consentement ne serait donc en rien *présumé* dans l'acte d'adoption *post mortem* puisqu'il aurait effectivement été exprimé. En revanche, de la même façon que pour le mariage posthume, cet acte présume bien que le consentement n'aurait pas été rétracté : l'adoption posthume, tout en faisant produire, par-delà la mort, des effets à la volonté de modifier son état civil, prive la personne de sa liberté fondamentale de rétracter son consentement. Comme le mariage posthume, cette situation suscite des interrogations chez les auteurs, qui s'étonnent de la possibilité de créer un nouveau lien de filiation malgré la disparition théorique de la personnalité juridique[513]. Des questionnements du même ordre apparaissent à l'examen de l'acte d'enfant né sans vie.

2) L'existence possible d'un état anténatal

135. Pour écarter l'idée d'un véritable *état civil* de l'enfant mort-né, Xavier LABBÉE affirme que les actes d'enfant sans vie ne peuvent être vus comme des actes d'état civil dans la

[505] P. GUIHO, « Réflexion sur le mariage posthume », in *Mélanges Falleti*, Dalloz, 1971, p. 321 ; P. ESMEIN, *D*. 1964, jurispr., 546.
[506] V. not. J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », *S.* 1960, chr., p. 19 ; N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, 2006, coll. Doctorat et notariat, t. 17, éd. Defrénois, p. 101.
[507] L. n° 96-604 du 5 juill. 1996 relative à l'adoption : JORF n° 156 du 6 juill. 1996, p. 10208.
[508] Pour l'adoption simple, art. 361 du C. civ, par référence à l'art. 353.
[509] ASSEMBLÉE NATIONALE, CRI, séance du 17 janv. 1996, p. 18, 2e colonne ; SÉNAT, CRI du 24 avr. 1996, p. 2217-2218.
[510] Qui est le fait des parents initiaux si une filiation est établie ou du Conseil de famille dans l'hypothèse inverse : art. 348 C. civ et s.
[511] Art. 351 C. civ.
[512] Art. 345 C. civ. *in fine.*
[513] Ici encore, l'idée de « fiction » est utilisée. V. not. N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort, op. cit.*, n° 152 et s.

mesure où ils n'ont aucun effet[514]. Les évolutions législatives postérieures à sa thèse démentent cette position : les actes d'enfants sans vie ont un effet. Un effet indéniable d'attribution de droits aux « parents » tout d'abord[515], un effet discutable sur l'apparition d'attributs de la personnalité ensuite. Il serait excessif d'affirmer simplement que les embryons ont un état civil. Mais l'on peut souligner qu'il existe, avant la naissance d'un enfant vivant et viable, des « éclats » d'état, un état civil partiel et facultatif. Nous n'évoquerons pas ici l'hypothèse de la reconnaissance prénatale qui, parce qu'elle ne rentre en application qu'après la naissance[516], ne crée pas *per se* l'état civil anténatal, mais il convient en revanche de s'arrêter sur le régime des actes d'enfants nés sans vie.

136. Une évolution saccadée. Les conditions d'existence et les modalités d'établissement de l'acte d'enfant né sans vie ont connu ces dernières années d'importants rebondissements[517]. Existant depuis le début du XIX^e^ siècle[518], cet acte était initialement un acte de *présentation* d'enfant né sans vie, qui ne distinguait pas formellement selon que l'enfant soit né vivant et viable mais décédé précocement ou qu'il soit mort-né : l'élément déterminant était alors qu'au moment de la déclaration, l'enfant soit présenté mort à l'officier d'état civil[519]. À cette période l'acte est déterminant dans *l'accession* à la personnalité juridique : un enfant né vivant et viable ne pouvait pas se voir attribuer un acte de naissance s'il était mort avant sa présentation. Ainsi, quand bien même sa personnalité eût existé, théoriquement, l'espace d'un instant, aucune preuve ne pouvait en être rapportée[520].

---

[514] X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 104.

[515] La délivrance d'un acte d'enfant sans vie permet ainsi la délivrance d'un livret de famille (D. n° 2008-798 du 20 août 2008 : JORF n° 0195 du 22 août 2008, p.13144) ; donne accès au congé de paternité (Arrêté du 3 mai 2013 : JORF n° 0117 du 23 mai 2013, p. 8463. Art. 1) et, selon la doctrine de l'administration fiscale, au bénéfice d'une demi-part l'année de la « naissance » :
http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup;jsessionid=DRCJYGGH5C2DLQFIEIPSFFA?docOid=documentstandard_1542&espId=0&typePage=cpr02&hlquery=enfant%20mort%20n%E9&temNvlPopUp=true
[consultée le 10 sept. 2016]. P. BELHASSEM affirme ainsi que « *l'acte d'enfant sans vie fait de l'embryon un cadavre* », puisqu'il permet de le soumettre à certaines dispositions du droit funéraire : *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997, p. 84. Sur d'autres droits v. I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 141.

[516] Art. 316 C. civ.

[517] Pour un historique rapide mais complet : J.-R. BINET, « L'acte d'enfant sans vie, un contentieux en gestation ? », *JCP G.* 2010, p. 400, n° 215.

[518] Décret du 4 juill. 1806 contenant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie : *Bull. des lois*, 4^e^ S. B. 104, n° 1744.

[519] G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil,* Sirey, 1902, 2^e^ éd, n° 887.

[520] Sauf, comme le note Pierre MURAT, à renvoyer à une décision judiciaire : « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 461.

137. C'est à la jurisprudence que l'on doit les premières précisions sur le régime de cet acte : elle l'applique à tous les enfants dont la gestation aura duré plus de cent-quatre-vingt jours[521] y compris mort-nés[522]. La loi du 8 janvier 1993[523] est la dernière intervention du pouvoir législatif sur ce sujet. Depuis, c'est le pouvoir réglementaire qui semble avoir pris la main sur cette question. Une première circulaire a fixé la limite inférieure permettant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie à vingt-deux semaines d'aménorrhée ou à un poids du fœtus de cinq cents grammes[524]. Cette limite arbitraire, dont l'origine, purement médicale, ne trouvait aucun fondement dans le texte de l'article 79-1 du Code civil, a été écartée par la Cour de cassation dans trois arrêts du 6 février 2008[525]. Le pouvoir réglementaire s'est alors fendu de deux décrets[526], de deux arrêtés[527] et d'une circulaire[528] pour repréciser l'encadrement de cet acte.

138. L'acte d'enfant sans vie peut[529] désormais être délivré à l'un des géniteurs d'un enfant qui n'est pas né vivant ou viable, et qui peut présenter à l'officier d'état civil un certificat médical spécifique, rédigé en la forme prescrite par arrêté[530]. Il est possible d'inscrire sur ce document l'attribution d'un ou plusieurs prénoms[531] ainsi que l'identité des « père et mère »[532]. Il n'est pas possible d'attribuer à l'enfant un nom[533]. Pour autant, la mention de cet acte peut être portée sur un livret de famille qui peut être délivré à cette occasion si la ou les personnes

[521] Crim. 7 août 1874, *S.* 1875, 1, p. 41, note. E. VILLEY.
[522] CA Besançon, 31 déc. 1844, *S.*1845, 1, p. 596.
[523] L. n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales : JORF n°7 du 9 janv. 1993, p. 495.
[524] Circ. DHOS/E 4/DGS/DACS/DGCL, n° 2001-576, 30 nov. 2001 : BOMES n° 2001/50.
[525] Civ. 1re, 6 fév. 2008, n° 06-16.498, 06-16.499 et 06-16.500 : JurisData n° 2008-042654 ; *Dr. fam.* 2008, comm. 34, note P. MURAT ; *RJPF,* avr. 2008, p. 13, note F. SAUVAGE ; *D*. 2008, p. 1862, note G. ROUJOU de BOUBÉE et D. VIGNEAU ; *JCP G*. 2008.II.10045, note Gr. LOISEAU ; *RTD civ*. 2008, p. 268, obs. J. HAUSER.
[526] Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 : JORF du 22 août 2008 ; décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil : JORF du 22 août 2008.
[527] Arrêté du 20 août 2008 modifiant l'arrêté du 1er juin 2006 fixant le modèle du livret de famille : JORF du 22 août 2008 ; 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 du 22 août 2008.
[528] Circ. DGCL/DACS/DHOS/DGS/DGS n° 2009-182 du 19 juin 2009, relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de 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 : *BO santé, protection sociale, solidarités*, n° 2009/7, 15 août 2009, p. 460.
[529] Pour un doute sur l'aspect facultatif de l'acte : P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 456 ; I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 139.
[530] 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 du 22 août 2008.
[531] IGEC, n° 467-2
[532] Art. 79-1 C. civ.
[533] Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, n° CIV/13/06, *BO du Ministère de la Justice*, n° 103, p. 78.

qui le réclament n'en possèdent pas[534]. Ce régime soulève évidemment de nombreuses questions sur l'existence possible d'une personnalité juridique anténatale[535].

139. L'existence d'attributs de la personne juridique. Les auteurs qui se sont livrés à l'exercice du commentaire des décisions de la Cour de cassation de 2008, ou des textes règlementaires qui les ont suivies, ont unanimement affirmé que les actes d'enfant nés sans vie ne conduisaient en rien à la reconnaissance de la personnalité juridique des embryons[536]. Dès 1995, Pierre MURAT affirmait même que « *l'acte d'enfant sans vie constitue une présomption simple de* l'absence de personnalité juridique *dont la force est en fait très importante* »[537]. Mis à part le fait que cette affirmation heurte la lettre de l'article 79-1 du Code civil[538], elle se comprend uniquement si l'on part du présupposé que la personnalité juridique ne s'acquiert qu'avec la naissance vivant et viable c'est-à-dire si l'on définit préalablement la catégorie avant de qualifier un objet[539]. L'acte d'enfant sans vie est alors bien *la preuve* de l'absence de personnalité juridique, dans la mesure où il démontre, par définition, que l'enfant n'est pas né vivant et viable. Cependant, l'affirmation selon laquelle c'est la naissance vivant et viable qui permet l'acquisition de la personnalité juridique est déjà une interprétation des textes. Une fois encore, si l'on procède à l'inverse, la qualification à donner à l'embryon est moins claire, car le régime de l'acte d'enfant sans vie révèle l'existence anténatale d'attributs de la personnalité juridique.

140. Le prénom, identification de la personne. Le prénom est indéniablement un élément de l'état civil des personnes, au même titre que le nom[540]. Attribué obligatoirement dans

---

[534] Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 : JORF du 22 août 2008, art. 1.

[535] On pourrait bien sûr arguer qu'il ne s'agit pas ici d'état anténatal mais *post mortem* ! Il nous semble cependant que la question est ici différente de celle de l'état d'une personne décédée étant donné que, dans le cas d'un enfant mort-né, la personnalité juridique n'a jamais existé avec certitude. Il s'agit donc moins d'une prolongation de celle-ci que de son attribution.

[536] P. MURAT, « La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément », *Dr. fam*. 2008, n° 3, comm. 34 ; Gr. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2008, n° 10, comm. 135 ; G. ROUSSET, « De l'état civil des enfants nés sans vie. - À propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008 », *JCP G.* 2008, n° 38, act. 553.

[537] « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 462.

[538] « *L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non* ».

[539] Par ex. considérant que l'acte d'enfant sans vie n'est pas un acte d'état civil *parce que* l'enfant n'est pas un sujet de droit : M. PIERRE, « L'épreuve affective : le cas de l'enfant sans vie », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 64.

[540] M. PLANIOL et G. RIPERT affirme ainsi : « *les personnes ont un nom, qui sert à les distinguer les unes des autres* », in *Traité pratique de droit civil français. Tome 1, Les personnes, état et capacité*, LGDJ, 1952, 2e éd., p. 7. Pour une vision de la nomination comme « instituant » la personne juridique, au sens legendrien v. C. MOIROUD, « La reproduction de la vie et les institutions. Instituer et transmettre », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelle, 2016, p. 50-51. Pour des développements sur cette pensée v. *infra* n° 419.

les trois jours de la naissance[541], il est par principe immuable[542], sauf décision de l'autorité judiciaire fondée sur un intérêt légitime[543]. La notion de prénom est certes historiquement tardive[544] mais totalement intégrée à l'identification de la personne par le droit[545].

Il n'est donc pas possible d'affirmer que le prénom est totalement indépendant de la notion de personne juridique. Certes, il n'est en aucun cas une *condition* de d'accession à la qualité de personne[546] mais toute personne identifiée en possède un et seules les personnes ont la possibilité d'être identifiées ainsi[547]. Le prénom est l'attribut exclusif des personnes, les choses ne peuvent en avoir. La possibilité d'attribuer un prénom à l'enfant né sans vie pourrait donc indiquer que l'on se trouve en présence d'une personne juridique[548]. La mention des « père » et « mère » relève des mêmes considérations.

141. La mention de l'identité des « parents » et la question de la filiation. L'instruction générale relative à l'état civil précise clairement, à propos de l'acte d'enfant sans vie, que celui-ci n'établit pas de filiation à l'égard des géniteurs de l'enfant[549]. C'est également ce

[541] Art. 55 et 57 C. civ.
[542] Art. 1er de la loi du 6 fructidor de l'an II.
[543] Art. 60 C. civ.
[544] G. LAUNOY date la distinction certaine du nom et du prénom de la loi du 20 sept. 1792 : *Jurisclasseur*, fasc. 20, *Prénom,* n° 1.
[545] À tel point qu'il a pu être imposé aux personnes qui n'en possédaient pas d'en choisir un. V. L. n° 61-805, 28 juill. 1961 : JORF du 29 juill. 1961, p. 6988, art. 3 ; ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte : JORF n° 59 du 10 mars 2000, p. 3799, art. 12. Cl. NEIRINCK affirme ainsi que si des parents refusaient d'attribuer à l'enfant un prénom le choix en reviendrait alors à l'officier d'état civil : *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents,* Bibliothèque de droit privé, t. 182, LGDJ, 1984, n° 89. Pour des détails sur la création de l'état civil à Mayotte v. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 87. Plus largement, sur l'importance historique du nom dans le droit v. le rapide résumé fait par L. DE SUTTER à propos de l'influence de la « nomination » dans la constitution de l'obligation en droit romain : *Magic. Une métaphysique du lien*, PUF, 2015, p. 83 et s. On trouve dans les droits étrangers des éléments soulignant l'importance sociologique du nom, comme élément de dignité de la personne : ainsi le droit chilien prévoit-il explicitement le droit pour les patients d'être appelé par leur nom (C. DOMINGUEZ-HIDALGO, « Le corps et sa protection : les principes du droit chilien », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 348). Sur l'importance historique du nom dans l'administration du baptême : A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Baptême et nom de baptême. Notes sur l'ondoiement », in *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 365.
[546] Comme cela a déjà été noté (*supra* n° 103), la qualité de personne juridique n'est pas dépendante de l'établissement de son état civil qui n'est qu'un enregistrement et une identification de celle-ci par l'État.
[547] À l'exclusion, par exemple, des animaux, dont la dénomination ne saurait être rapprochée de l'existence d'un état civil. P. MURAT note ainsi, « *bien des meubles font l'objet d'une immatriculation qui les individualise sans pour autant les rapprocher du traitement réservé à l'être humain* », in « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 455.
[548] Dans ce sens J.-Y. CHEVALIER, « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 137 (l'auteur considère qu'il s'agit de la reconnaissance de son statut d'être humain mais il assimile cette notion à celle de personne).
[549] IGEC n° 469.

qu'avaient déclaré les autorités ministérielles lors de la parution des derniers règlements sur la question[550]. Cette affirmation heurte cependant la lettre des textes.

Les actes d'enfants sans vie portent la mention des « père » et « mère » de l'enfant[551]. L'utilisation du vocabulaire de la filiation est troublante : comment parler juridiquement de « parents » sans filiation[552] ? Outre la question sémantique, rien ne permet d'établir *comment* sont désignées ces personnes. Avant la loi de 1993, l'instruction générale relative à l'état civil renvoyait à cette fin à l'établissement classique de la filiation : accouchement, présomption de paternité ou reconnaissance[553]. Cette situation pouvait se comprendre dans la mesure où les actes de l'époque concernaient indifféremment des enfants nés vivants et viables mais décédés avant établissement de l'acte ou des enfants mort-nés. On pouvait interpréter ce renvoi aux règles classiques de la filiation comme une concession faite au doute planant sur l'existence, à un moment donné, de la personnalité de l'enfant[554]. Mais, depuis que les actes d'enfants sans vie ne sont censés concerner que des enfants n'étant pas nés vivants et viables, la référence aux règles classiques de l'établissement de la filiation n'existe plus[555]. Désormais, la mention des père et mère serait donc purement déclarative.

142. Peut-on affirmer pour autant que ces mentions sont totalement détachées de toute référence à l'établissement de la filiation ? On peut en douter à plusieurs titres. Ainsi, il est improbable qu'un officier de l'état civil accepte d'inscrire comme père et mère des personnes liés par un interdit à mariage[556] ou une personne pour laquelle une adoption serait nécessaire – comme par exemple pour la conjointe d'une femme ayant accouché – ou encore une personne différente de celle qui aurait établi une reconnaissance prénatale[557]. Comment dès lors affirmer avec certitude l'inexistence d'un lien de filiation ? Ces éléments permettent d'ailleurs à

---

[550] Communiqué de presse de Rachida Dati, Garde des Sceaux, ministre de la Justice et de Roselyne Bachelot-Narquin, ministre de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative, « Possibilité de demande d'un acte d'enfant sans vie » du 22 août 2008, évoqué notamment par Gr. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2008, n° 10, comm. 135.

[551] Art. 79-1 C. civ.

[552] Considérant qu'il y a là maladresse et que la qualité de parents « *semble en réalité reposer sur des considérations psychologiques* » : M. PIERRE, « L'épreuve affective : le cas de l'enfant sans vie », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 64.

[553] IGEC n° 467 et 469.

[554] Pour une interprétation similaire : *Le Journal du Médiateur de la République*, juill.-août 2005, n° 10, p. 5.

[555] Pour une approche critique de cette suppression : P. MURAT, « Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression », *Dr. fam.* oct. 1999, p. 15, comm. n° 112 ; sur la question de la filiation des enfants mort-nés en général : I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 142 et s.

[556] Art. 310-2 C. civ.

[557] L'article 318 du Code civil, interprété largement, interdisant toute action quant à la filiation d'un enfant qui ne serait pas né viable, on voit mal comment l'officier pourrait alors « élever le conflit ».

Pierre MURAT d'affirmer qu'il existe bien ici une filiation mais qui serait, par l'effet de l'article 318, incontestable[558]. L'auteur cherchant à mettre en cohérence le régime de cet acte sans affirmer qu'il attribue une personnalité juridique sans naissance, distingue ici être humain et personne juridique[559]. En tant qu'être humain, l'embryon pourrait être individualisé par le biais d'un prénom ou d'une filiation mais ces attributs ne sauraient pour autant indiquer l'existence d'une personnalité juridique, liée uniquement à la naissance vivant et viable[560]. Cette démarche a indéniablement l'avantage de la cohérence catégorielle. Mais l'argument premier de cette démonstration – le détachement des notions de filiation et d'identification de celle de personnalité juridique – peine à convaincre. La filiation notamment, si elle est sans aucun doute un élément fondamental de l'identification des individus[561], ne peut être pensée que comme un lien de droit[562] et ne peut donc se concevoir qu'entre deux personnes juridiques. Dans l'hypothèse contraire, il faudrait concevoir la filiation comme une sorte de droit des parents sur le corps-chose de leur enfant, ce qui irait à l'encontre de tout ce que le droit contemporain a apporté à la notion[563]. Mais pourquoi ne pas l'accepter dans ce cas particulier ?

Car, à part les dénégations des circulaires[564], rien n'interdit de considérer que l'acte d'enfant sans vie établirait une forme de filiation. On pourrait en trouver un signe dans le fait que ce sont bien les personnes désignées dans l'acte d'enfant sans vie, et du fait de la délivrance

---

[558] « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 472 et s. ; *contra :* Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Actions relatives à la filiation : règles générales », in *Droit de la famille,* P. MURAT (dir.), Dalloz Action, 7e éd., 2015, n° 213.61.

[559] « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 451.

[560] L'argument est repris par M. REYNIER dont le raisonnement semble cependant un peu tautologique : « *s'il est vrai que les règles relatives à l'état civil sont a priori en totale adéquation avec celles concernant l'acquisition de la personnalité juridique* […] *nous pouvons constater que l'enregistrement à l'état civil peut parfois être totalement déconnecté de la question de la personnalité juridique. Les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie en constituent l'illustration parfaite* […] *puisque ce dernier est en effet attribué à un enfant qui ne répond pas à l'ensemble des conditions de la personnalité juridique* » : *L'ambivalence juridique de l'humain. Entre sacralité et disponibilité*, th. Montpellier 1, 2010, coll. Thèses, Les études hospitalières, p. 109.

[561] J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction - Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige Manuels, PUF, 1re éd., 2004, n° 219, p. 418.

[562] Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014, n° 226.

[563] A. BÉNABENT affirme ainsi que l'autorité parentale « *est de moins en moins considérée sous l'aspect d'une prérogative (cas dans les sociétés primitives où l'enfant* […] *"appartient" de droit à ses parents) et de plus en plus comme une fonction dont les parents ont la charge non point dans leur intérêt propre, mais dans celui de l'enfant* » : Droit de la famille, Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, n° 1110.

[564] Circ. DGCL/DACS/DHOS/DGS/DGS n° 2009-182 du 19 juin 2009, relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de 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 : *BO santé, protection sociale, solidarités*, n° 2009/7, 15 août 2009, p. 4. Le texte affirme : « *un ou plusieurs prénoms peuvent être donnés à l'enfant sans vie, si les parents en expriment le désir. En revanche, aucun nom de famille ne peut lui être conféré et aucun lien de filiation ne peut être établit à son égard. En effet, la filiation et le nom de famille constituent des attributs de la personnalité juridique. Celle-ci résulte du fait d'être né vivant et viable et ne peut en conséquence être conférée à l'enfant sans vie* ». On retrouve ici le double paradoxe : en quoi le prénom est-il moins l'attribut de la personnalité que le nom ? Comment sont désignés les fameux « parents » sans filiation ?

de cet acte, qui possèdent la faculté de faire procéder aux obsèques de l'enfant, signe d'un lien personnel avec le corps[565]. Quant à la question de la succession il serait possible d'admettre, dans une interprétation distincte des articles 79-1 et 725 du Code civil, que l'enfant aurait bien ici une filiation mais qu'il serait, par le jeu de dispositions spéciales, incapable de recevoir une succession[566].

143. Le futur fragile de l'absence de nom. Le seul indice factuel de l'absence de filiation à l'égard des parents est l'impossibilité d'attribuer un nom à l'enfant[567]. L'avenir de cette disposition semble cependant bien fragile. Le Médiateur de la République avait, dès 2005, réclamé à mots couverts la possibilité d'inscrire un nom sur l'acte d'enfant sans vie[568] ; l'exemple des droits étrangers, qui offrent parfois cette possibilité, était invoqué au soutien de cette demande[569]. La décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 2 juin 2005[570] n'est pas pour apaiser la polémique : la Cour reconnaît en effet la violation de la vie privée d'une femme n'ayant pas pu faire établir la paternité du géniteur de son enfant mort-né en lieu et place de la paternité issue de la présomption légale existant entre couples mariés. Cette décision a immédiatement été considérée comme remettant en cause la position française[571], mais, plus largement, comme ouvrant la voie à la reconnaissance de la personnalité de l'embryon[572]. A été ici avancée l'idée de « *personnalité posthume* », parallèle au régime du mariage posthume[573]. Ces deux régimes sont donc bien liés par le trouble qu'ils suscitent dans le processus de qualification.

---

[565] Circ. DHOS/E 4/DGS/DACS/DGCL n° 2001-576 du 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, NOR : MESH0130766C : BO n° 2001-50 ; D. DUTRIEUX, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *Defrénois*, 2002 n° 11, p. 719, n° 37556. Cette possibilité d'accès à des funérailles semble en conformité avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme : Cour EDH, 12 juin 2014, *Mari,* n° 50132/12 : *Dr. fam*. 2014, n° 9, comm. 129, note K. BLAY-GRABARCZYK. On trouve une telle possibilité de funérailles pour les enfants mort-nés dans d'autres droits : le droit de la région de Bruxelles-capitale à fait le choix d'autoriser les funérailles pour les enfants morts entre le 106e et le 180e jour de grossesse, la limite basse se situant au-delà du délai légal d'IVG (G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne sur son corps : portée et balises en droit belge », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 109 et 85). Sur cette question v. aussi *infra* n° 871.

[566] V. *supra* n° 106.

[567] Circ. de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, n° CIV/13/06 : *BO du Ministère de la Justice*, n° 103, p. 78.

[568] *Le Journal du Médiateur de la République*, juill.-août 2005, no 10, p. 5.

[569] Ainsi par exemple l'Irlande, les Pays-Bas et la Suisse. Pour un panorama de la question : SÉNAT, *Les enfants nés sans vie,* Législation comparée, n° LC 184, avr. 2008 ; F. GRANET, « Les droits européens et le décès périnatal », *L'esprit du temps*, Études sur la mort, 2001/1, no 119, p. 163.

[570] Cour EDH, 2 juin 2005, aff. n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie* : *JCP G*. 2005.I.159, no 14, obs. Fr. SUDRE ; *RTD civ*. 2005, p. 737, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

[571] Ex. Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Actions relatives à la filiation : règles générales », in *Droit de la famille,* P. MURAT (dir.), Dalloz Action, 7e éd., 2015, n° 213.61, p. 712.

[572] V. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ*. 2005, p. 737.

[573] J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ*. 2005, p. 737.

144. Conclusion du §1. La démarche de qualification des corps humains avant leur naissance ou après leur mort peut passer par la recherche de *manifestations* de la personnalité. Parmi ses multiples effets, nous avons choisi de passer par l'existence de droits subjectifs ou d'un état civil. Les résultats sont alors ambivalents : si l'on peut trouver des *traces*, des *fragments* de droits ou d'état, aucune disposition n'est univoque. Il ne s'agit pas alors de considérer que le droit attribue une personnalité aux embryons et aux cadavres mais simplement d'affirmer qu'il n'écarte pas cet outil avec clarté, alimentant alors les incertitudes de la jurisprudence et le débat doctrinal[574]. D'autant plus que d'autres dispositions suggèrent que les corps humains avant la naissance et après la mort pourraient être qualifiés de choses.

§2. Les fragilités de la chose

145. Démarche. Comme le remarque Grégoire LOISEAU, la division fondamentale du droit civil est initialement moins la séparation entre les personnes et les choses que la distinction des personnes et des biens[575]. La définition de la notion de chose semble enfermée dans le négatif[576] : la « chose tout court » est la non-personne[577], le non-bien[578]. Rechercher la qualification d'un « bien » par son régime juridique semble plus aisé[579] : les biens sont des objets soumis au pouvoir exclusif d'une personne juridique[580]. Bien que la notion de propriété puisse ensuite faire l'objet d'infinis débats, reste qu'il y a là un premier indice des *manifestations* de

[574] V. *infra* n° 164 et 361 et s.
[575] Gr. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015. Dans ce sens v. aussi Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens,* 6e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 15 : « *de toutes les distinctions juridiques, la plus importante oppose les personnes et les biens* ». Plusieurs manuels de droit des biens reprennent cette distinction fondamentale : v. par ex. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens,* 3e éd., PUF, 2008, n° 1 (subdivise le droit en personne/bien/action) G. CORNU, *Droit civil. Les biens,* Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 1.
[576] Comme le souligne J. COUARD, « *au fond, on ne sait pas bien ce qu'est une chose. Une chose n'existe d'ailleurs pas juridiquement sans la qualification qui l'accompagne et son régime juridique ne se conçoit en grande partie que par rapport à cette qualification* » : in « De quelques "choses" aux limites du droit », in *Aux limites du droit*, C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 201.
[577] M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 2 et 16.
[578] C. GRIMALDI, *Droit des biens,* LGDJ-Lextenso éditions, 2016, n° 1-2 puis 9 ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 2 : la chose est un « *objet qui existe indépendamment du sujet* ». V. aussi, pour une perspective historique : Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne, la nature », *Le Débat,* 1998/3, n° 100, p. 95 : « *la structure juridique fondamentale, dans la très longue durée, du Code civil, distingue chose et personne et, parmi les choses celles qui peuvent ou ne peuvent pas, appartenir aux personnes privées* ».
[579] V. Chr. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien, l'impossible définition », *APD,* 1979, t. 24, p. 259.
[580] Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 21 : « *constitue donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* ». Sur la définition du bien v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ-Lextenso éditions, 2012, n° 1 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, *op. cit*, n° 8 et s. (biens comme choses utiles et appropriées) ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 6e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 9 (biens comme choses qui « servent à l'usage de l'homme »). R. LIBCHABER évoque quant à lui « *le lien tendu entre* [les personnes et les biens qui] *n'est autre que la propriété, relation privilégiée par laquelle les individus assouvissent juridiquement leurs désirs » : « La recodification du droit des biens* », in *Le Code civil. 1804-2004, Livre du bicentenaire*, 2004, p. 324

la condition de bien. Mais du régime des *choses* point d'élément caractéristique. Seul point d'ancrage : leur rapport *potentiel* aux personnes[581]. Comme le souligne William DROSS, « *extérieures aux personnes, les choses n'ont cependant vocation à être appréhendées par le droit que dans les rapports qu'elles entretiennent avec elles* »[582]. En l'absence d'élément caractéristique de la notion de chose, on est réduit, à la recherche des éléments qui pourraient participer à une telle qualification pour les embryons et les cadavres, à examiner les caractéristiques qui en font des *biens* : objets pris dans un rapport de *pouvoir*, matériel[583] et/ou juridique, à une personne[584]. Mais la seule notion de *pouvoir* ou de *rapport* est encore insuffisante à caractériser la relation de la personne à la chose car son indétermination juridique[585] permet de l'appliquer à des relations interpersonnelles[586]. C'est donc à la trace du

[581] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes,* th. Paris I, LGDJ, 2008, n° 87.
[582] W. DROSS, *Droit civil. Les choses,* LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 2.
[583] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 214 : le pouvoir sur le bien a pu être entendu comme un pouvoir matériel et plus seulement juridique.
[584] C. GRIMALDI, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 1 : *« le droit des bien a précisément pour objet l'étude des pouvoirs directs que les personnes exercent sur les biens* ».
[585] Sur la grande diversité de sens de cette notion v. *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11e éd., 2016, V° *Pouvoir*.
[586] C'est pourquoi, par exemple, le rapport des embryons *in vitro* aux personnes qui ont souhaité leur conception est parfois difficile à distinguer d'un rapport d'autorité parentale. La différence de nature entre consentement au don et consentement à l'adoption est difficile à théoriser : les deux procèdent d'une renonciation volontaire au « pouvoir » sur l'« enfant » visant à transférer ce pouvoir, par le biais d'une décision judiciaire, à des tiers. D. THOUVENIN affirmait d'ailleurs dès 1995 que le régime du don d'embryon empruntait à la fois de celui du don de gamètes et du consentement à l'adoption : « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 194, n° 186. V. aussi A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ-Lextenso éditions, 8e éd. 2015, n° 517 : « *le don d'embryon a été* […] *conçu sur le modèle de l'adoption ».* Gr. LOISEAU cherche donc une troisième voie d'explication en écartant la disposition et en faisant du consentement à l'accueil, à l'utilisation pour la recherche ou à la destruction non pas un acte de disposition mais un simple renoncement à devenir parent : « L'embryon *in vitro* aux prises avec les droits de l'homme » : *JCP G.* 2015, p. 1999, n° 1187. Pour une distinction du rapport entre personnes et du rapport entre personnes et choses en droit musulman v. H. ABDELHAMID, « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 190.

pouvoir de *propriété* qu'il faut s'attacher : la possibilité d'atteindre la substance – matérielle ou juridique[587] – de la chose, y compris jusqu'à la destruction[588].

146. Limites. Cette méthodologie est cependant contestable car considérer que le fait qu'un objet soit sous le *pouvoir de destruction* d'une personne indique sa qualité de *chose*, c'est *présupposer* qu'une personne ne peut pas l'être. Cette prémisse en dit plus, en réalité, sur la définition de la personne que sur celle de la chose. Comme le note Mikhaïl XIFARAS, cette démarche *« est avant tout politique et peut se résumer de la manière suivante :* [construire un] *ordre juridique moderne, fondé sur l'institution du principe de la liberté de la personne, qui exige à la fois que cette personne ait un accès inconditionné à la propriété*[589] *et qu'elle n'en soit pas l'objet* »[590]. Ainsi, depuis l'abolition de la peine de mort[591] – et dans une certaine mesure de l'esclavage[592] – et hors temps de guerre[593], il n'existe plus de situation dans lesquelles la destruction d'une personne juridique certaine est autorisée par le droit[594]. Ceci ne signifie pas pour autant que l'intégrité du *corps* des personnes soient totalement protégée contre toute action

[587] Si les auteurs s'accordent à dire que la propriété emporte le pouvoir de destruction de la chose, les classifications de ce pouvoir sont diverses : se référant à la distinction établie, avec nuance, par M. PLANIOL et G. RIPERT (M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité de droit civil français, t.3, Les biens,* par M. PICARD, 2e éd., LGDJ 1952, n° 216), Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET distinguent l'*abusus*, pouvoir matériel sur la chose du pouvoir de disposition, *« pouvoir de mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire* » (*Les biens, op. cit.*, p. 335). V. aussi pour une position plus nuancée semblant définir l'*abusus* comme la stricte action matérielle sur la chose mais l'incluant, avec les actes juridiques, dans le pouvoir de disposition du propriétaire : G. CORNU, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, n° 27). Mais une grande partie de la doctrine comprend dans l'*abusus* à la fois le pouvoir de destruction matérielle et le pouvoir de disposition juridique (V. par ex. : M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 206 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 433 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens, op. cit.*, n° 43 et s.). Notons que la distinction entre le pouvoir juridique ou matériel sur l'objet est ici difficile à mettre en œuvre dans la mesure où le dispositif normatif très important entourant les actes matériels sur les embryons et les cadavres conduit à ce que les personnes *décidant* des actes ne sont généralement pas ceux qui les *exécutent* de fait. Le pouvoir de détruire est donc plutôt celui de *demander la destruction* à autrui. Pour une distinction possible en ce qui concerne les actes sur le corps v. J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016, n° 30 et s.

[588] Plus largement, lorsque l'objet en question est un être vivant, le fait de le tuer (les deux acceptions sont envisagées dans le langage courant : *Le petit Robert, 2013,* V° *Destruction,* sens 2 et 3).

[589] Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET font même de la possibilité de disposer des choses « *l'un des pouvoirs fondamentaux* constitutifs *de la personnalité juridique* » (*Les biens, op. cit.*, p. 337, nous soulignons).

[590] M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 26. Pour une position légèrement différente v. aussi Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, th., Économica, 2007, p. 74 et s.

[591] Dans ce sens : J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 263, n° 80.

[592] Quoi que la promulgation du Code noir ait retiré aux propriétaires d'esclaves leur prérogative inconditionnelle de destruction du corps de l'esclave : *Édit du roi sur les esclaves des Îles de l'Amérique,* mars 1685, art. 43. V. *Codes noirs, de l'esclavage aux abolitions,* textes présentés par A. CASTALDO, introduction Chr. TAUBIRA, Dalloz, 2006, p. 52.

[593] La possibilité d'homicides entre combattants en tant de guerre est implicitement prévu par le droit pénal et le droit international de la guerre qui déterminent les catégories de personnes protégées : v. art. 461-2 C. pén. ainsi que les quatre conventions de Genève et leurs protocoles.

[594] L'irresponsabilité pénale peut être constatée *a posteriori*, notamment en cas de légitime défense : art. 122-5 C. pén.

étatique[595] mais ces actions, rares et encadrées, sont théoriquement commandées par l'*intérêt* de la personne en cause[596] ce qui n'est évidemment pas le cas en ce qui concerne une chose[597]. La protection absolue de l'intégrité corporelle semble cependant acquise à l'égard des actions non consenties effectuées par d'*autres personnes* : le Code civil en énonce le principe[598], repris par le Code de la santé publique[599], et celui-ci est mis en œuvre tant par le droit pénal que les mécanismes de responsabilité civile[600]. C'est donc plus ce *contexte* juridique qu'une définition idéale du régime de la chose qui conduit à qualifier de bien tout objet pouvant être détruit ou profondément altéré par la seule volonté d'une personne privée ou encore saisi par l'État dans un objectif totalement indifférent à son *intérêt*.

147. Ces limites exposées, on admettra donc que la possibilité accordée par le droit de détruire ou d'altérer de façon significative l'intégrité des cadavres **(A)** et des embryons **(B)** indique qu'il est possible de leur appliquer une qualification de chose, même si les particularités de leur régime conduisent parfois à des difficultés d'interprétation.

A. La disposition du corps mort : pouvoirs limités des proches

B. La disposition de l'embryon : pouvoir encadré des personnes

[595] Si certaines atteintes à l'intégrité corporelle sont obligatoires (vaccination obligatoire ou prélèvement ADN par exemple), elles ne peuvent jamais être imposées *corporellement* aux personnes.

[596] La stérilisation contraceptive des personnes majeures protégées par exemple (art. L. 2123-2 CSP), que les personnes conservent théoriquement toujours le droit de refuser (art. L. 2123-1 al. 3 CSP). On note ici, de façon générale l'incertitude sur les titulaires du consentement à l'acte médical : les tuteurs ou titulaires de l'autorité parentale ou la personne elle-même dont on peut douter que son refus puisse être outrepassé (V. art. L. 1111-4 CSP et art 457-1 et s C. civ.). La question de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement demeure, même si elle n'emporte théoriquement pas autorisation de soins invasifs. On réserve évidemment la situation des électrochocs et de la lobotomie qui n'est pas spécifiquement traitée par le droit interne. On peut ici renvoyer à la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, n° 1235 (1994), relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme, qui énonce que « *la lobotomie et la thérapie par électrochocs ne peuvent être pratiquées que si le consentement éclairé a été donné par écrit par le patient lui-même ou par une personne choisie par le patient pour le représenter, soit un conseiller soit un curateur, et si la décision a été confirmée par un comité restreint qui n'est pas composé uniquement d'experts psychiatriques* ». Pour des développements sur cette vision du rapport de l'État aux corps, notamment en ce qui concerne l'avortement v. *infra* n° 710.

[597] À la limite le droit peut se préoccuper de l'« intérêt » des choses sensibles que sont les animaux pour encadrer les *modalités* de leur destruction mais non l'autorisation ou non de cette destruction. Sur l'apport de la notion de « bien-être animal » en la matière v. S. DESMOULIN-CANSELIER, « Le bien-être animal : apparences trompeuses et opportunités », in *Le bien-être et le droit*, M. TORRE-SCHAUB (dir.), Publications de la Sorbonne, 2016, p. 133.

[598] Art. 16-1 al. 2 C. civ. : « le corps humain est inviolable ».

[599] Sur le refus de soin : art. L. 1111-4 CSP. Sur le consentement en matière médicale en général v. A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 45.

[600] Mécanismes qui évoluent d'ailleurs vers une protection de plus en plus importante en ce qui concerne les atteintes au corps v. par ex. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th. dact, Paris I, 2015, n° 240 et s.

A. La disposition du corps mort : pouvoirs limités des proches

Les proches des personnes défuntes possèdent sur les corps un pouvoir très important qui, bien qu'encadré par le droit, peut aller jusqu'à la destruction **(1)**. Leur pouvoir est par ailleurs limité par celui que s'octroie l'État, lorsque l'intérêt général est en jeu **(2)**.

1) Le pouvoir des proches sur le cadavre
2) Le pouvoir de l'État sur les cadavres

1) Le pouvoir des proches sur le cadavre

148. La qualification de « choses » des *parties* détachés du corps mort ne pose pas de difficulté particulière : de nombreux indices textuels indiquent explicitement leur soumission au régime des biens, de la possibilité de ventes jusqu'à l'organisation de la taxation des opérations d'importation et d'exportation de ces objets[601]. C'est la qualification du corps mort entier qui pose question[602] dans la mesure où, on l'a vu, le droit positif accorde certains pouvoirs à la personne, avant sa mort, pour décider de la destination de son corps : en consacrant la liberté de décider de ses funérailles ou de s'opposer au prélèvement de ses organes[603]. Mais ces mécanismes, s'ils peuvent être vus comme une forme de prolongation *post mortem* de la personnalité pourraient également être analysés comme la marque d'un pouvoir de disposition de la personne sur la matérialité de son propre cadavre, pris comme chose. Cyril GRIMALDI suggère ainsi que la liberté des funérailles est le prolongement d'un « *principe d'autodisposition* »[604]. Au-delà de cette analyse – qui supposerait de résoudre la question de savoir si la qualification de *bien* pourrait se prolonger si le titulaire des droits sur l'objet disparaît et qu'il ne peut être saisi par aucune autre personne – il faut constater que plusieurs éléments du droit positif ou de la pratique suggèrent que *les proches* d'une personne décédée sont titulaires de pouvoirs matériels sur son cadavre.

[601] Gr. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252. Plus généralement v. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, *Contrats et vivant,* LGDJ, 2009, n° 78 et s.
[602] Fl. BELLIVIER, analysant le cadavre comme une chose humanisée, note cependant « *cette humanisation se produit de la façon la plus notable à partir des restes et non du cadavre entier* » : *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 219.
[603] *Supra* n° 128.
[604] C. GRIMALDI, *Droit des biens,* LGDJ-Lextenso éditions, 2016, n° 14.

149. Destination du corps et sépulture. Dans le silence de la personne défunte, c'est à ses proches que revient la possibilité de décider de la destination du cadavre[605]. Même si leurs options sont limitées[606], ils peuvent décider d'accélérer la destruction du corps par la crémation, voire d'en disperser les cendres. Un tel pouvoir suggère fortement un rapport de personne à chose[607] ; à tel point, nous le verrons, que la jurisprudence a pu l'analyser comme l'expression d'une copropriété familiale[608]. Un raisonnement proche peut être proposé à propos de l'atteinte à la *substance* du cadavre que représentent les prélèvements médicaux.

150. Destination du corps et prélèvements *post mortem*. Le droit positif s'appuie textuellement sur la volonté de la personne vivante pour fonder les prélèvements qui peuvent être effectués sur le corps après la mort[609]. Cependant, certains éléments indiquent une forme de *pouvoir d'autorisation* des proches.

Textuellement tout d'abord, les dispositions imposant l'accord des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur pour certains prélèvements sur le corps d'une personne incapable, si elles peuvent être lues comme prolongeant une forme de protection de la personne[610], pourraient également être regardées comme leur attribuant un pouvoir de disposition juridique sur le corps, permettant d'en transférer la propriété, par exemple, vers des banques de tissus[611]. Par ailleurs, il est indéniable que la *pratique* consacre un pouvoir matériel des proches sur le corps. Certes, juridiquement, rien n'empêche qu'un prélèvement *post mortem* à fins de don soit effectué malgré l'opposition radicale des proches du défunt, ceux-ci étant supposés rapporter la volonté de la personne décédée et non la leur[612]. Cependant, il est

---

[605] La jurisprudence a progressivement dessiné les contours du « cercle » des personnes privilégiées dans la prise de décision mais sans en établir une lite précise v. N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th., Paris II, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 17, 2006, n° 367 et s.

[606] Seules l'inhumation et la crémation sont actuellement tolérées comme mode de funérailles. V. *infra* n° 686.

[607] Dans ce sens : Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 213.

[608] La jurisprudence attache parfois explicitement à un droit de « copropriété familiale » : v. *infra* n° 195.

[609] Le prélèvement d'organes est pourtant le premier exemple utilisé par Fr. RINGEL et E. PUTMAN pour établir que la personnalité juridique disparaît après la mort : « *la loi du 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes laisse à penser que la survie après la mort est, en droit, une illusion. Les morts sont dépris de leur corps et leurs membres sont dispersés : le prélèvement peut être opéré dès lors que, de son vivant, le défunt n'avait pas fait connaître d'intention contraire, alors que traditionnellement, en droit civil, "qui ne dit mot ne consent pas". Du droit pour l'homme d'autoriser une atteinte à son intégrité physique, et du devoir corrélatif de solliciter ce consentement, on passe à une simple faculté de refus : après la mort, le droit de l'homme sur son corps est réduit à la portion congrue* » : « Après la mort ... », *D*. 1991, chr., p. 241.

[610] *Supra* n° 125.

[611] V. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, *Les biobanques,* coll. Que sais-je ?, PUF, 2009.

[612] Art. L. 1232-1 al. 3 CSP. La responsabilité des personnes effectuant le prélèvement ne saurait donc être engagée sur ce point (Pour une affaire concernant le prélèvement à des fins scientifiques sur le corps d'une mineure sans l'accord de ses parents : CE, 17 févr. 1988, *Époux Camara : AJDA*, 1988, 366, comm. M. AZIBERT et DE BOISDEFFRE) mais celle-ci pourrait être recherchée en raison des agissements entourant le prélèvement (v. *infra* n° 230).

abondamment souligné qu'en réalité les prélèvements ne sont généralement pas effectués contre l'avis des proches[613]. Le fait que des personnes juridiques disposent, dans la tolérance du droit, d'un pouvoir matériel de disposition sur les corps invite donc à qualifier le cadavre de chose[614]. Certains auteurs, rétifs à cette analyse, y voient plutôt la trace d'un pouvoir de l'État sur le corps mort, ainsi collectivisé[615]. Mais cette lecture ne change pas la qualification apposée au cadavre si l'on considère que l'atteinte à l'intégrité d'un objet dans l'intérêt général doit conduire à le qualifier de chose.

2) Le pouvoir de l'État sur les cadavres

151. L'emprise des pouvoirs publics sur l'intégrité des corps morts tend historiquement à disparaître[616]. Elle demeure cependant lorsque l'atteinte se justifie par un impératif d'ordre ou de santé publique[617]. Le droit français ne connaît pas, textuellement, de cas dans lesquels l'État dispose d'un droit de détruire le corps mort en raison d'un intérêt général[618], mais il peut cependant, dans des cas particuliers, en atteindre profondément la substance : c'est le cas des autopsies[619] médico-légale et médico-sanitaire.

152. L'autopsie médico-légale, ordonnée par l'autorité judiciaire en cas de suspicion d'infraction[620] ou de faute médicale[621], ne peut être refusée ni par la personne avant son décès ni

[613] D. THOUVENIN le prédisait déjà juste après le vote des dispositions : « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 176, n° 125. V. aussi St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le consentement présumé du défunt aux prélèvements d'organes : un principe exorbitant mais incontesté », *RRJ,* 2001-1, p. 206 et s. Une constatation similaire a été faite aux États-Unis : M. GARRISON, « C'est mon corps et j'en fais ce que je veux : la notion de protection de la personne aux États-Unis », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 300. Cette pratique s'explique, selon N. BAILLON-WIRTZ, par la crainte du procès (*La famille et la mort,* th. Paris II, 2006, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 17, p. 267, n° 359). On peut cependant y voir l'expression d'une certaine considération des équipes médicales pour la sensibilité des proches. Sur cette question v. aussi *infra* n° 862 et s.

[614] Pour un parallèle entre la situation du cadavre et celle de l'embryon à cet égard, v. R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, n° 33, chron., p. 236 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*. Thémis droit, PUF, 2011, n° 8 et s.

[615] V. par ex. J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 17 et s.

[616] Pour des nuances v. *infra* n° 167.

[617] Pour les *restrictions* aux libertés des proches sur ces fondements, mais qui n'impliquent pas d'atteinte à l'intégrité du cadavre v. *infra* n° 674 et s.

[618] Il est certain que si, en cas d'épidémie, les pouvoirs publics décidaient de la crémation obligatoire des cadavres cette disposition serait considérée comme une atteinte nécessaire et proportionnée aux droits des proches mais il n'existe pas de texte le prévoyant explicitement. La possibilité pour une municipalité de procéder à la crémation des corps dont elle a la charge des funérailles procède d'une modification récente des textes et ne s'applique qu'en l'absence d'opposition présumée de la personne : v. *infra* n° 656.

[619] D. SEILHEAN, V° *Autopsie*, in *Dictionnaire du corps,* M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007.

[620] Art. 156 C proc. pén.

[621] Art. L. 1142-9 CSP.

par ses proches par la suite. L'autopsie médico-sanitaire, exceptionnelle, peut être ordonnée par le Préfet en cas de *« nécessité impérieuse pour la santé publique »*[622]. Là encore, rien ne permet de s'y opposer. La santé publique mais aussi la mise en œuvre de la justice l'emportent sur le souci de préservation du cadavre. Cet état du droit tend alors à le qualifier de chose au service de l'intérêt commun plutôt que de personne à l'intégrité protégée[623]. Le régime juridique de l'embryon va dans le même sens.

B. La disposition de l'embryon : pouvoir encadré des personnes

153. De la même façon que le droit positif accorde aux proches d'une personne décédée des pouvoirs importants sur son cadavre, il organise ceux de certaines personnes sur le corps des embryons **(1)**. Le droit va même au-delà en affirmant, dans certains cas, une véritable indifférence à la destruction des corps anténataux **(2)**.

1) La destruction règlementée des embryons
2) La destruction non-sanctionnée des embryons

1) La destruction règlementée des embryons

154. La destruction des embryons est organisée par le droit qui accorde ce pouvoir à des personnes juridiques déterminées. Ces mécanismes suggèrent qu'est appliquée au corps prénatal une part du régime des biens[624] et qu'il serait donc qualifiable de chose.

155. Destruction d'embryon *in vitro*. Lorsque le projet parental fondant une procédure de procréation médicalement assistée est abandonné ou que les conditions légales ne sont plus réunies pour procéder au transfert d'embryon[625], il est possible pour couple, ou le membre du couple survivant, de faire détruire les embryons surnuméraires[626]. Ce pouvoir est ici également

[622] Art. L. 1211-2 CSP et R. 2213-19 CGCT.
[623] Sur la question des reconstructions et restitutions v. *infra* n° 625.
[624] Sur ce point et pour une proposition de lecture au regard du droit des personnes v. par ex. : C. LEVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, p. 256 et s.
[625] Notamment si l'un des deux membres du couple est décédé ou s'oppose au transfert : art. 2141-2 CSP.
[626] Art. L. 2141-4 CSP. Les deux autres possibilités étant le don des embryons à des fins de recherche scientifique ou le don à un autre couple dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. Pour une analyse des termes de la loi au regard de la qualification de l'embryon V. Cl. SUREAU, « L'être prénatal, d'une réalité humaine à l'incertitude juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, études coordonnées par H. GAUMONT-PRAT, Les études hospitalières, 2012, p. 341 : l'auteur souligne que l'emploi d'expressions telles qu'« accueil d'embryon », « mettre fin à la conservation » ou « offrir l'embryon à la recherche » marque une forme de personnalisation de l'embryon là où le régime auquel il est effectivement soumis conduit plutôt à constater une réification. Une réflexion similaire est proposée par D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 171. Pour une

partagé entre les deux intitiateurs du projet parental, que l'embryon ait ou non été conçu avec don de gamète. Il doit donc être distingué du pouvoir qui pourrait être celui d'une personne sur les éléments de son propre corps. Il s'agit bien ici du pouvoir accordé à une ou deux personnes de détruire un objet qui leur est extérieur. La volonté de détruire prévaut d'ailleurs sur toute autre dans la mesure où c'est la solution retenue en cas de silence ou de désaccord au sein du couple[627].

156. La nature de ce pouvoir a pu être rapprochée des attributs de l'autorité parentale[628] mais le parallèle avec les dispositions du Code civil peine à convaincre[629]. Quand bien même on admettrait une personnalité de l'embryon, nécessaire à l'idée de filiation, on voit mal comment la *destruction* pourrait aller davantage dans le sens de l'« intérêt de l'enfant » – qui est au cœur de la définition de l'autorité parentale[630] – que le don à un autre couple. Il est certain en effet que cette possibilité, ce droit[631], offert au couple, ne vise pas à protéger l'embryon *« dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement »*[632]. Or, si ce lien de droit[633] ne correspond pas à un lien d'autorité entre personnes il devrait être considéré comme une relation de personne à chose[634]. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET y voient ainsi un rapport de propriété[635]. Une réflexion proche pourrait être appliquée au régime de l'avortement.

réflexion sur l'euphémisation du droit v. *supra* n° 73.

[627] Art. L. 2141-4 III CSP.

[628] V. par ex. Chr. BYK, « La recherche sur l'embryon humain : le point de vue juridique ». *Journal international de bioéthique*, 1995, vol. 6, n° 3, p. 221. Sur le parallèle entre le don d'embryon et l'autorité parentale v. *supra* nbp n° 586.

[629] Pour un refus d'application de la notion d'autorité parentale au embryons *in vitro* : Cass. civ 1re, 9 janv. 1996 : *D.* 1996., 376, note Fr. DREIFUS-NEITTER ; *LPA,* 3 avril 1996, n° 59, p. 15, note D. VIGNEAU ; *Defrénois,* 1996, art. 36300, obs. MASSIP ; *JCP G.* 1996.II.22666, note Cl. NEIRINCK ; *RTD civ*. 1996, p. 359, obs. J. HAUSER

[630] Art. 371-1 C. civ.

[631] L'embryon ne saurait en effet être conservé sans l'avis du couple ou utilisé à d'autres fins que celles souhaitées par lui, même si ces obligations ne font l'objet d'aucune sanction pénale.

[632] Art. 371-1 al. 2 C. civ.

[633] Sur cette notion v. E. JEULAND, « L'Énigme du lien de droit », *RTD civ*. 2003, p. 455.

[634] On pourrait en dire autant de la possibilité pour le couple de donner l'embryon à la recherche, ce qui implique sa destruction. En l'occurrence, non seulement la décision n'est pas prise dans l'intérêt de l'« enfant » mais l'État autorise la destruction de ce corps dans un intérêt public, élément plaidant également pour sa qualification de chose.

[635] Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006, n° 273. V. aussi Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 239 qui utilise le terme d'« *abusus* » pour désigner la faculté de détruire les embryons *in vitro. Contra,* rejetant l'idée de droit réel et rapprochant cette prérogative de la notion de « droit de puissance » : A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 843 et s.

157. Destruction d'embryon par interruption de grossesse. Les femmes ont aujourd'hui la possibilité d'interrompre leur grossesse, sur seule demande[636], avant douze semaines de grossesse[637], ou avec l'autorisation d'un comité pluridisciplinaire en cas de danger pour elles ou de pathologie grave de l'embryon[638]. Ces deux procédures sont fortement encadrées, notamment quant aux conditions dans lesquelles l'acte doit être pratiqué[639] ; mais la demande visant à pratiquer l'avortement ainsi que la décision finale ne peut revenir qu'à la femme enceinte, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le géniteur de l'embryon[640]. En ce sens, on pourrait analyser l'avortement comme un pouvoir accordé à la femme enceinte de décider de la destruction de l'embryon qu'elle porte. Ce pouvoir exclusif de disposition matérielle pourrait alors être conçu comme un rapport de personne juridique à chose. Deux autres lectures sont cependant possibles.

158. Une première interprétation ne remet pas en cause la qualification de « chose » appliquée à l'embryon mais elle la déplace légèrement. Comme le proposent certains auteurs, le rapport de la personne juridique à son corps pourrait lui-même être abordé sous l'angle de la propriété[641] : l'avortement ne serait alors qu'un acte d'*abusus* sur son corps, dont l'embryon ne serait qu'une partie.

Une seconde lecture modifie au contraire substantiellement l'analyse : elle suggère que la possibilité de détruire l'embryon consisterait bien en une infraction d'homicide, c'est-à-dire en la destruction d'une personne juridique, mais que celle-ci serait couverte par l'autorisation de la loi[642]. Il est vrai que le fait que ces situations soient explicitement prévues et règlementées pourrait plaider pour une analyse en termes *d'exception* à un principe d'interdiction d'atteinte à la vie d'autrui[643]. Mais cette analyse est contredite par le fait que le droit ne fait pas

---

[636] Jusqu'à la loi du 4 août 2014 (L. n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949), le texte de l'article L. 2212-1 CSP prévoyait formellement que la femme qui sollicitait une IVG devait se trouver en situation de « détresse ». Cette condition avait cependant été considérée par le Conseil d'État comme devant être appréciée par la femme elle-même et n'entrainait donc aucun contrôle (CE, 31 oct. 1980, n° 13028 : *D.* 1981, jurispr., 38, concl. Br. GENEVOIS). Pour des développements sur cette évolution v. *infra* n° 707.

[637] Art. L. 2212-1 CSP.

[638] Art. L. 2213-1 CSP.

[639] L'avortement doit notamment être pratiqué dans un établissement agréé, par une personne disposant du titre de médecin ou de sage-femme : art. L. 2212-2 CSP.

[640] CE, 31 oct. 1980, n°13028 : *D.* 1981, jurispr., 38, concl. Br. GENEVOIS. Cette solution semble compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme : Cour EDH, 1er sect., 5 sept. 2002, décision sur la recevabilité *Boso c. Italie,* n° 50490/99 : *RTD civ.* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD.

[641] V. not. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens,* 3e éd., PUF, 2008, p. 32. *Contra* W. DROSS, *Droit des biens,* LGDJ-Lextenso éditions, 2e éd., 2014, n° 331.

[642] Art. L.122-4 C. pén.

[643] V. par ex. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit*, n° 592 ; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ?*

qu'organiser la destruction de l'embryon mais qu'il se désintéresse de cette atteinte, même lorsqu'elle est pratiquée hors des limites qu'il définit.

2) La destruction non-sanctionnée des embryons

159. Depuis 1993[644], une femme qui pratique sur elle-même un avortement, provoquant la mort de l'embryon, est insusceptible de sanction pénale. Cette absence de sanction ne procède pas d'une disposition spécifique mais au contraire d'une absence de disposition, ce qui ne saurait être assimilé à une autorisation de la loi. Il convient en effet de distinguer la permission de la loi, y compris implicite par le biais de coutumes[645], et le principe de légalité des délits et des peines selon lequel l'existence d'un texte est nécessaire à la qualification pénale de l'acte[646]. En l'espèce, la suppression de l'infraction d'auto-avortement ne laisse pas planer de doute sur la volonté du législateur de dépénaliser ce comportement, allant ainsi au-delà de la simple *autorisation* de la loi[647]. Par ailleurs, si le non-respect des *conditions* posées pour l'accès à l'avortement fait l'objet d'incriminations pénales, celles-ci ne se confondent en aucune manière avec celle de l'homicide[648] et fondées sur la violation de dispositions sanitaires et de sécurité pour la femme enceinte.

160. Cette absence d'incrimination de l'auto-avortement peut s'expliquer par deux constructions théoriques. Soit il s'agit ici de la généralisation de l'absence d'incrimination de l'atteinte portée à son propre corps, auquel cas le corps de l'embryon ne doit pas être considéré comme une personne distincte de celle de la femme qui le porte, il n'est donc ni chose ni personne puisqu'il n'existe pas pour le droit comme objet *en soi*. Soit il est implicitement reconnu à la femme un pouvoir de destruction sur un objet distinct d'elle-même, pouvoir que

---

Étude juridique et éthique des procréations artificielles, PUF, 1987, p. 207 ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. - À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2001, chron. 22. ; G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personne juridique. "Qui se souvient des Hommes" », in *La personne humaine, sujet de droit*, quatrièmes journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1994, p. 38 (évoque le « fait justificatif) ; D. VIGNEAU, « "Dessine-moi" un embryon », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 64.

[644] L. n° 93-121 du 27 janv. 1993 portant diverses mesures d'ordre social : JORF n° 25 du 30 janv. 1993, p. 1576.

[645] B. BOULOC, *Droit pénal général,* Précis, Dalloz, 24e éd., 2015, n° 407 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général,* 3e éd., PUF, 2004, n° 408 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général,* 3e éd., coll. Cours magistral, éd. Ellipses, 2014, n° 364 et s.

[646] B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 130 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 10 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit*., n° 87 et s.

[647] *Contra :* J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial,* coll. Préférences, éd. Cujas, 5e éd., 2010, n° 32. Ce raisonnement est pourtant renforcé par l'absence d'incrimination pénale de l'interruption involontaire de grossesse, v. par ex. Cass. ass. plén. 29 juin 2001 : *D*. 2001, chr. 2907, note J. PRADEL ; *JCP G.* 2001.II.10569, note M.-L. RASSAT. V. *infra* n° 710 pour plus de développements.

[648] V. art. L. 2222-1 et s. CSP.

l'on peut diversement qualifier mais qui ne saurait caractériser un rapport interpersonnel[649]. Ainsi, que l'on qualifie l'embryon de partie du corps de la femme qui le porte ou d'objet de droit, soumis au pouvoir de cette femme, il échapperait en tout état de cause à la qualification de personne[650].

161. Conclusion du §2. Plusieurs éléments du droit positif tendent à montrer que cadavres et embryons sont laissés sous le pouvoir de personnes juridiques déterminées qui peuvent en atteindre significativement la structure, voire les détruire totalement. Ce rapport de droit particulier ne s'entend, dans notre droit contemporain, que de la relation entre une personne et une chose. Il faut noter cependant que certains éléments du régime de ces corps indiquent qu'une lecture en termes de droit de propriété suppose une acception spécifique de la notion. La recherche inductive d'une qualification de chose pour les corps humains avant la naissance et après la mort est donc possible mais reste empreinte d'une certaine ambiguïté.

162. Conclusion de la Section 2. Le régime juridique appliqué aux embryons et aux cadavres ne permet pas de conclure définitivement, par un procédé inductif, sur la qualification à apporter à ces objets particuliers. Certains éléments révèlent des traces de l'existence d'un sujet de droit avant la naissance et après la mort. Le droit positif conserve ainsi une certaine vigueur à la volonté *post mortem,* protège parfois les intérêts subjectifs des personnes décédées ou admet l'évolution de leur état civil. De la même façon, il ménage une place à la création de droits et d'obligations avant la naissance et consent à ce que certains éléments de l'état soient attribués sans qu'un humain soit né vivant et viable. Malgré la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer les manifestations juridiques du régime des choses, d'autres dimensions du droit positif suggèrent à l'inverse que ces corps sont davantage traités en objets de droits, ou du moins en objets de pouvoirs, c'est-à-dire comme des choses. Devant cette accumulation d'indices, de fragments, d'éléments douteux, une démarche classique de classification juridique ne peut donc que conclure à l'ambiguïté de la qualification appliquée par le droit aux corps humains avant la naissance et après la mort.

[649] À l'inverse une sanction de l'auto-avortement ne saurait en elle-même conduire à une qualification de « personne » de l'embryon. À titre d'exemple le droit turc sanctionne l'auto-avortement mais prévoit explicitement que la qualité de personne n'est acquise qu'à la naissance (V. S. OKTAY-OZDEMIR et G. S. TEK, « La disposition de son corps par la femme turque, un droit limité », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 214 et 217).
[650] *Contra* M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65.

163. Conclusion du Chapitre 1. L'étude des textes concernant les embryons et les cadavres révèle l'ambivalence de leur qualification. Les termes employés pour les désigner correspondent très rarement à l'une des deux catégories de chose ou de personne. Le droit est alors équivoque, passant par des formules composées telles que « personne humaine » ou recourant radicalement à des mots au contenu juridique indéterminé tels que « cadavre », « défunt », « fœtus » ou « enfant ». Cette imprécision du droit écrit ne poserait pas de difficulté au juriste, habitué à rechercher les catégories derrière les mots, si le *régime* appliqué à ces corps était exempt de toute ambiguïté. Il n'en est rien. On trouve, éparpillés dans le droit, des éléments pouvant être interprétés, au gré des constructions théoriques, comme la marque de la personnalité juridique ou, au contraire, comme le stigmate de la condition de chose. Objets innommés et inqualifiables, les corps humains prénataux et *post mortem* semblent donc dans un premier temps naviguer entre deux eaux. La tentation est alors grande de se tourner vers une autorité interprétatrice afin de clarifier leur catégorisation. Mais la jurisprudence n'apporte pas ici de réponse plus précise.

Chapitre 2 Les hésitations de la jurisprudence

164. La jurisprudence : source dangereuse. L'analyse de la jurisprudence sur un sujet donné est une entreprise sensible. Christian ATIAS le souligne avec justesse : notre connaissance de la jurisprudence est nécessairement partielle et bien souvent partiale[651]. Il faut bien admettre qu'il est impossible de connaître l'ensemble des décisions se rapportant à une question. Comme le note élégamment Jean CARBONNIER, « *notre* jurisprudence*, ce sont des morceaux choisis* »[652] : quelques décisions publiées après un tri opéré par les éditeurs privés. Dès lors elle est toujours invoquée « *par approximation, par artifice* »[653] : c'est avant tout le regard de la doctrine qui la constitue en une source du droit univoque. Le risque est grand de ne retenir, parmi les quelques décisions disponibles, que celles qui soutiennent la thèse proposée et de rejeter comme des « erreurs » celles qui s'en écartent[654].

165. Particularité de la jurisprudence en droit des personnes. La jurisprudence concernant les embryons et les cadavres présente par ailleurs une double caractéristique qui rend son analyse malaisée.

Tout d'abord le contentieux en la matière reste rare, ce qui suscite deux dangers. Le premier est l'illusion d'une exhaustivité possible : le nombre relativement faible de décisions peut faire penser qu'une connaissance totale de la matière est atteignable[655]. Il faut immédiatement s'affranchir de cette prétention. Même en recherchant, par renvois successifs et par mots-clefs, le plus de décisions possibles, ne reste qu'une fraction des décisions rendues[656]. Second danger : l'effet « loupe ». Le nombre limité de décisions accessibles a pour effet une polarisation de la doctrine sur certaines d'entre elles, qui acquièrent ainsi une audience disproportionnée au regard de leur importance normative. Le plus grand mérite de ces décisions

[651] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 221.
[652] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique,* Quadriges/PUF, 2e éd., 2004, p. 174.
[653] Chr. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ*. 2007, p. 23, n° 5.
[654] Sur la question de l'homicide involontaire *in utero* v. par ex. J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 214. V. aussi Ph. CONTE, *Droit pénal spécial,* 4e éd., Lexis-Nexis, 2013, n° 67 ; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial,* PUF, 1re éd., 2015, n°187.
[655] Sur l'importance de la sélection et de l'annotation des décisions dans la connaissance de la jurisprudence v. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique,* Quadriges/PUF, 2e éd., 2004, p.*,* p. 195 et s. ; É. PORT-LEVET-SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé,* th. Lyon III, 1983, not. p. 115 et s.
[656] É. PORT-LEVET-SERVERIN remarque ainsi pertinemment que la « réduction » quantitative et qualitative opérée par la publication n'est pas homogène et que la jurisprudence disponible ne peut donc constituer un échantillon au sens sociologique du terme : in *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé, op.cit.*, p. 246. Elle cite à cet égard J.-P. CHARNAY, « Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la jurisprudence », *Annales économie, sociétés, civilisations,* 1955, p. 514 et s.

est parfois simplement de faire vivre un domaine de connaissance qui, sans elles, serait singulièrement privé de matière première. Pour autant, nous adhérons à la position d'Évelyne SERVERIN lorsqu'elle écrit que la « *déformation* » produite par la publication est « neutre *du point de vue juridique* »[657] : si les décisions ainsi recensées présentent effectivement une image déformée de la réalité du contentieux, il n'en reste pas moins que les solutions dégagées accèdent au rang de « solutions acceptées » par la doctrine et, parfois, par les autres juridictions[658].

Seconde particularité de la matière : les passions qu'elle déchaîne[659]. L'intimité qu'elle entretient avec des controverses morales, philosophiques et politiques conduit parfois à des prises de positions radicales tant de la doctrine que des juridictions elles-mêmes : l'affirmation est peu mesurée, la critique acerbe. Il ne s'agit pas, bien sûr, de prétendre être à l'écart de cet affrontement[660] mais simplement de constater que la radicalité des différentes positions conduit à la multiplication des commentaires sur certaines décisions et à la surinterprétation de certains arrêts mineurs. C'est pourquoi il est préférable de partir de la matière brute des décisions.

166. Présentation du corpus et de la méthodologie. Notre étude portera sur un corpus constitué de l'ensemble des décisions recensées par deux moyens : recherche par mots-clefs sur les bases de données de jurisprudence[661] puis recherche par les commentaires doctrinaux. Les mots-clefs retenus sont les suivants : embryon, fœtus, prénatal, avortement (IVG, IMG), cadavre, sépulture, inhumation, crémation[662]. Ont ensuite été incluses les décisions citées dans les commentaires ou par des décisions postérieures. On recense alors quelque cinq-cent-dix décisions datant du début du XIX^{e} siècle à nos jours. Deux-cent huit concernent les embryons[663] dans différents aspects de leur statut : état civil, protection pénale, procréation médicalement

---

[657] *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, th. dact. Lyon III, 1983, p. 246.

[658] Sur le rôle de l'*opinio juris* dans la formation du caractère obligatoire de la jurisprudence v. Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D*. 1987, chr., p. 12. Chr. ATIAS, note ainsi que, pas plus que le législateur les juge n'ont « *la force de décider du succès de leurs productions* » : « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ*. 2007, p. 23.

[659] V. X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 58.

[660] En général, sur l'influence des « valeurs » du chercheur sur l'objet de son étude : M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, Plon, 1965. Sur notre positionnement v. *infra* n° 428 et n° 784.

[661] *Légifrance, Lexis-nexis, Dalloz, Lextenso.*

[662] Nous avons volontairement exclu les cas où les ayants-droit agissaient au nom de personnes décédées dans des situations où il est acquis que l'action est transmissible (responsabilité civile, exécution d'un contrat qui n'est pas conclu *intuitu personae* etc.) : dans ces cas en effet les juridictions ne discutent pas la continuité de la personnalité mais se contentent de constater la qualité de la personne qui agit. On aura conservé au contraire les cas où la transmissibilité de l'action est en question, notamment défense des droits de la personnalité (respect de la vie privée, droit à l'image, droit à l'honneur), défense des droits fondamentaux devant la Cour EDH.

[663] Nous avons choisi de classer parmi les décisions concernant les embryons celles qui se rapportent à des embryons morts. En effet, il s'agit généralement davantage de savoir si leur personnalité a existé plutôt que de savoir si elle se prolonge avec leur décès, ce qui est le cas pour les cadavres « ordinaires ».

assistée, législation relative à l'avortement. Cent concernent directement le statut du cadavre ou de l'application de certaines règles *post mortem* : protection de l'intégrité du cadavre, protection de l'image du corps, prolongement de la volonté après la mort. Enfin, deux cents décisions concernent des questions relatives aux sépultures : choix du mode et du lieu d'inhumation, transfert de sépulture, contentieux de l'exhumation, protection de l'intégrité des sépultures.

167. Une première question surgit alors : quelle importance accorder aux positions des juridictions inférieures ? Tout arrêt cassé doit-il être considéré comme sorti de l'« état du droit » ? Quelle place accorder à des arrêts isolés de première instance qui, malgré leur importance mineure dans la « hiérarchie des normes », peuvent avoir une importance médiatique capitale et provoquer, malgré eux, l'émergence d'une question nouvelle ? Philippe JESTAZ affirme ainsi que la jurisprudence entendue largement, comme toute décision de justice, « *est un magma, dont on ne connaît d'ailleurs qu'une faible partie. Et cette faible partie reste un magma en ce sens qu'elle comporte* […] *beaucoup de fatras* ». C'est pourquoi il limite la définition de la notion aux « *propositions énoncées sous la forme normative, si possible par une Haute juridiction* »[664]. Il nous semble cependant que notre perception de la hiérarchie des juridictions est en décalage avec un système politico-médiatique où le fait divers engendre rapidement une loi ; où la résistance aux juridictions internationales peut se transformer en position politique de principe[665] et où la moindre décision « fait jurisprudence » sous la plume des journalistes. Ne s'attacher, pour la connaissance du droit, qu'aux décisions des juridictions supérieures c'est en outre se priver d'une information importante : comment les juridictions du fond se saisissent-elles, dans leurs décisions, d'un droit porteur de qualifications imprécises ? Qualifient-elles les corps de choses ou de personnes pour parvenir à résoudre les questions qui leur sont soumises ?

168. Car l'analyse de ce corpus ne vise pas à déterminer le *statut* des corps humains avant la naissance et après la mort – au sens des solutions apportées à des questions précises – mais plutôt à décrire le *processus* de qualification de ces corps par les juridictions et, éventuellement, son évolution. Une telle étude ne saurait donc se satisfaire ni d'un simple panorama des seules

[664] Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chr., p. 12.
[665] V. par ex. Ph. BERNARD, « Cameron veut sortir le Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Le Monde,* 1er oct. 2014. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/10/01/cameron-veut-sortir-le-royaume-uni-de-la-cedh_4498759_3214.html [consulté le 13 nov. 2016].

décisions de juridictions supérieures, ni d'une approche limitée à une période de temps trop ramassée. Jean CARBONNIER notait ainsi avec pertinence :

> *« Une évolution du droit ou des mœurs se révèlera à travers une série diachronique ; pour mettre à nu ces phénomènes de diffusion du pouvoir que nous appelons précisément formation de la jurisprudence, il faudra prélever des échantillons le long de la hiérarchie judiciaire »*[666].

Étendre la recherche à tous les niveaux de juridictions sans se limiter dans le temps évite d'ériger une ou deux décisions au rang de « jurisprudence établie », en particulier dans un domaine où, nous le verrons, l'appréciation des juridictions est très liée aux faits. Ce qui n'empêche pas, bien entendu, de constater des différences de modes d'argumentation entre les degrés de juridictions ou encore d'observer des phénomènes de résistance ou de soumission des juges du fond aux juges du droit.

169. Classification des décisions. Les motivations des juges ont été analysées selon plusieurs axes[667]. Tout d'abord ont été relevés les cas où la motivation comportait des qualifications directes de *chose* ou de *personne*. Ces cas se subdivisent en deux catégories : les qualifications *directes positives*, dans lesquelles les termes « chose » et « personne » sont utilisés, et des qualifications *directes négatives*, dans lesquelles les juridictions affirment qu'elles ne sont *pas* en présence d'une chose ou d'une personne. Si la motivation ne correspond à aucune de ces situations, on a recherché de potentielles qualifications *indirectes* : lorsque la juridiction appliquait un régime juridique attaché classiquement à la chose ou à la personne sans pour autant énoncer explicitement cette qualification. Enfin, ont été relevés les cas où la décision est prise sans que la juridiction ait apparemment qualifié le corps[668].

De plus, ont été notées les motivations utilisant des éléments de réflexion et d'interprétation apparemment extérieurs au droit positif : volonté supposée du législateur, contexte d'adoption de la règle de droit, données scientifiques, références morales ou de « bon sens » etc.

---

[666] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique, op.cit.*, p. 176.

[667] On a pris soin de distinguer les « citations directes », provenant de décisions ayant pu être lues *in extenso* des « citations indirectes » désignant les décisions dont des passages sont reproduits dans des notes ou dans des décisions d'instance supérieure mais dont le texte n'a pas été reproduit.

[668] On n'ignore pas que les formulations retenues par les juridictions peuvent être influencées par des règles de procédure, notamment la réponse aux argumentations des parties (v. art. 5 et 12 C. proc. civ). Lorsqu'une réponse nous semblera guidée par ces contraintes nous le signalerons mais il faut admettre que la reproduction partielle des décisions par les éditeurs privés ne permet pas toujours d'identifier ces situations. Sur l'influence des règles procédurales sur la connaissance de la jurisprudence v. É. PORT-LEVET-SERVERIN *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé. op.cit.*, p. 271 et s.

170. Constats rapides et objectifs. Par comparaison avec des travaux déjà existants, on se situera plutôt dans la continuité du travail de Dimitrios TSARAPATSANIS[669] que de celui d'Aude MIRKOVIC[670]. Cette dernière, qui procède à une minutieuse analyse de la jurisprudence disponible, se place dans une perspective de dénonciation de l'incohérence des qualifications entre les différentes décisions étudiées. Si nous confirmons tout à fait que les juridictions adoptent, historiquement et dans des domaines particuliers, des qualifications multiples, il nous semble que ce constat en dit moins sur le droit que l'étude des justifications et éventuellement des explications[671] de ces décisions.

Sans nous étendre outre mesure sur la nature de la jurisprudence[672], on adoptera une lecture inspirée de la théorie réaliste de l'interprétation telle que développée par Michel TROPER[673] : l'interprétation jurisprudentielle n'est pas selon nous un acte de *connaissance* du droit mais bien un acte de *création* du droit[674], d'*affirmation* d'une position[675] dont la portée n'est pas seulement juridique mais plus largement politique ou idéologique[676]. Comme le souligne François TERRÉ, « *l'opération de qualification ou, du moins, la précision des qualifications est largement influencée par l'attitude du juge* »[677]. En tant qu'acte de volonté, qu'acte de langage, la qualification apportée par les juridictions aux corps humains

[669] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, not. p. 43 et s.
[670] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, not. p. 57 et s.
[671] Pour une distinction entre les « explications » d'une décision, qui se concentre sur les éléments de contexte et ses « justifications » qui consistent en l'argumentation proposée v. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'union européenne,* th. Paris I, 2014, n° 29 et s. mais v. aussi n° 47 et s. sur l'incompatibilité, selon lui, de cette distinction avec une analyse réaliste.
[672] Pour un exposé des positions classiques sur la question v. O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury,* Dalloz et Sirey, 1960, p. 349 et P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 qui souligne d'ailleurs que trop de thèses passent leur temps à justifier approximativement la nature de la jurisprudence : nous nous en dispenserons en adoptant une méthodologie qui nous paraît correspondre aux mécanismes institutionnels des juridictions.
[673] Sur cette théorie et les contradictions qui lui ont été opposées v. not. le dialogue entre M. TROPER et D. de BECHILLON : *RRJ*, 1994-1, p. 247 à 274. V. aussi, pour d'autres arguments, O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel,* 2002/4, n° 52, p. 218 ; Fr. COLONNA d'ISTRIA, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique. Approche interdisciplinaire », *RTD civ.* 2012, p. 1.
[674] « De volonté » affirme D. de BECHILLON, s'en rapportant à H. KELSEN : « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.
[675] Comp. l'analyse proposée par É. PORT-LEVET-SERVERIN à propos de la jurisprudence comme acte de volonté plus que de rationalité chez H. KELSEN : *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé, op.cit.*, p. 169 et s.
[676] V. aussi D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 19 pour la trad. française par V. FORRAY et A. GUIGUE, p. 19.
[677] Fr. TERRÉ, « Volonté et qualification », *APD,* 1957, *Le rôle de la volonté dans le droit,* p. 101.

avant la naissance et après la mort dit beaucoup sur les positions des juges : face à un droit écrit qui, nous l'avons vu, ne porte pas de qualification claire, c'est-à-dire pas de qualification indiscutée[678], les juges affirment très peu de qualifications explicites **(Section 1).** Tout au plus appliquent-t-ils tantôt le régime de la personnalité, tantôt celui de la chose, au gré des objectifs poursuivis **(Section 2)**.

Section 1 Statuer en classant : la rareté des qualifications directes
Section 2 Statuer sans nommer : la diversité des qualifications indirectes

Section 1 Statuer en classant : la rareté des qualifications directes

171. Les décisions appliquant explicitement des qualifications de chose ou de personne avant la naissance et après la mort sont rares. On en relève à peine une vingtaine sur l'ensemble du corpus, même en donnant un champ très large à la « qualification explicite », et en intégrant toutes les déclinaisons possibles du terme « personne » : « personne physique », « personnalité civile », « sujet de droit » mais aussi « personne humaine »[679]. La disparition de la personnalité après la mort semble être la question la moins débattue **(§1)**, là où le statut de l'embryon crée une polarisation plus importante des positions **(§2)**.

§ 1 Les qualifications directes du mort : des positions timides
§ 2 Les qualifications directes de l'embryon : des positions tranchées

§1. Les qualifications directes du mort : des positions timides

172. Sur une dizaine de décisions opérant une qualification directe de la situation juridique s'ouvrant avec la mort, la plupart plaident pour la disparition de la personnalité juridique **(A)**. Les quelques décisions semblant évoquer une survie de la personnalité sont cependant marquées d'une certaine ambiguïté **(B)**.

A. La disparition de la personnalité avec la mort : qualifications directes négatives
B. La survie de la personnalité après la mort : qualifications directes ambiguës

[678] V. B. FRYDMAN à propos de la pensée de Ch. PERELMAN : « le sens clair est le sens non discuté » (*Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 598).
[679] La notion de personne humaine sera considérée comme une qualification explicite lorsqu'elle est manifestement prise comme synonyme de « personne juridique ». Nous reviendrons plus spécifiquement sur les cas où la juridiction opère manifestement une distinction entre personne humaine (ou être humain) et personne juridique *infra* n° 230 et s.

A. La disparition de la personnalité avec la mort : qualifications directes négatives

173. La disparition de la personnalité juridique après la mort a été affirmée autant à propos de la qualification des *corps* eux-mêmes **(1)** qu'à propos de la survie des *droits* de la personne décédée **(2)**.

1) La réité du cadavre

2) La disparition des droits de la personne

1) La réité du cadavre

174. Deux décisions. Seules deux décisions du corpus, simples ordonnances de TGI[680], qualifient explicitement le cadavre. La première affaire concerne la fameuse exposition *Our Body*[681]. L'ordonnance qui suspend cette manifestation est remarquable à plusieurs titres. Tout d'abord, elle fait partie des très rares décisions qui utilisent le terme « *cadavre* » pour désigner le corps mort[682], mais surtout, elle est l'unique cas dans lequel on trouvera le terme de « chose » employé comme qualificatif. Et encore, la juridiction utilise une formule détournée par laquelle elle affirme que « *l'exposition épuise le mouvement artistique dans lequel elle prétend se situer en substituant à la représentation de la chose la chose elle-même* ». Le juge des référés va d'ailleurs tirer les conséquences de cette qualification en appliquant à ces corps le régime des choses puisqu'il en ordonnera le séquestre. En dehors de cette décision, les qualifications relevées concernant le cadavre seront toujours *négatives* : on affirmera avant tout ce que le cadavre *n'est pas*. C'est le cas de la seconde affaire.

Des restes mortuaires ayant été malencontreusement dispersés, le Tribunal de Lille[683], se fondant sur l'article 16-2 du Code civil, qualifie le cadavre de « *corps humain* » et précise que « *les débris formant le corps désagrégé sont respectables, quand bien même ces débris n'abriteraient plus aucune personne* » : la personnalité juridique a disparu, seul demeure le corps-chose sur lequel s'exerce d'ailleurs un « *droit de copropriété familial* ».

[680] TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009 : *D.* 2009, p. 1192, note X. LABBÉE ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *AJDA* 2009. 797 ; *JCP G.* 2009, Actu. 225.
[681] Concernant l'exposition de cadavres plastinés. Sur les détails de cette affaire v. aussi *infra* n° 698 et s.
[682] V. aussi : C. d'ass. Vienne, 28 mai 1836 : *S.* 1836.I.546 ; TGI Arras, 27 oct. 1998 : *D.* 1999.511, note X. LABBÉE. La décision d'appel sur cette ordonnance utilisera le terme de « *cadavres d'êtres humains* » : CA Paris, 30 avr. 2009 : *JCP G.* 2009.12, note Gr. LOISEAU ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *D.* 2009, jur., 2019, note B. EDELMAN ; *D.* 2010, pan., 604, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. BIOY ; *LPA* 23 nov. 2009, X. DAVERAT, *Gaz Pal.* 2009, n° 148, p. 2, note E. PIERROUX.
[683] TGI Lille, 5 dec 1996, ord. ref. : *D.* 1997, jurisp. 376 note X. LABBÉE.

175. Remarque sur le langage. Il convient de souligner la particularité de la formulation proposée par le Tribunal. Non seulement le terme « chose » n'est pas utilisé, mais le juge use du conditionnel pour évoquer la disparition de la personne, comme si l'affirmation était de toute façon surabondante. Ce constat se retrouvera à plusieurs reprises dans l'analyse du corpus : les juridictions n'usent que très peu d'affirmations claires : le langage est policé et permet des lectures multiples.

2) La disparition des droits de la personne

176. Le problème de la perpétuation de la personnalité après la mort a donné lieu à deux décisions explicites, très anciennes et émanant de juridictions de première instance qui ont traversé le temps grâce à des faits particuliers qui font d'elles de parfaites décisions-illustrations, faciles à utiliser en doctrine en raison de leur caractère anecdotique[684]. En dehors de ces deux décisions anciennes, la question a ressurgi récemment à la fois au plan national et supranational.

177. En 1993, la Cour d'appel de Paris[685], à propos de l'applicabilité *post mortem* du droit à la présomption d'innocence affirme ainsi que l'article 9-1 du Code civil

> *« confère le droit au respect de la présomption d'innocence, uniquement à la personne vivante concernée, seule titulaire de droits ».*

La formule ne prête pas à confusion : *a contrario* les personnes mortes ne sont pas titulaires de droits[686], ce ne sont pas des personnes, du moins pas au regard de l'application du principe de présomption d'innocence[687].

La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention à des mutilations sur des cadavres est plus claire encore. Elle affirme :

---

[684] La première est un jugement du Tribunal civil de Pont-l'Evêque (Trib. civ. Pont-l'Evêque, 17 janv. 1878 : *S.* 1897.1.433) concernant un cas de désaveu de paternité dirigé contre un enfant décédé. Manifestement agacé par une action vaine et perturbatrice de l'ordre social, le Tribunal, avec fermeté et élégance, déclare l'action irrecevable en remarquant que le demandeur « *persiste à s'attaquer à la personne même de l'enfant mort et non représenté, c'est-à-dire juridiquement parlant, au néant et combat sans adversaire* ». La personne a disparu, note explicitement la juridiction, l'action ne peut se poursuivre. La seconde est une décision du Tribunal civil d'Orange (Trib civ. Orange, 30 déc. 1887 : *D.* 1889.3.63) restée dans les annales tant son sujet est peu banal : le legs consenti par une personne à son propre cadavre, afin d'entretenir sa propriété transformée en mausolée. La juridiction dénie toute validité à la stipulation, considérant que « *le destinataire du legs est un sujet dépourvu d'individualité réelle ou de personnalité civile* ».

[685] CA Paris, 21 sept. 1993 : *D.* 1993, IR, 224 ; *RTD civ.* 1994, p. 75.

[686] Comp. CE, 27 avr. 2011, n° 314577 : Rec. Lebon. Dans cette décision, le Conseil affirme « *le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit* ». La formule est différente puisque la juridiction n'affirme pas alors que l'*ensemble* des droits disparait au décès.

[687] Pour une position contraire de la Cour européenne des droits de l'Homme v. Cour EDH, 12 avr. 2012, *Lagardère c. France*, req. n° 18851/07 (*JCP G.* 2012, n° 724, obs. A. DETHOMAS), not. § 88. V. aussi *infra* nbp 846 et nbp 918.

> *« la Cour n'a jamais appliqué l'article 3 de la Convention à l'égard d'une dépouille ayant subi des profanations. La présente chambre ne le fera pas non plus, estimant que la qualité d'être humain s'éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements ne s'applique plus à des cadavres »*[688]

L'« être humain » semble ici pris comme synonyme de « personne » et la Cour refuse explicitement l'application *post mortem* du régime de la personne juridique.

178. Remarque sur le langage. On remarque une fois encore que ces qualifications « directes » restent négatives : nulle trace ici du terme de « chose ». Cependant, il est moins évident de constater un évitement du terme par les juridictions : contrairement au cas où la décision porte sur la matière même du cadavre, où le terme de chose peut être utilement employé dans le raisonnement, il suffisait, pour trancher ces affaires, de constater l'absence de sujet de droit, sans se prononcer sur le statut du corps lui-même. Curieusement, cette réserve linguistique se constate aussi lorsqu'à l'inverse les juges optent pour une certaine survie de la personnalité.

B. La survie de la personnalité après la mort : qualifications directes ambiguës

179. L'affirmation directe d'une personnalité *post mortem* a été proposée par deux arrêts de juridictions supérieures : une ancienne décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 24 mai 1860[689] et un arrêt récent du Conseil d'État du 29 juillet 2002[690]. Cependant, à l'inverse des décisions précédentes si les mots sont clairs l'application des régimes jette un doute sur le mécanisme juridique effectivement appliqué.

180. Ambiguïté des formulations. À la question de savoir si la diffamation publique pouvait s'appliquer *post mortem*, la chambre criminelle répond clairement en 1860 : « *Attendu que le mot* personne […] *comprend les vivants et les morts* ». La qualification semble claire dans un premier temps mais elle devient plus ambiguë dans la suite de la décision.

La Cour affirme en effet que l'action intentée par l'héritier est recevable dans la mesure où *la mémoire du mort* – et non le droit à l'honneur – est entrée dans le patrimoine familial, patrimoine que les héritiers ont le pouvoir de protéger. Cette affirmation semble assimiler l'action à la défense d'un droit réel transmissible mais la Cour affirme ensuite que l'héritier agit ici en tant que « représentant » du défunt ce qui ramène le débat dans le domaine du droit de la

[688] Cour EDH, 27 fév. 2007, *Akpinar et Altun c. Turquie*, req. n° 56760/00, § 80.
[689] Cass. crim., 24 mai 1860 : *D*. 1860, 1, 201, note Ch. ROYER.
[690] CE, 29 juill. 2002 : *D*. 2002, inf. rap., 2583.

personnalité[691]. Cette décision est un premier aperçu des difficultés rencontrées dans l'analyse de notre *corpus* : rares sont les décisions univoques.

Un problème similaire se rencontre dans la décision du Conseil d'État et dans le jugement du Tribunal administratif de Nantes[692] qui, statuant quelques semaines plus tard sur la même question, reprend son considérant. Les décisions sont promises à la postérité puisqu'elles concernent la légalité de la pratique de la cryogénisation. Les deux juridictions reconnaissent, dans leurs décisions

> *« 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 ».*

Certes, le mot « personne » est employé. Certes, l'idée d'un droit existant avant la mort, mais dont l'exercice serait postérieur au décès, laisse penser que les juridictions sont ici sensibles à l'idée d'une prolongation *post mortem* de la personnalité. Pour autant, la formulation suscite le malaise : l'évocation d'un droit qui pourrait être exercé « *par l'intermédiaire des ayants-droit* » renvoie à deux hypothèses.

181. Soit l'on considère qu'il existe là une véritable *prolongation* de la personnalité du défunt et il est possible d'affirmer que les *droits* de l'ancienne personne sont exercés par ses ayants-droit. Cela pose une difficulté puisque le principe demeure que les droits personnels s'éteignent à la mort de la personne[693]. Soit l'on affirme que la personnalité disparaît effectivement avec la mort mais l'on admet l'exercice de certaines *prérogatives* par les ayants-droit pour des raisons pratiques. Cependant, dans le cas qui nous occupe, on voit mal en quoi il serait nécessaire de passer par l'affirmation d'un droit *du défunt* qui se prolongerait après la mort : on pourrait tout aussi bien considérer que les ayants-droit ont un droit *personnel* à voir leur proche accéder à la sépulture qu'il ou elle aurait souhaité[694].

Les qualifications ici proposées ne disent donc rien de définitif sur la position des juridictions. La simple utilisation du mot « personne » pouvant renvoyer à des conceptions théoriques variées. Les juridictions prennent en revanche des positions plus définitives dès lors qu'elles choisissent de qualifier explicitement les embryons.

---

[691] V. cependant, pour une assimilation des droits de la personnalité à des droits réels sur les attributs de la personnalité v. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006, n° 321 et s.

[692] TA Nantes, 5 sept. 2002 : *JCP G.* 2003.II.10052, note S. DOUAY.

[693] Gr. LOISEAU, *Le droit des personnes,* Ellipses, 2016, n° 188. Le droit moral constitue cependant une exception connue puisque malgré son caractère de droit de la personnalité il est perpétuel et se transmet *ab intestat* v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique,* PUF, 9e éd., 2015, n° 198.

[694] Sur cette question v. *infra* n° 860.

§2. Les qualifications directes de l'embryon : des positions tranchées

182. L'essentiel des décisions affirmant une qualification explicite de l'embryon ont été prises à partir des années 1980, dans une période où l'affrontement idéologique entre partisans et adversaires de l'avortement se déplace du strict champ politique à celui du contentieux judiciaire. La pérennisation de l'autorisation de l'IVG en 1979[695] conduit en effet à ce que le débat sur la protection juridique de l'embryon se déplace vers d'autres contentieux. Certaines juridictions du fond ont alors pris des positions affirmées : si le refus explicite de la qualification de personne reste le plus courant **(A)**, certaines décisions inverses ont eu des retentissements importants **(B)**.

A. Le refus de la qualification de personne : affirmations négatives

B. La qualification explicite de personne : affirmation de l'existence d'un enfant

A. Le refus de la qualification de personne : affirmations négatives

183. On recense une dizaine de décisions affirmant explicitement que l'embryon n'est pas une personne. Quatre concernent l'application anténatale de l'homicide involontaire[696], trois des cas d'entrave à IVG[697], deux des contentieux portant sur le statut d'embryons *in vitro*[698].

184. Le refus net de la qualification de personne. Les attendus relevés dans ces décisions montrent que les juridictions tiennent à affirmer avec force que la qualification de « personne » ne peut s'appliquer à un embryon. On lit par exemple que

> *« la qualité de personne n'est reconnue ni au fœtus ni à l'embryon »*[699] *;*
>
> *« le droit à la vie n'est pas garanti au fœtus ou à l'embryon humain qui n'a pas la qualité de personne humaine mais seulement de "personne humaine en devenir" »*[700] *;*
>
> *« un tel être n'est pas juridiquement une personne »*[701] *;*

---

[695] L. n° 79-1204 du 31 déc. 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : JORF du 1er janv. 1980, p. 3.
[696] Trib. corr. Fontainebleau, 25 avr. 1947 : *D.* 1947.312. Trib. corr. Lyon, 3 juin 1996 : cité par CA Lyon, 13 mars 1997, *D.* 1997.557 note E. SERVERIN ; *JCP G*. 1997.II.22955, note FAURE ; *Dr. fam*. sept. 1997, p. 5, note P. MURAT. CA Metz, 3 sept. 1998 : *JCP G.* 2000.II.10231.
[697] TGI Châlon s/Saône, 3 juill. 1995 : *Dictionnaire permanent bioéthique,* p. 9328. CA Versailles, 8 mars 1996 : cité dans Cass. crim., 5 mai 1997. CA Caen, 11 mars 1996 : cité dans Cass crim., 2 avr. 1997 (*Gaz. Pal.* 1997, chron. Crim., p. 161, note J.-P. DOUCET).
[698] TGI Rennes, 30 juin 1993 : JCP G. 1994.I.22250, note Cl. NEIRINCK ; *RTD civ.* 1996, p. 579, obs. J. HAUSER. TA Amiens, 9 mars 2004 : *JCP G.* 2005.II.10003, note I. CORPART ; *RJPF*, juill.-août 2004, p. 13, note P. ÉGÉA ; *AJDA*, 2004, p. 1546, note St. HENNETTE-VAUCHEZ ; *D*. 2004, p. 1051, note X. LABBÉE.
[699] TGI Châlon s/Saône, 3 juillet 1995, préc.
[700] Cass crim., 5 nov.1997, préc.
[701] Trib. corr. Fontainebleau, 25 avril 1947, préc.

« le fœtus n'[est] pas une personne humaine ou autrui »[702] ;

« pour qu'il y ait "personne", il faut qu'il y ait un être vivant, c'est à dire venu au monde et non encore décédé »[703] ;

« aucun principe ne rend l'embryon congelé titulaire de droits »[704]

Certaines décisions utilisent des formulations un peu moins explicites mais qui ne prêtent pas à confusion. La Cour d'appel de Versailles affirme ainsi que l'embryon n'a pas la qualité de « *personne humaine* », le TGI de Rennes qu'il n'est « *pas un sujet de droit par rapport à ses géniteurs* »[705]. Nier la personnalité de l'embryon conduit alors à lui refuser la protection afférente à cette qualification[706].

185. Remarque sur le langage. Bien que les qualifications ici retenues soient très claires, elles restent des qualifications *négatives*. Le terme de « chose » n'est pas employé, seul est affirmé le statut de « non-personne ». On remarque en outre une « technicisation » de la langue effectuée par des termes apparemment scientifiques[707]. Les juges utilisent ainsi les mots « *embryon* »[708] et « *fœtus* »[709] mais aussi parfois d' « *œuf fécondé* »[710], « *ovocyte humain fécondé* »[711] ou « *être en gestation* »[712], voire « *être humain* »[713]. Ce vocabulaire technique, approprié à l'idée d'une négation de la personnalité, tranche avec le discours empreint d'émotion qui est celui des juridictions en faveur d'une personnification de l'embryon.

---

[702] Trib. corr. Lyon, 3 juin 1996 : cité par CA Lyon, 13 mars 1997, *D.* 1997.557, note E. SERVERIN ; *JCP G*. 1997.II.22955, note FAURE ; *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5, note P. MURAT.
[703] CA Metz, 3 sept. 1998, préc.
[704] CA Toulouse, 18 avr. 1994 : *JCP G.* 1995.II.22472, note Cl. NEIRINCK.
[705] Bien entendu, il serait toujours possible de considérer que cette affirmation sous-entend que si l'embryon n'est pas un sujet de droit « par rapport à ses géniteurs » il pourrait l'être à l'égard d'autres personnes. Dans ce sens v. J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 261. Mais le régime appliqué par la juridiction ne laisse pas place à cette interprétation.
[706] Une exception notable, l'affaire jugée d'abord par le Trib. corr. Colmar, 11 mai 1950 (*Gaz. Pal.* 1950-2, jur., p. 27) puis par la CA Colmar, 31 juill. 1950 (*Gaz. Pal.* 1950-2.jur. p.189) : dans cette affaire d'avortement pratiqué à l'étranger c'est au contraire le refus de la qualification de personne qui permet la protection. En effet, si l'avortement est qualifié d'atteinte « aux particuliers », ce qu'avait retenu le Tribunal, il ne peut être poursuivi en France que s'il l'est aussi par les autorités étrangères, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La Cour d'appel qualifie donc l'infraction d'atteinte « aux intérêts de la Nation » ce qui lui permettait en théorie de condamner les prévenus. La Cour constatera *in fine* que l'infraction n'était pas constituée.
[707] Pour une évolution parallèle dans les textes v. *supra* n° 876.
[708] TGI Rennes, 30 juin 1993, préc. ; CA Toulouse, 18 avr. 1994 : *JCP G.* 1995.II.22472, note Cl. NEIRINCK ; TGI Châlon s/Saône, 3 juill. 1995, préc. ; CA Caen, 11 mars 1996, préc.
[709] TGI Châlon s/Saône, 3 juill. 1995, préc. ; Trib. corr. Lyon, 3 juin 1996 : cité par CA Lyon, 13 mars 1997, D. 1997.557 note E. SERVERIN ; *JCP G*. 1997.II.22955, note FAURE ; *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5, note P. MURAT.
[710] TGI Rennes, 30 juin 1993, préc.
[711] TA Amiens, 9 mars 2004, préc.
[712] TGI Rennes, 30 juin 1993, préc.
[713] Cass. crim. 5 novembre 1997, préc.

B. La qualification directe de personne : affirmation de l'existence d'un enfant

186. Une prise de position claire dans un contexte de controverses. Si cinq décisions peuvent être lues comme affirmant explicitement l'existence d'une personnalité de l'embryon[714], seules les trois plus récentes, de 1987 et 2000, retiennent l'attention[715]. Elles portent sur deux sujets alors d'une brûlante actualité : homicide involontaire et encadrement de l'insémination avec tiers donneur. Toutes trois utilisent le même terme de « *personne humaine* » afin de qualifier l'embryon. Les juridictions affirment alors des positions politiques très claires. Le lien entre la décision et une position défavorable à l'avortement est ainsi tout à fait évident dans la décision de la Cour d'appel de Toulouse du 21 septembre 1987 :

> *« attendu que* le droit essentiel qu'il [appartient au CECOS] *de préserver est* celui de l'enfant à naître *qui, dès sa conception, c'est-à-dire dès la formation de l'embryon, possède pleinement, en virtualité tout au moins, tous les attributs de la personne humaine. Pareil droit, juridiquement protégé en dépit de l'atteinte que le législateur a estimé opportun de lui porter par la législation sur l'avortement, ne pouvant être mis en balance avec un prétendu "droit" des futurs père et mère à l'enfant »*[716].

Ici point de qualification négative : la qualité de personne est clairement affirmée. L'association de l'expression « *personne humaine* » à l'affirmation d'un droit à naître semble indiquer que ce terme est pris comme synonyme de « personne juridique ». Les juridictions n'ont nullement l'intention de se contenter de reconnaître à l'embryon un statut de « non-chose ». Cette volonté se retrouve dans le vocabulaire utilisé par ailleurs dans leurs motivations.

187. Remarque sur le langage. La « personnification » de l'embryon dans ces décisions se manifeste par l'emploi d'un vocabulaire très éloigné des termes techniques relevés précédemment. Dans ces décisions, on retrouve ainsi beaucoup plus fréquemment le terme

[714] CA Toulouse 21 sept. 1987 : *JCP G.* 1988.II.21036, note ES de la MARNIERRE ; *D.* 1988.184, note D. HUET-WEILLER. CA Versailles, 19 janv. 2000 : *LPA,* 14 juin 2002, n° 119, p. 4, note A. BERTRAND-MIRKOVIC. CA Reims, 3 févr. 2000 : *Defrénois*, 2000, J, 568, note E. FORGEARD ; *Dr. fam.* 2000, chr. 21, note D. VIGNEAU.

[715] La première a en effet été rendue à une époque où l'avortement était encore une infraction pénale (CA Amiens 28 avr. 1964 : *Gaz. Pal*, 1964.II.167) : sa position selon laquelle il peut y avoir homicide volontaire anténatal ne surprend donc pas. La seconde est postérieure à la légalisation de l'avortement mais précède la pérennisation de cette possibilité (CA Rouen, 21 nov. 1979 : *D.* 1981.30, note D. HUET-WEILLER) et ne porte pas directement sur la protection corporelle de l'embryon, mais seulement sur la possibilité de reconnaître une possession d'état prénatale, devant profiter à un enfant effectivement né. Que la juridiction prenne alors une décision favorable à la reconnaissance d'un statut d'enfant légitime (La *possibilité* théorique d'une possession d'état prénatale est reconnue même si, en l'espèce elle n'est pas établie en raison de l'imprécision des éléments apportés) n'est alors pas très surprenant, et en dit sans doute plus sur l'importance de la nature de la filiation à l'époque que sur la position des juges face à la protection du corps de l'embryon.

[716] CA Toulouse, 21 sept. 1987, préc., nous soulignons.

d'« *enfant* »[717] ou « *enfant à naître* »[718]. Les juges des deux décisions de 2000 emploient même le terme de « *bébé* », voire, pour la Cour de Reims, le prénom que les parents ont donné à l'enfant mort-né[719]. L'utilisation de ces mots très intimes, porteurs d'une charge émotionnelle forte, semblent bien être le signe, au-delà des espèces en cause, d'une prise de position de principe sur le statut de l'embryon[720].

188. Conclusion de la Section 1. Confrontées à des affaires impliquant des cadavres, des embryons ou du moins la question de l'existence d'une personnalité juridique prénatale ou *post mortem*, les juridictions choisissent très peu la voie de la qualification directe. Si les affaires sont peu nombreuses et l'analyse des décisions parfois difficile, deux éléments sont cependant remarquables.

D'une part, on note que, malgré la polarisation très forte des positions, en particulier à propos de l'embryon, les juridictions n'appliquent pas aux corps le terme de *chose* et préfèrent écrire qu'embryons et cadavres *ne sont pas des personnes*. Ce constat pourrait être mis en parallèle avec celui déjà établi à propos des textes eux-mêmes : en la matière, le langage du droit s'euphémise au fur et à mesure que le statut des corps devient moins protecteur.

D'autre part, malgré le faible nombre de décisions ici étudiées, il est possible de suggérer que ce sont les juridictions du fond qui prennent les positions les plus explicites. Certes, plusieurs biais peuvent expliquer ce phénomène, et avant tout la technique de rédaction des arrêts de cassation qui limite la marge d'expression des juges des juridictions supérieures. Mais ce constat rappelle celui que fait Dimitrios TSARAPATSANIS dans sa thèse :

> *« d'une manière générale, le discours de justification produit par les juridictions supérieures ne se sert que de manière marginale du concept de "personne" pour attribuer des significations à des énoncés normatifs, relatifs au traitement de la vie humaine anténatale »*[721].

L'attitude des juridictions, et en particulier des juridictions supérieures, tend plutôt à des « qualifications indirectes » ; à un discours détourné qui applique au corps tantôt le statut de chose, tantôt celui de personne, mais sans jamais utiliser clairement ces qualifications.

---

[717] CA Rouen, 21 nov. 1979, préc. ; CA Reims, 3 févr. 2000, préc.
[718] CA Versailles, 19 janv. 2000, préc. ; CA Toulouse, 21 sept. 1987, préc.
[719] CA Reims, 3 févr. 2000, préc. : « *son bébé, une petite fille qu'elle a appelé Mareva* » ; « *bien que non séparée du sein de sa mère lors de son décès, la petite Mareva était une personne humaine* ».
[720] On retrouve cette utilisation du « prénom » du fœtus dans le commentaire qu'A. LE GOUVELLO consacre à un arrêt de la Cour d'appel de Pau rejetant l'homicide involontaire sur embryon, solution que la commentatrice déplore : « *À Pau, les juges ont froidement considéré que le petit Yanis, ainsi prénommé par ses parents, n'était pas un être humain protégé par le droit pénal. Yanis a été renvoyé dans les limbes du droit pénal...* » (« Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam*. 2015, comm. 85).
[721] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 96.

Section 2 Statuer sans nommer : la diversité des qualifications indirectes

189. Banalité de la situation, complexité de l'analyse. Dans sa thèse, Dimitrios TSARAPATSANIS notait déjà à propos de deux arrêts du Conseil d'État[722] :

> *« l'argumentation personnificatrice n'est employée que de manière indirecte ou implicite, et dans tous les cas, sans utilisation* expressis verbis *des locutions " personne ", "personne juridique " ou "sujet de droit"»*[723].

Ne pas qualifier l'objet, tout en lui appliquant des régimes attachés tantôt à la chose tantôt à la personne, est une attitude que l'on constate couramment dans la jurisprudence relative aux embryons et aux cadavres. On recense ainsi une soixantaine de décisions dans ce sens, également partagées entre les deux sujets.

L'analyse de ces décisions est cependant délicate. Repérer et commenter une qualification indirecte implique nécessairement de faire un travail de qualification *a posteriori* dont on a déjà abondamment souligné le caractère subjectif et politique[724]. Comme le note Michelle GOBERT, « *l'interrogation est d'importance qui conduit à se demander si la jurisprudence existe par elle-même ou si elle n'existe que réfléchie* »[725]. Selon nous, c'est bien le regard de l'interprète, déjà placé dans un certain positionnement doctrinal, qui assigne une certaine interprétation à une décision ; plus exactement, pour reprendre les termes de Dominique ROUSSEAU, « *la décision se construit toujours dans le rapport complexe et indéfini entre ce qu'elle dit et ce que le commentateur, et pour parler net, ce que la subjectivité du commentateur dit d'elle* »[726]. Ainsi, il n'est pas toujours évident d'analyser les méthodes d'interprétation qui sous-tendent les décisions étudiées. Comme le soulignent François OST et Michel van de KERCHOVE, « *les juges se montrent généralement très discrets à propos des méthodes d'interprétation qu'ils adoptent, de sorte que les motivations de leurs décisions sont très peu explicites* ». Ils nomment ce phénomène « *refoulement de l'interprétation* »[727].

---

[722] CE, 21 déc. 1990, n° 105743, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres* ; CE, 21 déc. 1990, n° 111417, *Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement, Association des médecins pour le respect de la vie* ; *Rec.,* p. 368, concl. B. STIRN ; C.M., F.D. et Y.A., « Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionalité », *AJDA*, 1991, p. 91.

[723] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 79.

[724] *Supra* n° 14 et s.

[725] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 344.

[726] D. ROUSSEAU, « Une décision non commentée existe-t-elle ou commenter est-ce délirer ? », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 903.

[727] Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 80.

190. Critères d'analyse. Pour plus de clarté, nous reprendrons ici les critères de qualification que nous avions déjà appliqués à notre analyse de la législation[728]. Ainsi, on considérera qu'il y a qualification indirecte de personne lorsque la juridiction déclarera l'existence de droits subjectifs[729] ou d'un état concernant un embryon ou un cadavre. À l'inverse, le constat d'une absence de droits ou d'état conduira à une analyse en termes de qualification indirecte de chose. On supposera également que cette qualification est suggérée lorsque la juridiction applique à son objet des règles relatives à la propriété. On ajoutera cependant un critère de lecture : l'application, ou le refus d'application, d'une disposition du droit pénal relative à la personne humaine dans la mesure où les juridictions semblent lier leur décision à l'idée de personnalité juridique[730].

Il apparaît alors que lorsque les juridictions appliquent aux corps le régime de la chose, elles usent de termes nuancés, préférant le plus souvent refuser l'application du régime de la personne **(§1)**. L'application du régime des personnes conduit quant à lui à des motivations contournées dont l'analyse n'est pas toujours aisée **(§2)**.

§ 1 La qualification indirecte de chose : subtilité des motivations

§ 2 La qualification indirecte de personne : ambivalence des motivations

§1. La qualification indirecte de chose : subtilité des motivations

191. Une tendance argumentative. Le nombre de décisions appliquant à l'embryon et au cadavre une qualification indirecte de « chose » est à peu près égal, une quinzaine environ pour chacun de ces objets. On remarque cependant que la démarche argumentative n'est pas exactement similaire dans les deux cas[731] : lorsque la question concerne des cadavres, deux

[728] V. *supra* n°100 et s.

[729] On écartera les cas de réparation d'un dommage subi *in utero* lorsque l'enfant est par la suite né vivant et viable. D'une part la réparation du préjudice est contestée comme droit subjectif et d'autre part l'analyse de ces décisions peut tout à fait relever de la simple application de la maxime *infans conceptus*, qui ne dit rien en elle-même sur le statut de l'embryon v. M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD. civ.,* 2001, p. 285. On a cependant retenu les quelques cas dans lesquels la juridiction s'exprimait très explicitement sur la question de la personnalité juridique.

[730] Comme le note pertinemment É. PORT-LEVET-SERVERIN, l'interprétation des décisions est sans doute plus simple dans le champ du droit pénal puisque l'objet du procès est par définition l'application de la loi, contrairement à ce qui peut être le cas dans un procès civil : *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé,* th. Lyon III, 1983, p. 306 et s.

[731] Comme nous l'avons souligné, il est toujours délicat d'analyser le raisonnement d'une juridiction sans disposer de la totalité des conclusions des parties et des pièces présentées. Il est certain que l'argumentation adoptée par la juridiction dépend des éléments de demande et de défense (pour une illustration des difficultés de qualification rencontrées par une juridiction en raison de l'argumentation de la partie demanderesse v. CA Toulouse, 18 avr. 1994 : *JCP G.* 1995.II.22472, note Cl. NEIRINCK). Cependant, lorsque plusieurs juridictions, statuant sur des questions différentes, adoptent une stratégie argumentative similaire on peut suggérer qu'en dehors des différences

stratégies argumentatives coexistent : le refus de l'application du régime des personnes et l'application du régime des choses **(A)**. S'agissant de l'embryon, c'est la première de ces deux stratégies qui prédomine **(B)**.

A. Le droit applicable *post mortem* : une stratégie argumentative divisée
B. L'embryon : refus d'application du statut de personne

A. Le droit applicable *post mortem* : une stratégie argumentative divisée

192. Le régime du corps après la mort est généralement clairement déterminé par des dispositions spéciales. Il a pu arriver cependant que les juridictions aient à se prononcer sur l'application *post mortem* de dispositions générales. On note alors deux stratégies argumentatives distinctes : soit les juridictions appliquent aux cadavres le régime de la chose sans pour autant les désigner ainsi **(1)**, soit elles rejettent l'application des régimes de protection accordés aux personnes **(2)**.

1) L'application du régime de la chose
2) Le rejet du régime de la personne

1) L'application du régime de la chose

193. Dans plusieurs décisions prises dans le contexte funéraire, les juridictions ont appliqué au cadavre des dispositions issues du droit des biens.

194. Des choses mais pas des biens. La première affaire recensée date de 1932[732] : un entrepreneur de pompes funèbres réclamait la possibilité d'exercer un droit de rétention sur un corps qu'il avait en sa possession jusqu'à paiement des prestations exécutées. Afin de lui refuser ce droit, le Tribunal de la Seine affirme

> *« si les corps des défunts constituent, en fait, pour les entrepreneurs de funérailles, l'objet d'une exploitation fructueuse, il n'en reste pas moins qu'en droit ils ne présentent pas le caractère d'objets existant dans le commerce et susceptibles d'appropriation privée ».*

On note toute l'ambiguïté de la formulation que l'on retrouvera dans d'autres décisions : la juridiction n'affirme pas explicitement que les corps morts sont des choses mais, en affirmant leur caractère hors commerce, elle admet qu'ils en sont. L'ancien article 1128 du Code civil ne

entre les demandes présentées il existe sans doute un schéma argumentatif commun aux juges.
[732] Trib. Seine, 20 déc. 1932 : *Gaz. Pal.* 1933, jur., 323.

saurait en effet s'appliquer qu'à des choses étant donné sa formulation et sa situation dans le Code civil[733]. Dans cette espèce, les juges adoptent donc, sans le dire avec clarté, une position de principe : les cadavres sont des choses mais ne sauraient être des biens.

195. Des choses appropriées. Cette position n'est pas celle des autres décisions recensées. La Cour d'appel de Paris[734], la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[735] et le TGI de Lille[736] ont en effet pu admettre, sans l'affirmer explicitement, la possibilité d'une *appropriation* des corps morts.

Les deux premières décisions sont rendues dans une même affaire : la morgue d'un hôpital laisse par mégarde le corps d'un homme entamer le processus de décomposition. Le corps est présenté à la famille quatre jours plus tard. Très choquée, celle-ci engage la responsabilité de l'établissement. La Cour d'appel comme la Cour de cassation accueillent favorablement la demande en considérant que l'hôpital avait, « *en qualité de dépositaire* », l'obligation de conserver « *la dépouille mortelle* » pour la première, « *le corps* » pour la seconde. L'application du régime du dépôt ne s'entend que si ce qui est déposé est une chose et par ailleurs une chose possédée par le déposant[737].

L'idée d'une appropriation des restes mortels apparaît également dans certaines décisions qui invoquent la « propriété familiale »[738] sur la dépouille. Ainsi, en 1952, le Tribunal correctionnel de Nice affirme que

> *« des ossements rassemblés dans un caveau, une crypte, un dépositoire ou un cimetière, ne constituent pas des* res derelictae *; qu'à défaut des familles, les autorités administratives et religieuses qui en assurent la garde en ont, pour le moins, une détention dont elles ne peuvent être privées que par un acte constituant une soustraction frauduleuse ».*

Par ce raisonnement, la juridiction remplit deux objectifs : non seulement elle sanctionne la soustraction d'ossements en la qualifiant de *vol* mais encore elle s'assure que cette qualification ne dépend pas de la présence de proches : la « garde » des ossements pouvant être publique, les cadavres « isolés » se trouvent également protégés[739]. Le commentateur de cette décision

---

[733] v. *infra* nbp 1492 sur la suppression de cette disposition.
[734] CA Paris, 8 févr. 1990, préc.
[735] Cass. civ. 2e, 17 juill. 1991, n°90-14441, préc.
[736] TGI Lille, 10 nov. 2004, préc.
[737] L'article 1915 C. civ. dispose ainsi « le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ». La Cour de cassation a pu faire application du régime du dépôt pour un animal : Cass. civ 1re, 10 janv. 1990 : *RTD civ*. 1990.517, obs. Ph. RÉMY ; *RTD com*. 1990. 460, obs. B. BOULOC.
[738] Trib. civ. Bordeaux 1er août 1888 et CA Bordeaux, 24 févr. 1890 : *D*. 1891.II.21.
[739] V. également Trib. corr. Fort-de-France 22 sept 1967 (*JCP G.* 1968.II.15583, note P.-G. BISWANG) : dans cette décision deux personnes sont relaxées du chef de vol de cadavre dans une sépulture du fait d'un désistement volontaire mais en admet le principe. Le tribunal ne précise pas qui aurait été le propriétaire du corps.

souligne cependant que l'objectif premier de cette qualification était vraisemblablement d'aggraver la sanction encourue, la peine pour violation de sépulture étant jugée trop légère au regard des faits[740].

Le Tribunal de grande instance de Lille reprend l'idée de propriété des corps dans ses décisions du 10 novembre 2004[741] et du 6 janvier 2011[742]. Il énonce ainsi, par deux fois, que

> *« la dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil »*[743].

196. Remarque sur le langage. Dans ces décisions, le corps mort est qualifié indirectement de bien puisqu'il peut être approprié. Soulignons cependant que ni ce mot ni celui de chose ne sont utilisés. Les juridictions semblent lui préférer la tournure latine prise négativement (« *ne sont pas des* res derelictae *»*) ou encore les vocables de « *corps* », « *dépouille mortelle* » ou d' « *objet* ». Deux explications peuvent éclairer ce constat. D'une part, on peut penser que les juridictions reprennent dans leurs décisions les termes des textes qu'elles appliquent. Or, on l'a vu, le mot « chose » n'est pas utilisé par la loi, que ce soit d'ailleurs pour désigner les embryons ou les cadavres[744]. À l'inverse, les expressions « *corps* »[745] ou « *restes* »[746] sont particulièrement utilisées dans les règlementations funéraires[747]. D'autre part, on peut suggérer une fois encore que l'imposante absence de la « chose » participe d'un langage du droit policé, euphémisé dès qu'il touche aux corps humains. Cette hypothèse pourrait être corroborée par le fait que le mot « objet » est parfois utilisé par les juges en lieu et place de celui de « chose ». On constate l'emploi de ce terme dans deux autres décisionsqui affirment que les corps morts sont des « *objet*[s] *de respect dont le caractère sacré est rappelé par* » le droit et ne peuvent être des « *objets existant dans le commerce* »[748].

---

[740] Deux personnes s'étaient introduites dans une église pour y voler les crânes de deux anciens curés. L'un des deux avait ensuite été détruit lors d'une cérémonie religieuse sectaire. Cette pratique d'ajouter des infractions lorsque l'acte choque particulièrement la conscience collective se retrouve par exemple dans des affaires de nécrophilie : A. MALIVIN, « L'article 360 du Code pénal, ou l'inextricable question de la nécrophilie en droit », *Le traitement juridique du sexe,* G. DELMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), Coll. Presses universitaires de Seaux, L'Harmattan, 2010, p. 134.

[741] TGI Lille, 10 nov. 2004 : *D.* 2005, 930, note X. LABBÉE.

[742] TGI Lille, 6 janv. 2011 : *JCP G.* 2011, 104, obs. X. LABBÉE.

[743] Il n'est pas possible de savoir si la seconde décision est fondée sur l'article 16-1 ou sur l'article 16-1-1 : le commentateur ayant ajouté une numérotation entre crochet dans la reproduction de la seconde décision.

[744] V. *supra* n° 35 et s.

[745] Art. L. 2223-38 et -39 et R. 2213-3 CGCT ; art. R. 1112-75 et -76-1 CSP ; arrêté du 6 sept. 2013 portant agrément de produits destinés aux soins de conservation du corps de la personne décédée, JORF n° 0211 du 11 sept. 2013, p. 15224 ; arrêté du 17 nov. 1986 fixant la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires prévues par le décret n° 76-435 du 18 mai 1976 modifiant le décret du 31 déc. 1941, JORF du 20 déc. 1986, p. 15280

[746] Art. L. 2223-4 CGCT ; art. 16-1-1 C. civ.

[747] V. *supra* n° 71 et s.

[748] Trib. Seine, 20 déc. 1932 ; TGI Lille, 10 nov. 2004, préc.

Cette formulation n'est pas anodine car le terme d'objet est polysémique : il peut à la fois désigner la matérialité d'une chose et le sujet d'un discours, d'un sentiment ou la fin d'une action[749]. Ainsi son usage n'engage-t-il pas directement le locuteur en terme de qualification juridique : l'« objet » peut être une chose comme une personne et la connotation du terme permet de ne pas « marquer » sa décision de façon trop radicale, même si le régime appliqué est *in fine* celui de la chose. « Objet » est le terme euphémisant par excellence puisqu'il ne dit rien juridiquement, puisqu'il sort le discours du domaine juridique. Une attitude de contournement similaire peut être notée dans la façon dont les juridictions refusent parfois l'application aux corps morts du régime de la personne.

2) Le rejet du régime de la personne

197. On relève moins d'une dizaine de décisions qui, statuant sur des questions relatives au traitement des cadavres, refusent d'appliquer des dispositions liées aux personnes. Elles concernent l'application de droits de la personnalité (**a)** ou la mise en œuvre d'infractions pénales **(b)**.

a) Les droits de la personnalité : droits des vivants

198. En l'espace de quinze ans, la Cour d'appel de Paris[750] s'est prononcée deux fois sur l'application *post mortem* du droit au respect de la vie privée issu de l'article 9 du Code civil. Les formulations employées sont quasiment similaires dans ces deux affaires. Elle affirme d'abord en 1982 que :

> *« si l'article 9 du code civil confère à chacun le droit d'interdire toute forme de divulgation de sa vie privée, cette faculté n'appartient qu'aux vivants » ;*

puis en 1997 que :

> *« considérant que si toute personne* […] *a droit au respect de sa vie privée, la faculté ouverte à chacun d'interdire toute forme de divulgation de celle-ci n'appartient qu'aux vivants* ».

Bien que ces décisions n'affirment pas la disparition de tous les droits de la personnalité mais uniquement de droit au respect de la vie privée, ces motivations tendent à affirmer que les

[749] V. *Le Petit Robert*, 2013, V° *Objet* : les sens n° 2 (« *chose solide ayant unité et indépendance* »), n° 6 (« *matière sur laquelle porte un droit, une obligation, un contrat, une convention, une demande* ») désignent une « chose » au sens juridique là où les sens 3 (« *être ou chose à quoi s'adresse un sentiment* ») et n° 4 (« *ce vers quoi tendent les désirs, la volonté, l'effort, l'action* ») pourraient en droit être indistinctement des choses ou des personnes.
[750] CA Paris, 3 nov. 1982 : *D.* 1983, jur. p. 248, note R. LINDON (droit au respect de la vie privée) ; CA Paris, 27 mai 1997 : *D.* 1997, jur. 596, note B. BEIGNER ; *LPA*, 9 juill. 1997, n° 82, p. 26, note E. DERIEUX et Fr. GRAS (droit au respect de la vie privée).

morts ne sont pas « chacun » au sens de l'article 9 du Code civil et donc pas des personnes. Une décision de la Cour de cassation du 22 octobre 2009 va dans ce sens[751]. Face aux arguments d'une requérante affirmant que la seule diffusion non consentie d'images de son père décédé portait une atteinte à son droit à la vie privée, la Cour répond que

> *« si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort ».*

199. Indirectement, la Cour affirme la disparition du droit à la vie privée *post mortem* puisque, du vivant de la personne, elle estime classiquement qu'en tant que droit subjectif la seule diffusion non-consentie d'une image constitue une atteinte au droit de l'article 9, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une faute ou d'un préjudice[752] : le droit de la personnalité disparaît donc après la mort, seule subsiste la possibilité pour les ayants-droit de voir leur préjudice réparé par les mécanismes classiques de la responsabilité civile.

Cette lecture est reprise par le Conseil d'État et la Cour d'appel de Nice. Le premier affirme en 2011 que

> *« le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, et n'est pas transmis aux héritiers ; que si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel, direct et certain* »[753].

La seconde reprend la formule deux ans plus tard et énonce :

> *« le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit qui n'est pas transmis aux héritiers et encore moins aux proches qui n'ont pas la qualité d'ayants-droit du défunt* »[754].

La disparition *post mortem* du sujet de droit semble claire, mais on remarque que les formulations usitées ne manquent pas de finesse : ce n'est pas tant le respect de la vie privée qui disparaît avec la mort que le droit d'*agir*. La différence semble subtile[755] mais, dans cette

[751] Cass. civ 1re, 22 oct. 2009, n° 08-10.557 : *Légipresse* mars 2010, p. 19, not. G. SAUVAGE ; *RTD civ.* 2010, p. 79 obs. J. HAUSER.
[752] En général sur l'émancipation des conditions traditionnelle de faute et de préjudice dans l'atteinte aux droits subjectifs v. par ex. P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD* 1964, tome 9, *Le droit subjectif en question*, spéc. p. 90 et s. ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007.227 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2013, n° 17, p. 176.
[753] CE, 27 avril 2011, n° 314577.
[754] CA Nîmes, 10 janv. 2013, n° 12/00466, nous soulignons. La formulation « *seule titulaire de ce droit* » avait également été utilisée par la Cour d'appel de Paris pour affirmer que la présomption d'innocence ne s'appliquait qu'à des personnes vivantes. V. *supra* n° 177.
[755] Sur une vision des attributs de la personnalité comme des biens v. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006, n° 321 et s.

dernière décision, les juges considèrent que la publication injurieuse, effectuée après le décès, porte atteinte à « *l'honneur* » du défunt, « *à sa dignité et à sa probité* » : si le *droit* de la personnalité disparaît les *attributs* de celle-ci[756] survivent puisqu'ils peuvent faire l'objet d'une atteinte.

200. Remarque sur le langage. Ces quelques décisions illustrent un aspect capital de la construction de la jurisprudence dans des domaines où le contentieux est rare : la reprise quasiment *in extenso* des motivations antérieures lorsque celles-ci permettent de répondre à une incertitude des textes. On remarque une circulation, une répétition des formulations, non seulement au sein du même ordre de juridiction mais également entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. On peut observer ici une sorte de construction jurisprudentielle par mimétisme[757], que Fanny MALHIÈRE explique ainsi : « *le fait jurisprudentiel, bien qu'ayant révélé les lacunes du législateur, est fondamentalement présenté comme un élément de continuité normative qui garantit l'unité et la cohérence du droit. Le caractère répétitif de la formulation jurisprudentielle tend à assurer* […] *l'autonomie du système juridique* »[758]. Nous reviendrons sur cette attitude particulière des juridictions[759].

b) Les infractions d'atteinte à la personne : protection des vivants

201. Plusieurs décisions écartent explicitement la possibilité d'appliquer aux morts la protection offerte par le droit pénal[760]. Elles n'affirment cependant jamais que les morts « ne sont pas des personnes » mais plutôt qu'ils ne sont pas titulaires de droits ou que l'infraction en cause ne s'applique qu'à des « personnes vivantes ». Les juridictions manifestent cependant un certain malaise lorsqu'elles doivent justifier l'application de dispositions seules susceptibles d'apporter une réponse pénale à des agissements moralement répréhensibles.

---

[756] La qualité de droit de la personnalité n'est pas débattue pour le droit à l'honneur : v. par ex. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes,* 17e éd., Lexis-Nexis, 2015, n° 78. Pour une lecture de la dignité en ces termes : M. FABRE-MAGNAN, V° *Dignité humaine*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008, p. 286.

[757] Sur la construction de la jurisprudence par « imitations » successives des juges v. *infra* n° 744, not. à propos de la position de R. DWORKIN exposée dans « La Chaîne du droit », trad. Fr. MICHAUD, *Droit et société,* 1985-I, p. 51.

[758] F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 119.

[759] *Infra* n° 297 et s.

[760] Cour d'ass. Vienne, 28 mai 1836 : *S.* 1836.I.546 (suppression d'enfant) ; T. corr Poitiers, 27 avr. 1950 : *JCP G.* 1950.II.5618, note PAGEAUD (omission de porter secours) ; Cass. crim, 13 juill. 1965, n°65-90.040 : *Bull crim*. n° 175, p. 387 (attentat à la pudeur) ; Cass crim., 25 oct. 2000, n° 00-82152 : *Bull crim*, n° 318; *JCP G.* 2001.II.10566, note MISTRETTA ; *D.* 2001. 1052, note GARE ; *Dr. pén.* 2001, comm. 15, obs. M. VERON.

202. Formulations multiples du rejet de la personnalité *post mortem.* La décision la moins nuancée du corpus est un ancien arrêt de la Cour d'assises de la Vienne de 1836[761]. À la question de savoir si l'infraction de suppression d'enfant est applicable à un enfant mort-né, la juridiction répond :

> *« un cadavre n'est rien :* nihil est*, d'après les lois romaines, c'est ce qui n'a pas de nom sur terre, d'après la langue philosophique et religieuse. L'être qui n'a jamais existé* […] *n'a rien reçu ni rien transmis ; aucun droit n'a pu aller à lui, ni en descendre ; ce n'est point un enfant ; conséquemment la protection de l'article 345* [anc. C. pén.] *ne lui est pas acquise ».*

Soulignons le caractère brutal de la formulation, qui précède de plus de cinquante ans le célèbre mot de Marcel PLANIOL[762]. Cependant, la Cour ne dit pas explicitement que l'infraction ne s'applique pas parce que le cadavre n'est pas une personne juridique. Le raisonnement est plus contourné : la suppression d'enfant sanctionne le fait d'avoir supprimé l'état d'un enfant ; cette infraction vise à protéger les enfants contre des agissements ayant pour but de détourner leurs droits : le cadavre n'étant pas un enfant et n'ayant pas reçu de droits, l'infraction ne saurait être constituée contre lui. Le raisonnement de la juridiction est à la frontière entre un raisonnement téléologique et une application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale[763].

En 1950 et 1965, deux décisions affirment l'inapplicabilité des infractions d'abstention d'assistance[764] et d'attentat à la pudeur[765] si les actes ont été commis sur des cadavres. Une fois encore les formulations sont évasives. La première affirme ainsi que le mis en cause

> *« ne peut pas être coupable du délit d'abstention d'assistance* […] *qui suppose nécessairement une personne en péril et susceptible d'être assistée ou secourue ».*

Le doute est permis : le cadavre n'est-il « pas une personne » ou « pas une personne susceptible d'être secourue » ? En d'autres termes, l'infraction n'est-elle pas constituée car le droit pénal ne s'applique qu'aux personnes juridiques ou parce que le cadavre ne peut pas être secouru ? Il n'est pas impossible que l'ambiguïté soit volontairement entretenue par la juridiction. À ce titre, il est notable que le commentateur de la décision se concentre justement sur la question de savoir si l'infraction est applicable une fois le péril réalisé, et non sur la question de la personnalité *post mortem*. La seconde décision note simplement que l'infraction d'attentat à la pudeur ne peut être constituée qu'à l'égard d'une « *personne vivante* »[766]. Là encore la

[761] Cour d'ass. Vienne, 28 mai 1836 : *S.* 1836.I.546.
[762] « *Les morts ne sont plus rien* » : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 3e éd., LGDJ, 1904, p. 145.
[763] V. art. 111-4 C. pén.
[764] Trib. corr Poitiers, 27 avr. 1950 : *JCP* 1950.II.5618, note PAGEAUD.
[765] Cass. crim, 13 juill. 1965, n°65-90.040 : *Bull crim*. n° 175, p. 387.
[766] L'affaire concernait un attentat à la pudeur suivi d'un homicide. La Cour relève précisément que si la juridiction du fond avait reconnu la concomitance des actes elle avait nécessairement retenu que l'attentat à la pudeur était

formulation est ambiguë : est-on dans un cas d'appréciation stricte de la loi pénale ou dans une hypothèse où, la personne juridique ayant disparu, le droit pénal ne trouve simplement pas à s'appliquer ? Les deux logiques sont théoriquement distinctes mais l'on voit bien comment la tournure adoptée ne permet pas de trancher entre ces deux interprétations.

Dans la dernière décision de ce corpus, rendue en 2000[767], la Cour de cassation adopte une motivation plus neutre encore. Dans une affaire concernant la soustraction d'objets placés dans des sépultures, la Cour d'appel avait, pour qualifier le vol, affirmé qu'« *aucun élément ne permet de présumer une renonciation des défunts à leur droit de propriété sur ces objets* »[768]. Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation se contente d'affirmer que le vol est suffisamment caractérisé par le fait que les mis en cause s'étaient emparés d'« *objets qu'ils savaient ne pas être abandonnés* ». Elle ajoute que le motif relatif à la qualité de propriétaires des défunts est « *erroné mais surabondant* » : la Cour veut apparemment réfuter la possibilité pour des défunts d'être propriétaires et donc sujets de la protection pénale contre le vol.

203. Difficulté de motivation. Cette dernière affaire montre la façon dont les juridictions sont soumises dans la rédaction de leur motivation à une triple contrainte : caractériser les éléments du texte appliqué, assurer une forme de cohésion des différentes branches du droit et parvenir à un résultat socialement satisfaisant[769]. Dans cet arrêt par exemple, le vol étant la soustraction de la chose d'autrui[770], il ne peut être caractérisé que sur une chose appropriée ; or, si l'on peut concevoir que les sépultures entretenues, et les objets qu'elles contiennent, sont bien appropriés, l'affirmation est plus difficile lorsque, comme dans le cas d'espèce, les objets ont été précisément retirés à l'occasion du nettoyage de concessions non-renouvelées[771]. L'affirmation de la Cour d'appel avait le mérite de régler la question de l'appropriation même dans les cas où aucune personne ne pouvait prétendre à un droit sur les tombes. Sont protégés ainsi à la fois les morts « entourés » et les autres[772]. La Cour de cassation est alors elle prise

---

antérieur car le considérer comme constitué « *implique qu'il a été commis sur une personne vivante* ».

[767] Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-82152, préc.

[768] CA Montpellier, 16 févr. 2000 : cité dans Cass. civ. 1re, 25 oct. 2000 : *Bull. crim*., n° 318 ; *JCP G*. 2001.II.10566, note MISTRETTA ; *D*. 2001.1052, note GARE ; *Dr. pén*., 2001, comm. 15, obs. M. VERON.

[769] Sur la théorie des contraintes argumentatives v. *infra* n° 248. Sur la notion de cohérence du droit v. *supra* n° 14 et s.

[770] Art. 311-1 C. pén.

[771] Th. GARÉ considère dans son commentaire que les objets font l'objet d'une indivision entre héritiers (*JCP G*. 2001, p. 1053).

[772] Comp. Trib. corr. Nantes 12 oct. 1942 (*Gaz. Pal.* 1942.2.252) : dans cette affaire les objets dérobés avaient été pris dans les tombeaux transférés en fosse commune. La juridiction semble alors désigner les personnes qui les y ont déposé comme propriétaire pour qualifier le vol mais dans une motivation particulière : « *on ne saurait considérer comme choses volontairement abandonnée, avec l'intention de les laisser au er occupant les* […] *objets déposés dans les cercueils ou qui ornent les tombes, que ces objets ont une destination spéciale qui n'implique nullement, de la part de ceux qui s'en sont dessaisi, l'intention de les délaisser* ».

entre l'enclume des qualifications juridiques et le marteau de l'équité car, en l'espèce, le vol semblait la seule infraction susceptible de sanctionner un comportement socialement inacceptable et dont il aurait été incompréhensible qu'il ne soit pas réprimé [773]. La Cour, au sommet de l'art de la motivation, valide donc la décision en considérant que les objets n'étaient « *pas abandonnés* » mais sans pour autant désigner un propriétaire. Elle garde la « face » de la juste qualification juridique : les éléments du vol sont constitués sans qu'elle ait à se prononcer sur la qualification apportée aux défunts.

204. Remarque sur le langage. Le corpus est ici très peu étendu mais il est possible de noter dans ces quelques décisions une évolution historique des motivations. De formulations très affirmatives et catégoriques au XIX[e] siècle on passe progressivement à des motivations plus nuancées et ambiguës. Ce constat pourrait caractériser, une fois encore, une euphémisation progressive du discours : la protection des cadavres ne se renforce pas, les juges lui dénient toujours autant la protection du droit pénal général, mais la façon de le faire évolue vers un discours plus policé. On retrouve cette évolution dans les décisions qui semblent dénier la qualité de personne aux embryons.

B. L'embryon : refus d'application du statut de personne

205. Présentation du corpus. Contrairement à ce qui a été constaté à propos des cadavres, les juridictions procédant à des qualifications indirectes pour statuer sur des questions relatives au régime des embryons affirment davantage l'inapplicabilité des normes attachées aux personnes que l'application de celles relatives aux choses[774]. Cet ensemble de décisions regroupe trois grands sujets qui se sont succédé historiquement. Deux thèmes ne sont aujourd'hui plus d'actualité mais mettent en évidence les raisonnements qui ont été mobilisés par les juridictions pour résoudre certaines difficultés : l'infraction de suppression d'enfant et la mise en œuvre de la rente d'accident du travail **(1)**. L'application du droit pénal à la protection de l'embryon reste, quant à elle, une question d'actualité **(2)**.

---

[773] V. Ch. PERELMAN et P. FORIERS, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 421 : « *aussi longtemps que, par la motivation, le juge n'avait à se justifier que devant le législateur, en montrant qu'il ne violait pas la loi, il lui suffisant d'indiquer les textes dont il faisait application dans son jugement. Mais, si la motivation s'adresse à l'opinion publique, celle-ci voudrait, en outre, que l'interprétation de la loi par le juge soit la plus conforme tant à l'équité qu'à l'intérêt général* ».

[774] Cette situation peut s'expliquer par les *demandes* qui ont été adressées aux juridictions : la détermination de l'objet du litige par les parties peut expliquer que les juges n'aient jamais eu à appliquer à des embryons un régime propre aux choses. Cependant la répétition de certaines formules laisse à penser que ces qualifications construisent une position collective de refus de la personnalité prénatale.

1) Questions historiques : usage récurrent de l'interprétation systémique

2) Question contemporaine : usage ambigu de l'interprétation stricte de la loi pénale

1) Questions historiques : usage récurrent de l'interprétation systémique

206. L'existence d'un *état civil anténatal* a beaucoup occupé les juridictions au XIX^e^ siècle, notamment à propos de l'infraction de suppression d'enfant[775] (**a)**. S'est ensuite posé le problème de l'application de la maxime *infans conceptus*, en particulier dans le contentieux des rentes d'accidents du travail **(b)**.

a) Suppression d'enfant et délai légal de conception

207. Refus d'un état prénatal. L'article 345 de l'ancien Code pénal a suscité un important débat jurisprudentiel au XIX^e^ siècle. Cette disposition énonçait initialement que :

> *« les coupables d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion ».*

Elle était placée dans une section ayant pour titre :

> *« crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant ou à compromettre son existence ».*

Une question se posait alors : un enfant mort-né pouvait-il faire l'objet d'une suppression ? Dans un premier temps, trois décisions affirmèrent que la formulation générale de la disposition devait conduire à l'appliquer tant aux enfants nés vivants que morts[776]. Cependant, s'attachant à la lettre du texte et à sa place dans le Code[777], la Cour de cassation a rapidement établi que l'infraction ne pouvait être constituée que si l'enfant mort-né avait eu un « *état* »[778]. Suivie en cela par des juridictions du fond, elle affirme rapidement que ce n'est pas le cas pour les enfants mort-nés[779]. Si l'on s'attache aux critères que nous avons retenus

---

[775] Pour une étude générale sur cette infraction v. A. VITU, « Le crime de suppression d'enfant. Remarques pour servir à une refonte de l'article 345, alinéa 1^er^, du Code pénal », in *Mélanges en l'honneur de doyen Pierre Bouzat,* éd. Pédone, 1980, p. 383.

[776] Cass. crim., 5 sept. 1834 : *S.* 1834.I.833. Cass, crim. 21 fév. 1835 : *S.* 1835.I.309. Cass. crim., 27 août 1835 : *S.* 1835.I.920 (sur cette dernière décision v. aussi *infra* n° 280 et nbp 1101).

[777] L'interprétation *a rubrica*, en fonction de la place d'une disposition et de l'intitulé de celle-ci, peut être considérée comme une interprétation systémique : Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 99. Considérant que la place dans un code est descriptive et non normative Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 217.

[778] Cass. crim., 1^er^ août 1836, S. 1836.I.545 : « la suppression d'un enfant, a essentiellement pour objet d'assurer son état civil, ainsi que l'indiquent les titres de la section et du paragraphe sous lesquels cet article est placé ».

[779] Première décision au fond : C. d'ass. Vienne 28 mai 1836, *S.* 1836.I.546. Décisions postérieures de la Cour de

initialement[780], les juridictions effectuaient alors une qualification indirecte négative de « chose », récusant l'application de dispositifs de protection de la personne. Mais la Cour de cassation fait également de la loi pénale une interprétation systémique : la question de l'applicabilité aux enfants mort-nés de l'infraction de suppression se résolvant en réalité sur le terrain civil et non pénal[781]. Ceci est nettement visible dans le raisonnement des juridictions postérieur à la modification du texte par la loi du 13 mai 1863[782].

208. Protection de l'état ou du corps de l'enfant ? La loi de 1863 conserva la formulation initiale de l'article 345 mais y ajouta deux alinéas :

> *« S'il est établi que l'enfant ait vécu, la peine sera d'un mois à cinq ans d'emprisonnement.*
>
> *S'il est établi que l'enfant n'a pas vécu, la peine sera de six jours à deux mois d'emprisonnement. »*

La non-présentation du corps d'un enfant mort-né se trouvait alors spécialement incriminée[783] mais la jurisprudence restait divisée : les trois paragraphes devaient-ils être considérés séparément ou en tant que système ? Dans la première acception les deuxième et troisième alinéas ne visaient qu'à établir le *quantum* de la peine, mais uniquement dans le cas où l'intention de supprimer *l'état de l'enfant*, prévue à l'alinéa premier, était constituée. Dans une seconde acception, l'infraction prévue à l'alinéa premier n'était constituée que si l'on pouvait apporter la preuve de l'intention de supprimer l'*état* de l'enfant, mais les deuxième et troisième alinéas avaient vocation à s'appliquer au cas où seule l'intention de supprimer la *personne* de l'enfant était constituée.

209. Dans les deux cas cependant, la qualification de l'embryon était amenée à évoluer. Si l'on considérait que l'infraction de suppression était constituée même avant la naissance cela signifiait que l'on admettait l'existence d'un *état anténatal* ; si, à l'inverse, on reconnaissait l'existence d'une infraction de suppression d'« *enfant* » même pour les mort-nés, on reconnaissait une protection pénale spécifique à l'embryon de même nature que celle accordée

cassation : Cass., 1er août 1836 : *S.* 1836.I.545 ; Cass., 4 juill. 1840 : *S.* 1840.I.796. Après la modification de la rédaction intervenue en 1863, à propos de l'application du premier alinéa : Cass. crim., 4 mars 1875 : *D.* 1876.I.508.

[780] V. *supra* n° 100.

[781] D'autant plus que les articles 326 et 327 du Code pénal prévoyaient alors que « l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état par le tribunal civil ».

[782] L. du 13 mai 1863 portant modification de plusieurs articles du code pénal : JORF du 20 août 1944, p. 418.

[783] Pour un résumé des positions v. par exemple la note sous Cass. crim. 14 mars 1873 : *D.* 1873.I.161.

aux « *enfants* » vivants, même si le *quantum* de la peine était légèrement différent. N'était-ce pas reconnaître indirectement une forme de personnalité prénatale ?

La seconde interprétation l'ayant emporté[784], la question se posa immanquablement de l'applicabilité du troisième alinéa aux cas de non présentation de « produits de la conception », corps d'embryons issus de fausses couches précoces. On retrouve dans certaines motivations un raisonnement systémique, écartant l'application de l'article 345 du Code pénal lorsque la grossesse a été trop brève au regard des dispositions du droit civil. Trois décisions font ainsi explicitement référence à l'article 313 du Code civil[785], mais plusieurs autres se réfèrent implicitement au délai légal de conception[786].

La qualification de l'embryon comme *personne* par les juridictions s'est déplacée à partir de la loi de 1863 : avant cette date, elles accordent la protection du droit pénal à compter de la seule naissance ; après cette date, la protection de l'embryon comme un « enfant » débute au seuil de la viabilité civile. Notons que la question pourrait resurgir à l'avenir. L'article 227-13 du Code pénal prohibe aujourd'hui « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* » : cette infraction pourrait-elle être appliquée à l'établissement mensonger d'un acte d'enfant sans vie ? Deux interprétations *a rubrica* s'affronteraient alors : l'acte d'enfant né sans vie est en effet bien un *acte de l'état civil* au regard du droit civil mais l'infraction de suppression est classée parmi *les atteintes à la filiation*. Or, la question de savoir si cet acte ne porte pas une certaine conception de la filiation reste irrésolue[787]. Par l'utilisation qu'elles ont faite de la méthode d'interprétation systémique, ces décisions doivent être mises en parallèle avec la jurisprudence relative aux rentes d'accident du travail.

---

[784] Cass. crim., 9 avr. 1874 : *D*. 1875.I.5.

[785] Cass. crim., 7 août 1874 : *S*. 1875.1.41, note E. VILLEY ; *D*. 1875.I.8. Trib. corr. Saint-Quentin, 1er juin 1876 : cité par CA Amiens, 29 juin 1876 (*D*. 1880.II.57). Trib. civ. Toulouse, 2 déc. 1896 : *D*. 1897.II.268.

[786] Trib. corr. Chartres, 11 janv. 1865 : cité par CA Paris, 15 févr. 1865, *S*. 1866.II.94 (moins de six mois de conception). CA Paris, 15 févr. 1865 : *S*. 1866.II.95 (par principe l'article 345 s'applique à tous les enfants mort-nés, à condition qu'ils aient la forme d'êtres humains). CA Chambéry, 29 févr. 1868 : *S*. 1869.II.164 (en l'espèce l'embryon était organisé, affirme implicitement que l'infraction n'aurait pas été constituée s'il ne l'avait pas été). CA Dijon, 16 déc. 1868 : *S*. 1869.II.165 (la femme peut apporter la preuve que l'enfant n'était pas viable). CA Grenoble, 10 févr. 1870 : *S*. 1871.II.179 (« *considérant qu'il est constant qu'un fœtus de quatre à cinq mois n'aurait pu vivre de la vie extra-utérine et qu'on ne peut lui donner la qualification l'égale* [sic.] *d'enfant dans le sens de l'article 345 du Code pénal* »). CA Poitier, 31 août 1878 : *D*. 1879.II.29 (la déclaration est obligatoire si la grossesse a duré plus de six mois, la preuve est à la charge de la femme). Trib. corr. Chalon-sur-Saône, 1er mai 1879 : cité par CA Dijon, 11 mai 1879, *D*. 1880.II.57 (« *attendu en droit que pour qu'il puisse y avoir délit de suppression d'enfant il est nécessaire que le produit de la gestation* […] *un fœtus complet et organisé, et susceptible de vie* »). Trib. Cholet, 8 mai 1880 : cité par CA Angers, 31 mai 1880, *D*. 1882.II.138 (la notion d'« enfant » est caractérisée à plus de six mois de grossesse, la charge de la preuve que l'enfant est désorganisé repose sur la femme). CA Angers, 31 mai 1880 : D. 1882.II.139 (l'expertise ayant montré que la grossesse avait plus de six mois, aurait dû déclarer l'enfant).

[787] *Supra* n° 141.

b) Rente d'accident du travail et *infans conceptus*

210. Imprécisions textuelles. L'instauration d'une rente pour les époux et enfants des personnes décédées suite à un accident du travail[788] a posé des difficultés quant à la prise en compte des enfants conçus dans le calcul de la prestation. L'accident étant considéré par la loi comme le fait générateur de l'indemnisation, il fut rapidement établi que seuls auraient droit à la rente les enfants conçus au moment de l'accident, qu'ils soient nés ou non au moment du décès[789]. Cette interprétation correspondait à la lettre du texte. Les juridictions étaient plus démunies lorsqu'il s'est agi de décider si, lorsque l'enfant avait droit à la rente, son montant devait être calculé à compter de sa naissance ou de sa conception. Cherchant un fondement à leurs motivations, certaines juridictions se sont tournées vers une interprétation systémique du droit.

211. Nature de la prestation et qualification de l'embryon. Refusant l'allocation d'une rente à compter de la conception, la Cour d'appel de Douai affirme que la rente a un caractère alimentaire et qu'elle « *ne se comprendrait pas alors que l'enfant n'est pas né et que son existence même est incertaine* »[790]. La formulation est ambiguë et peut suggérer plusieurs lectures.

Dans une première interprétation, on pourrait considérer que la nature alimentaire de la créance nécessite, pour la liquidation, l'établissement des *besoins* du créancier, qui ne peut donc qu'être une personne juridique indépendante. Cette interprétation est cependant démentie par le fait que la rente d'accident du travail était de toute façon déterminée de façon fixe en fonction des revenus de l'accidenté. Une autre lecture indiquerait que le caractère alimentaire de la dette doit s'entendre au sens littéral, comme permettant la subsistance de l'enfant, ce qui ne peut se concevoir que si l'enfant a la capacité *physique* d'être entretenu, et donc s'il est détaché de la femme qui le porte. Dans ces deux interprétations la Cour ne se prononcerait donc pas sur la qualification juridique de l'embryon mais uniquement sur la nature de la créance.

Cependant, le fait que la juridiction ajoute que l'« *existence* » de l'enfant est incertaine pourrait permettre une troisième interprétation : la Cour pourrait ici avancer une *qualification indirecte* de l'embryon, considérant que son existence *juridique*, en tant que créancier n'est pas

[788] L. du 9 avr. 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail : JORF du 10 avr. 1898, p. 2209.
[789] CA Nancy, 17 déc. 1904 : *D.* 1906.II.429. Cass civ., 4 janv. 1935 : *D*. 1935.I.5, note A. ROUAST. Cass. civ., 2 juill. 1936 : *D.* 1936.I.118, note E. de LAGRANGE.
[790] CA Douai, 14 déc. 1926 : cité dans Cass. civ., 24 avr. 1929 (*D*. 1929.I.298).

assurée. Une telle analyse rapprocherait cette décision de celles qui utilisent explicitement la maxime *infans conceptus* pour résoudre cette difficulté.

212. Utilisation d'*infans conceptus*. À l'époque, deux décisions du fond et une décision de la Cour de cassation résolurent la question de l'attribution de la rente en se fondant sur la maxime *infans conceptus*[791] c'est-à-dire, une fois encore, en passant par un raisonnement systémique, suggérant une cohérence globale du système juridique.

On ne reviendra pas sur les analyses possibles de ce mécanisme, sauf à rappeler ses différentes lectures possibles : vue comme porteuse d'une condition *résolutoire* la maxime suggère l'existence d'un sujet de droits dès la conception ; lue en termes de condition *suspensive* elle n'établit pas de personnalité anténatale mais en fait rétroagir les effets après la naissance[792]. C'est cette seconde analyse qu'adoptèrent les décisions relevées. Elles affirmèrent ainsi :

> *« l'enfant simplement conçu ne peut, malgré la faveur même juridique, qui s'attache à sa conception, être compté au nombre des enfants auxquels se réfère* [la disposition sur la rente d'accident du travail]. *Qu'en effet outre que son état peut être l'objet d'une contestation, sa viabilité est incertaine.* [...] *qu'au surplus, l'intérêt de l'enfant conçu ne nécessite pas la détermination et l'exigibilité immédiate de la rente »*[793] *;*
>
> *« ledit enfant ne* [peut] *avoir droit à aucune indemnité qu'autant qu'il naîtra viable »*[794] *;*
>
> *« la rente est due dès la mort du père « sauf à ne produire d'effet définitif que* [si l'enfant] *naît viable »*[795].

Indirectement les juridictions refusent donc l'application d'un statut de personne à l'embryon conçu, considérant *infans conceptus* comme une fiction juridique, non comme un principe d'attribution prénatale de la personnalité. Il est notable que les juridictions s'appuient ici sur une notion directement issue du droit des successions pour interpréter une disposition qui y est, pour partie, étrangère. On assiste alors aux débuts de l'élévation d'*infans conceptus* au rang de principe général du droit[796]. À la même période, la Cour de cassation pouvait ainsi

---

[791] Trib. civ. Dunkerque, 2 mars 1900 : *D.* 1901.II.308 ; Trib civ. Arras, 29 mars 1900 : *D.* 1901.II. 308 ; Cass. civ., 24 avr. 1929 : *D.* 1929.I.298.

[792] C'est pourquoi nous n'avons pas relevé l'ensemble des décisions qui, en toutes matières, appliquaient la maxime. En effet, comme nous l'avons précisé, celle-ci ne pose la question du statut de l'embryon que lorsqu'elle est clairement interprétée en termes de condition suspensive, condition résolutoire ou réalité de la personnalité, c'est-à-dire lorsque se pose la question de l'acquisition de droits applicables *pour la période de vie intra-utérine*. Lorsque la maxime est appliquée sans que cette dimension soit abordée, son utilisation n'apporte pas davantage de questionnements sur la qualification que ne peut en susciter le texte lui-même, que nous avons déjà analysé *supra* n° 106 et s.

[793] Trib. civ. Dunkerque, 2 mars 1900 : *D.* 1901.II.308, nous soulignons.

[794] Trib civ. Arras, 29 mars 1900 : *D.* 1901.II.308.

[795] Cass. civ., 24 avr. 1929 : *D.* 1929.I.298.

[796] Sur l'influence de la doctrine dans cette « découverte » : Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthode du droit, Dalloz, 2004, p. 228.

affirmer, en matière de filiation qu'il existe un « *principe* [selon lequel] *l'enfant non viable est réputé n'avoir jamais existé* »[797]. Ce « principe » sera formellement reconnu en 1985 mais en tant que mécanisme protecteur des droits de l'enfant[798].

213. Question d'actualité. Les difficultés rencontrées par les juridictions au début du XX^e^ siècle pourraient tout à fait ressurgir aujourd'hui. La rente d'accident du travail est désormais liée à la « filiation légalement établie »[799]. Or, si la *filiation rétroactive* d'un enfant est nécessairement comprise dans le principe *infans conceptus*[800], la question pourrait se poser de savoir si cette rétroactivité doit s'étendre au calcul de la rente : doit-elle être versée *à compter du décès*[801] même si l'enfant naît après ? Enfin, la question de l'influence de l'acte d'enfant sans vie sur l'établissement de la filiation pourrait un jour être soulevée dans le but d'obtenir le versement de la rente sur les quelques mois séparant la mort du géniteur et la fin de la grossesse. Cet exemple montre, une fois encore, comment les questionnements anciens peuvent resurgir dans le droit contemporain.

2) Question contemporaine : usage ambigu de l'interprétation stricte de la loi pénale

214. Présentation des décisions. Les décisions se prononçant sur l'applicabilité à l'embryon de dispositions pénales ont suscité des prises de positions radicales de la doctrine mais l'opinion commune n'en était pas modifiée : ces décisions déniaient à l'embryon la personnalité juridique. Cependant, force est de constater que la majeure partie des décisions prises en la matière ne procède pas explicitement à une qualification du corps humain anténatal. C'est le cas des décisions les plus célèbres portant sur les notions d'état de nécessité en matière d'avortement[802] ou d'homicide involontaire[803] ; mais aussi des décisions qui appliquent cette

[797] Cass. civ., 18 mai 1897 : S. 1897.I.433. *Contra* Cass. civ., 16 déc. 1811 : S. 1811.I.433, « attendu que l'article 334 du Code civil, n'ayant pas fixé l'époque où la reconnaissance de paternité devra être faite, il s'ensuit que l'enfant conçu peut être reconnu avant sa naissance ».
[798] Civ. 1re, 10 déc. 1985, n° 84-14328 : *D.* 1987, jur. 449, note G. PAIRE ; *RTD civ*. 1987, p. 309, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1986. 2. somm. 323, obs. A. PIEDELIEVRE. Sur l'idée qu'*infans conceptus* est une fiction visant l'équité dans les rapports familiaux v. A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques,* th. dact. Paris II, 1995, t. 1, n° 262.
[799] Art. L. 434-10 C. séc. soc. Ce qui conduit d'ailleurs à ce que la rente ne soit plus liée à la conception de l'enfant à la date de *l'accident* : Cass. soc. 10 mars 1966 : *Bull. civ.* IV, n° 263. Cass. soc. 23 févr. 1967 : *Bull. civ. IV*, n° 186.
[800] Afin de permettre à l'enfant d'avoir la qualité d'ayant-droit si son géniteur est décédé avant sa naissance, c'est non seulement sa personnalité juridique qui doit être reconnue rétroactivement mais aussi son lien de filiation. Sur le caractère déclaratif de la reconnaissance v. Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Actions relatives à la filiation : règles générales », in *Droit de la famille,* P. MURAT (dir.), Dalloz Action, 7e éd., 2015, n° 212.64.
[801] Art. L. 434-7 C. séc. soc.
[802] Sur la confrontation entre l'infraction d'entrave à l'IVG et l'état de nécessité : Cass. crim., 2 avr. 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, chron. crim., p. 161, note J.-P. DOUCET.
[803] CA Paris, 9 nov. 1951 : *Gaz. Pal.* 1952.1.236 ; *D.* 1952, somm., p. 38. Cass. crim, 30 juin 1999 : *D.* 1999, jur..,

infraction pénale en précisant dans leurs motifs que l'enfant en cause était né vivant[804], c'est-à-dire, *a contrario*, que la décision aurait été différente dans le cas contraire.

215. Difficultés d'interprétation. La décision de la Cour de cassation dans son arrêt d'Assemblée plénière de 2001[805] est particulièrement utilisée à l'appui d'une analyse visant à démontrer que l'embryon est dénué de personnalité juridique. En affirmant qu'il n'est pas « autrui », la Cour aurait implicitement affirmé qu'il n'est pas une personne, donc qu'il est une chose. Cette analyse est même relayée par des juridictions du fond. La Cour d'appel de Metz, dans un arrêt du 17 février 2005 affirme ainsi

> *« la Cour de cassation, à plusieurs reprises,* […] *considère que "autrui" ne peut concerner l'enfant en voie de naître ; que l'incrimination d'homicide involontaire ne peut s'appliquer qu'au cas de l'enfant né vivant ».*

Pourtant, la lecture de la décision de la Haute juridiction ne fait pas apparaître si clairement cette position. La rédaction exacte de sa décision se limite à cette affirmation :

> *« attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »*

L'interprétation selon laquelle la Cour affirmerait que l'embryon n'est pas « autrui » est certes élégante, et correspond sans doute à l'intention de la Cour, par référence à la décision de première instance[806] ayant donné lieu à l'arrêt. Mais il faut admettre que ce n'est pas explicitement ce que dit la Cour, qui se retranche derrière le principe de légalité des délits et des peines. C'est toute la difficulté d'interprétation des décisions prises dans le domaine répressif car l'interférence du principe d'interprétation stricte de la loi pénale rend toute lecture possible[807] : un refus d'application peut être issu d'un processus de qualification qui exclut

---

710, note D. VIGNEAU ; *D.* 2000 , 27, D. MAYAUD, D. VIGNEAU, « Selon la Cour de cassation l'homicide d'un enfant à naître, même viable, n'en est pas un ! », *Dr. fam.* oct. 2001, p. 4. Cass. AP, 29 juin 2001 : *D*. 2001, chrn. 2907, note J. PRADEL ; *JCP*. G. 2001.II.10569, note M.-L. RASSAT ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain : à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam*. oct. 2001. Cass. crim., 25 juin 2002 : *D.* 2002, jurispr., 3099, note J. PRADEL. CA Metz, 17 févr. 2005 : cité par Cass. crim 27 juin 2006. Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-83767.

[804] Trib. corr. Versailles, 15 janv. 1947 : *S.* 1947.II.78. Cass. crim., 14 juin 1957 : D. 1957, jurispr., 512 ; *S.* 1957.339. Cass. crim., 2 déc. 2003, n°03-82344 et n°03-82840 : *D*. 2004, jur., 449, note J. PRADEL. CA Lyon, 30 nov. 2006, n° 1226/06 : *Dict perm. bioéthique*, n° 167, janv. 2007, p. 6348. Cass. crim, 2 oct. 2007, n° 07-81259 (pour des blessures involontaires).

[805] Cass. AP, 29 juin 2001 : D. 2001, chr. 2907, note J. PRADEL ; *JCP G.* 2001.II.10569, note M.-L. RASSAT ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain : à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam.* oct. 2001., chron. 22.

[806] Trib. corr. Lyon, 3 juin 1996 (cité par CA Lyon, 13 mars 1997, *D*. 1997.557 note E. SERVERIN ; *JCP G*. 1997.II.22955, note FAURE ; *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5, note P. MURAT), le tribunal affirmait clairement : « *le fœtus est viable à compter de 6 mois. Qu'un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas viable et qu'il n'est pas une personne humaine ou autrui au sens des articles 319 ancien du Code pénal et 221-6 du Code pénal* ».

[807] M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD. civ.* 2001, nbp n° 97.

l'objet en cause du champ du texte – l'embryon n'est pas une personne, il n'est donc pas concerné par l'atteinte à la vie d' « autrui » – mais peut aussi manifester une interprétation beaucoup plus radicale de la valeur sauvegardée – l'embryon est bien une personne mais le législateur n'a pas entendu sanctionner l'atteinte à la vie de *cette* personne. Il n'est d'ailleurs pas impossible de penser que les juridictions jouent intentionnellement de cette ambiguïté[808]. Ce même contournement des qualifications se retrouve dans les cas de qualifications indirectes de « personne ».

§2. La qualification indirecte de personne : ambivalence des motivations

216. La protection des corps humains avant la naissance et après la mort a parfois été abordée en jurisprudence par l'affirmation de l'existence de droits. Leur contenu comme leurs titulaires ne sont cependant pas toujours identifiés avec précision **(A)**. Mais la dernière tendance de la jurisprudence semble être de distinguer le corps, comme personne humaine, de la notion de personnalité juridique **(B)**.

A. La confusion subsistante sur la titularité des droits
B. La distinction émergente entre personne juridique et personne humaine

A. La confusion subsistante sur la titularité des droits

217. Certaines juridictions ont pu reconnaître l'existence de droits attachés à l'embryon, sans pour autant que cette reconnaissance se concrétise en une protection tangible **(1)**. Le positionnement est encore moins net à l'égard des cadavres car le titulaire des droits est souvent indéterminé : la personne défunte ou son entourage **(2)**.

1) L'embryon : un sujet de droits sans droits ?
2) Le cadavre et son entourage : quels sujets de droits ?

1) L'embryon : un sujet de droits sans droits ?

218. La protection de l'intégrité physique de l'embryon a pu être réclamée par l'intermédiaire de droits individuels : droit à la vie et droit à la protection contre les traitements inhumains et dégradants notamment. En réponse à ces demandes, certaines juridictions ont

[808] R. LINDON souligne que les motivations de la Cour sont parfois « *lapidaires à dessein* » par mesure de prudence : « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.* 1975.I.2681. V. également *infra* n° 247 pour plus de développements.

adopté des positions ambiguës, qui suggèrent la titularité de droits avant la naissance, mais recherchent dans le même temps des éléments leur permettant de ne pas les mettre en œuvre. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme sont, à cet égard, topiques.

219. Cour européenne des droits de l'Homme. Dès 1980, dans une décision *X. contre Royaume-Uni* [809], la Commission adopte une argumentation qui est restée plus ou moins identique par la suite : affirmant de façon générale que l'embryon n'est pas une personne au sens de la Convention, elle énonce cependant qu'on « *ne saurait* [...] *exclure une telle application dans un cas rare, par exemple pour l'application de l'article 6§1* ». Par ailleurs, à propos de l'article 2 de la Convention, protégeant le droit à la vie, elle suggère que

> *« si l'on admet que cette disposition s'applique à la phase initiale de la grossesse, l'avortement se trouve couvert par une limitation implicite du "droit à la vie"du fœtus pour, à ce stade, protéger la vie et la santé de la femme ».*

La Commission avance ici sur une corde raide : elle paraît poser une qualification directe négative (l'embryon n'est pas une personne) mais applique cependant les dispositions de la Convention, ne serait-ce que pour admettre que l'avortement entre dans le champ des exceptions prévues par l'article 2 lui-même.

220. Les difficultés engendrées par cette position vont apparaître en 1992, dans une décision rendue contre la Norvège[810]. Un homme s'élevait contre la possibilité offerte à sa compagne d'avorter sans qu'il puisse s'y opposer alors qu'il se considérait comme le père de l'enfant porté[811]. Il invoquait plusieurs fondements parmi lesquels les articles 8 et 3 de la Convention. À propos de l'applicabilité de l'article 8, la Commission

> *« estime ne pas avoir à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une certaine protection* […] *mais n'exclut pas que dans certaines conditions, cela puisse être le cas ».*

Elle affirme ensuite qu'en tout état de cause l'autorisation de l'avortement rentre dans « *le pouvoir discrétionnaire* » offert aux États en la matière. On perçoit ici l'ambivalence de l'affirmation : en examinant dans les détails le régime de l'avortement norvégien, la Commission accepte en réalité d'examiner l'application de l'article 8. Ce faisant, elle fait

---

[809] Comm. EDH, 13 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8416/79 : *Décisions et rapports*, vol. 19, p. 244.
[810] Comm. EDH, 19 mai 1992, *H. c. Norvège,* n° 17004/90 : *Décisions et rapports,* vol. 73, p. 155.
[811] À cet égard, Fr. SUDRE remarque que le simple fait que le « père » allégué puisse agir en tant que victime indirecte est « *une construction audacieuse car admettre l'existence d'une victime indirecte suppose, normalement, l'existence d'une victime directe* ». Il interroge : « *doit-on, alors, considérer que le fœtus est destinataire du droit à la vie ? », in « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie* », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377. Dans ce sens v. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 120.

précisément ce qu'elle affirme ne pas vouloir faire : inclure l'embryon dans le champ de la protection de la Convention. Le malaise est d'ailleurs manifeste lorsque la Commission doit répondre à l'argument des traitements inhumains et dégradants : en effet, si le droit à la vie est un droit admettant certaines exceptions[812], l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants est un droit absolu, insusceptible de nuance[813]. Afin d'écarter l'argument, la Cour se retranche donc derrière le fait que le requérant n'apporte « *aucun élément pouvant étayer* [ses] *allégations* […] *quant à la douleur infligée au fœtus* ». Là encore, la Cour sous-entend que, théoriquement, l'embryon pourrait bénéficier de l'un des droits garantis par la Convention, mais que se présente ici une difficulté probatoire.

La même difficulté d'interprétation se retrouve dans de multiples décisions postérieures. Ainsi l'affaire *Boso c. Italie*[814] dans laquelle la Cour, statuant sur la recevabilité de la requête, estime

> *« n'avoir pas à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une protection au regard de la première phrase de l'article 2* […]. *En effet, à supposer même que dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention, la Cour note que dans la présente affaire,* […] *le requérant n'a pas indiqué après combien de semaines de grossesse et pour quelles raisons spécifiques l'avortement a eu lieu ».*

La position acrobatique de la Cour atteint son paroxysme dans la décision *A., B. et C. c. Irlande*[815] dans laquelle elle affirme à la fois qu'

> *« il n'y a* […] *pas lieu de rechercher si le mot "autrui", qui figure à l'article 8 § 2, englobe l'enfant à naître »* (§228) ;
>
> qu' *« il est impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention »* (§237)
>
> mais aussi que *« le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître ».*

221. Cette volonté de ne pas s'engager dans la qualification ne pouvait durer qu'un temps car vint bien entendu le jour où une requérante choisit d'invoquer le premier Protocole de la

---

[812] Sur l'inapplicabilité de ces exceptions à la question de l'avortement v. E. BIRDEN, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015, n° 170 et s. Sur ce point v. aussi *infra* n° 854 et s.

[813] L'art. 3 de la CEDH est l'un des seul qui ne soit pas susceptible deremise en cause en cas d'état d'urgence ou de guerre (art. 15 CEDH). En général sur la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants v. Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme,* 10e éd., PUF, 2011, n° 192 et s.

[814] Cour EDH, 1er sect., 5 sept. 2002, décision sur la recevabilité *Boso c. Italie*, n° 50490/99 : *RTD civ.* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD.

[815] Cour EDH, 16 déc. 2010, *A. B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05 : *D.* 2011, n° 20, p. 1360, note St. HENNETTE-VAUCHEZ ; *RTD civ.* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD.

Convention pour affirmer son pouvoir de propriété sur un embryon *in vitro*[816]. Affirmant que la notion de « bien » au sens de ce protocole doit s'entendre au sens d'un objet ayant une « *portée économique et patrimoniale* », la Cour affirme alors que « *les embryons humains ne sauraient être réduits à des "biens" au sens de cette disposition* » (§215). Cette affirmation, qualification explicite négative, retient l'attention car la Cour n'affirme pas que l'embryon ne fait pas l'objet d'une valorisation économique ou d'une exclusivité patrimoniale et *donc* qu'il ne peut être un bien, ce qui serait une approche inductive classique, mais bien *qu'il ne doit pas en faire l'objet*, et donc qu'il n'est pas un bien. Il faut noter ici l'emploi du verbe « réduire » qui indique clairement que la condition de bien est pour la Cour un statut dévalorisant. Pour autant, comme le notent Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE, la Cour « *atteste elle-même d'une forme d'appropriation des embryons par la femme* » en évoquant tout au long de l'arrêt « ses » embryons[817]. Cette qualification apparemment claire n'a pas pour autant conduit la Cour à revoir sa position en ce qui concerne l'application aux embryons des *droits* garantis par la Convention puisqu'elle reprend, dans la suite de l'arrêt, sa double affirmation, désormais classique, selon laquelle la protection de l'embryon relève de celle des « droits d'autrui » mais sans pour autant préjuger de savoir si la notion d'« autrui » au sens de la Convention s'applique bien à lui (§167). Il y a donc là une politique prétorienne de long terme qui, au prix de la cohérence technique des affirmations, vise à construire des motivations les moins tranchées possibles sur le plan de la qualification mais donc aussi, nous le verrons, sur le fond des questions abordées[818].

222. Juridictions internes. Cette stratégie se retrouve au niveau national[819]. Ainsi, saisie d'une question de réparation du préjudice d'être né, la Cour d'appel de Bordeaux énonce que

[816] Cour EDH, 27 août 2015, *Parillo c. Italie*, n° 46470/11 : *JCP G*. 2015, n° 973, note A. SCAHMANECHE et n° 1187, note Gr. LOISEAU ; *D.* 2015.1700 et 2016.752, obs. J.-C. GALLOUX ; *AJ fam*. 2015.433, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, *RTD civ*. 2015.830, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et 2016.76 obs. J. HAUSER ; *RDC* 2016.111 obs. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE ; *D.* 2016.1781, obs. L. NEYRET.

[817] Qualifiant cette solution de « *peu plausible dans des sociétés démocratiques* » v. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la disponibilité des embryons pour la recherche », *RDC,* 2016, n° 1, p. 111.

[818] Les lectures de cette jurisprudence sont multiples : Gr. PUPPINCK considère par ex. qu'elle devrait conduire à interdire les avortements « *de convenance* », sans s'expliquer réellement sur la définition qu'il donne à ce terme : « L'avortement et la CEDH », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 318. E. BIRDEN, propose à l'inverse une lecture de la Convention compatible tant avec les systèmes qui autorisent l'avortement qu'avec ceux qui l'interdisent, par le biais de la subsidiarité : *La limitation de droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015, n° 179 et s. Sur ce défaut d' « engagement » de la Cour v. *infra* n° 854 et s.

[819] Par ex., reprenant une formulation identique à celle de la Cour EDH : CA Grenoble, 11 févr. 1996 : cité dans Cass. crim., 5 mai 1997 (*Bull. crim*., n° 158 et 168, *Gaz. Pal.* 1997, chron. crim., p. 179, note J.-P. DOUCET) : « *le droit à la vie du fœtus si tant est qu'il existe, n'est pas absolu et il doit être mis en balance avec le droit de la mère à la vie et à l'intégrité physique* ».

« *si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre* »[820] . L'affirmation est claire quant au droit à la vie mais la qualification est délicate : en affirmant que l'embryon est titulaire de droits, la Cour en fait une personne juridique à laquelle elle dénie le bénéfice du droit à la vie, alors même que cette réflexion n'était pas indispensable à la résolution du contentieux.

Plus largement on peut s'interroger sur les qualifications portées par toutes les décisions affirmant que l'avortement n'est pas contraire aux conventions internationales. Ainsi, tout en niant la possibilité d'un homicide involontaire sur embryon, la Cour de cassation a pu affirmer que cette position ne viole pas « *les articles 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant* »[821]. En effet, considérer qu'un dispositif n'est pas en contradiction avec une norme supérieure, c'est accepter que cette norme est applicable à l'espèce[822] et donc, en l'occurrence, que les accords internationaux reconnaissent l'embryon comme sujet[823], même si l'avortement peut trouver une justification par ailleurs[824]. Comme le soulignent Frédéric SUDRE[825] ou Aude MIRKOVIC[826], ce

[820] CA Bordeaux, 26 janv. 1995 : *JCP G.* 1994.IV.1568.

[821] Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-83767 Dans le même sens à propos de l'entrave à l'IVG : Cass. crim., 31 janv. 1996 : *JCP G*. 1996.II.22713, note A. DORSNER-DOLIVET (dans le même sens que l'arrêt d'appel CA Riom, 7 sept. 1995) et Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 97-83.977. Pour une position plus nuancée à propos du préjudice du fait de la naissance : TGI Montpellier, 15 déc. 1989 (*JCP G*. 1990.II.21556, note J.-P. GRIDEL) : « *il est certain que la convention de ne donne pas une définition précise de la personne ou de la vie, la seule certitude étant qu'elle n'implique pas un droit à la vie absolu pour le fœtus* ».

[822] Pour établir l'existence d'un homicide sur embryon la Cour d'appel de Lyon, dans son célèbre arrêt du 13 mars 1997 (préc.), avait d'ailleurs cité la décision de la Cour de cassation du 27 mai 1996 (préc) : si l'avortement était conforme au droit à la vie de la CIDE par le biais d'une réserve interprétative c'est que par principe l'embryon pouvait en bénéficier. Commentant ce raisonnement V. É. SERVERIN, « Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D*. 1997, p. 557. Pour une attitude identique à propos du cadavre v. TA Nantes, 6 janv. 2000, *Mme D. c/ Centre hospitalier régional universitaire de Nantes* : *JCP G.* 2000.II.10396, note St. PRIEUR, qui considère que l'autopsie sans consentement n'est pas une atteinte à l'article 3 CEDH, mais sans désigner précisément le sujet du droit.

[823] Ainsi B. TEYSSIÉ présente-t-il l'application des textes de protection des droits de l'Homme comme la « *conséquence de l'acquisition de la personnalité* » : *Droit civil, les personnes,* 17e éd., Lexis-Nexis, 2015, p. 19.

[824] V. également, se retranchant derrière l'intention du législateur : Cass. crim., 5 mai 1997 : *Bull. crim*., n° 158 et 168 ; *Gaz. Pal.* 1997, chron. crim., p. 179, note J.-P. DOUCET ; Cass. crim., 2 sept. 1997, n° 96-8410. Pour une décision similaire dans l'ordre administratif : CE, 21 déc. 1990, n° 105743, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et : Rec*., p. 368, concl. B. STIRN ; C.M., F.D. et Y.A., *AJDA*, 1991, p. 91 ; *D.* 1991, jur., 283, note P. SABOURIN ; *RUDH*, 1991, p. 1, obs. H. RUIZ-FABRI.

[825] Fr. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », *Mélanges. Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 380. À propos de l'arrêt du Conseil d'État : « *en acceptant de contrôler la compatibilité de la loi de 1975 sur l'IVG avec la CEDH en son article 2, la Haute Assemblée juge l'article 2 applicable à la question de l'avortement et reconnaît donc nécessairement l'embryon comme une "personne"* ».

[826] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 80 et s.

raisonnement n'est pas identique à celui qui consiste à affirmer, comme le font certaines juridictions[827], que le texte n'est pas applicable à l'affaire.

2) Le cadavre et son entourage : quels sujets de droits ?

223. Les décisions contenant une qualification indirecte de « personne » après la mort sont au nombre d'une quinzaine. Par rapport aux autres stratégies argumentatives que nous avons étudiées, ces décisions sont beaucoup plus condensées dans le temps puisque la plus ancienne date de 1977. Les thèmes abordés sont assez homogènes : choix du mode de sépulture[828], mais surtout prolongement de droits de la personnalité[829], comme le droit à la vie privée[830] ou droit à l'image[831].

224. L'ambiguïté de la liberté des funérailles. Afin de répondre aux arguments des requérants, les juridictions ont parfois eu à se prononcer sur l'applicabilité des droits fondamentaux au choix de la sépulture. L'affaire la plus célèbre reste sans doute celle des demandes de cryogénisation. La Cour administrative d'appel de Nantes[832] et le Conseil d'État[833] se sont ainsi interrogés : l'interdiction de cette pratique funéraire atteint-elle la liberté de conscience *du défunt* ainsi que son droit au respect de sa vie privée ? La Cour d'appel écartant l'applicabilité de la liberté de conscience, a considéré que l'atteinte à la vie privée était justifiée « *par les nécessités de la sécurité et de l'ordre public et par la protection des défunts* ». Le

[827] À propos de la Convention relative à l'interdiction de l'esclavage : TGI Châlon s/Saône, 3 juill. 1995 : *Dictionnaire permanent de bioéthique,* p. 9328. Cass. Crim., 31 janv. 1996 : *JCP G*. 1996.II.22713, note A. DORSNER-DOLIVET. À propos de la Convention internationale des droits de l'enfant : Cass. crim., 27 nov. 1996, n° 95-85.118 : *Bull. crim*., n° 431 ; *D.* 1997, IR, p. 13 ; *Gaz. Pal.* 1997-1., chron. crim., p. 55, note J.-P. DOUCET ; Cass. Crim., 14 oct. 1998, n° 97-83.977. Pour un refus d'application de la CEDH : CA Versailles, 15 déc. 1995, cité par Cass crim., 27 nov. 1996, n° 95-85.118, préc. ; CA Paris, 15 fév. 1996 : cité par Cass. Crim. 5 mai 1997 (*Gaz. Pal.* 1996, chron. crim., p. 128, note J.-P. DOUCET) ; CA Caen, 11 mars 1996 : cité par Cass. Crim., 2 avr. 1997 (*Gaz. Pal*. 1997, chron. crim., p. 161, note J.-P.DOUCET).

[828] CAA Nantes, 27 juin 2003 : *AJDA*, 2003, p. 1871, concl. MILLET. Civ. 1re, 15 juin 2005 : *D*. 2005.IR.1807 ; *Gaz. Pal.* 2006.599 ; *JCP G.* 2005.IV.2749 ; *Dr. fam.* 2005, com. 193, note B. BEIGNIER. CE, 6 janv. 2006 : *Defrénois* 2006, p. 500, note H. POPU et *D*. 2006, chr., 1875, note I. CORPART. CA Nouméa, 18 mars 2013, n°13/00048. Il aurait été possible d'analyser ici des décisions qualifiant de « dettes alimentaires » les frais relatifs aux funérailles mais cette jurisprudence a déjà été traitée *supra* n° 115.

[829] Nous ne reviendrons pas sur l'arrêt reconnaissant un droit de propriété des défunts sur les objets placés dans leur tombe (CA Montpellier, 16 févr. 2000 : cité dans Cass. civ. 1re, 25 oct. 2000 : *Bull. crim*., n° 318 ; *JCP G.* 2001.II.10566, note MISTRETTA ; *D.* 2001.1052, note GARE ; *Dr. pén*., 2001, comm. 15, obs. M. VERON), que nous avons déjà évoqué *supra* n° 202 et s.

[830] Cass. civ. 1re, 10 oct. 1995 : *JCP* G. 1995.IV.2528.

[831] TGI Paris, ref., 11 janv. 1977 : *JCP G*. 1977.II.18711, obs. D. FERRIER ; *D*. 1977, jur., p. 83, note R. LINDON. TGI Paris, 13 janv. 1997 : *JCP G.* 1997.II.22845, note M. SERNA. CA Paris, 2 juill. 1997 : *D*. 1997, jur., 596, note B. BEIGNER. Cass. crim., 20 oct. 1998, n° 97-84.621: *JCP G.* 1999.II.10044, note Gr. LOISEAU ; *D*. 1999.106, note B. BEIGNIER.

[832] CAA Nantes, 27 juin 2003, préc.

[833] CE, 6 janv. 2006, préc.

Conseil a quant à lui admis l'applicabilité des deux droits fondamentaux en l'espèce mais a considéré que les atteintes en cause étaient dans les deux cas justifiées par les « usages » et des impératifs liés à la santé publique[834].

225. Toute l'ambiguïté de ces formulations réside dans l'impossibilité d'identifier si les droits en cause ont été atteints avant ou après la mort. En effet, si les droits évoqués étaient ceux de la personne *de son vivant* on perçoit mal à quel moment ils ont été atteints puisque l'acte administratif ordonnant la cessation de la cryogénisation n'a été pris qu'après la mort. Sauf à considérer que l'atteinte était déjà constituée par l'interdiction du droit français de choisir ce mode de sépulture. Mais cette argumentation est d'autant plus difficile à soutenir que l'interdiction est implicite dans les textes qui ne font que proposer l'alternative inhumation/crémation mais ne prohibent pas clairement les autres modes de funérailles. Ce « flou » dans la rédaction avait déjà été noté dans l'analyse de la première « vague » de décisions sur la cryogénisation, qui évoquait plus explicitement la personnalité du défunt[835].

226. Le même problème d'interprétation se pose pour les décisions qui, lors du choix du lieu ou du mode de sépulture, se réfèrent à la « liberté individuelle » que constitue le choix des funérailles[836] : là encore, cette liberté s'exerce-t-elle au moment du choix ou au moment des funérailles ? Une décision interpelle particulièrement : l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse qui, le 7 février 2000 affirme, pour accepter un transfert de sépulture, qu'il était de l' « *intérêt posthume* [du défunt] *de reposer dans une concession insusceptible d'être bouleversée à brève échéance* »[837]. Doit-on distinguer ici l'« intérêt »[838] du « droit » à une sépulture stable ? Car si « intérêt » et « droit » devaient être confondus, on devrait alors considérer qu'il y a ici une forme de prolongation de la personnalité juridique. Dans d'autres situations, *l'existence* d'un droit n'est pas douteuse, mais la *titularité* de ce droit est ambiguë.

227. La titularité floue des droits de la personnalité. Les quelques décisions concernant les atteintes *post mortem* aux droits de la personnalité ont été amplement diffusées et

[834] Sur ces décisions v. aussi *infra* n° 687.
[835] V. *supra* n° 224.
[836] Cass. civ. 1re, 15 juin 2005, préc. : n'évoque pas directement la liberté mais approuve la Cour d'appel de s'être appuyée sur les convictions religieuse du défunt pour déterminer son choix de funérailles. CA Nouméa, 18 mars 2013, n° 13/00048 : évoque expressément la liberté individuelle pour faire prévaloir la volonté exprimée par la défunte.
[837] CA Toulouse, 7 févr. 2000 : B. BEIGNIER, « Le respect dû aux morts n'est pas mort », *Dr. fam.* 2001, n° 1, com. 9.
[838] Sur la proposition de qualification de « centres d'intérêts » pour les embryons et les cadavres v. *infra* n° 881.

commentées car elles concernaient des personnages publics. Rachel, Gabin, Mitterrand ont ainsi eu les honneurs des journaux à scandales… et des revues juridiques.

Certaines de ces décisions retiennent très explicitement l'existence d'un droit à la vie privée ou d'un droit à l'image *post mortem*[839]. On trouve des énoncés tels que :

> *« le droit au respect de la vie privée s'étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle »,*
>
> *« immixtion intolérable dans l'intimité du disparu et de sa famille »*[840]*,*
>
> *« atteinte portée à l'intimité de la vie privée de M. François Mitterrand*[841]*, caractérisée par la violation du respect élémentaire dû aux morts et à leur image »*[842]*,*
>
> *« le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante, et quel que soit son statut »*[843].

Il arrive également que la violation du droit ne soit pas constatée en l'espèce mais que son principe soit admis[844]. La personnalité juridique semble alors indirectement constatée ne serait-ce qu'au regard de la recevabilité de l'action[845]. Une décision récente de la Cour européenne des droits de l'Homme va également dans le sens de la reconnaissance indirecte d'une personnalité juridique *post mortem.* Elle reconnaît en effet la violation du droit au respect de la présomption d'innocence, par un jugement pourtant rendu après la mort de la victime[846].

---

[839] L'existence de droits de la personnalité *post mortem* n'est pas une originalité passagère du droit français, certains États des États-Unis ayant reconnu l'existence d'un droit *post mortem* à la protection de son nom et de son image : M. GARRISON, « C'est mon corps et j'en fais ce que je veux : la notion de protection de la personne aux États-Unis », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 297.

[840] TGI Paris, ref., 11 janv. 1977, préc.

[841] Pour une formulation identique concernant le droit au respect de la vie privée, violé par la diffusion d'éléments relevant du secret médical : TGI Paris, 18 janv. 1996, préc.

[842] TGI Paris, 13 janv. 1997, préc.

[843] Cass. crim., 20 oct. 1998, n° 97-84.621 : *JCP G.* 1999.II.10044, note Gr. LOISEAU ; *D*. 1999.106, note B. BEIGNIER.

[844] Cass. civ 1re, 10 oct. 1995, préc. : l'atteinte au droit au respect de la vie privée n'est pas caractérisée car les informations révélées l'avaient été par le défunt de son vivant et que la diffusion avait été faite sans intention malveillante. V. aussi Comm. EDH 20 mai 1998, *W.B. c. Suisse* n° 30039/96 (*RUDH*, 1998, p. 431) : dans cette affaire la requête d'un homme souhaitant accéder *post mortem* au dossier médical de sa mère est déclarée irrecevable : la Commission estime que les autorités nationales ont poursuivi un but légitime en lui refusant cet accès, en l'occurrence les « *droits et libertés d'autrui* » (autrui désignant donc la mère décédée).

[845] E. DERIEUX note d'ailleurs cette question dans l'un de ces commentaires : *JCP G.* 1996.II.22589, sous TGI Paris, 18 janv. 1996. Pour une analyse de ces décisions dans le sens de la survie d'une « personnalité » encore aujourd'hui : M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 408. Les auteurs semblent cependant s'en rapporter à une « personnalité humaine » plutôt que juridique.

[846] Cour EDH, 12 avr. 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07 (*JCP G*. 2012, n° 724, obs. A. DETHOMAS), not. §88. La présomption d'innocence est considérée en droit français comme un droit de la personnalité : Fr. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale,* 3e éd., 2013, n° 242 et s.

228. Remarques sur le langage. Dans cette dernière décision comme dans les autres, la reconnaissance d'un droit « survivant » ne se produit que dans un contexte où des vivants ont également été atteints personnellement, dans leurs sentiments ou dans leur patrimoine. Les juridictions usent alors de formulations larges qui pourraient comprendre tant les droits des morts que ceux des survivants : les titulaires de droits réellement protégés ne sont pas expressément désignés[847]. La décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 octobre 1998 montre cependant comment la question de la survie des droits de la personnalité[848] a été contournée par l'utilisation de la notion de « personne humaine ». Il s'agit indéniablement d'une nouvelle tendance de la jurisprudence.

B. La distinction émergente entre personne juridique et personne humaine

229. La notion de personne humaine est utilisée par la jurisprudence tant à propos du cadavre **(1)** que de l'embryon **(2)** afin d'appliquer certaines dispositions textuelles avant la naissance et après la mort tout en réservant la question de la titularité de droits et, plus généralement, de l'existence d'une personnalité juridique.

1) Le cadavre comme personne humaine
2) L'embryon comme personne humaine

1) Le cadavre comme personne humaine

230. Le « respect de la personne humaine » est une notion qui a été utilisée au moins deux fois par la jurisprudence pour trancher des affaires relatives à des actes médicaux *post mortem*. La première décision concerne la célèbre affaire *Milhaud* dans laquelle un médecin avait procédé à des expérimentations sur le corps d'un de ses patients, en état de mort cérébrale. La seconde a été prise dans le cadre de l'« affaire d'Amiens » dans laquelle les parents d'un jeune homme avaient donné leur consentement au don de plusieurs organes mais avaient expressément précisé que les yeux ne devaient pas être prélevés, ce qui avait pourtant été fait.

[847] Pour une analyse de ce processus de « déplacement » des sujets V. *infra* n° 261.
[848] Malgré l'interprétation qui a été faite de cet arrêt par Gr. LOISEAU dans son commentaire (*JCP G.* 1999.II.10044), arguant qu'il s'agissait bien ici de protéger la vie privée de la famille survivante, la formulation retenue par la Cour n'a pas convaincu A. LEPAGE qui note qu'« *il reste que cette lecture de l'article 226-1 par la Cour de cassation n'est pas conforme à la lettre de l'article. Celui-ci fait état de l'image "d'une personne" : or, précisément, le défunt n'est plus une personne, et l'image de la dépouille mortelle est peut-être celle d'une chose sacrée, mais pas celle d'une personne.* […] *Le respect de la dépouille est détaché de toute considération de personnalité juridique que, par hypothèse, le défunt n'a plus.* » (*Rép. civ. Dalloz*, V° *Personnalité (droits de la)*, n° 162).

231. Affaire Milhaud. Dans la première décision[849], le Conseil d'État commence par censurer la décision de la Commission disciplinaire de l'Ordre des médecins qui avait appliqué, pour sanctionner le médecin, certains articles du Code de déontologie[850]. Le Conseil considère en effet que ces dispositions « *ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes vivantes* » et que la Commission a donc commis une erreur de droit. À ce stade on pourrait considérer que cette décision opère une qualification directe négative : le Code de déontologie ne s'applique qu'à des personnes juridiques, le cadavre n'en est pas une, aucune sanction n'est donc possible. Mais la suite de la décision permet de nuancer cette affirmation. Dans un considérant de principe, le Conseil affirme en effet que :

> *« les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ».*

Estimant qu'en l'occurrence la mort n'avait pas été constatée dans les conditions prévues pour le prélèvement d'organes, que l'expérimentation n'était pas scientifiquement nécessaire et que le consentement de la personne ou de ses proches n'avait pas été recueilli, le Conseil substitue ses motifs à ceux des juges du fond et rejette le pourvoi.

232. Un tel raisonnement suscite la confusion : le Conseil applique en effet *in fine* les normes contenues dans les dispositions qu'il avait écartées dans la première partie de son arrêt ; il en modifie simplement la nature, les faisant passer de rapports de droits et d'obligations entre personnes juridiques à un statut proche de celui de principes fondamentaux du droit[851]. La *personne humaine* semble alors résolument distincte de la personne juridique et son « respect » apparaît comme un principe de droit objectif[852]. Elle est donc le *corps* de la personne juridique, disparue[853], et devient une chose porteuse d'une idée d'humanité, de dignité, donc respectable

---

[849] CE, 2 juill. 1993, n° 124960 : *JCP G*. 1993.II.22133, note P. GONOD ; *D*. 1994.100, note J.-M. PEYRICAL ; *RTD civ.* 1993.805, note J. HAUSER ; *RFDA*, 1993.1002, concl. D. KESSLER ; *D*. 1994, chron., p. 352, note G. LEBRETON.

[850] Les articles 2, 7 et 19 du décret du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale disposent « *le médecin au service de l'individu et de la santé publique exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine* » ; *« la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible. Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité être prévenus et informés* » ; « *l'emploi sur un malade d'une thérapeutique nouvelle ne peut être envisagé qu'après les études biologiques adéquates sous une surveillance stricte et seulement si cette thérapeutique peut présenter pour la personne un intérêt direct* ».

[851] Dans ce sens, notant la particularité de principes ne s'appliquant qu'à une profession particulière : G. LEBRETON*, D*. 1994, chron., p. 352.

[852] C'est ce que semble souligner J. HAUSER lorsqu'il écrit dans sa note « si les vivants ont droit au respect, les morts sont l'objet d'un devoir de respect qui pèse sur les premiers » (*RTD civ.* 1993, 805).

[853] La distinction entre personne humaine et personne juridique est avancée par certains commentateurs comme explication à une décision qui semble brouiller le principe de disparition de la personnalité avec la mort (*JCP G*. 1993.II.22133, note P. GONOD ; *D.* 1994, 74, J.-M. PEYRICAL). Pour des développements sur cette proposition doctrinale V. *infra* n° 381 et s. Pour un exemple d'utilisation de la notion de « dignité de la personne » pour justifier

en elle-même. Cependant, on ne peut pas ignorer que le Conseil mentionne bien que ce respect s'impose dans les « *rapports* » du médecin et de son « *patient* ». La distinction personne humaine / personne juridique est alors brouillée puisqu'on envisage mal comment la notion de « malade » pourrait ne s'appliquer qu'à une personne juridique alors que celle de « patient » recouvrirait également le corps mort. En utilisant ce terme, employé par le droit de la santé publique pour désigner les personnes vivantes, personnes juridiques, la Haute juridiction suscite de nouvelles interrogations.

233. Affaire d'Amiens. Dans un jugement du 14 décembre 2000, le Tribunal administratif d'Amiens[854] reprend les termes du Conseil d'État et, alors même qu'il constate la licéité des prélèvements d'organes en l'espèce, condamne l'hôpital sur le fondement d'un manquement au devoir d'information, les parents venant à la cause en tant qu'ayants droit. Comme le souligne Pierre ÉGÉA dans son commentaire de la décision, ce devoir n'existe pourtant qu'entre le patient et le médecin. La violation alléguée ayant nécessairement eu lieu après la mort, le manquement ne se conçoit que si la « personne humaine » est aussi une personne juridique, ici représentée par ses parents. Il est alors nécessaire de s'interroger sur les explications possibles de ces décisions.

234. Remarques sur le contexte. Il est remarquable que, dans ces deux affaires, les agissements en cause ne pouvaient être sanctionnés par le droit répressif, sauf à reconnaître une personnalité juridique après la mort : avant 1994, l'atteinte au cadavre n'était pas une infraction pénale et son application nécessite de toute façon une intentionnalité d'atteinte au respect des morts, qui n'était pas constituée dans la seconde affaire[855]. Dans les deux cas, les procédures pénales engagées n'avaient d'ailleurs pas eu de suite[856]. La notion de personne humaine semblait donc offrir un appui théorique à la sanction de comportements perçus comme socialement inacceptables sans avoir à affirmer clairement la prolongation de la personnalité juridique[857].

---

l'application de droits de l'Homme après la mort v. opinion partiellement dissidente de la juge FURA-SANDSTRÖM sous Cour EDH, 27 fév. 2007, *Akpinar et Altun c. Turquie*, req. n° 56760/00.

[854] TA Amiens, 14 déc 2000 : *D.* 2001.3310, note P. ÉGÉA.

[855] Ch. d'acc. Amiens, 26 nov. 1996 : *LPA*, 1997, n° 83, note X. LABBÉE.

[856] Dans l'affaire Milhaut, le juge d'instruction avait rendu une ordonnance de non-lieu en raison de l'absence de « victime » de l'infraction de coups et blessure et « *en l'absence d'autre qualification pénale susceptible d'être substituée à la qualification initialement retenue* » : v. TGI Amiens, ord. 14 janv. 1989 citée dans *RFDA*, 1993.1002, concl. D. KESSLER.

[857] P. ÉGÉA note ainsi à propos de l'affaire d'Amiens : « *L'action civile atteint par là et au prix d'une double confusion entre responsabilité sanctionnatrice et responsabilité réparatrice, action du défunt et action des parents, une dimension véritablement sanctionnatrice d'un comportement jugé condamnable mais que la loi pénale ne pouvait réprimer à l'époque* » : *D.* 2001.3310. Comp. CA Paris, 2 juill. 1997 (*D.* 1997, jur. 596, note B. BEIGNER), décision dans laquelle la Cour affirme dans un premier temps que « *le fait de prendre des photographie d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui quelles*

Une utilisation identique de cette notion peut être constatée dans des affaires concernant le statut du corps avant la naissance.

2) L'embryon comme personne humaine

235. Les notions de « personne humaine » et de « dignité humaine »[858] ont parfois été utilisées dans des affaires concernant des atteintes à l'intégrité de l'embryon[859], en particulier par avortement[860]. Les premières traces de cette démarche remontent au XIX[e] siècle.

236. Sanctionner les atteintes au corps de l'embryon. Les premières occurrences de la distinction entre personne humaine et personne juridique apparaissent dans le cadre de la saga jurisprudentielle sur l'infraction de suppression d'enfant, dont on rappelle qu'elle était textuellement liée à une volonté d'atteindre l'état civil des enfants[861]. Dans un contexte de controverse sur l'interprétation des textes, les juges ont cherché des arguments permettant de sanctionner deux types d'actions : d'une part la suppression d'enfants qui auraient vécu mais dont on ne pouvait pas apporter la preuve d'une *intention* d'atteindre son état, et, d'autre part, la suppression d'enfants qui n'auraient pas vécu, sans cependant affirmer qu'ils étaient titulaires d'un *état* avant leur naissance.

237. La Cour d'appel de Paris[862] est la première à utiliser la notion d'« être humain » pour statuer sur une telle affaire. Elle affirme alors que les dispositions en cause

---

que soient les analyses que l'on puisse faire sur le point de savoir si la notion d'autrui se rapporte au décédé ou à ses ayants droit, eu égard à la généralité du terme. Cette notion désigne "l'autre" auquel le respect est dû en raison de sa condition d'être humain *qui ne se réduit pas au point de savoir s'il peut ou non encore être porteur de droits privés après son décès* » (nous soulignons), affirmation qui pourrait suggérer une distinction entre personne juridique et personne humaine. Cependant, la Cour poursuit en considérant que les proches viennent ici en représentation du défunt quant à la protection de sa vie privée, suggérant le prolongement d'un droit de la personnalité, seul à même se permettre une sanction du comportement préjudiciable en cause.

[858] La notion de dignité humaine a également été invoquée par les juridictions de l'Union européenne afin de refuser la brevetabilité d'invention utilisant des embryons humains : Grande Chambre de recours de l'office européen des brevets, 25 nov. 2008, G 2/06 : *D*. 2008, pan., 1435, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ*. 2009, 293, obs. J. HAUSER. CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, *Brüstle c. Greenpeace* : *D.* 2012, 410, note J.-C. GALLOUX ; *JCP G*. 2012, 146, note N. MARTIAL-BRAZ et J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2012, 85, obs. J. HAUSER ; *AJF*, 2011.518. obs. A. MIRKOVIC ; *Dr. fam*. 2011, alerte. 98, obs. M. BRUGGEMAN ; *RDC*, 2012, n° 2, p. 593, note. L. BRUNET et Chr. NOIVILLE. Cependant, étant donné que la notion était avant tout tirée de l'intention du législateur européen, nous y reviendrons *infra* n° 281 et nbp 1104.

[859] CA Paris, 15 févr. 1865 : *S.* 1866.II.95 (suppression d'enfant) ; Crim., 9 avr. 1874 : *D.* 1875.I.5 (suppression d'enfant) ; Crim., 4 déc. 1879 : *D.* 1880.I.239 (suppression d'enfant) ; CA Douai, 16 mai 1882 : *S.* 1883.II.153 (homicide involontaire) ; CA Paris, 10 janv. 1959 : *Gaz. Pal.* 1959.I.223 (homicide involontaire).

[860] Trib. corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.* 1972.II.890. Trib. corr. Puy-en-Velay, 14 mars 1995 : *Gaz. Pal.* 1995, chron. droit crim., p. 324. Cons. constit., 27 juin 2001 : JO n° 156 du 7 juill. 2001, p. 10828 ; *D.* 2001.2533, note B. MATHIEU.

[861] V. *supra* n° 207.

[862] CA Paris, 15 févr. 1865 : *S.* 1866.II.95 (suppression d'enfant).

> *« s'appliquent à tous les enfants mort-nés à quelque époque que la gestation soit parvenue, pourvu que ces enfants présentent les formes d'un être humain ».*

Exposant clairement les objectifs de cette interprétation, elle ajoute que cette position est la seule à même de :

> *« sauvegarder les intérêts de la famille et ceux de l'ordre public, et satisfaire en même temps aux exigences du respect dû à la dignité humaine* ».

Cette réflexion se retrouve dans une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation de 1874[863] qui affirme que :

> *« la suppression* […] *est celle non de l'état d'un enfant mais de sa personne.* […] *cela est si vrai que les pénalités* […] *s'étendent même au cas où il est établi que l'enfant n'a pas vécu, et où par la suite, il n'y a pas eu d'atteinte à son état civil ».*

La distinction entre personne juridique et corps de la personne apparaît ici implicitement puisque que son distingués la « personne » au sens du corps et la qualité de sujet de droit, titulaire d'un état civil. Cette position est réaffirmée par la Cour quelques années plus tard[864].

238. La distinction opérée entre la personne juridique et le corps humain réapparaît en 1882. La Cour d'appel de Douai avait à juger du cas où la négligence d'une pseudo sage-femme avait causé la mort d'un enfant au cours de l'accouchement. Les juges affirment

> *« qu'on ne saurait soutenir que l'homicide d'un enfant naissant, c'est-à-dire commis durant l'accouchement même, ne tombe pas sous le coup de la loi ; que cette doctrine, appliquée au crime d'infanticide, serait la source d'une impunité scandaleuse ; que, pour n'avoir pas encore respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine, que sa mort même est la preuve de son existence antérieure ».*

Le terme de personne humaine n'est pas utilisé mais l'on perçoit la double interprétation possible de cet arrêt : soit les juges affirment l'existence d'une *personne juridique victime* avant la naissance soit ils considèrent que l'infraction concerne uniquement les atteintes au *corps humain*. Plus de soixante-dix ans plus tard, on retrouve une formulation similaire sous la plume des juges de la Cour d'appel de Paris. L'intention de la juridiction est alors évidente puisqu'elle affirme :

> *« il convient* […] *de retenir la volonté du législateur de protéger la personne humaine même avant sa naissance et la possibilité de la non concomitance de la personnalité juridique et de la personnalité physique » ;*
>
> *« qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher si l'atteinte à la personne doit frapper un individu venu au monde, disposant d'une personnalité physique distincte de celle de sa mère - condition d'ailleurs non prévue - étant seulement suffisant que la victime soit née vivante, viable ».*

[863] Cass. crim., 9 avr. 1874 : *D.* 1875.I.5 (suppression d'enfant).
[864] Cass. crim., 4 déc. 1879 : *D.* 1880.I.239 (suppression d'enfant).

Dans ces décisions, la qualification de personne humaine vise clairement, de l'aveu même des juridictions, à accroître la protection de l'embryon en lui appliquant des dispositions pénales sans pour autant avoir à se prononcer sur l'existence d'une personnalité juridique prénatale. Cet objectif de contournement de *summa divisio* se retrouve dans quelques décisions plus récentes qui refusent de se prononcer sur le statut de l'embryon.

239. L'embryon simple corps humain. L'utilisation des notions de « personne humaine » ou d'« être humain », distinctes de la personnalité juridique, peut aussi permettre de concéder une dénomination apparemment « objective », sans pour autant accorder à l'embryon la protection offerte par la personnalité juridique.

Un premier exemple est un jugement du Tribunal correctionnel du Puy–en–Velay, saisi d'une affaire d'entrave à l'IVG. Les prévenus affirmaient que leurs actes se justifiaient par l'« état de nécessité » que constituait la sauvegarde de la vie des embryons. Tout en affirmant que l'embryon est « *nécessairement une personne humaine au sens de la loi pénale* » le Tribunal procède à un examen minutieux du droit français et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme avant de conclure que

> *« pour rester sur le plan éthique, au niveau duquel les prévenus entendent manifestement situer le débat, et s'il fallait vraiment conclure en terme d'état de nécessité, on pourrait dire que le droit positif français a préféré l'"état de nécessité" de la femme enceinte, à l'"état de nécessité" de l'embryon humain »*[865].

La juridiction se dégage alors de la notion de personne juridique pour statuer : elle affirme que l'embryon est une « *personne humaine en devenir »* et en même temps qu'il n'est « *pas autrui* ». Elle donne alors le sentiment de ne se prononcer que sur des intérêts abstraits, détachés de la notion de personnalité et liés à des entités corporelles : la femme enceinte, l'embryon.

Le Conseil constitutionnel adopte une stratégie proche lorsque, ayant à statuer sur l'extension du délai légal d'IVG, il affirme que cette disposition n'opère « *pas de rupture d'équilibre entre sauvegarde de la dignité humaine et liberté de la femme* » : jouant sur l'ambiguïté de la « dignité », principe objectif attaché au respect d'un corps humain ou droit de la personnalité lié à une personne juridique, il statue sur la disposition qui lui est soumise sans opérer de qualification claire.

240. Conclusion du § 2. Dans les décisions recensées, les juridictions assument difficilement d'appliquer aux embryons et aux cadavres des régimes attachés classiquement à

[865] Trib. corr. Puy-en-Velay, 14 mars 1995 : *Gaz. Pal.* 1995, chron. dr. crim., p. 324.

la personnalité juridique. Ainsi, les juges qui usent de la notion de « droits » pour statuer sur des affaires impliquant des embryons ou des cadavres font généralement en sorte que les contenus de ces droits ou leurs titulaires ne soient pas précisément déterminés.

La dimension volontariste de la qualification apparaît alors au grand jour : le contexte des décisions, parfois même leur contenu, révèlent que ces formulations sont ponctuellement utilisées pour atteindre des objectifs précis. Le recours à des notions proches de la personnalité mais ne répondant pas à la *summa divisio* classique – telle que le concept de personne humaine – permet d'utiliser avant la naissance ou après la mort des régimes juridiques qui, appliqués dans toute leur plénitude, indiqueraient la reconnaissance de la personnalité juridique. Plus qu'une véritable démarche de qualification, les juridictions adoptent des stratégies argumentatives qui leur permettent d'approcher, de façon détournée, les litiges qui leur sont soumis.

241. Conclusion de la Section 2. Le plus souvent, les juridictions n'indiquent pas de façon explicite les qualifications qu'elles appliquent aux corps pour trancher des contentieux dont elles ont à connaître. Plutôt que d'envisager explicitement la réité des corps humains avant la naissance et après la mort ou, au contraire, d'affirmer l'existence d'une personnalité juridique anténatale ou *post mortem,* elles se contentent souvent d'appliquer des éléments du régime des choses ou des personnes sans nommer les objets dont elles traitent. Plus exactement, elles affirment souvent que certaines dispositions *ne leur sont pas applicables* sans pour autant énoncer avec clarté à quelle catégorie les corps sont supposés appartenir. Le constat est particulièrement net pour l'application du régime des choses, les juridictions répugnant manifestement à utiliser ce terme pour désigner les corps humains. Quant à l'application du régime des personnes, et notamment la reconnaissance de « droits » avant la naissance et après la mort, les juges utilisent des motivations évasives qui ne désignent pas précisément leurs titulaires. Apparaissent alors des concepts indéfinis tels que celui de « personne humaine » dont les relations avec la personnalité juridique ne sont pas toujours clairement explicitées. Le panorama des décisions suggère alors un certain évitement des juridictions.

242. Conclusion du Chapitre 2. À l'échelle de l'ensemble des décisions recensées, les cas où les juridictions procèdent à une *qualification* de l'embryon ou du cadavre sont peu nombreux. Les qualifications explicites et univoques sont même extrêmement rares. Le plus souvent, les juridictions usent de formules détournées, dont plusieurs lectures sont possibles. Se dessinent cependant quelques tendances longues.

243. On note en premier lieu une évolution du discours prétorien vers une certaine technicité du langage et vers des formulations plus policées. La grande majorité des qualifications explicites sont ainsi des qualifications négatives qui semblent éviter très soigneusement l'usage du mot « chose ». Par ailleurs, concernant l'embryon, on constate une utilisation toujours plus importante de termes scientifiques là où les décisions les plus anciennes évoquaient plus souvent l'« enfant à naître » ou « le produit de la conception ». Cette évolution rappelle celle des textes eux-mêmes[866].

Cette technicité des formulations est également juridique ; technicité toujours plus élaborée à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des juridictions. La normalisation du discours de la Cour de cassation conduit notamment à ce que les décisions de la Haute juridiction soient souvent difficiles à interpréter en termes de qualification[867]. Les juges du fond, en particulier en première instance, sont plus diserts dans leurs motivations, ce qui facilite généralement l'analyse[868]. Mais ces « épanchements » peuvent aussi mener à des motivations apparemment contradictoires, contenant, au gré des objectifs poursuivis, des éléments de qualification de chose et des traces de personnalité. La difficulté est évidemment qu'on ne peut que prendre au pied de la lettre les motivations alors même que telle ou telle formulation peut relever de la simple maladresse[869].

---

[866] V. *supra* n° 73.

[867] R. LINDON souligne que les motivations de la Cour sont parfois « *lapidaires à dessein* » par mesure de prudence : « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.* 1975.I.2681. Sur l'interprétation des arrêts de la Cour v. d'abord J. VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1970.I.2305 puis J.-Fr. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. inf. C. cass.,* n° 702, mai 2009, p. 6. L'intégration progressive d'un contrôle de proportionnalité par la Cour modifiera sans doute l'interprétation des décisions à l'avenir v. Chr. JAMIN. « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G.* 2015, 1446 ; Chr. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, 263. Cette évolution aurait pu satisfaire les demandes d'A. TOUFFAIT et A. TUNC (« Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487), ou encore de M. GOBERT (« La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 349). Spéc. sur la brièveté des décisions et sa signification : F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice,* Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013.

[868] R. LINDON le remarque d'ailleurs dans sa réponse à l'article d'A. TOUFFAIT et A. TUNC préc. : « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.* 1975.I.2681.

[869] Sur les maladresses des juges du fond v. l'amusant - mais néanmoins instructif - article de P. MIMIN, « Les cassations pour fautes de langage », *JCP G.* 1946.I. 556. Nuancé par M. SALUDEN, in *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, th., Paris II, 1983, p. 427 et s.

244. Aucune tendance longue ne semble pencher en faveur d'une qualification directe ou indirecte. Il semble cependant que les qualifications explicites apparaissent généralement à des périodes de dissension forte sur un sujet où les juridictions cherchent à affirmer leur position. On pense ainsi à la période précédant immédiatement les premières lois bioéthiques, à celle qui a suivi la création de l'infraction d'entrave à l'IVG, à la « saga » de l'homicide involontaire sur embryon, ou encore à l'apparition de la question de la cryogénisation. Comme nous le verrons, l'apparition de dispositions légales claires sur une question (autorisation de l'avortement, règlementations du don d'organes…) fait disparaître sinon le contentieux du moins la nécessité pour les juridictions de passer par un véritable exercice de qualification puisqu'elles n'ont plus alors à faire « entrer » embryons et cadavres dans le cadre de dispositions générales. Ces dispositions légales donnent également une « orientation » de qualification sur d'autres questions, par le biais de raisonnements systémiques.

Ces constats ne portent toutefois que sur un faible nombre de décisions au regard de l'ensemble des cas recensés. Certes, celles-ci ont souvent eu les honneurs de la doctrine dans la mesure où elles concernaient des questions controversées et où elles pouvaient être utilement mobilisées dans l'entreprise de clarification des qualifications à laquelle s'attache la doctrine. Dans la majorité des cas, les juridictions semblent éviter à tout prix de prendre partie sur la qualification des corps.

245. Conclusion du Sous-titre 1. Bien que cela ne soit pas le premier l'objet de l'étude, il est possible d'exposer ici quelques constats sur l'« état du droit » quant aux qualifications applicables aux embryons et aux cadavres.

Les textes concernant les corps humains avant la naissance et après la mort ne leur apposent pas de dénomination précise : les mots « chose » et « personne » sont presque absents de la législation qui use plutôt d'appellations issues du vocabulaire courant (*cadavre, enfant, personne décédée*…) ou de termes techniques (*embryon, fœtus*…). La classification des textes dans les codes et les régimes qui leur sont appliqués ne sont guère plus clairs : si ces corps sont sous le pouvoir de certaines personnes, qui ont la possibilité d'en disposer comme des choses, ils font aussi l'objet de mesures de reconnaissance et de protection habituellement attachées au régime de la personne juridique : établissement et persistance d'un état, attribution ambiguë de droits, prolongement de la force de la volonté. On ne peut nier cependant que cette relative confusion des textes suggère, si ce n'est davantage d'éléments relevant du régime des choses, du moins des concessions plus importantes au régime des personnes qu'à celui des biens. Car si le système actuel porte des traces de personnalité anténatale et *post mortem*, les applications aux corps du régime des choses, voire des biens, sont plus étendues et surtout peuvent conduire à la destruction du corps, ce qui, dans le cas de l'embryon, annihile la possibilité de l'apparition future d'une personne juridique certaine. Pour autant, pour peu que l'on retienne de ces deux catégories une conception classique, parfaitement étanches l'une à l'autre, ce n'est pas l'importance de la concession qui suscite l'hésitation mais sa simple éventualité.

Face à ce *maelström* de dispositions, les juridictions manifestent une certaine réserve. Les décisions dans lesquelles les juridictions affirment clairement une qualification sont rares, et lorsque les juges décident d'appliquer aux morts et aux embryons des normes attachées au régime des choses ou à celui des personnes, ils le font le plus souvent sans expliciter leur qualification. Bien que les juridictions du fond adoptent encore des positions désordonnées[870], les juridictions supérieures nationales tendent actuellement davantage vers une qualification de « non-personne » pour les embryons et les cadavres. La Cour de cassation, notamment au travers du contentieux de l'homicide involontaire sur embryon, semble prendre le parti d'une inapplicabilité anténatale des dispositions relatives aux personnes juridiques. Concernant le cadavre, après un sursaut de position « personnaliste », il apparaît que l'utilisation des notions de « corps humain » et de « dignité humaine » fait une certaine percée dans la jurisprudence.

[870] Pour une condamnation récente pour homicide involontaire sur embryon v. Trib. corr. Tarbes, 4 févr. 2014 : *AJ fam*., 2014 n° 3, p. 145, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. sc. crim.,* 2015, p. 83, note Y. MAYAUD.

Malgré leur imprécision en termes de classification, ces notions présentent le double avantage d'être proches du vocabulaire utilisé par le législateur et d'entretenir autour de la qualification un certain flou. La *dignité* notamment renvoie à des dispositions textuelles portant autant sur le corps humain en général que sur la personne juridique[871]. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, sa position apparaît pour le moins fuyante, évitant soigneusement toute qualification claire.

Ce panorama laisse donc l'impression d'une hésitation permanente du droit. Mais l'analyse de la plus grande masse des décisions comme du processus de construction du droit montre que, plus qu'une *incertitude* sur la qualification juridique des embryons et des cadavres, il s'agit d'une véritable *stratégie* de contournement, d'évitement de la catégorisation juridique.

[871] Pour une explicitation du lien entre les usages de la dignité et le principe d'indisponibilité du corps v. St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche réalisé dans le cadre de l'appel à projet « Les principes fondamentaux du droit » avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avr. 2004, p. 172.

Sous-titre 2 Des qualifications éludées

246. À côté des quelques décisions qui tentent, directement ou indirectement, d'apposer une qualification aux corps humains avant la naissance et après la mort, de nombreuses décisions éludent la difficulté en tranchant les contentieux qui leur sont soumis, sans, apparemment, recourir à des processus de qualification[872]. Ces décisions, que l'on pourrait un peu rapidement qualifier de « ventre mou » de notre corpus, sont en réalité centrales dans l'analyse. Elles montrent en effet comment les juridictions utilisent les possibilités d'argumentation que leur offre le droit pour statuer sur des cas précis, parfois difficiles, sans affirmer de façon définitive une position de principe quant à la qualification des corps humains[873] ; position dont elles considèrent manifestement qu'elle relève de la compétence du législateur **(Chapitre 1)**. L'étude de la construction du droit applicable aux embryons et aux cadavres montre cependant que la question de la qualification est loin d'être au cœur des préoccupations du législateur **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 La jurisprudence du détour

Chapitre 2 L'insaisissable intention législative

[872] Il ne s'agit pas, bien entendu, de dire que ces décisions renoncent à toute qualification juridique mais simplement de dire que l'*objet* des qualifications n'est pas les embryons et les cadavres mais des actes ou faits extérieurs.

[873] F. MALHIÈRE souligne à propos de la concision des motivations qu'elles sont parfois la marque d'un refus des juges de s'engager trop clairement sur une question controversée, se réservant ainsi la possibilité de trancher plus tard dans un sens différent, se ménageant, selon ses termes, un « *droit à l'incohérence* ». La remarque semble tout à fait adaptée à notre corpus : *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice,* Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 433 et 424.

Chapitre 1 La jurisprudence du détour

247. La majorité des décisions portant sur le statut des corps humains avant la naissance et après la mort tranchent le conflit qui leur est soumis sans passer, apparemment, par un processus de qualification de ces corps[874]. Dans un contexte où la loi ne propose pas de catégorie claire pour l'embryon et le cadavre[875], il s'agit donc d'analyser les stratégies argumentatives des juges qui contournent le problème[876]. Il ne s'agit pas de procéder à une analyse psychologique[877] du comportement des juges, même si, à n'en pas douter, leurs convictions politiques ou religieuses ont une influence sur leurs positionnements. L'analyse se veut résolument juridique[878] au sens où elle vise à montrer comment – mais aussi à suggérer *pourquoi* – des notions et des raisonnements proprement juridiques sont utilisés dans la résolution de cas, en lieu et place d'un raisonnement qualificatif classique.

248. Auto-limitation des juridictions. Cette analyse se situe dans une approche marquée par la théorie des contraintes telle que développée par le Centre de théorie du Droit de l'Université Paris Ouest-Nanterre[879]. Partant de l'affirmation que l'acte de juger est bien un acte de *volonté*[880], on cherchera à montrer comment le double impératif de motivation des décisions et d'interdiction du déni de justice associé à une volonté affichée de ne pas empiéter sur la place du législateur conduit les juridictions à des stratégies argumentatives particulières. Car à n'en point douter, les motivations *non-qualificatives* développées par les juridictions ne sont pas uniquement une réponse juridique au *silence* de la loi – au sens où les juges ne *pourraient pas* statuer en raison de l'imprécision des textes – mais bien une démarche volontaire *d'évitement*

[874] Une fois encore nous n'ignorons pas que ce constat peut également provenir du fait que, dans le cadre des procès civil, les *demandeurs* n'usent pas de ces qualifications. Mais le constat est trop général pour que l'on s'en tienne à cette explication.
[875] V. *supra* n° 33.
[876] Non pas, bien entendu, que la qualification ne relève pas de la stratégie. Sur la qualification comme rhétorique v. D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, n° 36, p. 60.
[877] Sur la distinction entre approche psychologique et analyse « *relativisée à l'agent* » v. Chr. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in *Théorie des contraintes juridiques*, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Chr. GRZEGORCZYK (dir.), Bruylant-LGDJ, 2005, p. 27 et 28.
[878] Chr. GRZEGORCZYK relève que l'on a longtemps « *exclu implicitement l'analyse du fait de la sphère "véritablement" juridique.* [et que l'] *on a relégué tout ce qui relevait de l'action juridique au domaine de la sociologique du droit, à l'analyse des réalité extra-juridiques* ». Pourtant, comme il le souligne, « *la théorie des contraintes ne néglige pas l'existence des obligations juridiques, mais elle valorise la vision stratégique dans la théorie juridique* » : « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », art.cit., p. 31 et 30.
[879] M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Chr. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op.cit*. ; V. aussi J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 125.
[880] V. *supra* n° 164.

de l'acte de qualification qu'il faut sans doute rapprocher de la volonté du juge « *faute de pouvoir affirmer la légitimité d'un pouvoir propre de vouloir,* [de] *le dissimuler et* [de] *faire passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée* »[881]. En effet, comme le souligne pertinemment Denys de BECHILLON :

> *« un juge qui crée, dans le cadre de la tradition continentale, est un juge qui fait ce qu'il ne doit pas faire. Dès lors, il existe pour lui une nécessité proprement vitale à ce qu'il légitime son action. Comment ?* […] *en annonçant* coram populo *que toutes ses options, ses délibérations tous ses choix et tous ses jugements sont juridiquement fondés, dérivés et déduits du texte juridique et des habilitations qu'il confère, rendus possibles et nécessaires par l'effet de la loi. Même et surtout lorsque ce n'est, en réalité, pas ce qui se passe du tout. La légitimation (et donc le mode d'existence) du travail créateur du juge repose avant tout sur l'entretien d'une fiction censée garantir le caractère non-politique (et donc non gouvernemental) de la fonction de juger : la cohérence formelle de l'ordre juridique* »[882].

On notera ainsi qu'à de nombreuses reprises, les décisions se réfèrent elles-mêmes au pouvoir législatif[883].

249. Syllogisme régressif. Le fait que les juridictions construisent souvent *a posteriori* un syllogisme juridique afin d'étayer une position qui leur semble *a priori* juste, équitable[884] ou du moins souhaitable, est un phénomène souvent souligné[885]. Renvoyant à Henri MOTULSKY[886], Philippe SOULEAU résume ainsi :

---

[881] M. TROPER, « La motivations des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justices*, Ch. PERELMAN et P. FOIRIERS, Bruylant, 1978, p. 296.

[882] D. de BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973. Pour une illustration de la façon dont la Cour suprême américaine peut justifier son intervention en se défendant de substituer son appréciation à celle du Congrès v. par ex. Cour suprême, jugement, 27 juin 2016, n°15-274, *Whole Womans's Health c. Hellerstedt*, 3e partie et opinion dissidente du juge Thomas : *JCP G*. 2016.894, obs. J. JEHL ; *JCP G.* 2016.1016, note W. MASTOR.

[883] *Infra* n° 297 et s.

[884] V. Ch. JARROSSON et Fr-X. TESTU, V° Équité, in Dictionnaire de la culture juridique, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003, p. 638 : « *L'équité a* […] *parfois un effet perturbateur : elle invite le juge à inverser le syllogisme juridique, mais de manière souvent clandestine, car il recherche d'abord la solution équitable avant d'élaborer le raisonnement qui y conduit. Une motivation formelle vient ensuite fonder la décision et lui restituer un ordre syllogistique* ».

[885] V. par ex. P. BELLET in *La logique judiciaire. 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires*, PUF, 1969, p. 148 ; F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 184 et s. ; M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du Droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, p. 83 ; réed. in *Le droit et le service public au miroir de l'anthropolo*gie, textes choisis et édité par Camille Kuyu, Karthala, 2003, p. 285 : « *Même dans nos sociétés où les magistrats qui rendent la justice ont l'obligation de fonder leurs décisions sur le lois, ces décisions sont souvent psychologiquement acquises indépendamment de toute règle et ensuite formulées de façon à paraître découler des lois* » ; D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », art.cit. Pour un résumé de l'importante réflexion de l'école de Bruxelles sur ce point v. G. VANNIER, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, 2001, p. 123 et s.

[886] Sur le raisonnement inductif des juges V. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, rééd. 2002, p. 50 et s.

> *« partant d'une hypothèse dont on vérifie ensuite l'exactitude, qu'on choisira la présupposition légale dont on constatera qu'elle subsume l'espèce parmi toutes les présuppositions légales possibles et qu'on retiendra aussi la qualification que les faits doivent recevoir parmi toutes celles qui pourraient être envisagée »*[887].

Pour autant, comme le souligne Roger PERROT,

> *« les principes de la logique formelle n'en sont pas moins respectés. Le fait de demander au juge de se prononcer sur une conclusion qui a servi de point de départ à son raisonnement* […] *n'infirme pas le caractère logique de son raisonnement. »*[888]

Si les prémisses retenues ne permettent finalement pas de parvenir, en toute rigueur, à la conclusion souhaitée, l'obligation de motivation conduira à une modification du raisonnement[889]. Ce phénomène est sans doute d'importance variable suivant les juridictions[890] mais il est d'autant plus important que la loi laisse une marge d'appréciation importante aux juges, *a fortiori* lorsque les textes n'offrent aucune qualification incontestable à un objet donné. On peut également penser que cette méthode est particulièrement présente dans les domaines soumis à d'importants débats de nature morale, confessionnelle, bref, politique, ce qui est évidemment le cas de la matière ici traitée. Ici plus qu'ailleurs, l'interrogation est toujours présente : doit-on « *s'attacher au contenu concret de la décision prise eu égard aux circonstances de fait, ou aux motifs énonçant les propositions de droit sur lesquelles elle est fondée* »[891] ? Il nous semble que ne s'attacher qu'aux motifs conduirait à appauvrir considérablement l'analyse.

Le corpus ici analysé contient en effet de multiples décisions dans lesquelles les *justifications* avancées par les juridictions ne peuvent être lues qu'au regard de leurs *explications,* c'est-à-dire à la lumière de leur contexte et des options qui s'offraient aux juges. Nombre de jugements et d'arrêts doivent donc avant tout être considérés comme étant, à un moment donné, les plus *acceptables* aux yeux de la juridiction ; ce qui n'empêche pas, évidemment, de rechercher la façon dont cet « acceptable » est habillé juridiquement.

---

[887] Ph. SOULEAU, « La logique du juge », in *La logique judiciaire.* 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 57.
[888] R. PERROT, « Rapport de synthèse », *La logique judiciaire,* 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 148.
[889] Ceci est souligné par H. MOTULSKY in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, rééd. 2002, p. 66.
[890] M. SALUDEN note ainsi que cette tendance à l'équité existe surtout en première instance puis se réduit devant la Cour de cassation sans disparaître pour autant : *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, th. Paris II, 1983, p. 62 et 130.
[891] P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 347.

250. Comme le remarquent Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLAT, *« il est certain que l'explication par les contraintes est le produit d'une interprétation* » et qu'en la matière, « *nous n'avons pas de certitudes et il faut nous contenter de présomptions* »[892]. Ici, les présomptions sont les suivantes : en l'absence de qualification définitive posée par les textes, les juridictions construisent, pour statuer sur des situations portant sur des corps humains avant la naissance et après la mort, des motivations qui leur permettent de donner aux solutions qui leur paraissent les plus acceptables l'apparence de la juridicité **(Section 1)**. Afin de dissimuler leur pouvoir créateur, les juridictions cherchent très fréquemment à montrer qu'elles n'appliquent que la stricte volonté du législateur **(Section 2)**.

Section 1 Le détour méthodologique : contourner la qualification
Section 2 Le détour politique : renvoyer à l'intention législative

Section 1 Le détour méthodologique : contourner la qualification

251. Les juridictions saisies de contentieux impliquant des corps humains avant la naissance et après la mort se gardent le plus souvent de résoudre le litige en qualifiant le corps ou en lui appliquant le régime des personnes ou des choses. Elles opèrent plus volontiers une sorte de contournement des difficultés[893], notamment en rattachant les litiges à des sujets de droits incontestables **(§1)**. Les juges modulent cependant leur pouvoir d'interprétation créatrice, soit en créant des principes généraux à même de résoudre les questions qui leur sont soumises, soit, au contraire, en s'attachant à la lettre des textes appliqués **(§2)**.

§ 1 Désigner des sujets incontestables
§ 2 Moduler son action créatrice

§1. Désigner des sujets incontestables

252. Afin d'éviter d'avoir à qualifier juridiquement des embryons et des cadavres de choses ou de personnes, les juges rattachent souvent le litige à des personnes juridiques

[892] M. TROPER et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Introduction », in *Théorie des contraintes juridiques*, *op.cit.*, p. 5.
[893] Les règles de procédure imposent souvent que les éléments utilisés par les juridictions aient été soulevés par les parties elles-mêmes. Cependant, il est déjà notable d'une part que les parties proposent des modes de raisonnement non-qualifiants et, d'autre part, que ces éléments soient accueillis par les juridictions. L'étude de l'adéquation entre les demandes et les réponses est singulièrement compliquée par les modes d'éditions des décisions qui ne comportent pas toujours l'intégralité des moyens, en particulier pour les décisions anciennes. Nous soulignerons tel ou tel choix lorsqu'ils nous auront paru particulièrement signifiants.

incontestables que ce soit simplement pour accepter de connaître du litige **(A)** ou, plus largement, pour trouver des argumentations permettant de le trancher **(B)**.

A. Connaître du litige
B. Trancher le litige

A. Connaître du litige

253. Avant même de se pencher sur le fond du litige, la question se pose de savoir *qui* peut agir pour protéger les *intérêts* des embryons et des morts. La question pourrait aisément être posée en termes de qualification : soit il existe une personnalité prénatale et *post mortem* et il reste à désigner qui peut en être *représentant,* soit les corps sont des choses et seules peuvent agir les personnes qui exercent sur elles un pouvoir exclusif, y compris, le cas échéant, l'État. Mais les juridictions, en particulier la Cour européenne des droits de l'Homme, usent plutôt d'arguments détournés : admettant l'action des proches, notamment grâce à la notion de *victime indirecte* **(1)** ou contrôlant l'action de personnes plus éloignées **(2)**.

1) Admettre l'action des proches

254. Lorsqu'un droit fondamental a été violé du vivant d'une personne, la question se pose de savoir si son droit à agir est transmissible ou si une action intentée peut être continuée. Mais la question est plus difficile lorsque les « atteintes » alléguées ont été commises après le décès ou que la question est précisément l'atteinte au droit à la vie : qui peut agir et cette action se fait elle en *représentation* ou en nom propre ?

La Cour européenne des droits de l'Homme a développé à ce sujet une jurisprudence complexe[894], qu'elle résume dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*[895] :

> *« la Cour distingue selon que le décès de la victime directe est postérieur ou antérieur à l'introduction de la requête devant elle. Dans des cas où le requérant était décédé après l'introduction de la requête, la Cour a admis qu'un proche parent ou un héritier pouvait en principe poursuivre la procédure dès lors qu'il avait un intérêt suffisant dans l'affaire.* […] *La situation est en revanche variable lorsque la victime directe est décédée avant l'introduction de la requête devant la Cour. En pareil cas, la Cour, s'appuyant sur une interprétation autonome de la notion de "victime", s'est montrée*

[894] Pour un exposé complet v. N. DEFFAINS « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 95.
[895] Cour EDH, 17 juill. 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, §97 et s.

> *disposée à reconnaître la qualité pour agir d'un proche soit parce que les griefs soulevaient une question d'intérêt général touchant au "respect des droits de l'homme" (article 37 § 1* in fine *de la Convention) et que les requérants en tant qu'héritiers avaient un intérêt légitime à maintenir la requête, soit en raison d'un effet direct sur les propres droits du requérant* […]. *Dans des affaires où la violation alléguée de la Convention n'était pas étroitement liée à des disparitions ou décès soulevant des questions au regard de l'article 2, la Cour a suivi une approche bien plus restrictive* »[896].

La position de la Cour est manifestement casuiste, la formulation proposée lui laissant une marge de manœuvre importante pour admettre des actions *post mortem*. Émerge alors une acception souple de la notion de *victime indirecte*.

La Commission a ainsi accordé la qualité de « victime » à un homme agissant sur le fondement de l'article 2, alléguant que l'autorisation de l'avortement en Norvège avait attenté au droit à la vie de son enfant, sa compagne ayant avorté contre son avis. La décision souligne ainsi que « *le requérant était, en tant que père potentiel, affecté de manière assez étroite par l'interruption de grossesse de son amie pour se prétendre "victime" au sens de l'article 25 de la Convention* »[897]. Mais la Cour ne limite pas cette position aux violations alléguées de l'article 2. Ainsi, dans l'affaire récente *Elberte c. Lettonie*[898] , elle a admis que la veuve d'une personne sur le cadavre duquel des prélèvements d'organes avaient été pratiqués sans son consentement, pouvait être considérée comme victime indirecte d'une violation des articles 3 et 8 de la CEDH.

255. Ces cas ont pu faire dire à la doctrine que la Cour, sans s'exprimer clairement, reconnaissait alors la qualité de sujet de droit aux embryons ou aux cadavres. Frédéric SUDRE remarque ainsi que si le « père » allégué peut agir en tant que victime indirecte il y a là « *une construction audacieuse car admettre l'existence d'une victime indirecte suppose, normalement, l'existence d'une victime directe* ». Il interroge : « *doit-on, alors, considérer que le fœtus est destinataire du droit à la vie ?* »[899]. La question est techniquement fondée. Il nous semble cependant que l'on se tromperait à chercher une qualification indirecte là où la Cour admet elle-même le caractère casuistique de sa position : la reconnaissance du statut de « victime indirecte » ne signifie pas tant qu'il soit possible d'être « victime directe », et donc

---

[896] La Cour illustre : « *comme par exemple dans l'affaire Sanles Sanles c. Espagne ((déc.), n°48335/99, CEDH 2000-XI), qui portait sur l'interdiction du suicide assisté. Dans cette affaire, la Cour estima que les droits revendiqués par la requérante au regard des articles 2, 3, 5, 8, 9 et 14 de la Convention relevaient de la catégorie des droits non transférables et conclut que l'intéressée, qui était la belle-sœur et l'héritière légitime du défunt, ne pouvait se prétendre victime d'une violation au nom de feu son beau-frère* ».

[897] Comm. EDH, 19 mai 1992, *H. c. Norvège,* n° 17004/90 : *Décisions et rapports,* vol. 73, p. 155. « En droit » §1.

[898] Cour EDH, 13 janv. 2015, *Elberte c. Lettonie*, n° 61243/08.

[899] Fr. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377. Sur l'analyse de l'arrêt *H. c. Norvège* v. *supra* n° 220.

titulaire de droits, avant sa naissance ou après sa mort, mais bien qu'il y a là une nécessité d'examiner les demandes de personnes qui s'estiment *personnellement* victimes de violations de leurs droits en raison du traitement des corps prénataux et *post mortem*. Il y a là davantage contournement de la qualification que qualification indirecte. Cette attitude de « rattachement » du litige à une personne incontestable fait dire à Natalie BAILLON-WIRTZ qu'

> *« il est difficile d'accréditer l'idée qu'il existe des droits "appartenant" au défunt que les héritiers exerceraient par représentation. Il est plus juste d'affirmer que ces droits, une fois transmis, deviennent propres aux héritiers qui les exerceront alors dans l'unique intérêt du défunt.* […] *la transmission de droits particuliers* [que la famille] *n'exerce pas dans son intérêt propre mais bien dans l'intérêt du défunt, défini désormais comme un centre d'intérêts juridiques »*[900]

La difficulté de cette position apparaît cependant lorsque les personnes souhaitant agir à la défense de ces intérêts ne sont pas des « proches » de l'embryon ou du défunt.

2) Contrôler l'action collective

256. L'idée d'une action visant la protection des intérêts d'embryons ou de défunts s'est présentée dans deux cas distincts. Au niveau national il s'agissait de trancher sur la possibilité d'actions engagées par des associations[901]. Au niveau supranational cette question s'est résolue sur le fondement général du refus de l'*actio popularis.*

257. Admettre l'action associative : des réponses d'opportunité. Certaines associations revendiquant la protection de l'embryon ont pu agir contre la mise sur le marché d'un médicament abortif sans que la recevabilité de leur demande soit interrogée[902] mais il ne s'agissait pas, en la circonstance, de trancher sur le cas d'un embryon en particulier. L'action ne suppose pas alors de déterminer si une *personne juridique* est en cause. D'autres affaires étaient plus délicates et les juridictions les ont tranchées en opportunité.

Ainsi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle pu refuser à une association prétendument anti-raciste de se constituer partie-civile dans une affaire de violation de

---

[900] N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th., Paris II, 2006, coll. Doctorat et notariat, Defrénois, t. 17, p. 259.

[901] Sur l'action civile des associations en général v. not. : C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Rép. droit pén. et proc. pén*., Dalloz, n° 417 et s. L'auteure donne de nombreuses références, not. : GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *RSC*, 1958.1 et « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP G*. 1957.I.1386 ; BROUCHOT, « L'arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences », *in Mélanges Patin*, 1964, Cujas, p. 411 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, 2001, coll. Droit fondamental, PUF, n° 181 ; S. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, 1997, LGDJ et « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », *RSC*, 1997.751.

[902] CE, 21 déc. 1990 : *D.* 1991. jurispr. 283, note P. SABOURIN ; *Rec. Lebon*, p. 369, concl. B. STIRN ; *AJDA*, 1991, p. 158, note CM, FD et YA ; *RUDH* 1991, p. 1, obs. H. RUIZ-FABRI.

sépulture[903]. La décision est formellement fondée sur une interprétation stricte du Code de procédure pénale. Elle énonce ainsi que « *ne peuvent se constituer partie civile que pour les infractions limitativement énumérées, définies à* […] *l'article 2-1 du Code de procédure pénale, parmi lesquelles ne figurent pas les délits d'atteinte au respect dû aux morts, prévus et punis par les articles 225-17 et 225-18 du Code pénal* ». Le raisonnement de la Cour n'apparaît cependant pas clairement : dit-elle que l'atteinte au cadavre n'est pas une atteinte à l'intégrité de la personne car il n'y a plus de personne ou parce que l'infraction n'est pas *classée* dans cette catégorie par le code ? Par ailleurs, le contexte de la décision incite à la prudence quant à la portée à accorder à cette décision. En effet, cette position permettait à la Cour de refuser l'action de l'AGRIF, association notoirement connue pour ses positions xénophobes et dont on pouvait penser qu'elle cherchait dans cette affaire une résonnance médiatique[904].

Une même difficulté intervient à la lecture de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 septembre 2007, rendu dans la tristement célèbre affaire *Ilan Halimi*[905]. Le MRAP avait souhaité intervenir dans cette procédure en tant que partie civile. Visant les articles 2 et 2-1 du Code de procédure civile, la Cour affirme dans un attendu de principe que l'action des associations ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord de la victime. Or, en l'espèce, « *l'accord de la victime, seule titulaire de ce droit, qui s'éteint à son décès, n'a pu être recueilli* ». Mais la position de la Cour dépasse la question de la qualification. En effet, en affirmant que l'action civile n'est possible qu'avec l'accord exprès de la victime, la Cour ne vise pas que le cas du décès mais plus largement tous les cas d'impossibilité d'accord (l'état comateux par exemple). La Cour s'abrite derrière une interprétation limitative du droit d'action des associations en affirmant : « *l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement renfermé dans les limites fixées par le code de procédure pénale* ». Mais, comme le souligne un commentateur[906], la véritable explication à cette décision se trouve sans doute dans la ferme opposition de la famille

[903] Cass. crim, 18 déc. 1997, n° 97-80.142.

[904] Il faut souligner le caractère très contesté de l'association en cause ici : l'AGRIF, qui se décrit elle-même comme une association de défense de « *tous les Français quelle que soit leur race ou religion et parmi eux les chrétiens attaqués pour leur foi et leurs convictions et dont la religion est sans comparaison la plus injuriée, la plus diffamée* […]. *L'AGRIF inlassablement dénonce comme beaucoup de Français l'insupportable progression de la haine raciste antifrançaise* […] *Combattant sans relâche tous les racismes, elle a simultanément dénoncé la subversion idéologique menée sous le couvert d'un soi-disant antiracisme devenu un authentique racisme à rebours agressant les chrétiens et les Français de toutes races mais visant aussi à attaquer et à culpabiliser pour appartenance à la race blanche !* ». Disponible sur : http://www.lagrif.fr/qui-sommes-nous [consulté le 13 nov. 2016].

[905] Cass. crim., 27 sept. 2007 : Bull. crim. n° 220 ; *AJ pén*., 2008.83, note Cl. SASS ; *D.* 2008.109, obs. D. CARON, S. MENOTTI ; *RSC*, 2008, p. 108, note A. GIUDICELLI ; *Dr. pén*., 2007, comm. 145, obs. MARON

[906] A. GIUDICELLI, *RSC*, 2008, p. 108.

à l'intervention de l'association : la part d'opportunité est sans doute ici non négligeable. Le constat est identique dans les quelques cas présentés devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

258. Admission contrôlée de *l'actio popularis*. La Cour européenne des droits de l'Homme adopte une position très pragmatique sur la possibilité d'agir « au nom de » la protection des intérêts des embryons et des défunts. Par principe, elle refuse l'*actio popularis* et a déjà appliqué ce principe à des requérants prétendant représenter les embryons « victimes » d'avortements[907]. Cependant, l'application qu'elle fait de la notion de représentation lui permet de contourner quelque peu cette position.

Ainsi, dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contre Roumanie*[908], la Cour admet comme une « représentation » l'action d'une association de défense de la mémoire d'un jeune homme handicapé mental et mort suite à de graves négligences institutionnelles. Elle note dans un premier temps que l'association ne présente pas de liens assez étroits avec la victime pour être considérée comme victime indirecte[909]. Cependant, soulignant que ses décisions

> « *servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés* »[910],

elle conclut qu'en l'espèce, admettre l'action de l'association est la seule façon d'assurer une interprétation de la Convention « *garantissant des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires* » (§105).

On voit bien qu'interpréter cette décision comme admettant une prolongation *post mortem* de la personnalité (que l'on pourrait donc représenter) est extrêmement réducteur : il n'y a pas ici de position de principe sur des catégories juridiques mais bien une stratégie d'argumentation visant à garantir l'effet utile de la Convention[911]. Le rattachement du litige à des personnes juridiques certaines est donc, plus qu'une forme de qualification, une technique

---

[907] Cour EDH, 29 mai 1961, *X. c. Norvège,* n° 867/60, ; Cour EDH, 10 déc. 1976, n° 7045/75, *X. c. Autriche*.
[908] Cour EDH, 17 juill. 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n°47848/08, §97 et s.
[909] §107. Il est vrai que l'association avait été constituée après la mort du jeune homme.
[910] § 105, reprenant Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 154 et Cour EDH gr. ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, § 89.
[911] Ch. PERELMAN dit ainsi simplement de la Cour EDH et de la CJUE qu'elles se préoccupent uniquement du droit tel qu'il est effectivement appliqué : *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. 2e éd., Dalloz, 1999, p. 138. Pour la dernière application de cette approche très pragmatique de la représentation v. Cour EDH, *N.TS. c. Géorgie*, 2 fév. 2016, n° 71776/12 : *JCP G.* 2016, n° 834, p. 1427, chr. Fr. SUDRE. Sur l'effet utile tel que mobilisé par la CJUE v. *infra* n° 281.

visant à permettre l'examen de situations controversées. Un constat identique peut être fait à propos du traitement des litiges en appréciant la situation des personnes *liées* aux embryons et aux défunts.

B. Trancher le litige

259. Plutôt que d'adopter une position ferme sur la nature juridique des corps, les juridictions passent parfois, dans leurs décisions, par l'examen de la situation des personnes concernées par leur traitement. Elles font ainsi couramment valoir les droits de ces personnes certaines **(2)** et s'appuient ponctuellement sur le droit commun des obligations **(1)**.

1) Protéger les droits des personnes certaines
2) S'appuyer sur des obligations entre personnes certaines

1) Protéger les droits des personnes certaines

260. Plutôt que de statuer sur la question de la relation[912] d'un requérant à un embryon ou un cadavre, ce qui nécessiterait de les qualifier juridiquement, certaines juridictions partent à la recherche de droits dont le titulaire n'est pas contestable[913]. Les juges se donnent alors la

[912] Les juridictions évitent parfois aussi de se prononcer sur la nature *de la relation*. Dans une affaire de refus de transfert de sépulture, la Cour EDH a ainsi considéré qu'« *il n'est pas nécessaire de déterminer si un tel refus se rapporte à la notion de vie privée ou à la notion de vie familiale, telles qu'énoncées à l'article 8 de la Convention, mais part de l'hypothèse qu'il y a eu ingérence au regard de l'article 8 § 1* » à l'encontre de l'épouse : la Cour évacue ainsi tout questionnement sur la *relation* entre la requérante et son époux décédé. Cour EDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède*, req. n° 61564/00, § 24 (L. BURGORGUE-LARSEN dit de cette décision : « *sans doute lasse et impuissante devant le fardeau conceptuel qui était le sien, la Cour de Strasbourg a préféré se résigner et opter pour le « flou conceptuel », plus aisé à manier*. » : « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA,* 2006, p. 757). La vie privée et familiale a également été visée pour statuer sur la demande d'un détenu de pouvoir assister aux funérailles de son père (Cour EDH, 12 janv. 2012, *Feldman c. Ukraine*, n°42921/09 : *JCP G.* 2012, 80, note Fr. SUDRE) ou encore sur la situation de parents auxquels le cadavre de leur fille avait tardé à être remis (Cour EDH 30 oct. 2001, *Pannullo et Forte c. France*, req. n° 37794/97, § 35 : A. DEBET, *Cahiers du Credho*, 2002, n° 8, p. 153).

[913] À l'inverse, la juridiction peut chercher à écarter un requérant sans pour autant déterminer qui aurait pu agir. Ainsi, le Conseil d'État (CE 8 juin 2016, n° 386525 : JurisData n° 2016-011560 ; *JCP G*. 2016, n° 26, 756, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *Dalloz Actualités*, 2016, note J.-M. PASTOR *; Rev. Lamy dr. i*mm. 2016, p. 128, com. 4024, obs. L. COSTE ; *Gaz. Pal*. 2016, n° 24, p. 40, note P. GRAVELEAU ; *Dr. fam*. 2016, n° 9, comm. 185, obs. A. TANI ; *JCP N.* 2016, n° 39, 1288, note A. TANI), dans une affaire concernant une demande d'accès aux données personnelles d'une personne décédée a confirmé le refus de la CNIL de les communiquer à ses ayant-droit. La motivation est symptomatique : « *Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : " La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement. " ; qu'aux termes de l'article 39 de cette même loi : " I. Toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir : / […] 4° La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent* [...]" *; qu'il résulte de ces dispositions qu'elles ne prévoient la communication des données à caractère personnel qu'à la personne concernée par ces données ;* […] [les demandeurs] *ne pouvaient, en leur seule qualité d'ayants-droit, être regardés comme des "personnes concernées"* ». En adoptant cette formulation, le Conseil ne dit pas que la

possibilité de sanctionner des comportements considérés comme répréhensibles sans pour autant qualifier la situation de l'humain mort ou pas encore né **(a)**. Cette méthode leur permet, ponctuellement, de trancher des cas particuliers sans remettre en cause globalement des dispositions de droit positif **(b)**.

a) Désigner les titulaires de droits

261. Droits subjectifs de l'entourage du cadavre. Manifestement conscientes de la difficulté que pose la reconnaissance des droits *post mortem*, certaines juridictions adoptent une stratégie d'évitement consistant à affirmer que toute atteinte *post mortem* aux droits dont une personne était titulaire de son vivant est également une atteinte aux droits des membres de sa famille[914]. Il a ainsi pu être affirmé, à propos de la protection de la vie privée, qu'est « *inopérante la discussion instaurée par les défendeurs quant à l'impossibilité, pour les ayants-cause d'une personne décédée, d'agir en justice pour défendre la vie privée de leur auteur* »[915], l'atteinte étant de toute façon caractérisée à l'égard de la famille. Ou encore que

> *« le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui quelles que soient les analyses que l'on puisse faire sur le point de savoir si la notion d'autrui se rapporte au décédé ou à ses ayants-droit, eu égard à la généralité du terme. Cette notion désigne "l'autre" auquel le respect est dû en raison de sa condition d'être humain qui ne se réduit pas au point de savoir s'il peut ou non encore être porteur de droits privés après son décès »*[916].

À cet égard il a pu être décidé que l'*« atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort »* constituait *« dès lors* [une atteinte] *à la vie privée des proches »*[917]. L'évitement de la qualification est alors parfaitement assumé par les juridictions.

---

personne concernée a disparu, qu'elle n'est plus une personne, il se contente d'affirmer que les ayants-sdroit *ne sont pas* cette personne et, au surplus, se retranche dernière une appréciation littérale des textes. Dans ses observations, M. TOUZEIL-DIVINA voit d'ailleurs dans cette décision la manifestation d'une protection des morts comme des personnes. Le législateur a réagi à cette position des juridiction en créant des dispositions spécifiques à cette question : v. L. n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique : JORF n° 0235 du 8 oct. 2016 (art. 63).

[914] C'est apparemment la solution retenue par la jurisprudence suisse, le droit suisse prévoyant explicitement que la personnalité juridique s'éteint avec la mort (art. 31 al. 1 C. civ. suisse) et les juges rejetant toute idée de représentation *post mortem* v. D. MANAÏ, « Le corps entre la dynamique de l'autodétermination du sujet et le frein du respect de la dignité humaine », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 221-222.

[915] TGI Paris, 23 oct. 1996 : *JCP G.* 1997.II.2844, note E. DERIEUX.

[916] CA Paris, 2 juill. 1997 : *D.* 1997, jur., 596, note B. BEIGNER.

[917] Cass. civ. 1re, 1er juillet 2010 : *D.* 2010. 2044. L'idée est reprise par la suite : CA Douai, 21 oct. 2010, n°10/01912 et CA Grenoble, 1re chambre civile, 12 mars 2013, n°12/0414. Sur l'usage du principe de respect dû au mort V. *infra* n° 283.

262. On trouve donc de nombreuses décisions dans lesquelles une atteinte portée à l'intimité d'une personne décédée ou à l'intégrité du cadavre est réparée par l'indemnisation de l'atteinte aux droits de *ses proches*[918]. Les juges jouent d'ailleurs parfois sur l'ambiguïté de la formulation qui leur permet de ne pas désigner précisément le titulaire des droits[919]. Exemple topique de ces formulations contournées, une décision de la Cour d'appel de Bordeaux qui, en 1890[920], affirmait :

> *« attendu que la dépouille mortelle appartient incontestablement à la famille du défunt, que c'est elle qui représente le défunt et le continue, chargée de faire respecter sa volonté, en vertu du principe de la liberté religieuse ».*

Droit de propriété, représentation et libertés individuelles se mêlent dans cette motivation sans que l'on puisse clairement distinguer les sujets des objets. Cet art de la formulation se retrouve dans plusieurs décisions concernant l'embryon.

263. Qualité de l'embryon et droits des tiers. Le Conseil d'État a été confronté à la question de la personnalité intra-utérine, dans une affaire de droit au séjour[921]. Un homme, ressortissant étranger, avait reconnu, avant sa naissance, l'enfant porté par sa concubine, de nationalité française. Menacé d'expulsion, il avançait qu'il était protégé contre celle-ci en tant que père d'un enfant français[922]. Deux questions étaient alors en jeu : un lien de filiation était-il déjà établi et la nationalité de la mère était-elle déjà transmise ? Le Conseil répond à cette demande de façon sibylline en affirmant que malgré la reconnaissance, l'homme « *n'était pas,*

---

[918] Trib. de la Seine, 16 juin 1858 : *D*. 1858.III.62 (action personnelle de la famille). Cass. crim., 24 mai 1860 : *D*. 1860.I.201, note Ch. ROYER (famille venant en représentation du mort). CA Lyon 17 juin 1896 : *D*. 1898.II.164 (atteinte au droit de l'époux et préjudice moral pour celui-ci). TGI Paris, ref., 11 janv. 1977 : *JCP G*. 1977.II.18711, obs. D. FERRIER ; *D*. 1977, jur., p. 83, note R. LINDON (atteinte au droit du défunt et de la famille). CA Paris, 26 avr. 1983 : *D*. 1983, jur., 376, note R. LINDON (action personnelle de la famille). TGI Paris, 18 janv. 1996 : *JCP G.* 1996.II.22589, note E. DERIEUX (atteinte au droit du défunt et de la famille). TGI Paris, 23 oct. 1996 : *JCP G*. 1997.II.2844, note E. DERIEUX (atteinte au droit du défunt et de la famille). TGI Paris, 13 janv. 1997 : *JCP G.* 1997, II.22845, note M. SERNA (atteinte au droit du défunt mais réparation du préjudice de la famille). CA Paris, 24 févr. 1998 : *D*. 1998, jur., 225, note B. BEIGNER ; *D*. 1999.123, note Th. HASLER ; *D.* 1999, 167, note Th. MASSIS ; *RTD civ.* 2000, 291, note J. HAUSER (action personnelle de la famille). Cass. civ. 1re, 20 déc. 2000 : *D*. 2001.885 (la victime n'est pas précisée ; l'article 16 C. civ. E2st visé). Cour EDH, 27 fév. 2007, *Akpinar et Altun c. Turquie*, req. n° 56760/00 (refus d'application de l'article 3 aux cadavres mais les mutilations *post mortem* constituent un traitement dégradant à l'égard des proches). Cour EDH, 6 juin 2013, *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, req. n° 38450/05 Pour une décision dans laquelle la violation alléguée des droits *du défunt* avait eu des conséquences financières pour l'héritier, justifiant la qualité de « victime » de ce dernier v. Cour EDH, 12 avr. 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07, not. § 67 : *JCP G.* 2012, n° 724, obs. A. DETHOMAS.

[919] Sur l'atteinte à la vie privée par l'exhumation sans information des proches v. TA Montreuil, 27 mai 2011, *Mmes Françoise et Juliana R*., n° 1012029 : *JCP A.* 2013, 2095, note D. DUTRIEUX. Le tribunal ne constate pas de violation mais la formulation n'est pas claire sur les titulaires du droit.

[920] CA Bordeaux, 24 févr. 1890 : *D.* 1891.II.211.

[921] CE, 29 mars 1996 : *Dr. fam.* 1998, p. 8, note P. MURAT. Pour une affaire similaire plus récente v. TA Rouen, 5 sept. 2014, n°1402919, inédit.

[922] À l'époque, l'art. 25 5° de l'ordonnance du 2 nov. 1945 protégeait de toute mesure d'expulsion « *l'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins* ».

à la date de l'arrêté […] *ordonnant sa reconduite à la frontière, le père d'un enfant français résidant en France* ». La formule est habile : on ne peut strictement conclure que la filiation n'était pas établie puisqu'en tout état de cause la condition de « résidence » n'était pas non plus remplie… En revanche, le Conseil d'État annule bien la décision attaquée mais sur le fondement de la protection de la vie privée et familiale du requérant, sans que l'on puisse déterminer si cette « vie familiale » comprend son « enfant à naître » ou seulement sa concubine. On est ici face à un déplacement manifeste du débat, qui écarte toute nécessité de qualification tout en parvenant à une conclusion qui assure l'effet utile de la disposition en cause[923].

264. Usant d'une même stratégie argumentative, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Open door et Dublin Well Woman c. Irlande*[924] est l'une des illustrations les plus connues d'évitement de qualification. Des associations diffusaient en Irlande des informations concernant la possibilité d'avoir recours à un avortement hors du territoire irlandais, notamment au Royaume-Uni. Interdites d'exercer leur activité au nom de la prohibition de l'avortement, elles se tournent vers la Cour européenne des droits de l'Homme. Le gouvernement irlandais cherche alors à plusieurs reprises à faire valoir l'importance de la protection du droit à la vie comme justification à la liberté de l'information alléguée[925]. Tout en admettant l'importance de la protection de la morale en Irlande[926], la Cour déplace cependant le débat et affirme

> *« qu'elle ne se trouve pas appelée, en l'espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus.* […] *Il s'agit donc uniquement de savoir si les restrictions à ladite liberté, prononcées par la partie pertinente de l'ordonnance, sont nécessaires dans une société démocratique à la protection de la morale, but légitime »* (§66).

En l'occurrence, relevant à plusieurs reprises que la loi irlandaise ne sanctionne pas le recours à l'avortement à l'étranger, la Cour considère la restriction à la liberté de l'information justifiée mais disproportionnée. Une telle translation de la question fait dire à Frédéric SUDRE que « *la Cour européenne pratique* […] *l'art de l'esquive* »[927] puisque si la qualification de l'embryon

---

[923] Refusant au contraire d'annuler la décision en raison de l'absence de qualité de parent d'enfant français à la date de l'arrêté v. CAA Douai, 15 déc. 2009 : JurisData n° 2009-018377 ; *JCP G.* 2010, n° 106, note X. LABBÉE (la maxime *infans conceptus* était invoquée). C'est pour éviter des décisions d'expulsion de ce type que certaines associations revendiquent la création d'un titre de séjour « futur parent d'un enfant français.

[924] Cour EDH, 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n° 14234/88; 14235/88 : *RTDSS*, 1993, p. 32/

[925] § 61 « *Selon le Gouvernement, la législation irlandaise applicable a pour objectif la protection des droits d'autrui - en l'occurrence l'enfant à naître -, celle de la morale et, le cas échéant, la prévention du crime*. »

[926] § 63 : « *la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître repose, à l'évidence,* sur de profondes valeurs morales *concernant la nature de la vie* […] *La restriction poursuivait donc le but légitime de* protéger la morale*, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect* », nous soulignons.

[927] Fr. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », *Mélanges Christian Mouly*, Litec,

au regard de la convention est incertaine, nul ne peut contester la titularité du droit à l'information.

265. Des faits parfaitement similaires avaient déjà permis à la CJCE d'adopter une stratégie identique à celle de la Cour de Strasbourg. Dans son fameux arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991[928], la Cour devait trancher la question de savoir si la restriction à la liberté de l'information posée par l'Irlande devait s'analyser comme une restriction à la liberté de prestation de services. Elle écarte très rapidement l'argument du gouvernement qui cherchait à disqualifier la qualification de « service » appliquée à l'avortement en faisant valoir son caractère immoral au regard de la protection de la vie. La Cour affirme dans un premier temps que :

> *« quelle que soit la valeur de tels arguments du point de vue moral, il y a lieu de considérer qu'ils ne peuvent avoir d'influence sur la réponse à la première question posée. En effet, il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur des États membres où les activités en cause sont légalement pratiquées »* (§ 20).

Pour autant, elle ne sanctionne pas les dispositions contestées, considérant que les informations n'étaient pas données par les agents économiques procédant eux-mêmes aux avortements et qu'il n'y avait dès lors aucune restriction à la liberté de prestation de service (§26). Par ailleurs, la Haute juridiction refuse de trancher sur le fondement de la liberté de l'information, considérant qu'il n'y a là qu'une pure question de droit interne pour laquelle elle n'est pas compétente (§31). Par cette décision, la Cour, refusant de se prononcer sur la qualification juridique de l'embryon, s'incline momentanément devant la législation irlandaise tout en donnant, par le biais du droit à la libre prestation de service, un blanc-seing aux cliniques britanniques, sujets incontestés de droit communautaire, pour informer les femmes irlandaises sur leur possibilité d'avortement. C'est sans doute ce qui motive le commentaire de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ :

> *« le positionnement volontiers revendiqué à Luxembourg est celui d'un raisonnement "purement juridique", se démarquant des sables mouvant de l'éthique ou de l'ontologie »*[929].

1998, p. 378.

[928] CJCE, 4 oct. 1991, C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*.

[929] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'embryon de l'Union », *RTD eur.* 2012, p. 355. L'auteure ne parle cependant pas de « neutralité », terme que n'hésite pas à employer P. CHATELET, « L'IVG et l'euthanasie : deux facettes d'une même réalité pour le Conseil d'État ? », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*. Etudes coordonnées par Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 248. V. aussi P. LE MAIGAT, « Entre le Sacré et le Profane : Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon », *RDH* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 mai 2016 Disponible sur : http://revdh.revues.org/2079, n° 15 [consulté le 13 nov. 2016].

Malgré leur apparente technicité, ces choix argumentatifs ne doivent pas être considérés comme neutres d'un point de vue axiologique mais bien comme des procédés parant les décisions d'une élégante rigueur juridique, propre à les rendre socialement et politiquement admissibles[930]. Il n'est alors pas surprenant que la technique du « déplacement de droits » soit privilégiée par les juridictions supranationales, particulièrement soumises à des contraintes politiques. Elles ont ainsi élaboré des méthodes de *mise en œuvre* des droits reconnus qui leur évitent de trancher de façon définitive la question de la qualification, sans pour autant se désintéresser de l'aspect pratique de leur décision.

b) Limiter la mise en œuvre des droits

266. Dans une étude consacrée aux enjeux européens de la bioéthique, Stéphanie HENNETTE–VAUCHEZ note que :

> *« la voie de plus en plus fréquemment empruntée par la Cour européenne des droits de l'Homme face aux* hard cases *»* est *« une voie minimaliste qui consiste pour elle a se borner à exiger des États le respect d'obligations procédurales découlant du droit au respect de la vie privée et de la disposition du corps »*[931].

De fait, elle souligne que dans plusieurs affaires concernant l'avortement, la Cour a prononcé

> *« des condamnations sur le fondement du volet procédural de certains droits conventionnels – ce qui lui permet d'éviter de se prononcer, au fond, sur des questions controversées »*[932]

Parmi ces questions, on retrouve évidemment celle de la qualification juridique de l'embryon et du cadavre[933].

Plusieurs exemples sont significatifs. On citera par exemple l'affaire *Tysiąc contre Pologne*[934], dans laquelle la Cour ne statue pas sur l'existence d'un droit à l'avortement mais

---

[930] Le déplacement du sujet ne met pas systématiquement la Cour à l'abri de toute critique. Ainsi, dans sa décision *Parrillo contre Italie* (27 août 2015, n° 46470/11 : *JCP G*. 2015, n° 973, note A. SCAHMANECHE), la Cour EDH refuse de se prononcer sur la qualification juridique de l'embryon (§167 et 215) et rattache la question de savoir si le refus d'admettre un don d'embryon surnuméraire à la recherche porte atteinte au droit à la vie privée de la femme et au droit à l'autodétermination celle-ci (§ 153 et s.). Cette décision inquiète Gr. LOISEAU qui y voit l'émergence d'un droit à l'autodétermination dans le rapport à autrui. Il interroge alors justement : « *qu'en sera-t-il lorsqu'un homme, revendiquant son droit à l'autodétermination quant au sort à donner à un embryon, faisant valoir que celui-ci renferme pour partie son patrimoine génétique et représente à ce titre une partie constitutive de lui et de son identité biologique - pour reprendre les termes de l'arrêt - prétendra s'opposer au choix de la mère d'interrompre volontairement sa grossesse ?* » (« L'embryon *in vitro* aux prises avec les droits de l'homme », *JCP G.* 2015, n° 1187, p. 2002).

[931] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in *Bioéthique et genre*, A.-Fr. ZATTARA-GROS (dir.), LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 38.

[932] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », art.cit, ndbp 72.

[933] Et, plus largement, la plupart des questions concernant des litiges médicaux : Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* coll. Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 485 et s.

[934] Cour EDH, 7 févr. 2006, *Tysiąc c. Pologne*, n° 5410/03.

condamne la Pologne pour ne pas disposer d'une procédure claire répondant à une demande fondée sur un grave danger pour la vie de la mère[935]. Une position similaire a été adoptée contre l'Irlande[936]. L'affaire *Vo. c. France*[937] peut également être comprise dans ce mouvement puisque la Cour tranche finalement l'affaire sur le fondement du recours effectif de la requérante, considérant que l'action civile était suffisante pour garantir une réparation de son atteinte à la vie privée là où la requérante souhaitait voir reconnaître la nécessité d'une pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse.

267. Le traitement du corps mort génère des positions identiques. On notera en particulier l'affaire *Elberte contre Lettonie*[938] dans laquelle c'est avant tout l'impossibilité de donner son opinion sur un prélèvement d'organe *post mortem* effectué sur un proche qui est considérée comme violant les articles 3 et 8 de la Convention. La Cour évite ainsi de se prononcer sur la pertinence de la règle du consentement présumé et donc sur toute question relative à la survie de la personnalité. Il est également possible d'évoquer l'affaire *Maric contre Croatie*[939] dans laquelle un couple alléguait une violation de son droit au respect de la vie privée et familiale en raison de l'élimination du corps de leur enfant mort-né avec les déchets hospitaliers. Là encore, la Cour ne se prononce pas sur la pertinence du moyen mais bien sur le manque de clarté de la procédure qui, d'une part, ne permettait pas de recueillir clairement le consentement des parents et, d'autre part, n'était pas appliquée de façon cohérente en droit interne.

268. Dans les domaines qui nous préoccupent, la Cour de Strasbourg cherche donc manifestement à éviter les questions les plus difficiles, notamment celle de la qualification des corps[940]. Il s'agit alors de ne pas se confronter à la remise en cause globale des mécanismes dont elle a à connaître mais de trouver des ajustements à la marge, des techniques de *conciliation* ponctuelle d'intérêts contradictoires[941], notamment par le biais d'aménagements de

[935] Deux autres décisions du même type ont été prises contre la Pologne : Cour EDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04 et Cour EDH, 30 oct. 2012, *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08. Dans une affaire concernant un avortement dans laquelle la requérante avait subi des complications l'ayant rendue stérile, la Cour a établi une violation de l'article 8 en ce que la patiente n'avait pas reçu toutes les informations nécessaires à la prise de décision, alors même qu'il n'était pas contesté qu'elle ne souhaitait pas poursuivre sa grossesse : Cour EDH, 15 janv. 2013, *Cosma c. Roumanie*, n° 8759/05.

[936] Cour EDH, 16 déc. 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05 : uniquement pour la troisième requérante, § 267.

[937] Cour EDH, 8 juill. 2004, *Vo. C. France*, n° 53924/00.

[938] Cour EDH, 13 janv. 2015, *Elberte c. Lettonie*, n° 61243/08.

[939] Cour EDH, 12 juin 2014, *Maric c. Croatie*, n° 50132/12.

[940] Ch. BLANC-FILY utilise également la notion d'« évitement » et souligne notamment l'usage fait par la Cour EDH du droit comparé dans la justification de ses décisions en matière bioéthique : *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p. 470 et s.

[941] Pour un constat similaire en droit suisse : P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en France. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 329. Sur la question particulière du contrôle de proportionnalité

procédures[942]. Cette échappatoire n'est pas offerte aux juridictions internes qui connaissent de conflits privés. Mais ces dernières ont également élaboré des méthodes de détournement de la qualification, notamment en s'attachant aux *obligations* liant des personnes juridiques certaines.

2) S'appuyer sur des obligations entre personnes certaines

269. Le droit des obligations a pu être mobilisé par les juridictions en lieu et place d'un pur raisonnement qualificatif. Cette démarche ne nécessite pas, en effet, de se prononcer sur la nature des corps.

270. Interprétation des contrats. C'est parfois l'interprétation des termes d'une convention qui remplace un raisonnement qualificatif général. Ainsi, à un siècle d'écart, les Cours d'appel de Nancy[943] et de Paris[944] ont été amenées à interpréter les dispositions de contrats d'assurance afin d'établir si la police couvrait les enfants simplement conçus au moment du sinistre. Dans la première espèce, la Cour refuse l'application du contrat en qualifiant l'enfant à naître de « personne incertaine ». Ce raisonnement pourrait apparaître comme une qualification mais on remarque que l'« incertitude » porte sur l'inclusion de l'embryon dans les personnes *visées par le contrat* : la juridiction se contente d'affirmer qu'étant donné les termes de la convention, qui n'évoquait que les « enfants », on ne pouvait pas en déduire que le co-contractant avait souhaité faire entrer les enfants non-nés dans le champ contractuel. En cela, la juridiction laisse ouverte la possibilité de rendre les enfants conçus créanciers de la réparation. De la même façon, dans sa décision du 24 mai 1984, la Cour d'appel de Paris s'appuie sur le fait que la police d'assurance prévoyait la couverture des « *enfants vivants au foyer* » pour écarter son application à l'enfant seulement conçu. Il s'agit alors pour les juges de rechercher simplement l'intention des parties et non de procéder à une qualification générale[945].

L'interprétation de l'intention des parties a également permis, en 1901, de trancher une affaire d'exhumation[946]. Alors que le lieu de l'inhumation avait été choisi par l'épouse du

---

v. *infra* n° 851.

[942] Sur ce phénomène v. S. MONNIER, Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique, L'Harmattan, 2005, p. 461 et s.

[943] CA Nancy, 25 févr. 1882 : cité dans Cass. civ., 2 juill. 1884 (*D.*1885.I.150) qui confirme.

[944] CA Paris, 24 mai 1984 : *D.* 1985, jur, 143, note E. FORTIS-MONJAL.

[945] Notons que cette décision avait été prise contre les conclusions de l'avocat général, qui privilégiait l'application de la maxime *infans conceptus* et été cassée (Cass. civ 1re, 10 déc. 1985 : *D.* 1987, jur. 449, note G. PAIRE ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1986. 2. somm. 323, obs. A. PIEDELIEVRE.), la Cour de cassation élèvant à l'occasion *infans conceptus* au rang de principe.

[946] Le respect de dispositions contractuelles est également évoqué dans une décision de la Cour d'appel de Nîmes du 4 juin 2015 (n° 13/04408) portant sur la question de savoir si la construction d'un immeuble à proximité d'une

défunt, mais la cérémonie payée par la succession, la famille du mort cherchait, des années plus tard, à faire transférer sa sépulture. Le Tribunal civil de Versailles[947], alors qu'il aurait pu se pencher sur la volonté du défunt par exemple, rejette la demande voyant dans l'accord initial à payer le prix de la sépulture une convention tacite par laquelle les ayants-droit avaient approuvé le choix de la veuve.

271. Réparation des préjudices. Dans une même attitude de contournement de la qualification, l'application des critères de l'ancien article 1382 du Code civil[948] a pu permettre, en 1973, la réparation du préjudice moral dû à l'interruption d'une grossesse à la suite d'un choc émotionnel[949], sans pour autant se prononcer sur la nature de l'embryon et des liens qui l'unissent la femme enceinte. Cette décision tranche avec la position inverse adoptée trente ans plus tard par la Cour administrative d'appel de Douai qui s'est alors attiré les foudres de la doctrine. La juridiction avait ainsi refusé de réparer le préjudice moral d'un couple dont les embryons *in vitro* avaient été altérés, au prétexte notamment que les embryons n'étaient pas des êtres humains[950].

Dans de nombreuses affaires, l'atteinte à l'intégrité de cadavres a également été considérée comme une faute générant chez ses proches un préjudice réparable sans, une fois encore, que la nature des relations entre les proches et le corps soit précisée[951].

---

tombe portait une atteinte au respect dû aux sépultures. Le respect des dispositions du contrat de vente du terrain est évoqué mais n'est pas l'aspect déterminant de la décision, qui s'appuie essentiellement sur une appréciation *in concreto* de la situation de la tombe.

[947] Trib. civ. Versailles, 6 févr. 1901 : *D.* 1904.II.207.

[948] Aujourd'hui art. 1240 C. civ.

[949] Cass. civ. 2e, 17 mai 1973 : *Gaz. Pal.* 1974.I.71.

[950] CAA Douai, 6 déc. 2005 : *AJDA,* 2006, 442, cl. J. LE GOFF ; J.-R. BINET, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. fam.* 2006, étude 14 ; *Dict. perm. bioéthique*, bull. n°156, p. 6525. Il serait possible de suggérer que les deux affaires se distinguaient sur la question de la certitude du dommage.

[951] Trib. Seine, 20 déc. 1932 : *Gaz. Pal.* 1933, jur., 323. TGI Arras, 27 oct. 1998 : *D.* 1999, 511, note X. LABBÉE (la faute pénale de violation de cadavre était constituée). TGI Lille, 10 nov. 2004 : *D.* 2005, 930, note X. LABBÉE (le tribunal évoque un droit de propriété sur le cadavre, faisant penser à une qualification indirecte de chose mais la faute génératrice d'un droit à réparation est constituée par le fait que l'atteinte est de « *nature à entraîner chez la famille un préjudice certain en ce qu'elle peut apparaître comme la volonté de dénier au mort, à la famille et aux proches, le respect qui leur est dû* » ; la pratique religieuse des familles est particulièrement soulignée au soutien de l'établissement d'un préjudice moral (Comp. en droit espagnol : J. CORBELLA i DUCH, « Dommages moraux pour la disparition de restes humains », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture,* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 285). CAA Lyon, 18 nov. 2003 : *JCP G.* 2004.II.10152, concl. E. KOLBERT (préjudice moral du fait de l'incinération fautive du corps d'un enfant mort-né avec les déchets hospitaliers). CA Paris, 20 oct. 2006, n° 05/16649 (traumatisme lié à la nécessité de procéder à une exhumation et à de nouvelles funérailles ; la religion des parties et la qualité d'ancien déporté du défunt sont particulièrement soulignées) CA Bordeaux, 13 fév. 2013, n°11/02381 (préjudice moral de ne pas avoir consenti à l'exhumation et la réduction des corps des grands-parents). Pour un refus de constater le préjudice : CAA Bordeaux, 1er avr. 2008, n° 06BX01221.

272. Usage subtil de la responsabilité de plein droit. Une affaire très particulière, à la frontière du droit des biens, de la responsabilité et des successions illustre parfaitement la méthode de contournement opérée par les juridictions : la décision de la Cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009[952]. Les faits sont sordides : le cadavre en décomposition d'une dame âgée, tardivement découvert, provoque des dégâts sur l'appartement de la voisine du dessous qui engage la responsabilité de la fille de la défunte. La question de la qualification du corps mort était explicitement posée à la cour puisque s'affrontaient les arguments de la garde de la chose et de la responsabilité du fait d'autrui. La cour, ne souhaitant pas s'aventurer sur le terrain glissant de la faute de la fille endeuillée à ne pas avoir visité sa mère plus souvent, répond de façon laconique que « *par l'effet de l'article 724 du code civil* [elle] *était saisie de plein droit des biens de sa mère dès son décès et donc de la propriété et de la jouissance de l'appartement* ». La réparation est alors accordée sur le fondement du trouble du voisinage qui ne nécessite ni faute ni qualification de l'objet à l'origine du trouble[953]. Cet évitement fait justement écrire à Jean HAUSER :

> *« Le repli prudent de la cour d'appel sur une responsabilité, somme toute du fait de l'appartement, pourra pourtant ne pas être jugé satisfaisant. La cause du dommage n'était pas le logis (lequel n'avait eu qu'un rôle passif) mais bien le cadavre de sa propriétaire dont on n'osera pas dire que, quant à lui, il n'aurait eu qu'un rôle passif donc un comportement normal. Dès lors, si l'on excluait la faute personnelle de l'héritière, il fallait soit considérer qu'elle était devenue gardienne du corps de sa mère, soit qu'elle en avait la saisine. S'en tenir à la saisine de l'appartement c'est éviter de se prononcer sur la cause immédiate du dommage donc sur la nature du cadavre* »[954].

Une articulation habile du droit de la responsabilité et du droit des successions permet ici un tour de passe-passe qualificatif et souligne l'exploitation qu'ont pu faire les juridictions de la création de mécanismes généraux pour se dégager de la difficile question de la qualification[955].

§2. Moduler son action créatrice

273. La désignation de titulaires de droits incontestables pour résoudre des questions relatives aux statuts des corps avant la naissance et après la mort n'est pas suffisante pour répondre à l'ensemble des litiges. Confrontées à la nécessité d'apporter des solutions aux

---

[952] CA Paris 28 janv. 2009, n° 0706322 : *D.* 2009. 1804, note D. BERT ; *RTD civ.* 2009, p. 501, obs J. HAUSER.
[953] V. par ex. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligation. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil,* Chr. LARROUMET (dir.), 3e éd., Économica, 2016, n° 660 et s., not. n° 666 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Lexis-Nexis, 3e éd., 2014, n° 507 et s., not. 516 ;
[954] J. HAUSER, « La mort en ce jardin », *RTD civ.* 2009, p. 501. Fl. BELLIVIER utilise également le terme de « *détour* » : *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 212.
[955] v. Cass. civ. 3e, 13 nov. 1986 : *Bull civ.* 1986, III, n° 172.

conflits qui leurs sont soumis, tout en assurant une apparence de juridicité à leurs décisions, les juridictions ont également usé de la création de « méta-normes », comme les nomment Véronique CHAMPEIL-DESPLAT et Michel TROPER[956], notamment par l'élaboration de principes généraux **(A)**. Mais si les juridictions n'ont ainsi pas hésité à user de leur pouvoir créateur, il arrive au contraire qu'elles affirment être liées par la lettre des textes, pouvoir d'interprétation dissimulé sous l'apparence d'une soumission à la loi **(B)**.

A. Découvrir des méta-normes

B. S'attacher à la lettre des textes

A. Découvrir des méta-normes

274. À propos de l'évolution de l'argumentation judiciaire, Chaïm PERELMAN, rappelant l'impératif pour les juges de conjuguer un certain respect du pouvoir législatif avec une adaptation nécessaire du droit aux attentes sociales, note que la jurisprudence s'efforce :

> *« d'élaborer une dialectique où la recherche d'une solution satisfaisante enrichira l'arsenal méthodologique permettant de maintenir la cohérence du système tout en l'assouplissant. C'est dans cette perspective qu'il y a lieu de souligner le rôle croissant* […] [des] *principes généraux du droit et* [de] *la topique juridique »*[957].

Si ce phénomène est sans doute caractéristique de la seconde moitié du XX^e^ siècle, les premières manifestations se trouvent sans doute dans les techniques argumentatives utilisées pour contourner les limites de la méthode exégétique[958]. Car il faut bien souligner que les juridictions, lorsqu'elles s'appuient sur des *principes généraux* pour trancher les conflits dont elles ont à connaître font bien œuvre de *création*[959] : même si les principes en cause peuvent être perçus dans l'orientation des politiques législatives, leur affirmation comme *norme* ne procède pas d'une *découverte* mais bien d'une élaboration[960], que les principes affirmés soient généralisés à partir de textes précis **(1)** ou affirmés sans fondement textuel particuliers **(2)**.

---

[956] « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques*, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Chr. GRZEGORCZYK (dir.), Bruylant-LGDJ, 2005, p. 17.

[957] Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. 2^e^ éd., Dalloz, 1999, p. 85. V. p. 89 pour une illustration des arguments utilisés par la jurisprudence.

[958] *Ibid.*, p. 23 et s. Sur la méthode d'interprétation dans la tradition exégétique v. Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 86 et s.

[959] Sur la façon dont la *distinction hiérarchisante* entre des normes permet la résolution de conflits v. M.-L. IZORCHE « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, n° 21.

[960] Sur la controverse sur ce point entre l'analyse de R. DWORKIN et celle de M. TROPER v. R. DWORKIN, « Le positivisme », trad. M. TROPER, *Droit et société,* 1985-I, p. 31 et M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 41.

1) La généralisation de régimes spécifiques

2) La création de principes généraux

1) La généralisation de régimes spécifiques

275. Deux textes spécifiques au statut de l'embryon ont fait l'objet d'une élévation par la jurisprudence pour résoudre des cas difficiles sans pour autant se prononcer sur une éventuelle personnalité juridique prénatale : l'application de la maxime *infans conceptus* et l'utilisation du délai légal de conception.

276. On a déjà abondamment évoqué les difficultés de qualification engendrées par *infans conceptus*[961]. On doit cependant remarquer qu'utilisée à propos d'un enfant déjà né vivant et viable, l'utilisation de cette maxime peut s'apparenter à un procédé d'argumentation permettant d'éviter l'interrogation sur la nature juridique de l'embryon[962]. En effet, lorsque l'enfant est bien né, nul doute que le jeu de la maxime puisse permettre de le considérer comme une personne depuis sa conception, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si la naissance a réalisé une condition suspensive ou n'a pas réalisé une condition résolutoire. La difficulté était bien sûr pour les juges que le mécanisme *infans conceptus* semblait textuellement limité au domaine successoral. Mais, la jurisprudence a rapidement étendu son champ d'application à divers domaines. On se souvient ainsi de son utilisation à propos de la rente d'accident du travail[963], mais la maxime a également été mobilisée en matière d'assurance[964] ou encore pour admettre l'idée d'une réparation du préjudice causé par le fait d'être né d'un viol[965]. *Infans conceptus* devient ainsi, par le biais de la jurisprudence, un principe général du droit[966].

Un constat similaire peut être fait à propos de l'application du délai légal de conception. Initialement élaborée pour établir le caractère légitime d'une filiation, cette norme est

[961] V. *supra* n° 106 et s.
[962] Pour une vision de la maxime comme outil *d'équité* familiale v. A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques,* th. dact. Paris II, 1995, t. 1, n° 262.
[963] V. *supra* n° 210.
[964] Cass. civ 1re, 10 déc. 1985 : *D.* 1987, jur. 449, note G. PAIRE ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1986. 2. somm. 323, obs. A. PIEDELIEVRE.
[965] TGI Lille, 6 mai 1996 : *D.* 1997.543, note X. LABBÉE ; Crim., 4 févr. 1998 : *JCP G.* 1999.II.10178, note I. MOINE-DUPUIS ; *D.* 1999, jur. p. 445, note D. BOURGAULT COUDEVYLLE ; *RSC* 1998 p. 579 note R. DINTILHAC.
[966] L'idée est affirmée par la Cour de cassation dans Cass. civ 1re, 10 déc. 1985 : Cass. civ 1re, 10 déc. 1985 : *D.* 1987, jur. 449, note G. PAIRE ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1986. 2. somm. 323, obs. A. PIEDELIEVRE.

progressivement utilisée dans d'autres domaines. On la retrouve ainsi en matière de succession collatérale[967] mais aussi, une fois encore, dans le contentieux de la rente d'accident du travail[968].

277. L'affirmation du caractère principiel de ces deux mécanismes n'est évidemment pas pour les juridictions une pure question technique : la « découverte » de principes généraux leur a, en effet, permis d'atteindre des objectifs qui étaient parfois loin d'être des évidences juridiques. Ainsi dans cette décision de la Cour de cassation du 4 janvier 1935[969] où la période légale de conception est appliquée à la fois à son maximum et à son minimum pour établir, à propos d'une même enfant, qu'elle était née lors de l'accident et conçue pendant le mariage. La commentatrice de la décision notait déjà à l'époque son caractère contradictoire mais « généreux ». La désignation de ces principes permet cependant d'assurer à la décision une certaine « juridicité » en permettant une rédaction dans laquelle la subjectivité de la juridiction est peu visible puisque la motivation est fondée sur une norme écrite. Il arrive parfois que la dimension créatrice de la décision soit plus évidente, notamment lorsqu'elle ne s'appuie sur aucun texte précis.

2) La création de principes généraux

278. Le corpus ici analysé montre que les juridictions utilisent couramment des principes qu'elles ont élaborés sans fondement textuel précis[970]. Il peut s'agir de principes d'interprétation très généraux, dont elles usent en tous domaines **(a)**, ou au contraire de principes spécifiquement créés pour les matières en cause **(b)**.

a) L'utilisation de principes généraux d'interprétation

279. Un certain nombre de principes d'interprétation sont utilisés par les juridictions pour ne pas avoir à se prononcer avec précision sur la qualification des embryons et des cadavres. Les juridictions ont ainsi abondamment usé des principes d'interdiction de distinguer là où la loi ne distingue pas ou encore d'ajouter des conditions à la loi. Les juridictions supranationales ont quant à elles parfois usé du principe d'interprétation utile.

[967] Trib civ. Bourgoin, 15 mai 1852 : cité par CA Grenoble, 20 janv. 1853 (*D.* 1855.II.40) qui confirme.
[968] Cass. civ., 4 janv. 1935 : *D.* 1935.I.5, note A. ROUAST. La règle est utilisée à la fois pour fixer la légitimité de l'enfant, condition nécessaire à l'attribution de la rente, mais également pour déterminer si la conception avait eu lieu avant l'accident.
[969] Cass. civ., 4 janv. 1935 : *D.* 1935.I.5, note A. ROUAST.
[970] Il ne s'agit pas évidemment de dire que les principes en cause ne trouvent pas leur *justification* dans l'interprétation faite par les juridictions de certains textes mais bien qu'en les affirmant comme des principes généraux les juges ont fait ici une œuvre de création plus large que la simple généralisation d'un mécanisme précis.

280. Ne pas distinguer, ne pas ajouter. L'interdiction de pratiquer des distinctions non-prévues par la loi a été utilisée à plusieurs reprises pour appliquer à l'embryon des normes visant la personne humaine ou l' « enfant ». On retrouve ainsi cet argument dans des affaires relatives à des suppressions d'enfant, dans lesquelles la Cour de cassation a pu affirmer que « *les dispositions de l'article 345 du Code pénal* [ancien]*, relatives à la suppression d'un enfant sont générales et absolues ; qu'elles s'appliquent également à la suppression d'un enfant mort, comme d'un enfant vivant* »[971]. Des positions similaires ont été prises à propos de l'obligation de déclaration de naissance[972]. Plus récemment, on peut évoquer la position de la Grande chambre de recours de l'office européen des brevets qui refuse de considérer que « l'embryon » pourrait être défini dans le sens restrictif de « postérieur à quatorze jours » eu égard au choix du législateur européen de ne *pas* donner de définition claire à cette notion (§20)[973]. Cette position est proche de celle consistant à refuser tout ajout de conditions que la loi elle-même n'aurait pas prévues. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation a, par exemple, refusé d'appliquer les critères de viabilité de l'Organisation Mondiale de la Santé à la délivrance d'un acte d'enfant sans vie[974].

L'application de ces principes existants aux questions spécifiques concernant les embryons et les cadavres a parfois conduit les juridictions à des raisonnements contradictoires. Ainsi lorsqu'une décision affirme à la fois, à propos de l'obligation de déclaration à la naissance, qu'on ne saurait distinguer entre un enfant mort-né et un enfant mort après la naissance, mais aussi que l'enfant doit être « organisé » pour pouvoir faire l'objet d'une telle déclaration[975] : sous couvert de « non-distinction » n'y a-t-il pas ici ajout de condition ? Une réflexion identique est possible à propos des décisions qui appliquent expressément les délais légaux de conception au délit de suppression d'enfant[976] ou celui d'homicide involontaire[977], recherchant par-là l'indice d'une « viabilité » pourtant nullement exigée par les textes.

---

[971] Premier arrêt : Cass. crim., 5 sept. 1834 (*S.* 1834.I.833). Attendu repris ensuite dans Cass. crim., 21 févr. 1835 (*S.* 1835.I.309) ; Cass. crim., 27 août 1835 (*S.* 1835.I.920).

[972] CA Besançon, 31 déc. 1844 : *S.* 1845.II.595 ; CA Metz, 24 août 1854 : *S.* 1854.II.663 ; CA Paris 15 févr. 1865 : *S.* 1866.II.95.

[973] Grande Chambre de recours de l'office européen des brevets, 25 nov. 2008, G 2/06 : *D.* 2008, pan., 1435, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ.* 2009, 293, obs. J. HAUSER.

[974] Cass. civ 1re, 6 févr. 2008 : *D.* 2008, p. 1862, note G. ROUJOU de BOUBÉE et D. VIGNEAU ; *JCP G.* 2008.II.100045 note Gr. LOISEAU ; *Médecine et Droit*, 2008, p. 121, note I. CORPART.

[975] CA Metz, 24 août 1854 : *S.* 1854.II.663 ; CA Paris, 15 fév. 1865 : *S.* 1866.II.94.

[976] Trib. corr. Chartres, 11 janv. 1865 : cité par CA Paris, 15 fév. 1865 (*S.* 1866.II.94) qui réforme ; Trib. Cholet, 8 mai 1880 : cité par CA Angers, 31 mai 1880 (*D.* 1882.II.138) qui confirme ; Trib. civ. Toulouse, 2 déc. 1896 : *D.* 1897.II.268.

[977] Trib. corr. Lyon, 3 juin 1996 : cité par CA Lyon 13 mars 1997 (*D.* 1997.557 E. SERVERIN ; *JCP G.* 1997.II.22955 FAURE ; P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5) qui réforme ; CA Reims, 3 fév. 2000 : *Defrénois* 2000, jur., 568, note FORGEARD ; *Dr. fam.* 2000, chr. 21, note D. VIGNEAU.

281. Mise en œuvre de l'effet utile. La notion d'effet utile est probablement l'une des plus fertiles du droit de l'Union européenne. Outil prétorien[978], il a été utilisé par la CJUE dans une célèbre affaire concernant la protection de l'embryon humain[979]. La question était ainsi posée à la CJUE de savoir si une invention pouvait être brevetée alors qu'elle n'utilisait pas directement des embryons humains mais un matériau qui impliquait nécessairement leur destruction, en l'occurrence des cellules-souches. À cette question la Cour aurait pu répondre par une qualification claire de ces cellules, en les assimilant par exemple totalement à l'embryon, mais elle préfère faire usage du principe d'effet utile en affirmant que

> *« ne pas inclure dans le champ de l'exclusion de la brevetabilité* […] *un enseignement technique* […]*, au motif qu'il ne mentionne pas l'utilisation, impliquant leur destruction préalable, d'embryons humains, aurait pour conséquence de priver d'effet utile la disposition concernée en permettant au demandeur d'un brevet d'en éluder l'application par une rédaction habile de la revendication ».*

Cette argumentation est habile dans la mesure où la Cour assimile de fait le régime des cellules-souches embryonnaires à celui des embryons mais sans pour autant passer par une opération de qualification. C'est sans doute ce qui fait dire à Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Florence BELLIVIER que la CJUE adopte en la matière une stratégie d'évitement sans réel travail conceptuel[980]. Les juridictions ont parfois fait œuvre de davantage de créativité en élaborant des principes spécifiques au traitement de certaines questions.

---

[978] Not. à propos de l'effet utile des directives : CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74 : *Rec.* p. 1337, not. pt. 12. Une fois encore le principe n'est évidemment pas sans inspiration textuelle, notamment le devoir de coopération loyale (art. 4§3 TUE). Sur l'émergence de la notion v. par ex. R. ORMAND, *La notion de « l'effet utile » des traités communautaires dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes,* th. dact., Paris 1, 1975. Par ailleurs, le principe d'interprétation à la lumière de l'effet utile existe de façon générale en droit international : v. J.-D. MOUTON, *Étude de la méthoded'interprétation dite de l'effet utile en droit international public,* th. dact., Nancy II, 1987.

[979] CJUE, gr. ch., *Brüstle c. Greenpeace,* 18 oct. 2011, §50 : *D*. 2012, 410, note J.-Chr. GALLOUX ; *JCP G*. 2012, 146, note N. MARTIAL-BRAZ et J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2012, 85, obs. J. HAUSER ; *AJF*, 2011.518, obs. A. MIRKOVIC ; *Dr. fam.* 2011, alerte. 98, obs. M. BRUGGEMAN ; *RTD eur*. 2012, p. 355, note St. HENNETTE-VAUCHEZ.

[980] St. HENNETTE-VAUCHEZ et Fl. BELLIVIER, intervention lors du séminaire *La personne dans le droit de l'Union européenne*, IRJS-Paris 1, 10 avr. 2013, non-publié. V. aussi P. CHATELET qui utilise le terme de « self restraint » : « L'IVG et l'euthanasie : deux facettes d'une même réalité pour le Conseil d'État ? », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 247.

b) La création de principes généraux substantiels

282. Face à l'imprécision de la loi pénale, les juridictions ont progressivement élaboré un *principe* de respect dû aux morts qu'elles ont ensuite élevé au rang de principe général **(i)**. Ce principe tend actuellement à se transformer en principe de respect de la dignité des morts **(ii)**.

i. Apparition d'un principe de respect dû aux morts

283. Création d'un élément constitutif à une infraction pénale. Le principe de respect dû aux morts[981] n'est plus aujourd'hui sans fondement textuel. On pense bien sûr à l'article 16-1-1 du Code civil, mais aussi au titre de la section du Code pénal contenant l'infraction de violation de sépulture. Cependant, avant même cette consécration légale, la jurisprudence utilise ce principe depuis le début du XX^e^ siècle afin de pallier les silences de la loi.

Avant 1994, l'infraction de violation de sépulture était simplement catégorisée parmi les *« infractions à la législation sur les inhumations »*[982] et était ainsi rédigée *: « Sera puni* […] *quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures »*. La question se posait alors de la caractérisation de l'infraction : que devait-on entendre par « violation » ? La jurisprudence a rapidement établi que l'intention était indifférente à la qualification[983] mais que l'interrogation principale portait sur l'aspect matériel de l'infraction : fallait-il, pour qu'il y ait « violation », que soit caractérisée une atteinte à *l'intégrité* de la tombe ? À l'inverse toute atteinte matérielle serait-elle automatiquement une violation ? La question fut progressivement résolue par le recours à la notion de « respect dû aux mort » ou « à la mémoire des morts ». La Cour d'appel de Bordeaux a ainsi, dès 1830[984], inscrit l'interdiction de l'article 360 de l'ancien Code pénal dans le champ plus large d'une pratique « de civilisation ». Elle affirme ainsi : *« toutes les nations civilisées, et même celles qui ne le sont pas, s'accordent sur le profond respect que l'on doit avoir pour les cendres des morts, et poursuivent de leur indignation ceux qui les outragent »*. Dans le courant de cette décision, la jurisprudence admet ensuite que la constitution de l'infraction ne consiste pas tant en l'atteinte matérielle au tombeau[985] que dans

[981] La formulation varie parfois suivant les décisions. On trouve ainsi « *repos dû aux morts* » (CA Paris, 9 déc. 1897 : *D.* 1899.II.11) ; « *paix due aux morts* » (ex : CA Lyon 18 novembre 1981 : *JCP* 83, II, 19956, obs. G. ALMAIRAC) ; « *respect des morts* » (ex : CA Lyon, 9 avr. 1987, n°1218-86) ; « *tranquillité du défunt* » (ex : CA Lyon, 3 fév. 2015, n° 13/08724).
[982] Art. 345 et s. anc. C. pén. Sur cette infraction v. *supra* n° 207.
[983] Cass. crim. 31 oct. 1889 : *D.* 1890.I.137. L'acte lui-même doit bien sûr être intentionnel et il est nécessaire que la personne ait conscience que celui-ci peut atteindre le respect dû aux morts même si ce n'est pas l'objectif poursuivi par l'auteur.
[984] CA Bordeaux, 9 déc. 1830 : *S.* 1831.II.263.
[985] L'atteinte matérielle est nécessaire, la Cour de cassation ayant établi dès 1839 que de simples injures n'étaient pas suffisantes pour caractériser l'infraction : Cass. crim., 22 août 1839 : *S.* 1839.I.928.

le fait que cette atteinte constitue un outrage au mort ou à sa mémoire. Position confirmée par la Cour de cassation à partir de 1884[986]. Dès lors, le manquement au respect dû aux morts devient un élément de réalisation de l'infraction. Cette évolution se cristallise en 1994, lorsque le nouveau Code pénal crée, pour cette infraction, une section intitulée « *du respect de la mémoire des morts* » : la création jurisprudentielle est devenue texte. Dès lors toute invocation de ce principe dans le contentieux de la violation de sépulture ne relève plus d'une création prétorienne mais plutôt d'une interprétation *a rubrica*[987]. Cette condition de constitution de l'infraction permet cependant à la jurisprudence de définir une norme juridique dissimulant en réalité sa marge d'appréciation. Ce nouvel outil juridique introduit une certaine souplesse dans l'appréciation de l'infraction et permet d'adapter la sanction aux circonstances de la cause[988].

284. La généralisation d'un principe. La notion de respect dû aux morts a cependant largement débordé le champ du droit répressif pour devenir, par œuvre prétorienne, un principe général à même de pallier les insuffisances de la législation funéraire. Le principe de respect dû aux morts devint ainsi un guide permettant, notamment, de statuer sur des demandes de transfert de sépulture. En effet, si la loi de 1887[989] prévoit que chacun peut exprimer sa volonté sur ses funérailles futures, nulle trace d'une règle quelconque concernant la modification d'une inhumation qui n'aurait pas respecté cette demande ou aurait été faite en contradiction avec l'avis de la personne la plus à même de décider de la destinée du corps.

Pour résoudre cette difficile équation, la jurisprudence a élevé le respect dû aux morts au rang de principe général[990]. Cette norme s'est ainsi progressivement constituée en outil d'appréciation de la pertinence d'une demande d'exhumation. Ainsi ce principe commande que le corps puisse être exhumé si le transfert de sépulture réalise les dernières volontés de la

[986] Cass. crim., 5 juill. 1884 : *D.* 1885.I.222 : l'infraction n'est pas constituée car les actes ne caractérisaient aucun outrage ni aucun manque de respect à la dépouille.
[987] V. par exemple CA Pau, 24 févr. 2005 : *JCP G.* 2005.IV.3041.
[988] Pour une condamnation malgré le manque d'intentionnalité : Cass. crim., 2 juin 1953 (*D.* 1953, 649, note F. G. ; *RSC*, 1953, 670, obs. HUGUENEY). Pour des condamnations alors que l'intégrité de la tombe n'était pas atteinte : CA Caen 25 nov. 1868 (*D.* 1871.II.150) ; Trib. corr. Seine, 4 juin 1875 (cité par CA Paris, 8 juill. 1875 (*S.* 1875.II.292 ; *D.* 1876.II.113 qui confirme) ; CA Bourges, 9 déc. 1909 (*D.* 1910.II.264) ; Cass. crim., 8 fév. 1977 (*RSC*, 1977, 580, obs. LEVASSEUR). À l'inverse pour des refus de caractériser l'infraction : Cass. crim., 2 nov. 1934 (*D.* 1934.jur. 574) ; Trib. corr. Domfront, 21 déc. 1945 (*Gaz. Pal.* 1946. jur. 153 ; *S.* 1947.II.65) ; CA Nancy, 16 mars 1967 (*D.* 1971, somm., 212) ; CA Nîmes, 24 mai 1983 (cité par Cass. crim., 31 oct. 1984, n°83-92.753 qui confirme).
[989] L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles : *Recueil Duvergier* 1887, p. 451.
[990] I. ZRIBI date le premier usage de ce principe par la Cour de cassation à la décision de la première chambre civile du 8 juillet 1986 (*D.* 1986, IR, p. 312). Nous n'avons pas trouvé d'occurrence antérieure pour la plus haute juridiction, même si les cours d'appel visent ce principe depuis le XIX^{e} siècle (I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th., Paris I, 2005, n°374). Pour une analyse de l'application du principe de respect dû aux morts en termes de droit naturel v. par ex. Gr. LOISEAU, « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », *JCP G.* 2014.2067.

personne défunte[991] ou s'il correspond à la réalisation de la volonté des proches, à condition que le caractère provisoire de la première inhumation soit clairement établi[992]. À l'inverse, le respect s'oppose au déplacement d'une sépulture conforme à la volonté exprimée de la personne[993] ou pour lequel un accord des proches avait été exprimé, quand bien même leur désir aurait évolué par la suite[994]. Par ce biais, c'est le caractère « grave » ou « sérieux » des motifs de l'exhumation qui est sanctionné[995].

285. Du principe à la liberté. La généralisation du principe de respect dû aux morts a progressivement conduit à ce que la notion soit appréciée par les juridictions comme une liberté individuelle. Ainsi, non seulement une violation de ce principe peut générer un préjudice réparable[996], mais plus largement, lorsque l'atteinte est causée par une autorité publique, elle peut constituer une voie de fait[997]. Or, la voie de fait consiste en une atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale[998]. On retrouve ici toute la subtilité de la motivation des juridictions pour éviter toute qualification du corps mort. En effet, considérer que la voie de fait est constituée par une atteinte à la propriété *du cadavre,* c'est indirectement le qualifier de chose. À l'inverse, rechercher la qualification dans l'atteinte aux libertés fondamentales, c'est s'interroger nécessairement sur les titulaires de ces libertés[999].

---

[991] CA Lyon, 9 avr. 1987, n°1218-86 (« *si le respect des morts s'oppose à ce que les restes d'un défunt soient exposés à des changements de sépulture sans nécessité absolue, il commande en premier lieu de suivre scrupuleusement les manifestations de volonté des défunts lorsqu'elles sont clairement exprimées* »). CA Amiens, 13 sept. 2012, n° 11/02505. CA Reims, 16 sept. 2014, n° 12/02809. Pour une interprétation de la volonté en fonction des convictions antérieures : CA Caen, 3 avr. 2012, n° 10/01075.

[992] CA Toulouse, 22 nov. 1999, n° 1998-04147 (« *le transfert d'un corps ne peut être autorisé en raison du respect dû aux morts que s'il est établi que l'inhumation présentait un caractère provisoire ou que celui qui est le plus habile à représenter la volonté du défunt n'a pu donner son avis en temps voulu* »). CA Paris, 24 janv. 2006 : cité par Cass. civ. 1re, 4 juin 2007, n° 06-13.807(confirmation).

[993] Cass. civ. 1re, 16 déc. 1992, n° 91-12.818 : le respect de la volonté du défunt s'impose en tout état de cause sur la volonté des proche, indifférence à cet égard du principe de respect dû aux morts.

[994] Trib. civ. Versailles, 6 fév. 1901 puis CA Paris, 30 oct. 1902 : *D.* 1904.II.207 ; *S.* 1903.II.8. Trib. civ. Cognac, 10 janv. 1956 : *D.* 1956, somm. 156 ; *Gaz. Pal.* 1956.1.308. CA Toulouse, 7 févr. 2000 : B. BEIGNIER, « Le respect dû aux morts n'est pas mort », *Dr. fam.* 2001, n° 1, com. 9. CA Bordeaux, 27 janv. 2003, n° 00/03779. CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2008 : *RLDC* mai 2010, n° 3818, note D. DUTRIEUX ; cité par Cass. civ 1re, 14 avr. 2010, n° 09-65.720 (*JCP A.* 2011, p. 2034, note. D. DUTRIEUX, casssation). CA Toulouse, 22 juin 2010, n° 08/04911.

[995] CA Paris, 9 déc. 1897 : *D.* 1899.II.11 ; CA Lyon, 27 sept. 1954 : *D.* 1954.670 ; CA Lyon, 18 nov. 1981 : *JCP G.* 1983.II.19956, obs. G. ALMAIRAC. Cass. civ. 1re, 8 juill. 1986 : *D.* 1986, IR, p. 312. CA Douai, 10 juin 2008, n°08/06307. CA Poitiers, 5 nov. 2008, n° 06/00380. CA Toulouse, 23 fév. 2009, n° 08/01796 : cité par Cass. civ 1re, 23 fév. 2011, n° 09-71505 (cassation). CA Riom, 4 mai 2010, n° 09/01487. CA Bordeaux, 20 nov. 2012, n° 11/07253. CA Reims, 16 sept. 2014, n° 12/02809. CA Lyon, 3 fév. 2015, n° 13/08724.

[996] CA Paris, 20 oct. 2006, n° 05/16649: « *cette attitude gravement fautive a généré un traumatisme familial, eu égard au respect dû aux morts, au caractère éprouvant des exhumations et de nouvelles funérailles* ».

[997] TGI Lille, 10 nov. 2004 : *D.* 2005, 930, note X. LABBÉE. CA Caen, 6 mai 2008, n° 04/02983. CA Nîmes, 15 juin 2010, n° 08/01949, non publié. CA Versailles, 23 fév. 2012, n° 09/05455.

[998] D. TURPIN, *Jurisclasseur «* Libertés », fasc. 220, n° 55.

[999] X. LABBÉE dans son commentaire sous TGI Lille, 10 nov. 2004 (*D.* 2005, 930) balaye très rapidement la question de la liberté publique en affirmant « *le culte des morts est une liberté publique. C'est donc tout*

Seul le Tribunal de grande instance de Lille semble passer par la qualification du corps, puisqu'il accepte de constater la voie de fait en raison de l'atteinte à la « copropriété familiale » sur le cadavre[1000]. Les autres juridictions font preuve de plus de subtilité. La Cour d'appel de Caen qualifie ainsi la voie de fait par l'atteinte au « *respect dû aux sépultures* », sans précision du titulaire de cette « *liberté* », la requérante n'ayant aucun lien avec les tombes en cause[1001]. Une position similaire est prise par la Cour d'appel de Riom qui constate la voie de fait à l'occasion d'une exhumation alors que, le corps étant enterré en terrain commun, les proches ne pouvaient en aucun cas se prévaloir d'un droit réel[1002]. La Cour d'appel de Nîmes choisit quant à elle l'ellipse en considérant que l'atteinte à la sépulture constitue une voie de fait mais sans préciser quel est le droit ou la liberté violés[1003]. La Cour d'appel de Versailles est la plus explicite puisqu'elle évoque clairement les deux aspects de l'atteinte :

> *« cette exhumation porte atteinte au droit réel des titulaires de la concession et aux libertés fondamentales que sont le respect dû aux morts, l'inviolabilité des concessions et le culte des familles ».*

286. Le problème des titulaires de ces libertés reste cependant entier car si la liberté de « culte » peut aisément être rattachée aux droits des familles, le respect dû aux morts ressemble davantage à un principe général détaché de tout titulaire, sauf à priver de toute protection les sépultures abandonnées. La formulation choisie permet d'éviter ce questionnement tout en utilisant un mécanisme juridique éprouvé pour sanctionner des comportements socialement intolérables, et donc troublant nécessairement l'ordre public.

On aurait pu penser qu'après 2008[1004] les décisions sur la voie de fait se seraient fondées sur l'article 16-1-1 du Code civil. En effet, à cette date, le « respect » dû au corps mort n'est

---

naturellement que le tribunal de grande instance se déclara compétent. Sa jurisprudence est désormais fixée. On ne s'attardera donc plus sur l'emploi de la notion de "voie de fait" dans ce domaine particulier du droit. ». Qu'il nous soit permis de nous interroger un peu plus longuement.

[1000] TGI Lille, 10 nov. 2004 : *D*. 2005.930, note X. LABBÉE. Le tribunal note également que l'acte est de nature à porter atteinte au respect dû au mort et aux proches. L'idée d'utiliser la notion de propriété afin de garantir la protection du corps mort semble également avoir prospéré dans certains États des États-Unis : M. GARRISON, « C'est mon corps et j'en fais ce que je veux : la notion de protection de la personne aux États-Unis », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 297 et 302.

[1001] Un peu plus loin la Cour adopte une formulation ambiguë en écrivant que les ossements « ne peuvent recevoir le sort d'un quelconque objet mobilier et ce, alors que la commune, en charge des cimetières, doit veiller au respect dû aux morts et aux sépultures » : CA Caen, 6 mai 2008, n° 04/02983.

[1002] C'est ici aussi le « respect dû aux sépulture » qui est atteint, sans que les titulaires en soient précisément désignés. La Cour précise cependant que l'atteinte est constituée notamment par l'absence de dépôt des restes à l'ossuaires en vue d'une éventuelle remise à la famille qui pourrait être alors titulaire de cette « liberté » : CA Riom, 10 avr. 2003, n° 02/01133 : JurisData n° 2003-225681.

[1003] On devine cependant à l'examen des préjudices qu'il s'agit à la fois du droit de propriété sur la *concession* et d'une forme de liberté de culte des morts puisque la Cour répare à la fois le fait de devoir repayer une concession *et* le fait de ne plus pouvoir se recueillir sur la tombe.

[1004] L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 *relative à la législation funéraire* : JORF n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19538,

plus textuellement relégué aux titres intermédiaires du Code pénal mais devient une norme du Code civil, rédigée sous forme de principe général. Certaines juridictions n'ont d'ailleurs pas hésité à viser ce nouveau texte dans des décisions de refus d'exhumation autrefois fondées exclusivement sur un principe non-écrit[1005]. Ce n'est pourtant pas le choix technique effectué par les juges qui constatent la voie de fait[1006] : rien ne permet de penser que l'entrée du principe dans le Code civil a facilité l'élévation du respect dû aux morts au rang de liberté. Si l'article 16-1-1 a été particulièrement remarqué du fait de son utilisation dans l'affaire *Our Body*[1007], il semble que le concept de respect des morts se fonde progressivement dans le principe de dignité.

ii. Mutation du principe de respect vers la notion de dignité

287. Le Code pénal comme le Code civil établissent manifestement un lien entre « respect dû aux morts » et dignité. Dans le premier, la section « *du respect de la mémoire des morts* » est insérée dans un chapitre « *des atteintes à la dignité de la personne* ». Dans le second, l'article 16-1-1 fait de la dignité l'un des aspects d'un traitement respectueux des restes mortels[1008]. Nulle surprise alors à ce que le principe général de respect dû aux morts se mue actuellement en principe de dignité. Car si les deux notions sont parfois distinguées par les juridictions[1009], il semble que, dans la lignée de cette évolution légale, la tendance soit à considérer que l'atteinte à l'une caractérise la violation de l'autre. Dans l'affaire *Ilan Halimi*, la Cour de cassation déclare ainsi à propos d'une photographie de la victime que, « *contraire à la dignité humaine, elle constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort* »[1010]. En tout état de cause, la

art. 11.

[1005] CA Basse-Terre, 25 juin 2012, n° 11/00076 ; CA Douai, 6 mai 2013, n° 12/03263.

[1006] La Cour d'appel de Metz, statuant en 2010, se fonde ainsi curieusement sur l'article 16-1 du Code civil. La commentatrice s'interroge d'ailleurs sur l'absence d'utilisation des nouvelles dispositions de la loi de 2008. Elle souligne également le problème de l'origine de la voie de fait : atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale ? (CA Metz, 5 oct. 2010 : Jurisdata n°2010-018310 ; *JCP G*. 2010, n° 1168, obs. C. FRANCIOSO).

[1007] CA Paris, 30 avr. 2009 : *JCP G.* 2009, note 12, Gr. LOISEAU ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *D.* 2009, jur., 2019, note B. EDELMAN ; *D.* 2010, pan., 604, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. BIOY ; *LPA,* 23 nov. 2009, X. DAVERAT ; *Gaz Pal.* 2009, n° 148, p. 2, note E. PIERROUX. Cass. civ 1re, 16 sept. 2010, n° 09-67456 : *D*. 2010.2145, obs. F. ROME ; *D*. 2012. 2750 obs. C. LE DOUARON ; *D.* 2010. 2750, note Gr. LOISEAU ; *D*. 2010.2754, note B. EDELMAN ; *RTD civ*. 2010 760, note J. HAUSER ; *JCP G.* 2010, note 1239, B. MARRION ; *L'essentiel pers. fam.* 2010, n° 9, p. 2, obs. Th. DOUVILLE. Cass. civ. 1re, 29 oct. 2014 : *D.* 2015, p. 242, note A.-S. EPSTEINN et p. 246 note D. MAINGUY ; *JCP G.* 2014.2067, note Gr. LOISEAU ; *RDC* 2015, p. 370, note C. PÉRES ; *RLDI* 3/2015, p. 60, ob. PARANCE ; *RTD civ.* 2015, p. 102, obs. J. HAUSER ; *Lamy Dr. civ*., 2015, n° 123, p. 8, note M. SWEENEY.

[1008] « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées* […] *doivent être traités avec respect, dignité et décence*. »

[1009] CA Douai, 21 oct. 2010, n° 10/01912 (le préjudice personnel de la famille est rejeté car l'intention d'atteindre le respect dû au mort n'est pas constituée, en revanche, certains clichés sont considérés comme attentatoires à la dignité humaine)

[1010] Cass. civ. 1re, 1er juill. 2010, n° 09-15.479 : *D*. 2010. 2044, note P. DELAGE ; *JCP G.* 2010, 942, note

dignité remplace les droits de la personnalité dans les décisions récentes sur la captation de l'image de cadavres[1011]. Nous avons déjà souligné les relations complexes qu'entretiennent les notions de dignité et de personnalité[1012] : en choisissant de sanctionner la captation et la diffusion de l'image des morts sur le fondement de la dignité humaine, les juridictions contournent apparemment la difficulté de la disparition de la personnalité juridique en jouant sur le flou de la notion.

288. Conclusion du A. En l'absence de dispositifs clairs pour apporter des solutions aux problèmes posés par le statut des embryons et des cadavres, les juges évitent autant que possible de qualifier les corps et passent plutôt par la découverte de principes généraux substantiels. Cette méthode résout les difficultés d'interprétation tout en conservant une marge d'appréciation, une souplesse du droit, qui permet d'adapter la motivation à la solution jugée la plus souhaitable. Le comportement des juridictions est différent lorsque des règles précises, techniques, sont posées par le législateur. Dans ce cas, le choix de l'interprétation littérale semble privilégié.

B. S'attacher à la lettre des textes

289. Lorsque la loi établit des normes précises sur une question spécifique, il semble que les juridictions prennent le parti d'une interprétation littérale des textes, évitant ainsi de s'interroger plus largement sur la qualification des corps[1013]. Il convient ici de préciser que nous n'adhérons pas à l'idée selon laquelle il existerait, objectivement, des textes clairs et des cas dans lesquels la norme est indéterminée. Nous pensons au contraire, avec Duncan KENNEDY, qu'affirmer que certains faits relèvent « nécessairement » de telle ou telle règle est *déjà* un processus de construction juridique[1014]. Les cas où les juges prennent la décision d'une lecture

Gr. LOISEAU ; *Légipresse* 2010, p. 300 note J-B. WALTER ; *RTD civ.* 2010, p. 526, obs. J. HAUSER. Pour une autre illustration CA Nîmes, 10 janv. 2013, n° 12/00466.

[1011] CA Paris, 2 juill. 1997, *D.* 1997, jur., 596, note B. BEIGNER (cette première décision était encore ambiguë sur l'utilisation de cette notion) ; Cass. civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-13875 : *Bull civ.* I, 2000, n° 341, p. 220 ; *JCP G.* 2001.II.10488, concl. J. SAINTE-ROSE et note J. RAVANAS ; *D.* 2001, jurispr 885 et *D.* 2001, chr. 872, J.-P. GRIDEL ; *LPA* 7 mars 2001, note E. DERIEUX ; Cass. civ 2e, 8 avr. 2004, n° 03-10959 (en l'occurrence la violation n'était pas constatée). Pour un exposé des décisions constatant des droits de la personnalité *post mortem* V. *supra* n°179 et n° 223.

[1012] *Supra* n° 46.

[1013] Ce phénomène a déjà été remarqué par A. MIRKOVIC à propos de l'embryon. Elle écrit ainsi dans sa thèse que « *si le législateur se contente de poser des normes techniques le juge, lui, se borne à les appliquer* » et plus loin « *les juridictions tentent de se cantonner dans le cadre légal et de statuer avec les éléments que leur donne la loi* » : *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 47.

[1014] V. D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 19 pour la trad. française par V. FORRAY et A. GUIGUE,

très stricte de normes techniques afin de ne pas s'engager sur le terrain de la qualification des corps sont donc *déjà* des situations de création du droit. On retrouve ainsi régulièrement des cas où les juridictions font une interprétation très littérale du domaine d'application des textes **(1)** et se limitent à un contrôle formel de leur conformité à des normes supérieures **(2)**.

1) Refus d'étendre le domaine de la loi
2) Refus d'apprécier les effets de la loi

1) Refus d'étendre le domaine de la loi

290. La lecture très littérale des textes par les juges s'exprime en premier lieu à propos du *domaine d'application* des dispositions.

291. Réduction n'est pas exhumation. Un premier exemple[1015], aujourd'hui contesté, de cette stricte conformation au champ prévu par la loi pouvait être trouvé dans trois décisions remarquées des juridictions administratives[1016] et judiciaires[1017]. Dans ces arrêts, les juges avaient refusé d'assimiler le régime de la réduction des corps[1018] à celui de l'exhumation, qui, lui, exige l'accord et la présence des proches de la personne défunte[1019]. Dans les deux affaires, le refus d'assimilation des régimes n'est pour ainsi dire pas motivé[1020]. Bien que la *ratio legis*

not. p. 24. En ce sens, on pourrait considérer que l'affirmation par les juridictions, du caractère « évident » de la règle est une forme dissimulée d'adhésion à la norme. Comme le note J. DERRIDA, « *Pour être juste, la décision d'un juge* […], *doit non seulement suivre une règle du droit ou une loi générale mais elle doit l'assumer, l'approuver, en confirmer la valeur, par un acte d'interprétation réinstaurateur, comme si à la limite la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à chaque cas* » : *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, éd. Galilée, 1994, p. 50.

[1015] Pour une interprétation stricte de la notion d'inhumation, excluant tout autre pratique que l'ensevelissement v. TA Saint-Denis de la Réunion, 21 oct. 1999, n° 9900799 : *JCP G.* 2000.II.10287, note F. LEMAIRE (qui souligne le caractère très littéral de la lecture des textes) et CAA Bordeaux, 29 mai 2000, *Cts Leroy*, n° 99BX02454 : *JCP G*. 2001.I.336, n° 23, obs. Chr. BYCK ; *AJDA* 2000, p. 958 et p. 896, obs. J.-L. REY ; *Dr. adm*. 2000, comm. 236, note N. EXPOSTA. Sur cette affaire v. *infra* n° 687.

[1016] CE, 11 déc. 1987, n°72.998 : *Rec. CE*, 1987, p. 41 ; *D*. 1988, somm. p. 378, obs. F. MODERNE et P. BON.

[1017] CA Caen, 19 mai 2005, n° 03/03750 : *Collectivités et Intercommunalité* 2005, comm. 185, note D. DUTRIEUX. CA Dijon, 17 nov. 2009, n° 08/01394 : *JCP A*. 2010.2172, comm. D. DUTRIEUX.

[1018] Opération consistant à rassembler les restes de plusieurs corps dans un seul réceptacle afin de dégager de la place dans une sépulture pour y inhumer un nouveau corps.

[1019] Actuellement art. R. 2213-40 CGCT, anc. art. 361-15 C. communes. Pour un refus implicite d'appliquer à l'exhumation pour reprise du terrain commun les obligations d'information prévues pour les autres types d'exhumation, au motif de l'absence de dispositions spécifiques v. TA Montreuil, 27 mai 2011, n° 1012029, *Mmes Françoise et Juliana R.* : *JCP A*. 2013, 2095, note D. DUTRIEUX.

[1020] « qu'une telle opération qui n'a pas le caractère d'une exhumation ne nécessitait pas la demande formulée par le plus proche parent du mort exigée par l'article R. 361-15 du code des communes » (CE, 11 déc. 1987, n° 72.998 : Rec. CE, 1987, p. 41 ; D. 1988, somm., p. 378, obs. F. MODERNE et P. BON) ; « que ce texte, qui ne traite que de l'exhumation d'un corps, ne peut donc s'appliquer à l'opération funéraire dite de réunion (ou de réduction) des corps » (CA Caen, 19 mai 2005, n° 03/03750 : *Collectivités et Intercommunalité* 2005, comm. 185, note D. DUTRIEUX). La même motivation est reprise par CA Dijon, 17 nov. 2009, n° 08/01394 : *JCP A*. 2010.2172, comm. D. DUTRIEUX.

des dispositions relatives à l'exhumation – d'assurer à cette opération un minimum de solennité et de garantir à la famille que l'opération a bien été effectuée dans les règles de l'art – eût pu justifier leur application aux réductions de corps, les juridictions saisies ne semblaient pas vouloir s'engager sur le terrain de l'examen des fondements de la norme qui aurait pu conduire, par exemple, à la notion de respect du corps ou à l'analyse des droits des proches. Cette attitude se justifiait juridiquement par le respect d'une norme claire – l'exhumation étant précisément définie par la réglementation funéraire, contrairement à la réduction[1021] – mais le soubassement pratique de ces décisions était sans doute aussi la volonté ne pas compliquer à l'excès les opérations d'administration des cimetières. C'est d'ailleurs la critique qui a été soulevée[1022] lorsque la Cour de cassation a modifié sa position sur le sujet[1023]. Une telle attitude de retenue face à une interprétation large du domaine des textes régissant le corps avant la naissance et après la mort se retrouve, de façon bien plus nette, à propos du statut de l'embryon.

292. *In vitro* n'est pas *in utero* ; cellule embryonnaire n'est pas embryon. C'est le Conseil constitutionnel qui le premier, en 1994[1024] avait donné le ton en considérant que le principe de respect du corps humain dès le commencement de la vie n'est pas applicable aux embryons *in vitro*. Ce faisant, il faisait le choix d'une interprétation très littérale de l'agencement des textes, limitant la portée du principe de respect au domaine dans lequel il avait été rédigé initialement. Cette position lui permettait surtout de trouver une échappatoire à l'examen de la compatibilité de la première loi de bioéthique avec le principe de respect du corps humain. On pourrait voir dans cette décision l'exemple-type de ce que Duncan KENNEDY décrit comme « *essayer de trouver des arguments de droit qui créeront la nécessité juridique d'appliquer une "règle-impliquée-par-les-faits-donnés", règle qui ne sera précisément pas celle qui avait initialement semblé s'imposer avec la force de l'évidence* »[1025] :

[1021] D. DUTRIEUX, *JCP A*. 2010.2172, comm. sous CA Dijon, 17 nov. 2009, n°08/01394.

[1022] D. DUTRIEUX, « La réunion de corps est une exhumation : la Cour de cassation opposée à une bonne gestion des cimetières ? », *JCP A*. 2011.2240.

[1023] La Cour de cassation a fait évoluer son interprétation, sans doute en raison de la place accordée aux proches de la personne défunte (Civ 1re, 16 juin 2011, n° 10-13.580 : *D.* 2011, 1757 ; *AJCT* 2011.574, obs. B. HÉDIN : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'opération de réunion de corps s'analyse en une exhumation subordonnée tant à l'accord des plus proches parents des personnes défuntes qu'à l'autorisation préalable du maire de la commune* »). La position actuelle du Conseil d'État n'est pas totalement claire. Il a pu appliquer à la réduction des dispositions relatives à l'exhumation (CE, 17 oct. 1997, *Ville Marseille c/ Cts Guien,* n° 167648,: JurisData n° 1997-051128 ; *Rec. CE* 1997, tables p. 978) mais sans s'exprimer expressément sur la question de la qualification générale de l'opération (D. DUTRIEUX, *JCP A*. 2010.2172, comm. sous CA Dijon, 17 nov. 2009, n° 08/01394). Apparemment, les juridictions administratives commencent cependant à s'aligner sur cette position (v. CAA Douai, 31 mai 2012, n° 11DA00776, *Mayeur,* JurisData n° 2012-015282 : *JCP A*. 2010.2288, note D. DUTRIEUX).

[1024] Cons. const., 27 juillet 1994 : *D*. 1995, jur., 237, note B. MATHIEU.

[1025] D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 19 pour la trad. française par V. FORRAY et A. GUIGUE,

en effet, si la norme de respect du corps humain était, précisément dans la loi de 1994, passée des dispositions spécifiques relatives à l'avortement aux dispositions générales du Code civil, il pouvait sembler évident qu'elle avait vocation à s'appliquer hors du champ pour lequel elle avait été conçue en premier lieu.

Le refus des juridictions de s'engager sur une interprétation extensive des normes concernant l'embryon a également pu être observé dans une affaire très commentée d'importation de cellules-souches. Dans deux décisions au fond[1026], les juridictions administratives ont refusé d'appliquer à des cellules-souches d'origine embryonnaire les dispositions prévues pour des embryons *in vitro*. L'interprétation très stricte des textes manifeste le refus des juges d'entrer sur un terrain qu'ils considèrent comme ne relevant pas de leur compétence.

293. Interprétation littérale : premier indice de déférence au législateur. Ce positionnement des juridictions est sans doute la première manifestation d'un phénomène plus large de retenue des juges face à ce qu'ils identifient comme relevant du rôle du législateur[1027]. Ainsi, la Cour d'appel de Metz, refusant d'appliquer l'infraction d'homicide involontaire avant la naissance, affirmait :

> *« il apparaît* […] *qu'aucune incrimination pénale - serait-elle fondée ou non en son principe, il n'appartient pas à la Cour de trancher ce débat qui relève de la compétence du législateur – protégeant la vie de l'enfant à naître, notamment dans le cadre d'un homicide involontaire, n'existe hormis la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse, hormis "l'esquisse" de législation concernant le statut de l'embryon humain* »[1028].

On voit ici comment le refus d'interpréter le droit pénal général à la lumière d'autres normes, et donc potentiellement d'en étendre le domaine, se justifie par une volonté affirmée de distinguer les activités législative et judiciaire. Cette position se retrouve dans les contrôles très restreints auxquels se livrent les juges à propos des dispositions relatives à la liberté d'avorter.

---

p. 24.

[1026] TA Paris, 21 janv. 2003 : *D*. 2004, somm., 532, note H. GAUMONT-PRAT ; *AJDA,* 2003, 1563, note St. HENNETTE-VAUCHEZ ; *RFDA,* 2003, 763, concl. A. GUEDJ ; *LPA,* 1er octobre. 2003, p. 7, note B. PAUVERT. CAA Paris, 9 mai 2005, n° 03PA00950 : *D*. 2006, pan., 1207, obs. J.-C. GALLOUX.

[1027] À propos de l'interprétation stricte faite par les juges des dispositions funéraires dans les affaires de cryogénisation évoquée *supra* (n° 224), on notera que les juridictions avaient surement connaissance de la réponse ministérielle publiée cinq ans avant la première décision jurisprudentielle, et par laquelle le pouvoir règlementaire avait exprimé son refus de la pratique : Rép. Minist. des affaires sociales, de la santé et de la ville, n°11071, JOAN, 2 mai 1994, p. 2154. V. aussi *infra* n° 687 et s.

[1028] CA Metz, 17 févr. 2005 : cité par Cass. crim., 27 juin 2006,

2) Refus d'apprécier les effets de la loi

294. La création de l'infraction d'entrave à l'IVG en 1993[1029] a généré un contentieux très important au cours duquel les opposants à l'avortement ont tenté d'interroger la conventionalité des dispositions de la loi Veil. Immanquablement, la question fut posée de la compatibilité de la loi de 1975 avec les multiples dispositions supranationales de protection de la vie : article 2 de la CEDH, Convention de New-York sur les droits de l'enfant ou encore Convention internationale contre l'esclavage. La Cour de cassation se contente à ce sujet d'affirmer qu'« *eu égard aux conditions posées par les législateurs* », ni la possibilité d'avorter ni le délit d'entrave ne sont contraires aux dispositions conventionnelles invoquées[1030]. C'est bien entendu la disposition générale de « *respect du corps humain dès le début de la vie* » qui sert de paravent aux juges : une interprétation littérale du texte leur permet en effet d'affirmer que la législation française respecte le droit à la vie, sans s'interroger sur le caractère effectif de ce respect. Une telle interrogation les conduirait, d'une part, à devoir se prononcer plus nettement sur l'existence d'une personnalité juridique de l'embryon et, d'autre part, à être moins affirmatifs sur la compatibilité de la loi Veil avec les exigences habituelles de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie[1031], l'accès à l'avortement n'étant textuellement conditionné qu'au respect des délais légaux et de quelques règles sanitaires[1032].

Il est bien sûr toujours possible de lire ces décisions comme procédant d'une qualification indirecte de l'embryon[1033] mais on peut également choisir d'y voir un contournement de la question de la qualification des corps par des juridictions qui, tout en répondant aux arguments des parties, proposent une vision des dispositions légales en termes de droit objectif. Les positions prises apparaissent alors comme des lectures littérales des textes, recherchant avant toute chose à ne pas empiéter sur le rôle du législateur.

295. Conclusion de la Section 1. La plus grande partie des décisions étudiées ne recourt pas, pour trancher les litiges, à une véritable qualification des corps humains avant la naissance ou après la mort. Refusant de reconnaître une personnalité juridique prénatale ou *post mortem* mais répugnant de la même façon à appliquer à ces corps le régime des choses, les

[1029] L. n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales : JORF n°7 du 9 janv. 1993, p. 495.
[1030] Cass. crim., 27 nov. 1996 : *D*. 1997, IR, 13 ; *Gaz. Pal.* 1997.1., chron. crim., p. 55, note J.–P. DOUCET. Cass. crim., 5 mai 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, chron. crim., p. 179, note J.-P. DOUCET. Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 97-83.977.
[1031] V. art. 2§2 CEDH.
[1032] Sur l'importance des obstacles pratiques à l'accès à l'avortement v. *infra* n° 858.
[1033] V. *Supra* n° 222.

juridictions usent de multiples stratagèmes pour donner à leurs décisions l'apparence de la conformation à un droit établi, alors même qu'elles font œuvre créatrice. Rattachant les questions aux droits de personnes dont la qualité de sujet de droit est incontestable, généralisant des régimes juridiques particuliers ou au contraire s'attachant à des lectures littérales de textes particuliers, les juges cherchent manifestement à éviter toute affirmation qualificative, quelques motivations indiquant qu'ils considèrent la qualification des corps comme relevant du rôle du législateur.

296. Certes, la frontière est parfois mince entre contournement de la qualification et qualification indirecte : la représentation ne suppose-t-elle pas la présence d'une *personne* représentée ? La protection de la dignité suppose-t-elle un sujet ? Mais, malgré toutes les reconstructions théoriques que peut apporter le regard doctrinal, il faut bien admettre que la lecture de la jurisprudence en termes de catégories juridiques ne révèle rien de plus que ce qu'en dit déjà le droit positif, c'est-à-dire pas grand-chose[1034] : les statuts de l'embryon et du cadavre procèdent définitivement d'un *patchwork* de règles et de décisions pouvant mener, selon les lectures, les périodes et les questions, à des qualifications multiples. Il arrive même que plusieurs lectures se superposent au sein d'une même décision[1035], comme si la multiplication des arguments permettait de parer à toute critique ; comme si l'addition des méthodes d'interprétation permettait de parvenir à une lecture plus consensuelle[1036]. Nul doute que l'importance politique de la matière est ici en cause : le faible nombre de décisions disponibles et l'importance sociale majeure des questions soulevées exposent nécessairement les juridictions aux critiques, quelle que soit leur position. On comprend dès lors qu'elles orientent, le plus souvent, leur motivation vers des arguments techniques plutôt qu'axiologiques ou ontologiques.

On peut alors relativiser l'affirmation de Pierre HÉBRAUD pour qui il y a, en toute décision de justice, une décision individuelle, concrète, et les « *inductions abstraites, susceptibles de généralisation, que l'on peut en tirer* »[1037]. En effet, les juridictions semblent

[1034] V. *supra* Chapitre 1.
[1035] V. par ex. CA Paris 2 juill. 1997 (*D*. 1997, jur., 596, note B. BEIGNER), décision dans laquelle la Cour affirme à la fois que « autrui » au sens de la loi pénale concerne l'être humain sans considération pour l'existence de droits subjectifs mais aussi, en l'espèce, que les ayants-droit du défunt viennent en *représentation* du défunt pour la défense de sa vie privée, la fixation de l'image du mort constituant de toute façon en une atteinte à la dignité humaine.
[1036] Sur ce point, V. la présentation de B. FRYDMAN : *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 3e éd, 2011, p. 600 et s.
[1037] P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 335.

plutôt éviter de donner prise à toute qualification inductive. Elles affirment très régulièrement ne pas souhaiter trancher des débats fondamentaux à la place du pouvoir législatif.

Section 2 Le détour politique : renvoyer à l'intention législative

297. Un grand nombre de décisions du corpus fait explicitement appel à l'intention supposée du législateur pour justifier les solutions adoptées : environ un tiers des décisions concernant les embryons et 10% des décisions concernant les cadavres et sépultures. Ce phénomène est présent tout au long de la période étudiée, le renvoi au législateur est une attitude commune des juges depuis le XIX^e^ siècle. Cette évocation récurrente du pouvoir législatif constitue, à n'en point douter, une façon pour les juridictions de légitimer leur interprétation en la plaçant sous l'égide du seul pouvoir estimé *légitime*, notamment dans les domaines qui nous intéressent ici. Comme le note pertinemment Dimitrios TSARAPATSANIS à propos des décisions concernant l'embryon :

> « *le juge est contraint de dissimuler son véritable pouvoir décisionnel en le présentant comme inexistant ou nul et, dans tous les cas, comme différent du pouvoir de décision dont dispose le législateur* »[1038].

En se référant à l'intention du législateur, les juges dissimulent le fait que leurs décisions sont des actes de volonté aux conséquences normatives[1039] **(§1)**. Cependant, il faut bien admettre que les juges sont rarement à l'origine de profondes mutations des normes applicables aux corps humains avant la naissance et après la mort : le pouvoir législatif tient en effet leurs décisions sous étroite surveillance **(§2)**.

§1 Les multiples modes de recours au législateur

§2 L'absence de politique jurisprudentielle

[1038] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, Paris, 2010, p. 43.
[1039] Sur la question de l'invocation de la *jurisprudence* dans la construction des décisions v. Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence,* coll. Thèses de l'IFR/Droit public, LGDJ-Lextenso éditions-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

§1. Les multiples modes de recours au législateur

298. L'invocation du législateur par les juridictions vise tantôt à justifier la marge de manœuvre qu'elles s'accordent dans l'interprétation des textes **(A)** et tantôt à expliquer le contenu de cette interprétation **(B)**.

A. La référence au rôle du législateur : justification de l'action prétorienne
B. La référence à l'intention du législateur : justification de l'interprétation prétorienne

A. La référence au rôle du législateur : justification de l'action prétorienne

299. Les juridictions renvoient parfois à l'autorité du pouvoir législatif pour justifier leur refus de trancher certaines questions **(1)**. Mais elles cherchent également par ce biais à motiver leurs libres interprétations lorsqu'il apparaît que le législateur n'a pas prévu de norme spécifique **(2)**.

1) La justification d'un retrait de la jurisprudence
2) La justification d'une intervention de la jurisprudence

1) La justification d'un retrait de la jurisprudence

300. La référence au pouvoir du législateur est souvent utilisée par les juridictions pour justifier leur *refus* de trancher certaines questions. Cet embarras des juges se manifeste notamment lorsque qu'il leur est demandé de *qualifier* juridiquement l'embryon ou le cadavre. L'affirmation d'une stricte séparation des pouvoirs législatif et judiciaire est alors un refuge commode dont usent les juridictions de tout niveau.

301. La légalisation de l'avortement – et la protection de cette liberté par la création d'un délit d'entrave – a ainsi généré un important contentieux visant à contester la compatibilité de ces dispositions avec des normes supérieures, mais aussi, indirectement, la *légitimité* de ces mesures. Les juridictions qui refusaient de se prononcer sur ces interrogations ont largement utilisé le rempart de la séparation des pouvoirs afin d'éviter le débat. On trouve ainsi des motivations telles que :

> *« il n'appartient pas aux juridictions judiciaires, dans un État démocratique régi par une constitution qui s'impose à elles, de remettre en cause une loi librement débattue puis votée par les parlementaires*, seuls habilités à cet effet par représentation du peuple français »[1040] ;

[1040] CA Lyon, 15 mai 1996 : cité par Cass. crim., 2 sept. 1997, n° 96-8410, nous soulignons. La juridiction évoquait

> *« il n'existe pas en l'état du droit applicable de définition de la notion d'enfant et* il n'entre pas dans les compétences de la Cour de se prononcer sur ce point *»*[1041] ;

ou encore à propos du délit d'entrave :

> *«* il s'agit d'une loi régulièrement votée *et ni les prévenus, ni la Cour dans la mesure où aucune norme légale supranationale n'a jusqu'ici reconnu à l'embryon un droit absolu à la vie, ne peuvent en faire litière au nom de considération morales, psychologiques, politiques, philosophiques, religieuses voire médicale »*[1042]
>
> *« la répression* [d'un acte d'entrave à l'IVG] *doit* […] *tenir compte de ce que ladite action s'inscrit manifestement dans un contexte qui dépasse largement le cadre local,* qui fait litière de la loi régulièrement votée *et qui dénie à une catégorie de citoyens, les femmes enceintes, la possibilité d'user de droits qui leur sont pourtant reconnus. »*[1043]
>
> *« la loi* - expression de la volonté générale - *contient nécessairement la meilleure définition des intérêts supérieurs dont la mise en péril caractérise l'état de nécessité »*[1044]

302. Cette attitude[1045] des juridictions ordinaires doit être mise en parallèle avec la position des juridictions supérieures. Le Conseil constitutionnel[1046] lui-même s'est toujours refusé à examiner la conformité du principe de la liberté d'avorter avec les normes constitutionnelles. Dès 1975, il autolimitait clairement son pouvoir en affirmant :

> *« l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement,*

également le fait qu' « *il ne lui incombe nullement de se prononcer sur le statut de l'embryon ou de l'enfant à naître, ni de fixer le point de départ de la vie, notions sur lesquelles les plus hautes autorités philosophiques, morales et scientifiques ne parviennent pas à se rassembler* ».

[1041] CA Nîmes 15 déc. 2009, n° 08-01205. Nous soulignons. On peut ici rappeler également la décision CA Metz, 17 févr. 2005 (citée par Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-83767) : « *qu'il apparaît ainsi qu'aucune incrimination pénale - serait-elle fondée ou non en son principe, il n'appartient pas à la Cour de trancher ce débat qui relève de la compétence du législateur - protégeant la vie de l'enfant à naître, notamment dans le cadre d'un homicide involontaire, n'existe hormis la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse* », nous soulignons.

[1042] CA Dijon, 30 nov. 1995 : *Gaz. Pal.* 1998.2, somm., p. 9. Nous soulignons.

[1043] TGI Châlon s/Saône, 3 juill. 1995 : *Dic. perm. bioéthique*, 1995, p. 9328. Nous soulignons.

[1044] Trib. corr. Puy-en-Velay, 14 mars 1995 : *Gaz. Pal.* 1995, chron. droit crim., p. 324. Nous soulignons.

[1045] On trouve également un certain nombre de décisions invoquant le législateur pour refuser de porter une appréciation sur le délit d'entrave, mais sans plus de précisions : CA Chambéry, 20 nov. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997.2.619 note E. CLAVEL ; *Dr. pén.,* mars 1997, p. 18, obs. ROBERT (« *il apparaît que le législateur a posé* […] *le principe fondamental du droit à la vie de l'enfant conçu et celui du caractère d'exception de l'interruption de grossesse ; qu'il n'est pas concevable dans ces conditions qu'il ait entendu réprimer l'entrave à l'avortement même lorsque celui-ci est pratiqué de façon non conforme à la loi* ») ; Cass. crim., 27 nov. 1996, n° 95-85.118 : *D.* 1997, inf. rap. 13 ; *Gaz. Pal.* 1997.1, chron crim., p. 55, note J.P. DOUCET (« *Qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, l'ensemble des dispositions issues de cette loi et de celles du 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, de même que les dispositions pénales de l'article L. 162-15 du Code de la santé publique, ne sont pas incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées* ») formulation reprise dans Cass. crim., 5 mai 1997 (*Gaz. Pal.* 1997, chron. crim., p. 179, note J.-P DOUCET), Cass. crim., 2 sept. 1997, n° 96-8410 et Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 97-83.977.

[1046] Sur la question des rapports entre le Conseil constitutionnel et la volonté supposée du législateur V. notamment M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État,* PUF, Paris, 2001, p. 215 et s.

mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »[1047]

Cette formulation, dont Patrick WACHSMANN souligne qu'elle est « *rituellement répétée à chaque occurrence politiquement sensible* »[1048], visait certes, tout d'abord, à écarter la possibilité d'un examen de conventionalité du texte mais elle justifiait également le caractère superficiel du contrôle effectué sur la constitutionnalité de la loi Veil. Il est symptomatique qu'elle ait été utilisée pour la première fois à ce sujet. Des termes similaires furent repris dans la décision du 27 juin 2001[1049], alors que ne se posait aucune question de conventionalité. Le Conseil affirme alors simplement qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » et qu'en conséquence il ne lui appartient pas « *de remettre en cause* […] *les dispositions ainsi prises par le législateur* ». Pour reprendre l'expression de Jean RIVERO, nous sommes manifestement face à « *des juges qui ne veulent pas gouverner* »[1050].

303. Cette apparente déférence du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif ne se manifeste pas qu'au niveau national : les juridictions supranationales ont une attitude similaire au regard du pouvoir législatif national. Saisie de l'applicabilité du principe de libre circulation à la pratique de l'IVG, la CJCE refuse ainsi de se prononcer sur le caractère « moral » de l'opération. Elle affirme ainsi qu' « *il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur des États membres où les activités en cause sont légalement pratiquées* »[1051]. L'attitude pour le moins réservée de la Cour européenne des droits de l'Homme à propos de la conventionalité de l'avortement, son utilisation récurrente de la notion de marge nationale d'appréciation en la matière participe d'une logique identique[1052].

304. La tendance des juridictions à se dissimuler derrière l'intention du pouvoir législatif révèle sans doute pour partie le respect, par les juridictions, de la séparation des pouvoirs. Mais c'est aussi une technique argumentative leur permettant d'éviter certaines interrogations, au

[1047] Cons. const., Décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975.
[1048] P. WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnels », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 281.
[1049] JO n° 156 du 7 juill. 2001, p. 10828 ; *D*. 2001.2533, note B. MATHIEU.
[1050] J. RIVERO, « Des juges qui ne veulent pas gouverner », *AJDA*, 1975, p. 134. Dans ce sens v. aussi F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 478 et s.
[1051] CJCE, 4 oct. 1991, C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres.*
[1052] V. *supra* n° 219.

premier rang desquelles la qualification des corps. Si les juges louvoient prudemment à propos du droit à la vie de l'embryon, se contentant de garanties légales de façade, le constat est similaire à propos de la survie de la personnalité juridique après la mort. Dans une décision du 30 décembre 2011, le Conseil constitutionnel se saisit de l'argument du respect du pouvoir législatif pour refuser de contrôler la loi prévoyant une présomption de non-consentement aux prélèvements ADN *post mortem.* Il affirme ainsi :

> *« Considérant qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ;* qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain *; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés* » [1053].

Par cette formulation, le Conseil ne se contente pas de manifester sa déférence à l'égard du législateur : il évite aussi d'avoir à se prononcer, comme cela lui était demandé, sur l'existence d'une vie familiale en lien avec un défunt. Par la même occasion, il s'épargne les lourdeurs d'un contrôle de proportionnalité[1054] dont les commentateurs notaient que l'issue aurait pu être défavorable à la disposition. L'invocation du législateur ne se limite cependant pas à justifier une attitude de retrait des juridictions : elle vise parfois à justifier leurs interventions.

2) La justification d'une intervention de la jurisprudence

305. L'évocation de la figure du législateur sert de temps à autres aux juridictions à justifier la *nécessité* de leur interprétation. Il s'agit alors de marquer les lacunes de la loi afin de légitimer la libre appréciation des juges. Cette attitude confine parfois à l'appel à l'intervention du pouvoir législatif.

306. Invoquer le silence de la loi : justifier l'interprétation. La loi du 15 novembre 1887[1055] a clairement affirmé la liberté pour chacun de déterminer avant sa mort la nature de ses funérailles. La forme que devait prendre l'expression de cette volonté restait cependant sujette à interprétation. La disposition, inchangée à ce jour, était ainsi rédigée :

[1053] Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC : J. BUISSON, « Expertise génétiques *post mortem* : le Conseil constitutionnel refuse de donner le coup de grâce à l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil », *Dr. fam.* 2011, n° 2, p. 3 ; D. BASILLE, « L'"amendement Montand" conforme à la Constitution », *Gaz. Pal.* 18-19 nov. 2011, n° 323, p. 36 ; J. HAUSER, « Expertise génétique *post-mortem* : les morts sont tous de braves types », *RTD civ*. 2011, n° 4, p. 743. Nous soulignons.

[1054] V. *infra* n° 854.

[1055] L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles : *Recueil Duvergier* 1887, p. 451.

> *« Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture.*
>
> *Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions.*
>
> *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 »*

L'interprétation de ce texte posait problème : les trois alinéas devaient-ils être lus ensemble ou séparément ? Une lecture fractionnée de ces dispositions pouvait conduire à considérer que la seule condition à l'exercice de la liberté était contenue dans le premier alinéa : il fallait être « en état de tester » pour que sa volonté soit prise en compte, quelle que soit la forme d'expression de cette volonté. Les deux alinéas suivants devaient alors se comprendre comme des dispositions spécifiques à la volonté exprimée sous forme testamentaire. Une autre lecture possible était de considérer que seule la forme testamentaire permettait à la volonté du défunt de s'imposer.

Avant la promulgation de cette loi, la position de la Cour de cassation favorisait clairement la forme testamentaire pour établir la volonté du défunt[1056], allant jusqu'à refuser la preuve testimoniale[1057]. Des positions contraires ont été prises, bien plus tard, par certaines cours d'appel[1058], suggérant que la loi de 1887 faisait plutôt l'objet d'une interprétation « fractionnée »[1059]. La Cour de cassation semble aujourd'hui confirmer cette position[1060].

307. Il faut cependant souligner que de nombreuses juridictions ont pris sur ce point des chemins de traverse. Dans un premier temps, les juges ont « résisté » à l'orientation générale de la loi, considérant qu'en l'absence de volonté exprimée du défunt il leur revenait entièrement de désigner la personne la plus à même de décider de la destination du corps. Cette position leur permettait de porter une appréciation morale sur les demandes qui leur étaient soumises[1061]

[1056] Dans ce sens v. aussi R. AUDIBERT, Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 112 et s.
[1057] Cass. civ., 31 mars 1886 : *D*. 1886.I.451.
[1058] CA Lyon 27 sept. 1954 : *D*. 1954.I.670. CA Douai 10 juin 2008, n° 08/06307, affirme clairement que « *Lorsque* [la] *volonté* [du défunt] *n'a pas été exprimée selon les formes prévues par* [l'] *article* [3 de la loi de 1887]*, elle peut être rapportée par tout moyen* »
[1059] Ch. BAHUREL considère cette interprétation comme *contra legem* : *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 57.
[1060] Cass. civ. 1re, 9 nov. 1982 : *Bull. civ.* I, n° 326. Cass. civ. 1re, 26 avr. 1984 : *Bull. civ.* I, n° 142. Cass. civ 1re, 14 avr. 2010, n° 09-65.720 : *JCP A*. 2011, p. 2034, note. D. DUTRIEUX.
[1061] Cass. req., 23 mars 1903 : *D*. 1903.I.295 ; *S*. 1903.I.391 (refus d'exhumation car la demande est motivée par une intention de nuire à la veuve) ; Trib. civ. Nevers, 14 févr. 1921 : *D*. 1921.II.94 (refus d'accorder ce droit à la veuve ayant donné naissance à un enfant hors mariage depuis le décès de son ex-époux et compte tenu de son remariage). Trib. civ. Cognac, 10 janv. 1956 : *D*. 1956, somm. 156 ; *Gaz. Pal.* 1956.1.308 (refus de prise en compte

tout en appuyant leur position sur les imprécisions des textes[1062]. On remarque alors que les motivations invoquent souvent « le silence de la loi »[1063] pour justifier cette appréciation, dont la conformité avec l'esprit général du texte était sujette à caution. La position des juridictions a ensuite évolué : en l'absence d'éléments permettant d'établir la volonté expresse du défunt elles recherchent aujourd'hui la personne la plus adaptée pour exprimer sa volonté *présumée*[1064]. Ces motivations, en se rattachant aux fondements de la norme, éludent toute interrogation sur les relations des proches aux corps. Cette légère modification de la motivation ne change pas grand-chose sur le fond mais la rapproche, dans la forme, de la volonté du législateur : conséquemment, la référence au silence de la loi semble disparaître de l'argumentation[1065], comme si le rapprochement avec l'*esprit* du texte faisait disparaître la nécessité de justifier la création jurisprudentielle.

308. Invoquer le silence de la loi : interpellation du législateur. L'évocation des lacunes de la loi est parfois plus qu'une simple *justification* de la création jurisprudentielle : les juges réclament ainsi *l'intervention* du législateur sur une question difficile.

En 1987, la Cour d'appel de Toulouse confrontée à une contestation de filiation à l'égard d'un enfant issu d'un don de sperme s'exprime en ces termes :

> *« Attendu* que le législateur n'est pas intervenu devant le bouleversement complet qu'imposent les chercheurs non seulement à nombre de dispositions légales applicables en matière d'état civil mais encore à celles relatives à l'état des personnes et même au droit naturel le plus élémentaire. *Qu'il incombe dès lors aux tribunaux d'assurer en fonction du droit positif existant le respect des droits de la personne humaine face à des recherches et pratiques certes cohérentes sur le strict plan scientifique mais incohérentes sur le plan de leurs conséquences, du respect de la loi et de la morale* »[1066].

---

de la demande de la concubine contre l'épouse).

[1062] Un parallèle est alors possible avec la notion de « standard » tel qu'exposé par S. RIALS qui énonce « *le standard, par sa référence à l'idée de normalité, suscite l'adhésion de l'auditoire. En passant du normal au normatif topique classique, que le normal soit descriptif ou dogmatique, le juge emporte la conviction spontanée des justiciables* » : Les standards, notion critique du droit », in *Les notions à contenu variable*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 52.

[1063] Cass. req., 23 janv. 1899 : *D*. 1899.I.361, note L.S. ; *S*. 1899.I.233. CA Montpellier, 21 avr. 1902 : *D*. 1903.I.295. Cass. req., 23 mars 1903 : *D*. 1903.I.295 ; *S*. 1903.I.391. Cass. req. 18 juin 1908 : *D*. 1908.I.312 ; *S*. 1908.I.336. Trib. civ. Nevers, 14 févr. 1921 : *D*. 1921.II.94.

[1064] Pour une utilisation de cette exacte expression : Cass. civ., 12 févr. 1957 (*D*. 1959, jur., 47, note Ph. MALAURIE) ; Cass. civ 1re, 14 oct. 1970 (*D*. 1971. jur. 94) ; CA Douai, 6 mai 2013, n° 12/03263. Pour une recherche de la « représentation » de la volonté du défunt : CA Versailles, 26 mars 1999 et CA Grenoble, 20 juin 2000 (B. BEIGNIER, « Le respect dû aux morts n'est pas mort », *Dr. fam.* 2001, n° 1, com. 9) ; CA Toulouse, 22 nov. 1999, n° 1998-04147. CA Paris, 24 janv. 2006 (cité par Cass. civ. 1re, 4 juin 2007, n° 06-13.807 qui confirme). Pour une recherche d'une solution ne s'opposant pas à la volonté du défunt : CA Bordeaux, 27 janv. 2003, n° 00/03779.

[1065] On ne la retrouve que dans les deux premières décisions qui opèrent cette évolution de motivation : Cass. civ., 12 févr. 1957 (*D*. 1959, jur., 47, note Ph. MALAURIE) et Cass. civ 1re, 14 oct. 1970 (*D*. 1971. jur. 94).

[1066] CA Toulouse, 21 sept. 1987 : *JCP G*. 1988.II. 21036, note ES de la MARNIERRE ; *D*. 1988. 184, note

En l'espèce, la Cour d'appel tranche la question par une conjugaison de qualification de « personne humaine » de l'embryon et une invocation du droit naturel[1067]. On perçoit bien dans la rédaction de cette motivation le « reproche » adressé au législateur de ne pas avoir su anticiper les difficultés posées par une nouvelle technique scientifique[1068].

309. Cette forme de protestation à l'égard du pouvoir législatif n'est pas limitée au cas où la loi n'aurait pas accompagné une évolution sociale ou technique. On trouve aussi de tels reproches à propos des « malfaçons » de la loi. Ainsi, dès le XIX^e^ siècle, dans le contentieux très abondant de la suppression d'enfant, on note quelques plaintes des juges face au manque de clarté des textes. Regrettant de ne pouvoir sanctionner le prévenu qui lui est présenté, la Cour d'assises de la Vienne affirme ainsi en 1836 :

> *« considérant que s'il importe à la société que le sort d'un enfant né mort soit constaté, vérifié, qu'on ne puisse en disposer, le faire disparaître sans blesser les principe de l'ordre et d'une police conservatoire, il faut, sur ce point, punir les infractions par les principes d'une autre loi que celle qu'on invoque ;* et si la législation n'a pas prévu de cas actuel, c'est un motif de provoquer le législateur, en lui signalant l'insuffisance de la loi qu'il a faite *; mais les magistrats ne peuvent y suppléer et ne doivent appliquer les peines que pour les cas clairement prévus et déterminés »*[1069]

La Cour d'appel de Caen va elle jusqu'à moquer le législateur en déclarant :

> *« il n'est pas douteux que quand, par la loi du 13 mai 1863, le législateur a complété l'art. 345, il a entendu que, désormais, la suppression ou non représentation d'enfant, serait punie* [...] *mais considérant qu'il n'a pris soin de prévoir que les deux derniers cas* [le cas où l'enfant serait mort-né celui où il n'est pas établi qu'il a vécu] *; que quant à l'hypothèse où il serait prouvé que l'enfant a vécu, il a cru qu'elle rentrerait toujours dans les prévisions de l'ancien article* [...] *considérant qu'il suit là que le nouveau législateur n'ayant rien édicté pour des cas analogues »*[1070]

De telles récriminations, certes moins virulentes, existent encore aujourd'hui. La Cour d'appel de Paris souligne ainsi, dans une décision du 27 mars 2012[1071], que le législateur a

---

HUET-WEILLER ; détaillé par G. MÉMETEAU dans « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990-4, p. 623. Nous soulignons.

[1067] On trouve une telle difficulté dans la décision du Tribunal de grande instance de Créteil du 1^er^ août 1984 (*Gaz. Pal.* 1984.2.540 concl. LESEC ; *JCP* 1984.II.20321, note St. CORONE ; *RTD civ*. 1984, 703, n° 3, note H. RUBELLIN-DEVICHI) : confronté à la question de savoir si le sperme congelé d'un homme décédé pouvait être remis à sa veuve, le tribunal observe que la question n'est pas réglée par la législation avant de trancher sur le fondement du droit naturel en affirmant que la procréation est une des fins du mariage.

[1068] Une attitude similaire se retrouve dans une décision du Tribunal de grande instance de Toulouse de 1991 (TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *JCP* 1992.II.21807, note Ph. PEDROT), à propos d'une demande de restitution de sperme conservé en CECOS. Pris entre l'enclume de l'interdiction du déni de justice et le marteau de la prohibition des arrêts de règlement, la juridiction commence par rappeler qu'elle ne peut en l'occurrence s'appuyer ni sur la loi ni sur la jurisprudence. Cherchant alors à motiver sa décision, elle se débat entre une affirmation de la valeur symbolique du droit et une appréciation de l'intérêt de l'enfant à naître, v. *infra* n° 427.

[1069] C. d'ass. Vienne, 28 mai 1836 : *S.* 1836.I.546. Nous soulignons.

[1070] CA Caen, 27 juill. 1864 : cité dans la note sous Cass., 14 mars 1864 (*D.* 1873.I.161)

[1071] CA Paris, 27 mars 2012, n° 11/21945.

manifestement omis de prévoir, dans la loi de 2008, les règles relatives au transport des cendres alors même qu'il en règlementait la dispersion. Se rabattant sur la combinaison de l'article 16-1-1 avec le principe de respect dû au mort, la Cour tranche le contentieux mais signale cependant l'insuffisance[1072].

310. Conclusion du A. Le recours au législateur est pour les juridictions une façon de délimiter leur propre champ de compétence, justifiant ainsi de ne pas se prononcer sur certaines questions. L'argument sert également aux juges à légitimer leur intervention créatrice lorsqu'ils ne trouvent pas dans les textes de réponses claires à leurs interrogations. Plus largement, la figure tutélaire du pouvoir législatif est ainsi utilisée par les juridictions pour justifier leurs interprétations.

B. La référence à l'intention du législateur : justification de l'interprétation prétorienne

311. Lorsqu'elles sont amenées à interpréter des textes concernant les embryons et les cadavres, les juridictions invoquent souvent l'intention du législateur pour légitimer leurs solutions sans passer par un processus qualificatif classique. Ce renvoi au pouvoir législatif s'effectue de diverses façons. La classification des méthodes d'interprétation proposée par Giovanni TARELLO[1073] est fort utile à la compréhension des mécanismes d'argumentation des juridictions. Elle peut cependant être interrogée dans la mesure où elle ne trace pas de limite claire entre les méthodes renvoyant à l'intention du législateur et les autres. Giovanni TARELLO distingue notamment dans sa nomenclature l'argument psychologique et le raisonnement téléologique. Selon lui, le premier mode de raisonnement s'appuie strictement sur la recherche de la réelle intention du législateur, notamment par l'étude des travaux parlementaires, là où le second consiste en une approche plus abstraite, détachée de tout support matériel. Si les deux lectures peuvent effectivement être distinguées en théorie, il nous semble que les utilisations qui en sont faites par les juridictions sont assez proches l'une de l'autre. En effet, dans les deux cas, les juges « sortent » de leur propre appréciation pour se réfugier derrière

[1072] V. aussi, au sujet de la restitution des prélèvements humains, CA Toulouse 28 avr. 2009 (*JCP G.* 2009, n° 340, obs. G. BEAUSSONIE) : la Cour affirme d'abord qu' « *en l'absence d'une règle de droit spécifique, la jurisprudence de la Cour de cassation a précisé que les prélèvements réalisés au titre d'une procédure judiciaire, sur une personne vivante ou décédée, ne sont pas des objets susceptibles de restitution* » puis, afin de justifier de ne se fonder que sur la jurisprudence antérieure et l'avis de l'expert : « *il est exact qu'il n'existe pas de disposition légale précise qui serait relative à la manière dont doivent être traités les prélèvements réalisés pendant une autopsie judiciaire* ».

[1073] G. TARELLO, volume complémentaire des actes du Congrès de Bruxelles de 1971, Die juristische Argumentation, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Baih eft, Neue Folge* 7, Steiner Wiebadne, 1972, p. 103 et s. Cité et traduit notamment par Ch. PERELMAN in *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. 2e éd., Dalloz, 1999, n° 33 et s.

une pensée supposée leur être extérieure **(1)**. De la même façon, on pourrait interroger l'utilisation des interprétations systématiques ou *a coherentia* par lesquelles les juridictions présupposent une intention normative dans le classement des dispositions mais surtout dans leur agencement en un système cohérent **(2)**. On verra ici la façon dont les juridictions utilisent ces diverses méthodes argumentatives pour tenter d'organiser en un ensemble cohérent les dispositions éparses qui constituent le droit applicable aux embryons et aux cadavres.

1) Le recours aux travaux préparatoires et aux débats parlementaires
2) Buts, classements et cohérence du droit : indices de la volonté du législateur

1) Le recours aux travaux préparatoires et aux débats parlementaires

312. Une interprétation restrictive de ce qu'est la « recherche de l'intention du législateur » limite cette notion aux cas où les juridictions procèdent à une véritable étude des travaux parlementaires. Cette méthode d'interprétation est reconnue par la Cour de cassation qui la limite théoriquement aux cas d'obscurité de la loi[1074]. De fait, on rencontre au cours de l'Histoire quelques décisions justifiant clairement leur interprétation des normes concernant embryons et cadavres par des éléments relatifs à l'adoption des textes : travaux préparatoires, débats parlementaires, exposés des motifs.

313. Analyse historique : un soupçon de légicentrisme à écarter. Une analyse rapide des décisions se référant aux travaux parlementaires pourrait conduire à penser que cette technique d'analyse reste cantonnée à une période ancienne où le contexte politique poussait les juridictions à adopter une attitude déférente à l'égard du pouvoir législatif, constitutionnellement tout puissant. La plupart des décisions recensées datent en effet du XIX^e^ siècle et de la première moitié du XX^e^[1075]. Une fois encore, c'est le contentieux autour des

[1074] Cass. civ. 22 nov. 1932, *D.* 1933.II.2 pour l'arrêt de principe. M. COUDERC cite également Cass. crim. 24 déc. 1909, *S.* 1910.1.411 ; Cass. civ. 4 juin 1889 : *D.* 1890.1.351 ; Trib. civ. Strasbourg, 21 mars 1925 : *Gaz. Pal.* 1925.1.680 ; CA Nancy, 12 janv. 1927 : *Gaz. Pal.* 1927.1.295 ; CA Angers, 10 avr. 1935 : *S.* 1935.2.222 ; CA Riom, 21 oct. 1946 : *D.* 1947.90, note J. CARBONNIER. V. M. COUDERC « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975, chron., p. 250, note 10.

[1075] Pour quelques illustrations de la « frilosité » de la Cour de cassation quant à l'interprétation de nouvelles lois, jusqu'à la première moitié du XX^e^ siècle : H. BATIFOL, « Question de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 26. Dans le même numéro V. L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », p. 115. Sur le recours à l'intention du législateur par les juridictions belges : Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 94 et s. Sur les relations entre la démarche interprétative et la représentation du pouvoir politique v. F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice,* Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 629.

enfants mort-nés[1076] et de l'avortement qui fournit la plupart des exemples mais on note quelques décisions relatives aux cadavres. On trouve ainsi des interprétations fondées sur l'exposé des motifs[1077] ou sur les rapports préparatoires[1078] mais aussi, sur la seule évocation de l'intention du législateur[1079] ou sur l'analyse des évolutions de la loi[1080].

On remarque cependant l'existence de décisions plus récentes par lesquelles les juridictions tentent de trouver dans les travaux préparatoires les fondements de leurs motivations. L'observation vaut tant pour les juges du fond[1081] que pour la juridiction supranationale[1082]. L'affirmation d'un respect du pouvoir législatif n'est donc pas cantonnée à une période donnée.

314. Interpréter le silence. Au-delà de l'interprétation « positive » de la volonté du législateur à travers les travaux préparatoires, on trouve quelques décisions dans lesquelles les

[1076] Sur ce contentieux V. *supra* n° 207.
[1077] Trib corr. Lisieux, 27 nov. 1874 : *D.* 1875.II.1 (sur la non-présentation d'enfant) ; Trib. corr. Colmar, 11 mai 1950 : *Gaz. Pal.* 1950-2, jur., p. 27 (sur la classification de l'avortement parmi les délits contre les personnes ou contre les intérêts de la Nation).
[1078] Trib corr. Lisieux, 27 nov. 1874 : *D.* 1875.II.1. CA Bordeaux, 24 févr. 1890 : *D.* 1891.II.211 (à propos du choix des funérailles).
[1079] CA Grenoble, 22 janv. 1844 : *S.* 1844.II.125. Cass. crim., 10 sept. 1847 : *S.* 1847.I.763. On trouve aussi, dans deux décisions de première instance concernant la rente d'accident du travail, cette expression *« que l'esprit de la loi et que les principes généraux du droit prescrivent de compter l'enfant posthume au nombre de ceux auxquels le législateur réservait une indemnité légale subordonnée à une naissance vivant et viable »* (Trib. civ. Dunkerque, 2 mars 1900 : *D.* 1901.II.308 ; Trib. civ. Seine, 10 oct. 1900 : *D.* 1901.II.308) : on voit ici la façon dont la volonté du législateur est évoquée sans plus de recherche, comme un argument qui tendrait à prouver la clarté du texte ; difficile alors de discerner ce qui relève ici de la motivation et de la simple rhétorique. V. ainsi Cass. civ., 1er août 1906 : *D.* 1909.I.108 : « *aux termes de l'article 1er de la loi du 9 avril 1898, c'est l'accident qui donne l'indemnité aux personnes que le législateur admet à représenter la victime »*.
[1080] CA Caen, 5 nov. 1872 : *D.* 1875.II.2. Pour des interprétations fondées sur une modification de la loi postérieure aux faits : CA Colmar, 31 juill. 1950 : *Gaz. Pal.* 1950-2.jur. p. 189 ; Cass. civ 1re, 9 janv. 1996 : *D.* 1996. 376 note F. DREIFFUS-NEITTER ; *LPA,* 3 avril 1996, n° 59, p. 15, note D. VIGNEAU ; *Defrénois* 1996, art. 36300, obs. J. MASSIP ; *JCP,* 1996.II. 22666, note Cl. NEIRINCK ; *Gaz. Pal.* 1996.2.319, note BONNEAU ; *RTD civ*. 1996, p. 359, obs. J. HAUSER. Noter, à propos du cadavre : TGI Paris, 21 avr. 2009 (*D.* 2009, p. 1192, note X. LABBÉE ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *AJDA* 2009. 797 ; *JCP G.* 2009, Actu. 225), décision dans laquelle la juridiction souligne, dans son interprétation, l'extension explicite par le législateur de la notion de « respect » aux corps morts.
[1081] CA Paris, 9 juill. 1982 : *JCP G.* 1983.II.19969, note B.C. (« *il appartient au Juge de recherche si les faits dont il est saisi répondent ou non aux exigences de la loi, son contrôle devant s'exercer non seulement sur les modalités formelles mais encore sur les conditions de fond en recherchant si l'appréciation faite du « péril grave" encoru du fait de la grossesse était ou non fondé.* […] *Cette interprétation apparît conforme à la volonté du législateurainsi qu'il ressort des observations du rapporteur de la loi du 17 janvier 1975* [...] *qui, traitant de l'apprécation a posteriori du bien fondé de l'intervention reprochée à un médecin, en prévoyait la difficulté partique sans en écarter nullement la possibilité juridique* ». TA Nantes, 6 janv. 2000, *Mme D. c. Centre hospitalier régional universitaire de Nantes* : *JCP G.* 2000.II.10396, note St. PRIEUR (à propos du consentement dans l'autopsie). TA Rouen, 27 déc. 2007 : *JCP G*. 2008.II.10041, note C. SAUJOT (à propos de la conservation des têtes maories dans les collections muséales).
[1082] Grande Chambre de recours de l'office européen des brevets, 25 nov. 2008, G 2/06, §16 : *D*. 2008, pan., 1435, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ.* 2009, 293, obs. J. HAUSER. Sur le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation de la CEDH v. Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* coll. Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 312 et s.

juges partent en quête du sens à donner au *rejet* de certaines dispositions par la représentation nationale. Il en est ainsi du silence gardé par le législateur lors d'une précision apportée à la loi[1083] mais aussi du rejet des propositions visant à qualifier précisément l'embryon.

Ainsi, le Tribunal correctionnel de Lyon, dans sa décision du 3 juin 1996, se fonde sur la viabilité d'un embryon pour appliquer l'infraction d'homicide involontaire *in utero.* Il affirme, au soutien de sa position qu'étant donné que le législateur n'a pas souhaité définir la nature juridique de l'embryon en 1994 :

> *« il apparait qu'aucune règle juridique ne précise la situation juridique de l'embryon, depuis sa formation et au fur et à mesure de son développement. Il y a lieu, devant cette absence de définition juridique d'en revenir aux connaissances acquises.* […] *Le tribunal ne peut que retenir cet élément* [la viabilité à 6 mois] *et ne peut créer le droit sur une question que les législateurs n'ont pu définir encore* »[1084].

315. L'utilisation faite par les juges des travaux préparatoires de la loi vise évidemment davantage à légitimer leur propre interprétation qu'à rechercher « le vrai sens » de la loi. Comme l'affirme Michel COUDERC, « *en dernière analyse, l'interprète cherche non la vérité historique mais "une règle pour résoudre le problème qui lui est soumis"* »[1085]. Le dernier exemple le montre parfaitement : l'absence de définition précise de l'embryon dans la loi de bioéthique de 1994 ne signifie pas nécessairement que le législateur a voulu s'en remettre à une évaluation « scientifique » fondée sur la viabilité en ce qui concerne l'homicide involontaire[1086]. L'interprétation *a contrario* des travaux préparatoires est évidemment une entreprise risquée[1087].

[1083] CA Grenoble, 20 janv. 1853 (*D*. 1855.II.40), à propos de l'application des délais légaux de conception pour les successions collatérales : *« attendu que pour déroger à ce principe et à cette règle, il faudrait que le législateur s'en fût formellement expliqué en créant une exception ; Attendu que le silence gardé lorsque, postérieurement à la promulgation de l'art. 315, il a édicté l'art. 725 du même code, loin de prouver qu'il a abandonné à l'appréciation du magistrat l'époque de la conception, prouve au contraire qu'en s'en est référé à la règle qu'il avait posée dans la loi précédente, et qu'il n'a pas voulu qu'en matière si grave il n'y eût pas quelque chose de fixe et d'invariable* ».

[1084] Cité par CA Lyon 13 mars 1997 (*D*. 1997, 557 E. SERVERIN ; *JCP G.* 1997.II.22955, note FAURE ; P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5) et par Cour EDH, 8 juill. 2004, *Vo. C. France*, n° 53924/00.

[1085] M. COUDERC, « Les travaux préparatoire de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975, chron., p. 251, citant lui-même H. BATIFFOL, « L'interprétation dans le droit », *APD*, 1972, t. 17, p. 17, dans ce même article v. p. 16 et s. sur la question de l'utilisation des travaux préparatoires.

[1086] La décision du Tribunal correctionnel de Lyon, après avoir été infirmée en appel (CA Lyon 13 mars 1997 : *D*. 1997, 557 E. SERVERIN ; *JCP G.* 1997.II.22955, note FAURE ; P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique », *Dr. fam.* sept. 1997, p. 5) a d'ailleurs été confirmée (Cass. crim., 30 juin 1999 : *D*. 1999, jurisp., 710, note D. VIGNEAU ; *D*. 2000, somm. 27, note Y. MAYAUD et p. 169 obs. DESNOYER et DUMAINE ; D. VIGNEAU, « Selon la Cour de cassation l'homicide d'un enfant à naître, même viable, n'en est pas un ! », *Dr. fam.* oct. 2001, p. 4) mais pas sur le même fondement (le Tribunal s'appuyait sur l'absence de viabilité de l'enfant, la Cour de cassation casse la décision d'appel sur le principe-même de l'homicide involontaire *in utero*). Cela ne signifie pas que la Cour de cassation ait été plus proche de la réalité de la volonté du législateur mais, du moins, que la référence au législateur n'est pas suffisante pour emporter son adhésion.

[1087] M. COUDERC, « Les travaux préparatoirex de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975, chron., p. 255-256.

316. Le point commun de toutes ces décisions reste bien sûr qu'elles sont prises dans un contexte de particulière incertitude quant au contenu des normes applicables : les juges sont parfois bien seuls face à un pouvoir législatif aux positions peu assurées[1088]. Henri CAPITANT remarquait d'ailleurs, dès 1935, que l'un des effets pervers de l'interprétation par les travaux préparatoires est de ne pas inciter le législateur à la précision des termes et des normes[1089]. Michelle GOBERT rejette ainsi la « responsabilité » de l'autonomie créatrice de la jurisprudence sur le législateur. Affirmant que « *les audaces de l'un ne font que répondre aux insuffisances de l'autre* », elle dénonce le fait que « *le législateur, à l'époque contemporaine* […] *a beaucoup trop souvent démissionné en décidant,* […] *à propos d'une définition qui lui paraissait trop difficile à donner, d'une notion trop délicate à cerner* […] *de "s'en remettre aux tribunaux"* »[1090]. On reconnaîtra aisément que, confrontés à la question de savoir s'il est possible de détenir des têtes humaines momifiées dans des collections muséales, les juges ne soient pas spécialement aidés par une disposition énonçant que le corps humain doit être traité avec respect[1091].

Si, dans tous ces cas, la référence à l'intention du législateur est explicite et relève parfaitement de l'interprétation *psychologique* décrite par Giovanni TARELLO, d'autres décisions révèlent la façon dont les juges cherchent à justifier leurs décisions par l'intention du pouvoir législatif, sans pour autant l'exprimer clairement. C'est le cas lorsqu'ils tentent de reconstituer le système cohérent qu'est supposé être le régime des embryons et des cadavres.

2) Buts, classements et cohérence du droit : indices de la volonté du législateur

317. Résumant la pensée de HART, Henri BATIFFOL lui fait dire que :

> *« l'interprétation, et particulièrement par le but envisagé par le législateur, ne concernerait que des problèmes marginaux, une "frange", par opposition au contenu principal ou essentiel (*core*), qui ne saurait être remis en question sous prétexte d'interprétation »*[1092].

[1088] V. *infra* n° 328.
[1089] H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935, chr., p. 80.
[1090] M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 349.
[1091] Le Tribunal administratif de Rouen énonce alors « *qu'il ressort de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 éclairée par ses travaux préparatoires que ces dispositions, qui ne constituent que l'un des aspects du principe supérieur de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, ont pour objet d'interdire l'appropriation à des fins mercantiles ou l'utilisation aux mêmes fins du corps humain, de ses éléments ou de ses produits que les conditions actuelles de conservation de la tête Maori au sein des collections municipales du muséum ne sont contraires, ni dans leurs principes, ni dans leurs modalités, à l'article 16-1 du Code civil* » (TA Rouen, 27 déc. 2007 : *JCP G.* 2008.II.10041, note C. SAUJOT). De la même façon, la clarté de la loi peut être interrogée lorsque répondre à la question de savoir si l'autopsie scientifique peut être pratiquée sans consentement nécessite de combiner deux dispositions du Code de la santé publique, et d'avoir recours aux travaux parlementaires : TA Nantes, 6 janv. 2000, *Mme D. c/ Centre hospitalier régional universitaire de Nantes* : *JCP G.* 2000.II.10396, note St. PRIEUR.
[1092] H. BATIFFOL, « Question de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 14.

Si l'on veut bien croire que le contentieux relatif aux embryons et aux cadavres fasse numériquement partie des questions marginales du droit, il nous semble que les débats incessants qui l'entourent doivent le hisser au rang de question majeure. Henri BATIFFOL rétorque d'ailleurs :

> *« il est permis d'opposer qu'il y a certes des problèmes de frontière qui sont marginaux parce que leur solution ne met pas en cause la conception d'ensemble de la norme ou d'un de ses termes. Mais il en existe aussi qui concernent cette conception parce que l'extension d'un concept sur tel point dépend de la compréhension qui lui est reconnue »*[1093]

Indéniablement, les questions de qualifications des corps, et, plus largement, de régime du corps humain sont de ceux-là. Il poursuit alors :

> *« pour savoir si la situation considérée entre ou non dans le domaine de telle règle légale, il sera souvent nécessaire de prendre parti sur la "nature" de la règle – buts éventuellement inclus – car son domaine en dépend »*[1094].

Rechercher les *objectifs* de la règle pour guider l'interprétation de la loi dans les cas difficiles : voilà encore l'un des phénomènes que l'on rencontre fréquemment dans les matières qui nous occupent. Les mots d'Henri BATIFFOL ont ici une résonnance tout à fait particulière. En effet, c'est précisément pour ne *pas* se prononcer sur la nature de l'*objet* de la règle, corps prénatal ou *post mortem*, que les juridictions s'attachent parfois à rechercher les objectifs de la norme[1095].

318. Il faut cependant s'interroger sur les liens entre interprétation téléologique, interprétation systématique, interprétation *a coherentia*[1096] et invocation de la volonté du législateur. À strictement parler, ces méthodes d'interprétation doivent être distinguées, cependant, elles peuvent être rapprochées en ce qu'elles supposent toutes que le droit est un ensemble logique et cohérent[1097], orienté vers un but clair[1098]. Le rapport à la volonté du législateur tient en ce que les prémisses du raisonnement supposent une confiance en un système politique[1099] où le droit, comme expression de la volonté générale, est nécessairement un système non-contradictoire mais aussi un système ou l'adhésion au principe de séparation des pouvoirs conduit le juge à appliquer la norme dans le sens voulu par la représentation nationale,

---

[1093] H. BATIFFOL, « Question de l'interprétation juridique », *art. cit.*, p. 14-15.
[1094] *Ibid*.
[1095] Sur l'interprétation téléologique de la CEDH v. Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p. 299 et s.
[1096] Pour une relativisation de la distinction entre ces deux dernières méthodes v. B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 3e éd, 2011, p. 617.
[1097] Sur la cohérence du droit v. *supra* n° 15.
[1098] Sur le lien entre méthode d'interprétation et visions du droit v. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 3e éd, 2011, p. 614 et s.
[1099] Sur l'interprétation comme expression d'une adhésion à un système politique v. par ex. A. J. ARNAUD, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *APD,* 1972, n° 17, p. 165.

quand bien même ce sens serait, en réalité, reconstruit *a posteriori*. Comme le soulignent François OST et Michel van de KERCHOVE :

> *« la directive* [interprétative] *la plus fondamentale* [est] *: toujours préférer l'interprétation qui conforte l'image d'un "législateur rationnel", usager irréprochable des langages usuel et juridique et guide social à la fois équitable et infaillible. Peu importe qu'une telle image soit largement fictive, dès lors qu'elle fonctionne comme postulat pratique déterminant en profondeur le raisonnement interprétatif des magistrats* »[1100]

De fait, on trouve plusieurs décisions qui évoquent expressément la figure du législateur dans le cadre d'interprétations téléologique[1101], systématique[1102] ou *a coherentia*[1103]. On peut donc

[1100] Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 84. V. aussi p. 134 et s. sur l'interprétation systémique dans la jurisprudence belge.

[1101] Cass. crim. 27 août 1835 : *S.* 1835.I.920 (« *que le principe qui a dicté cette disposition pénale a pour objet de garantir les familles contre toute atteinte portée à l'ordre légal de transmission d'héritage* »). CA Grenoble, 22 janv. 1844 : *S.* 1844.II.125 (« *attendu que pour faire une juste et saine application de la loi pénale, il faut rechercher les causes qui l'ont provoquée, et reconnaître les nécessités auxquelles il fallait pouvoir (...) il résulte que l'intention du législateur n'a pas eu exclusivement pour but la constatation de l'état de l'enfant mais encore d'entourer sa naissance, son existence, de la protection de l'autorité civile* »). CA Paris, 9 juill. 1982 : *JCP G.* 1983.II.19969, note B. C. (« *toute autre interprétation autoriserait tous les excès en permettant au médecin signataire d'attestation de complaisance, d'échapper non seulement à toute condamnation mais encore à toute investigation de contrôle. Cette interprétation apparaît conforme à la volonté du législateur ainsi qu'il ressort des observations du rapporteur de la loi du 17 janvier 1975* »). CA Paris, 30 avr. 2009 : *JCP G.* 2009, note 12, Gr. LOISEAU ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *D.* 2009. Jur. 2019, note B. EDELMAN ; *D*. 2010. pan. 604, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. BIOY ; *LPA* 23 nov. 2009, X. DAVERAT ; *Gaz Pal.* 2009, n° 148, p. 2, note E. PIERROUX (« *que le législateur, qui prescrit la même protection aux corps humains vivants et aux dépouilles mortelles, a ainsi entendu réserver à celles-ci un caractère inviolable et digne d'un respect absolu* »).

[1102] Cass. crim., 1er août 1836 : *S.* 1836.I.545 (S'en réfère à la place de l'infraction dans le code avant d'affirmer : « *attendu que, si le législateur a eu en vue d'assurer l'état civil d'un enfant, ce n'a pu être que dans la supposition où celui-ci serait vivant, l'enfant né mort ne pouvant avoir d'état* »). CA Caen, 25 nov. 1868 : *D.* 1871.II.150 (« *considérant qu'en réprimant, par l'art. 360 c. pén., toute violation de tombeaux ou de sépultures, le législateur de 1810 s'est nécessairement référé au décret antérieur du 23 prair. an 12 sur les sépultures* ») ; CA Caen, 5 nov. 1872 : (« *par les additions qu'il a faites à l'art. 345, le législateur a indiqué qu'il entend élargir la répression pour protéger plus efficacement l'enfant nouveau-né* » et un peu plus loin évoque la cohérence de l'échelle des peines). Cass. crim., 7 août 1874 : S. 1875.I.41, note E. VILLEY ; D. 1875.I.8 (faisant référence au délai légal de conception : « *l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innomé et non un enfant, dans le sens que le législateur à attaché à cette expression* »). Trib. corr. Lisieux, 27 nov. 1874 : *D*. 1875.II.1 (« *attendu qu'il résulte, tant de l'exposé des motifs que du rapport qui a précédé le vote de la loi du 13 mai 1863, qui a modifié l'art. 345 C. pén., que ce que le législateur a voulu punir, c'est la non-représentation de l'enfant nouveau-né* » et plus loin évoque la cohérence avec le délai de trois jours prévu pour présenter l'enfant). Trib. civ. Toulouse, 2 déc. 1896 : *D.* 1897.II.268 (« *le législateur, en imposant à certaines personnes l'obligation de déclarer et de présenter les nouveau-nés* […] *s'était servi du mot enfant et que cette expression ne pouvait s'entendre que d'un être organisé* » et plus loin renvoie au délai légal de conception pour définir la viabilité).

[1103] Trib. prem. inst. Toulouse, 4 juill. 1914 : (« *que si le souci de ménager certains droits acquis ou respectables en eux-mêmes du commerce, est entré dans les préoccupations du législateur, lorsque il a conféré aux communes* […] *le monopole des fournitures funéraires, en le limitant exclusivement aux objets que l'article 2 énumère, il est logique de lui prêter la pensée, après la restitution au domaine municipal de ce qui, dans le cérémonial des funérailles lui appartient par définition* […] *de revenir au principe, de la liberté du commerce et de l'industrie* »). TA Nantes, 6 janv. 2000, *Mme D. c/ Centre hospitalier régional universitaire de Nantes* : *JCP G.* 2000.II.10396, note St. PRIEUR (« *il ressort des dispositions combinées des articles L. 671-7 et L. 671-9 précitées, éclairées par les travaux préparatoires, que le législateur a entendu distinguer* […] »).

considérer que la recherche des objectifs de la loi[1104], sa lecture contextualisée[1105], participent d'un phénomène plus large d'*autolégitimation* des juridictions par renvoi à une autorité qui leur est extérieure[1106]. On peut rapprocher ce constat de l'observation, déjà exposée ici, selon laquelle les juges contournent la qualification des corps en usant des termes exacts de la loi, quand bien même le sens juridique de ces mots ne serait pas parfaitement identifié[1107].

Face à ce constat, la question n'est pas tant de savoir si les interprétations proposées ont été, au cours de l'histoire, conformes à la volonté initiale du pouvoir législatif. D'une part car on peut douter que le législateur ait jamais eu, pour chaque norme, une vision cohérente et systématique de la règle créée[1108]. Comme le souligne Benoît FRYDMAN, « *l'appel à la volonté du législateur oscille entre* [une] *technique relativement claire et une utilisation politique nécessairement plus floue* »[1109]. D'autre part, parce que la question reste entière de savoir si la « volonté du législateur » doit être contextualisée. « *L'interprète reste-t-il lié ?* » interroge ainsi Henri BATIFFOL[1110]. Ainsi, considérer que l'homicide involontaire ne concerne pas le fœtus n'est sans doute pas conforme à la volonté *initiale* du législateur, à une période de pénalisation de l'avortement[1111], si tant est que cette possibilité ait été consciemment envisagée. Mais une telle lecture peut se comprendre comme une actualisation de cette volonté en un temps où le

---

[1104] Trib. corr. Seine, 4 juin 1875 : cité par CA Paris, 8 juill. 1875 (S. 1875.II.292 ; D. 1876.II.113) (« *Attendu que la loi, en punissant les violations de tombeaux ou de sépultures, a voulu protéger et faire respecter les restes des morts ; que son vœu ne serait pas rempli si des actes* [tels] *restaient impunis* »). Cass. crim., 24 nov. 1865 : *S.* 1866.I.308 ; D. 1865.I.190. CA Chambéry, 29 févr. 1868 : *S.* 1869.II.164. Cass. civ 1re, 10 déc. 1985 : Cass. Civ 1re, 10 déc. 1985 : *D.* 1987, jur. 449, note G. PAIRE ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. MESTRE ; *Gaz. Pal.* 1986.2. somm. 323, obs. A. PIEDELIEVRE. CJUE, gr. ch., *Brüstle c. Greenpeace*, 18 oct. 2011 : *D.* 2012, 410, note J.-C. GALLOUX ; *JCP G.* 2012, 146, note N. MARTIAL-BRAZ et J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2012, 85, obs J. HAUSER ; *AJF*, 2011.518. obs. A. MIRKOVIC ; *Dr. fam.* 2011, alerte. 98, obs. M. BRUGGEMAN *; RTD eur*. 2012, p. 355, note St. HENNETTE-VAUCHEZ (« *Le contexte et le but de la directive révèlent ainsi que le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité, dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté* »).

[1105] Cass crim. 24 mai 1860 : *D.* 1860, 1, 201, note Ch. ROYER (« *que la sollicitude de ces lois pour la mémoire des morts serait inconciliable avec la prétendue indifférence de la loi de 1819 ; que le silence de la loi ne s'interprète pas contre son esprit et le but évident qu'elle s'est proposé* »). Cass. crim., 20 juin 1896 : *S.* 1897.I.105 ; *D.* 1897.I.29 (« *l'art. 360 c. pén., sous la rubrique : "infraction aux lois sur les inhumations" a pour objet de réprimer tout acte matériel s'adressant à un tombeau ou à une sépulture et tendant à violer le respect dû à la cendre des morts* »).

[1106] D. de BECHILLON y voit moins une figure de légitimation qu'une « *pression effective* », manifestant le caractère profondément intégré du « *postulat de la rationalité du législateur* », « Réflexions critiques », *RRJ*, 1994-1, p. 254. On verra cependant *infra* n° 328 que ce postulat est sans doute largement artificiel mais ce point est sans importance pour D. de BECHILLON qui voit dans celui-ci, avec Fr. OST, un simple outil de « *cohérence et d'harmonie du système juridique* » (*ibid*. p. 255).

[1107] Pour l'utilisation du mot « objet » V. *supra* n° 169.

[1108] H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935, chr., p. 78.

[1109] B. FRYDMAN : *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op.cit.*, p. 616.

[1110] H. BATIFFOL, « Question de l'interprétation juridique », art.cit., n° 17, p. 16.

[1111] Pour une analyse de l'évolution du statut de l'embryon en termes de passage de la personnalité juridique à la qualité de chose (puis de sujet de droit) V. R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, chron., p. 231.

législateur a lui-même consenti des atteintes à l'embryon *in utero*. La décision de la Cour de cassation du 1er septembre 2015[1112] constitue un parfait exemple d'interprétation de l' « intention actualisée » : dans le cadre d'une affaire d'entrave à l'IVG, le requérant arguait qu'il n'était intervenu que dans le cadre d'entretiens d'information sur l'IVG dans un centre de Planning familial et que l'infraction d'entrave, dans sa version antérieure à la loi du 14 août 2014[1113] n'était alors pas constituée. Afin de rejeter le pourvoi, la Cour de cassation se fonde sur le fait que les actes avaient bien été commis dans un lieu pratiquant des avortements[1114], quand bien même ils n'étaient pas pratiqués au moment où le requérant était intervenu. Cette interprétation littérale du texte est sans aucun doute contraire à son *esprit initial*, preuve en est la nécessité ressentie par la représentation nationale de le compléter. Mais il s'agit manifestement d'une interprétation *actualisée* valable, démontrée par cette même modification.

319. Conclusion du §1. Prises dans des contraintes argumentatives qui leur imposent de se fonder sur un droit écrit alors même que le législateur a construit, pour les embryons et les cadavres, un régime auquel on peine à trouver une cohérence en termes de corrélation catégorie/régimes, les juridictions usent de la figure du législateur à la fois pour justifier leur action et pour légitimer leurs interprétations. Cette technique en vaut bien une autre dans la mesure où, globalement, le pouvoir législatif ne rejette presque jamais les solutions proposées par les juridictions qui, de fait, ne sont à l'origine d'aucune évolution majeure du droit applicable aux embryons et aux cadavres.

§2. L'absence de politique jurisprudentielle

320. Si les juridictions se réfèrent couramment au législateur pour justifier leurs positions, il est légitime de se demander si cette méthode n'est pas qu'un simple paravent, une technique argumentative permettant de légitimer leurs décisions tout en ignorant délibérément les orientations générales de la représentation nationale. Michel TROPER indique ainsi que « *le plus souvent, la volonté ou l'intention dont il est question n'est pas une intention ou une volonté psychologique réelle, mais une intention supposée ou construite* »[1115]. Cette position doit être nuancée. Car si, on le verra, l'intention précise du législateur n'est pas toujours clairement identifiable, et que la notion est donc largement théorique, reconstituée par la lecture de

[1112] Cass. crim., 1er sept. 2015, n°14-87.441.
[1113] Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* : JORF n°0179 du 5 août 2014, p. 12949, art. 25.
[1114] Les centres de planification familiale sont autorisés à pratiquer des avortements : art L. 2212-2 CSP
[1115] M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 218.

l'interprète, il semble que, globalement, les juridictions portent une réelle attention aux orientations politiques du droit. Comme le note Henri BATIFFOL :

> *« les magistrats ne sauraient se résoudre à donner systématiquement tort à ceux qui ont raison jusqu'à ce que le législateur, scandalisé, se décide à légiférer de nouveau. Ils ont conscience que leur mission est de trancher des différents au moyen de règles de droit, et ils répugnent à les trancher mal pour obtenir de meilleures règles* »[1116].

Cette remarque semble tout à fait pertinente dans le domaine qui nous intéresse. L'analyse de la jurisprudence, mise en parallèle avec l'évolution du droit écrit, montre que le législateur réagit rapidement à toute décision prétorienne qu'il n'approuve pas, ce qui laisse à penser que son absence de réaction peut être interprétée comme une approbation tacite **(A)**. L'idée selon laquelle l'absence de qualification claire des embryons ou des cadavres conduirait à des décisions concrètes anarchiques et à un gouvernement des juges montre alors ses limites : les grandes évolutions du statut juridique de ces corps viennent de la loi, non de la jurisprudence **(B)**.

A. Des innovations secondées par le législateur

B. Des innovations essentiellement initiées par le législateur

A. Des innovations secondées par le législateur

321. D'une façon générale, les prises de position des juridictions sur des sujets relevant de la compétence de la loi ne peuvent qu'inquiéter une partie de la doctrine qui tient à une séparation claire des pouvoirs[1117]. Lorsque cette intervention s'opère dans des domaines aussi sensibles que le statut des corps avant la naissance et après la mort, rien d'étonnant à ce que cette inquiétude soit exacerbée. Or, le caractère hautement politique de ces sujets doit au contraire faire penser que, si « empiètement » il y a, c'est qu'il est couvert par un silence bienveillant du pouvoir législatif[1118].

[1116] H. BATIFFOL, « Question de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 17.
[1117] O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury,* Dalloz et Sirey, 1960, not. p. 367 et s.
[1118] Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges Savatier*, Dalloz, Poitier, 1965, p. 604 mais surtout M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public. Mélanges Scelle*, t. II, LGDJ, 1970, p. 624 et s. Pour une opinion dans ce sens à propos de l'absence de personnalité juridique de l'embryon : J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 264.

322. Le refus de modifier les textes. Un exemple parlant de cette « approbation tacite » est celui de l'« amendement Garraud »[1119]. À la suite de la décision de la Cour de cassation de 1999 rejetant l'homicide involontaire *in utero*, le Parlement a été saisi de plusieurs propositions tendant à pénaliser l'interruption involontaire de grossesse. La première tentative date d'avril 2003, par voie d'amendement à une loi relative à la violence routière. La disposition est adoptée à l'Assemblée nationale[1120] puis rejetée au Sénat[1121] avant d'être retirée par son auteur lors de la seconde lecture[1122]. La décision de la Cour de cassation est alors expressément citée dans les débats[1123]. Une seconde tentative a lieu la même année, lors du débat sur la loi portant réforme de diverses dispositions pénales[1124]. L'amendement est une fois encore repoussé par le Sénat[1125]. Dès lors, on peut affirmer que la position de la Cour de cassation, initialement fondée sur une interprétation stricte de la loi pénale mais à laquelle l'interprétation de la volonté du législateur n'était pas étrangère[1126], est conforme à la position de la représentation nationale[1127].

Il est facile de constater le refus du législateur de modifier l'état du droit lorsqu'il se manifeste explicitement. Il est plus complexe d'interpréter un simple silence persistant de la loi. Cependant, à titre d'exemple, on peut constater que malgré les multiples décisions soulignant le silence de la loi quant à la personne la plus à même de décider de la destination d'un cadavre[1128], le législateur n'a jamais choisi d'intervenir positivement sur cette question[1129]. Sans doute l'appréciation au cas par cas des juridictions lui convient-elle.

[1119] Cet amendement, présenté au cours des discussions sur la loi « Sécurité routière » en mars 2003 puis durant l'examen d'une loi de réforme pénale en novembre 2003, visait à créer un délit d'interruption involontaire de grossesse. Pour des détails sur ce texte v. *infra* n° 342.

[1120] AN, CR 2e séance du 19 mars 2003, p. 2234 et s.

[1121] SÉNAT, CRI séance du 29 avr. 2003.

[1122] AN, CRI 2e séance du 4 juin 2003, p. 4571 et s.

[1123] AN, CRI 2e séance du 19 mars 2003 : p. 2235, 2de colonne, intervention de J.-P. GARRAUD ; p. 2236, 1re colonne, intervention de M. HUNAULT ; p. 2237, 1re colonne, intervention de J.-Y. LE BOUILLONNEC. SÉNAT, CRI séance du 29 avril 2003 : interventions de G. GAUTHIER, J. MAHÉAS, N. BORVO, P. FAUCHON et N. ABOUT.

[1124] AN, CRI 2e séance du 27 nov. 2003, p. 11394 et s.

[1125] SÉNAT, CRI séance du 20 janvier 2004, discussion sous l'article 16 sexies.

[1126] Sur les rapports entre interprétation stricte et intention du législateur v. Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 160 et s.

[1127] J.-Y. CHEVALIER semble admettre cette interprétation : dans son étude « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus » (in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 125), il invoque à plusieurs reprises, pour dénoncer le refus de la Cour de cassation de sanctionner l'homicide involontaire prénatal, le fait que cette interprétation n'est pas conforme à l'intention du législateur ; l'article ayant été rédigé avant l'achèvement des discussions sur l'amendement Garraud mais publié après, il se voit dans l'obligation de préciser, à la fin de celui-ci (p. 140), que l'amendement n'a pas été adopté. Il change alors d'argument et invoque la nécessité de mettre en cohérence le droit au regard des droits des femmes : « *Lorsqu'une législation protège la liberté des femmes de ne pas avoir les enfants qu'elles ne veulent pas, cette même législation est totalement déséquilibrée si elle ne protège pas de la même façon le droit des femmes d'avoir les enfants qu'elles souhaitent* ».

[1128] V. *supra* n° 306.

[1129] Il aurait pu, par exemple, se saisir de cette question à l'occasion de la discussion de la loi de 2008 relative à la législation funéraire mais au contraire les rapports parlementaires semblent accueillir cet état du droit sans le

323. Une prise de position claire face aux questions nouvelles. L'idée que le silence du législateur consiste en réalité en une approbation tacite des positions prises par les juridictions[1130] est confortée par les réactions très rapides du pouvoir législatif face à des décisions qu'il n'approuve pas[1131]. Cette rapidité de réaction est même, pour Philippe MALAURIE, la caractéristique propre de la loi qui combat la jurisprudence, « *il n'y a en effet de combat que dans la promptitude* »[1132] écrit-il.

Cette situation est parfaitement illustrée par la question du transfert d'embryon ou de l'insémination artificielle *post mortem*. À partir des années 1980, certaines juridictions ont été confrontées à des demandes de procréation médicalement assistée postérieures à la mort du géniteur. La jurisprudence était divisée[1133] et les pratiques diverses[1134], c'est pourquoi le législateur est rapidement intervenu[1135], dans l'une des lois « bioéthique » de 1994, pour préciser que la procréation médicalement assistée ne pouvait être pratiquée que dans un couple vivant[1136].

---

remettre en question : SÉNAT, rapport n°386, 13 juin 2006, p. 50 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, rapport n° 664, 30 janv. 2008, p. 78. La loi connaît pourtant des dispositions désignant explicitement les personnes chargées du « culte des morts » : v. par ex. art. L. 515 C. pensions militaires.

[1130] Nous limitons cette remarque aux matières qui nous intéressent ici, nul doute que le silence du législateur soit, en général, dû avant tout à sa méconnaissance de la jurisprudence (V. Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chr., p. 13)

[1131] Pour un exemple de clarification rapide de la loi, dans le sens impulsé par la jurisprudence : dans sa décision du 28 avr. 2009 (Jurisdata n° 2009-377243 ; *JCP G.* 2009, n° 340, obs. G. BEAUSSONIE), la Cour d'appel de Toulouse avait estimé, à propos de la restitution des prélèvements effectués durant une autopsie judiciaire qu' « *en l'absence d'une règle de droit spécifique, la jurisprudence de la Cour de cassation a précisé que les prélèvements réalisés au titre d'une procédure judiciaire, sur une personne vivante ou décédée, ne sont pas des objets susceptibles de restitution* », elle soulignait, « *il est exact qu'il n'existe pas de disposition légale précise qui serait relative à la manière dont doivent être traités les prélèvements réalisés pendant une autopsie judiciaire* ». La réglementation de cette pratique, dans le sens d'un refus de principe de la restitution interviendra dans la loi du L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537, art. 147. v. sur cette réforme L. MARTIN, « Autopsies judiciaires : sortir du flou », *Le Panorama du médecin,* 2010, n° 5201, p. 12. Sur cette question v. *infra* n° 627 et n° 863.

[1132] Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », art.cit., p. 607.

[1133] Pour une acceptation de restitution de sperme : TGI Créteil, 1er août 1984 (*Gaz. Pal.* 1984.2.540 concl. LESEC ; *JCP G.* 1984.II.20321, note St. CORONE ; *RTD civ*. 1984, 703, n° 3, note J. RUBELLIN-DEVICHI) ; pour un refus : TGI Toulouse, 26 mars 1991 (*JCP G.* 1992.II.21807, note Ph. PEDROT). Pour des refus de transfert d'embryon : TGI Rennes, 30 juin 1993 (*JCP G.* 1994.I.22250, note Cl. NEIRINCK ; *RTD civ.* 1996, p. 579, obs. J. HAUSER) ; CA Toulouse, 18 avr. 1994 (*JCP G.* 1995.II.22472, note Cl. NEIRINCK).

[1134] La plupart des décisions suscitées opposaient la veuve au CECOS qui s'opposait à la restitution mais dans sa note au *JCP G.* 1995.II.2472, Cl. NEIRINCK souligne que dans un cas précédent, le CECOS avait finalement décidé d'un transfert d'embryon contrairement à la décision judiciaire, privilégiant des considérations éthiques.

[1135] L. n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : JORF n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11060, art. 8. La loi n'a pas cependant résolu totalement la question puisque se pose encore le problème de la restitution de paillettes en vue d'une insémination à l'étranger : pratique qui n'a pas la faveur des juridictions (V. not. TGI Rennes, 15 oct. 2009 : *JCP G.* 2009, n°377, note J.-R. BINET) bien que des décisions récentes l'autorisent dans certaines circonstances : CE, 31 mai 2016, n° 396848 et TA Rennes, 12 oct. 2016, n° 1604451.

[1136] Dans le cadre de la procréation médicalement assistée, une autre solution prétorienne a été démentie par la loi postérieure : la possibilité d'une action en désaveu à la suite d'une AMP V. TGI Nice, 30 juin 1976 (*Gaz. Pal*. 1977.I.48 note E. PAILLET ; *D.* 1977, jur. 45, note D. HUET-WEILLER ; *JCP* 1977.II.18597, note HARICHAUX-RAMU) ; CA Toulouse, 21 sept. 1987 (*JCP G.* 1988.II. 21036, note ES de la MARNIERRE ;

On retrouve une même réactivité du pouvoir législatif face à la question du partage des cendres. Certaines juridictions ayant eu à faire à des demandes de ce type[1137], le législateur a promptement choisi de couper court à toute hésitationen interdisant la pratique[1138].

324. En 1960, Olivier DUPEYROUX se désolait en affirmant à propos du législateur que « tout ce qu'il peut faire, si le juge l'a mal lu, volontairement ou non, c'est recommencer à [écrire la loi] ; mais il est rare qu'il en arrive là »[1139]. Or, il nous semble que dans les matières qui nous concernent, le pouvoir législatif est prompt à la réaction lorsque la jurisprudence s'engage sur des voies qu'il désapprouve : l'essentiel des grandes modifications de notre droit est, sur ces questions, le fait de la loi.

B. Des innovations essentiellement initiées par le législateur

325. Si l'on devait à tout prix chercher des transformations importantes du droit portées uniquement par la jurisprudence, on pourrait évoquer la reconnaissance prénatale, établie dès le début du XIX^e^ siècle[1140] et qui n'apparaissait dans aucun texte. Pour autant, les juges ont une fois encore procédé avec la plus grande prudence : la première décision disponible sur la question affirme ainsi clairement tirer son interprétation du fait que la loi n'a pas prévu de date à la reconnaissance et, qu'en l'absence de précision contraire, elle doit pouvoir être possible à tout moment. Sentant sans doute le potentiel créateur de cette position, la juridiction ajoute que « *la discussion qui a précédé et préparé cet article ne permet pas de doute à cet égard* »[1141] : une fois encore l'interprétation créatrice se protège par l'intention du législateur. La longévité de cette position sans qu'intervienne la loi s'explique sans doute par le fait que cette norme

D. 1988. 184, note D. HUET-WEILLER ; détaillé dans G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990-4, p. 623).

[1137] Pour une acceptation : CA Paris, 27 mars 1998 (*JCP G.* 1998.II.10113, note T. GARÉ ; *D*. 1998, jur., 383, note Ph. MALAURIE ; *Dr. fam.* 1998, n° 93, note B. BEIGNIER ; *LPA* 1999, n° 197, p. 10, note C. BOURRIET et C. COUTANT) ; pour un refus : CA Douai, 7 juill. 1998 (*Dr. fam.* 1998, comm. n° 176, 1^er^ arrêt, note B. BEIGNIER ; *JCP G*. 1998.II.10173, obs. X. LABBÉE).

[1138] SÉNAT, séance du 22 juin 2006, compte-rendu intégral, p. 5108, seconde colonne, intervention de J.-R. LECERF : « Nous assistons, aujourd'hui, à une multiplication des contentieux. Nous avons entendu, sur ce point, de nombreux professeurs de droit : certains parents se disputent l'urne cinéraire d'un enfant et le tribunal en arrive à ordonner le partage des cendres » ; p. 5098, 2^de^ colonne.

[1139] O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury,* Dalloz et Sirey, 1960, notamment p. 373

[1140] Cass., 16 déc. 1811 : *S*. 1811.I.433. CA Colmar, 25 janv. 1859 : *D.* 1959.II.61. CA Aix, 31 mai 1866 : *D*. 1866.II. 201. Cass. civ., 12 fév. 1868 : *D*. 1868.I.60. CA Grenoble, 24 juin 1869 : *D.* 1869.II.207. Cass. Req., 2 janv. 1895 : *D.* 1895.I.367. TGI Lille, 3 fév. 1987 : *JCP G*. 1990.II.21447 obs. X. LABBÉE.

[1141] Cass., 16 déc. 1811 : *S*. 1811.I.433.

jurisprudentielle répondait évidemment à une nécessité sociale majeure. Elle a finalement été reprise dans la loi en 2005[1142].

326. Hormis cet exemple isolé, il nous semble possible d'affirmer que la jurisprudence n'a procédé à aucune *«* rupture interprétative » à propos du corps *post mortem* ou prénatal : aucun changement radical de statut n'est intervenu indépendamment de toute évolution législative. Comme le souligne Philippe MALAURIE,

> *« pourtant, les occasions ne manquent pas, mais le juge n'en est pas tenté, car seul le législateur a qualité pour réaliser les "réformes de structure" et l'on ne peut escompter des juges qu'ils opèrent ce genre de révolution* »[1143].

Les grandes évolutions de la matière proviennent en réalité de la loi, qui vient répondre à une pratique nouvelle : le refus de reconnaître l'homicide involontaire sur embryons doit se comprendre dans un contexte où l'avortement est autorisé ; le refus de sanctionner un prélèvement d'organes non-autorisé par la famille dans celui d'un choix législatif de consentement présumé. Si des questions nouvelles apparaissent, elles proviennent avant tout de pratiques scientifiques et sociales émergentes : prélèvements d'organes, procréation médicalement assistée, revendication d'état civil pour des enfants mort-nés, nouvelles pratiques funéraires… La jurisprudence est ici ponctuellement créatrice, dans les cas précis qui lui sont soumis, mais elle se refuse le plus souvent à construire des principes clairs, ayant vocation à la généralité et à la pérennité. Tout juste constitue-t-elle un relais provisoire, souvent embarrassé, avant que le législateur ne se saisisse lui-même de ces problématiques.

[1142] Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation : JORF n°156 du 6 juill. 2005, p.11159. Art. 11.
[1143] Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », art.cit., p. 603.

327. Conclusion du Chapitre 1. La jurisprudence use de multiples stratagèmes pour trancher les conflits qui lui sont soumis à propos de corps humains avant la naissance et après la mort, sans se prononcer de façon définitive sur leur qualification juridique. Rattachant le contentieux aux droits de personnes certaines, usant de mécanismes issus du droit des obligations, mais aussi créant des principes généraux du droit, les juridictions opèrent de multiples contournements tout en structurant juridiquement leurs décisions. Cet évitement procède sans doute d'un refus de prendre la responsabilité d'une qualification hautement politique et aux implications multiples. Les juges affirment donc souvent restreindre leur pouvoir créateur en adoptant des lectures très littérales des textes. Ce faisant, ils donnent le sentiment d'une certaine déférence pour le pouvoir législatif : cherchant régulièrement à fonder leurs interventions, mais aussi leurs interprétations, sur l'intention supposée législateur. Cette stratégie argumentative n'est pas seulement cosmétique : les relations entre la loi et la jurisprudence montrant bien l'attention que porte la première à ne pas se laisser déborder par la seconde. En la matière, les évolutions du droit ne sont pas prétoriennes. Il y a cependant une certaine ironie à cette recherche permanente de l'intention législative pour déterminer le régime juridique des corps dans la mesure où l'examen de l'élaboration des textes montre une confusion certaine du pouvoir législatif quant à la qualification juridique des corps.

Chapitre 2 L'insaisissable intention législative

328. Les limites de la recherche de « l'intention législative ». La tendance de la jurisprudence à s'en remettre à l'intention du législateur pour l'interprétation des textes est un réflexe compréhensible dans un contexte où le contenu du droit écrit reste flou, du moins en termes de catégories juridiques[1144]. On a souligné les difficultés évidentes qu'il y a à se plonger dans la « pensée » du législateur, tant il y a d'artifices à considérer la production de la loi comme une activité univoque[1145]. Or, si l'on veut, comme nous l'avons annoncé pour cette première partie, prendre les mots du droit au sérieux, il faut s'enfoncer dans le dédale des débats qui, jusqu'à des heures avancées de la nuit, dans des hémicycles parfois presque vides[1146], sont supposés construire un droit cohérent.

329. Le choix de retenir le travail parlementaire. Mais est-il bien utile de s'intéresser au travail parlementaire lorsque l'on s'interroge sur la qualification des corps ? Si la question peut paraître provocatrice elle est légitime dès que l'on considère que le droit se détache de ses créateurs, qu'il peut en être fait une interprétation, une application, sans être embarrassé par l'intention de ses auteurs. Relativisant les compétences juridiques du législateur, Xavier BIOY choisit par exemple de ne pas analyser les termes utilisés par les textes. Il affirme ainsi que

> *« l'idée même d'accorder un crédit aveugle au choix du vocabulaire opéré par le "jurislateur", peut parfaitement être considéré comme inacceptable »*[1147].

Sa remarque est reprise par Marie-Xavière CATTO[1148] qui l'illustre d'une citation issue des débats de l'Assemblée Nationale montrant parfaitement la façon dont les termes utilisés dans l'hémicycle sont parfois bien éloignés de leur contenu juridique. À propos de l'usage du terme « personne » pour désigner un défunt, elle rapporte :

[1144] *Supra* Chapitre 1.

[1145] Au moins les éléments du travail parlementaire sont-ils relativement accessibles : nul doute qu'il soit à la fois pertinent et passionnant de se pencher par-dessus l'épaule du pouvoir règlementaire pour y chercher les motivations que la seule lecture des textes ne permet pas de percevoir clairement. Cependant, l'accessibilité de ces éléments est limitée.

[1146] M. ALLIOT-MARIE soulignait elle-même que la loi du 19 déc. 2008 a été adoptée à l'Assemblée Nationale devant des bancs « *assez clairsemés* » : AN, CRI 3e séance du 20 nov. 2008, p. 7697, 2de colonne. Lors du débat sur l'autorisation de la recherche sur l'embryon en 2012, il avait été souligné à plusieurs reprises que les discussions avaient lieu à une heure tardive : SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3827 ; SÉNAT, CRI du 4 déc.2012, p. 5692 et 5708 ; AN, CRI 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7749 et 7751. De fait, certaines dispositions sont votées à une dizaine de parlementaires : AN, CRI 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7784.

[1147] X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 23.

[1148] M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 55.

> *« Suggérant que le terme devait être employé dans son sens juridique, le Ministre de la santé a pu l'écarter en arguant que "c'est le terme employé dans l'usage courant, et quand les services funéraires viennent chercher le corps du défunt ou de la défunte, ils demandent : "Où est la personne ?" »*[1149].

D'ailleurs, face à la confusion manifeste des opinions défendues par les parlementaires, on ne s'étonne pas que le regard d'autres sciences sociales perçoive des nuances bien différentes de la stricte *summa divisio* du droit civil. David SMADJA, analysant les débats relatifs à l'embryon *in vitro* sous l'angle des sciences politiques, distingue par exemple quatre positions : au cours des travaux se seraient selon lui manifestés les partisans de la *personnification*, de *l'humanisation*, de *l'objectivation* et de la *réification* de l'embryon[1150]. Une telle observation ne peut être écartée au prétexte que la grille théorique d'analyse ne correspondrait pas à une démarche juridique. Il nous semble au contraire qu'il faut prendre au sérieux cette réflexion car elle suggère, soit que le débat a réellement porté sur une question de qualification[1151] – mais dans ce cas d'une façon plus riche que dans une simple bipartition – soit que la distinction qui pourrait être opérée entre deux grandes catégories (personne/chose), recouvre en réalité une grande variété de régimes possibles, plus ou moins protecteurs (personne/humain/objet/chose)[1152]. Nous choisissons donc de ne pas rejeter *a priori* le travail parlementaire et de rechercher si l'on peut déceler, dans les grandes lignes des débats, une « intention qualificatrice » du Parlement.

330. Méthode. Analyser l'ensemble des travaux parlementaires pour toutes les dispositions concernant le corps humain avant la naissance et après la mort est une tâche qui, pour ne pas être irréalisable, dépasse largement les possibilités de cette étude. Certains textes ayant déjà été pertinemment analysés par d'autres auteurs[1153] - notamment sur la question de

---

[1149] AN, séance du 9 oct. 2003 : JOAN, p. 8391.

[1150] D. SMADJA, *Bioéthique, aux sources des controverses sur l'embryon*, Dalloz, 2009, p. 106 pour une synthèse.

[1151] Sans, d'ailleurs, que le résultat de ces débats ait été pertinent en termes de qualification. J.-Cl. GALLOUX affirmait ainsi à propos des lois de 1994 : « *la* summa divisio *a été au cœur de tous les travaux préparatoires. Il a été affirmé à de nombreuses reprises que le corps humain ne pouvait se situer dans le domaine des choses ou des biens, que la loi ne devait pas conduire à la réification du corps. Toutefois, force est de constater que cette affirmation n'a pas été concrétisée par les textes. Pas davantage, la loi n'a entendu créer une catégorie intermédiaire entre les choses et les personnes* » : « *De corpore juris*, première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA 14 déc. 1994,* n° 149, p. 22, n° 26.

[1152] On note d'ailleurs avec intérêt l'émergence de la notion d'« objet » sous la plume de cet auteur là où nous avions nous-même observé l'utilisation de ce mot par la jurisprudence pour éviter la qualification de « chose », v. *supra* n° 196.

[1153] On pense notamment aux nombreux travaux sur l'élaboration de la loi Veil. V. par ex. : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975 ; J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIX^e^ XX^e^ siècle*. Universel Historique, Seuil, 2003, not. p. 262 et s. ; B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975,* coll. U Histoire, Armand Colin, 2012. Sur les lois de 1994, v. l'article extrêmement précis de D. THOUVENIN : « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18^e^ cahier, p. 149.

l'affrontement d'opinions religieuses dans le champ parlementaire[1154] - nous avons concentré notre analyse sur des dispositions plus récentes. Ont ainsi été dépouillés les rapports préalables et les débats de la loi de 2001 portant notamment extension du délai d'IVG de dix à douze semaines de grossesse[1155], de la loi de 2013 autorisant par principe la recherche sur l'embryon[1156] et de la loi de 2008 proposant un statut aux cendres cinéraires[1157]. L'analyse des débats autour de certaines dispositions spécifiques y a été ajoutée : les amendements « Garraud » présentés au cours de l'année 2003, la suppression de la notion de « détresse » dans l'IVG par la loi de 2014[1158] ainsi que l'encadrement de la thanatopraxie et la suppression du délai de réflexion dans l'IVG proposée par la loi de réforme du système de santé de janvier 2016[1159].

Ces travaux ont été lus en recherchant les indices d'un affrontement politique sur la *qualification* des corps. Ont ainsi été relevées les évocations explicites des termes de chose et personne, mais aussi les éléments qui semblaient indiquer l'idée d'une qualification indirecte[1160]. Il apparaît rapidement que la question de la qualification juridique des corps est relativement absente des travaux parlementaires (**Section 1**). L'essentiel des débats se concentre autour d'affrontements de valeurs qui, pour prendre parfois la forme de questions juridiques, en sont en réalité bien éloignés (**Section 2**).

Section 1 Les travaux parlementaires : confusion sur les catégories juridiques

Section 2 Les ressorts du débat : valeurs politiques et non catégories juridiques

[1154] Sur la question spécifique de l'invocation du fait religieux au cours de l'élaboration des textes V. J.-P. DELANNOY, « Le fait religieux dans les travaux parlementaires : constantes et évolutions récentes (1958-2011) », *Histoire@Politique,* 2014/3 (n° 24), notamment p. 123 et s. V. aussi de façon plus générale : P. ROLLAND, « L'influence des convictions religieuses et éthiques sur la production du droit en France (le dispositif institutionnel) », *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Br. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 205.

[1155] Loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : JORF n° 156 du 7 juill. 2001.

[1156] L. n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : JORF n° 0182 du 7 août 2013, p. 13449.

[1157] L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire : JORF n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19538.

[1158] L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949. Art. 24.

[1159] L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 : JORF n° 0022 du 27 janv. 2016.

[1160] Sur cette notion V. *supra* n° 169.

Section 1 Les travaux parlementaires : confusion sur les catégories juridiques

331. Malgré la confusion propre aux débats parlementaires, il apparaît rapidement que les catégories juridiques sont peu mobilisées dans les travaux des assemblées. On peine à distinguer si les régimes proposés en séances sont consciemment inspirés d'une réflexion en termes de catégories ou s'ils ne le sont qu'*a posteriori* dans l'œil de l'analyste. Ce constat vaut tant pour le cadavre **(§1)** que pour l'embryon **(§2)**, ce dernier faisant cependant l'objet d'affrontements idéologiques plus importants.

§ 1 Le corps mort : le refus de la « simple chose »

§ 2 Le corps prénatal : une personne contestée

§1. Le corps mort : le refus de la « simple chose »

332. Le choix des mots dans les travaux préparatoires : une occurrence unique. Parmi les travaux analysés, une seule occurrence révèle une véritable réflexion sur l'usage des termes de la loi au regard des catégories juridiques. Il s'agit du rapport parlementaire préalable à l'adoption de la loi sur les funérailles de 2008[1161]. On y trouve une réflexion sur la formulation de ce que deviendra l'article 16-1-1 du Code civil[1162]. Le rapport explique la raison pour laquelle la formulation « restes de personnes décédées » a été préférée à celle de « restes humains » :

> *« Alors que l'article premier de la proposition de loi* […] *évoquait les "restes humains", la rédaction proposée fait référence aux "restes des personnes décédées", afin d'éviter tout risque de remise en cause de l'interruption volontaire de grossesse ou des dons d'organes »*[1163].

Cette citation montre une volonté apparente de choisir, dans la rédaction de la loi, des termes univoques qui éviteraient des confusions de régime. Or, si le choix de l'expression « *restes des personnes décédées* » pourrait exclure de la protection des embryons avortés[1164], le fait que ce

[1161] SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 13 juin 2006, n° 386.
[1162] « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence ».*
[1163] J.-R. LECERF, SÉNAT, Rapport de la commission des lois, séance du 13 juin 2006, n° 386, p. 16.
[1164] J. LITTEL, romancier, fait ainsi dire à TERTULLIEN « *Rien ne meurt jamais que ce qui naît, la naissance a une dette envers la mort* », *Les Bienveillantes,* NRF, Gallimard, 2006, p. 237. Dans ce sens sur le plan juridique : J.-P. GRIDEL, V° *Cadavre*, in *Dictionnaire du corps*, M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*. LGDJ, 1997, p. 84 : « *l'embryon n'est pas un cadavre* » ; B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 79 : *« quand on n'est pas juridiquement né, on ne peut pas juridiquement mourir* ». Cette position est d'ailleurs confirmée dans les textes spécifiques qui encadrent le prélèvement d'organes : à titre d'exemple l'arrêté du 29 nov. 2015 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement d'organes à finalité thérapeutique sur

choix ait une quelconque influence sur le statut des organes prélevés *post mortem* suscite la perplexité[1165] : en quoi sont-ils moins des « restes de personnes décédées » que des « restes humains » ? Sauf à envisager qu'ainsi rédigé le texte ne soit applicable qu'au corps entier et dans ce cas quelle distinction opérer avec l'alinéa 1er du texte qui évoque le « corps humain » ? La question n'étant pas réapparue au stade des débats, l'analyse ne peut être poursuivie mais un premier constat est possible : les tentatives de réflexion catégorielle font souvent long feu dans les travaux parlementaires.

333. La question de la catégorie juridique est ainsi fort confuse dans le rapport de l'Assemblée nationale sur la même proposition de loi[1166]. Dans un premier temps, le texte semble énoncer clairement que la personnalité juridique disparaît après la mort :

> *« un défunt n'a plus de personnalité juridique et donc de droit ; il ne saurait faire valoir de droit au respect de son corps* »[1167] ;
>
> ou encore *« le droit au respect du corps humain est un droit subjectif de la personne. Il devrait donc logiquement disparaître lorsque la personne qui est titulaire de ce droit disparaît, les morts n'ayant plus de personnalité juridique* »[1168].

En dehors du fait qu'il est contestable que le respect du corps soit un droit subjectif[1169], le législateur adopte à première vue une réflexion catégorielle. Pourtant, on trouve dans le même rapport des éléments tendant à faire penser que la qualification de « chose » n'est pas évidente pour le rapporteur :

> *« même si les cendres ne sont pas un cadavre, il paraît choquant de les considérer comme une chose et non comme des restes humains* »[1170] ;
>
> *« le corps qui a été une personne humaine ne saurait être traité comme une simple chose* »[1171].

---

personne décédée (JORF n°0273 du 25 nov. 2015, texte n° 22) précise bien dans son article annexe que les dispositions en cause ne s'appliquent pas aux prélèvements d'origine fœtale. On remarque cependant que le rapport de l'Assemblée nationale sur la même la loi de 2008 évoque bien le traitement de la mort périnatale et souhaite appliquer les principes de « respect, dignité, décence » aux corps des embryons de plus de douze semaines : Ph. GOSSELIN, AN, Rapport de la commission des lois, enregistré le 30 janv. 2008, n° 664, p. 19-20.

[1165] Le rapport n'envisageait peut-être que le don d'organes entre vifs mais ceux-ci pouvaient-il être compris comme des « restes » humains ?

[1166] Ph. GOSSELIN, AN, Rapport de la commission des lois, enregistré le 30 janv. 2008, n° 664.

[1167] *Ibid.*, p. 16.

[1168] *Ibid.*, p. 65.

[1169] V. *Supra* n° 3553.

[1170] Ph. GOSSELIN, AN, Rapport de la commission des lois, *op.cit.*, p. 15. Pour une réflexion plus approfondie sur la notion v. *infra* n° 422.

[1171] *Ibid.*, p. 16 et 64-65.

Difficile alors de poursuivre une réflexion purement catégorielle : le corps mort doit-il être considéré comme une chose particulière[1172] – le terme « sacré » est évoqué[1173] – ou une nouvelle catégorie juridique de « restes humains », distincte de celle de chose est-elle suggérée par le rapporteur ? La question se brouille davantage lorsque l'on constate qu'après avoir soigneusement expliqué que la personnalité juridique disparaissait avec la mort, les deux rapports, du Sénat comme de l'Assemblée nationale, n'ont aucune difficulté à proposer la consécration d'un « droit à » ne pas être incinéré, y compris pour des « personnes » déjà inhumées à la date de la loi[1174].

334. Le temps du débat : le rejet de la chose comme affirmation de valeurs. Les catégories juridiques, ou du moins les termes de « personne » et « chose », sont très utilisés dans les débats sur le statut du corps mort. Cette utilisation est unanime ; les parlementaires rejettent fermement la notion de chose. Cependant, il n'est pas certain que les orateurs et oratrices qui s'expriment dans ce sens aient tout à fait conscience des limites juridiques de leurs affirmations.

Les débats de la loi de 2008 sont tout à fait symptomatiques de ce constat. De multiples interventions vont dans le sens d'un rejet de la notion de chose. Citons à titre d'exemple :

> *« nous ne pourrons jamais nous entendre avec ceux qui pensent que les cendres sont de simples choses »*[1175] ;
>
> *« Le statut juridique des restes mortels doit être précisé. Le corps humain n'est pas une chose. Dût-il n'en rester que des cendres, il doit faire l'objet de respect. C'est non seulement une exigence morale mais également une réalité juridique »*[1176] ;
>
> *« c'est un argument essentiel, il faut tenir compte du statut des cendres. Les cendres ne sont ni une personne ni une chose. On ne peut pas en hériter, comme on hérite d'un meuble ou d'un objet »*[1177].

C'est ici avant tout le *régime* du corps décédé qui est en jeu dans le rejet de la notion de chose. En réalité c'est le refus de la banalisation des actes de disposition sur le cadavre et les cendres

---

[1172] M.-X. CATTO nous signale qu'un débat identique s'était tenu à propos du statut du sang humain : v. J. LACHÈZE, *La transfusion du sang au point de vue juridique*, th., Toulouse, 1924. Cette crainte de la « simple chose » est également exprimée par X. LABBÉE : *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990, P. 242.

[1173] Ph. GOSSELIN, AN, Rapport de la commission des lois, enregistré le 30 janv. 2008, n° 664, p. 16.

[1174] J.-R. LECERF, SÉNAT, Rapport de la commission des lois, séance du 13 juin 2006, n° 386, p. 60 ; Ph. GOSSELIN, AN, *op.cit.*, p. 93.

[1175] J.-P. SUEUR, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5105.

[1176] M. ALLIOT-MARIE, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7670. Une affirmation similaire est tenue par la Ministre devant le Sénat : SÉNAT, CRI du 10 déc. 2008, p. 8837.

[1177] J.-P. SUEUR, SÉNAT, CRI du 10 déc. 2008, p. 8843

qui est exprimé[1178]. Sont ainsi plusieurs fois évoquées des pratiques de division des cendres[1179] ou de leur transformation en bijoux[1180], phénomènes extrêmement marginaux mais qui servent d'argument à l'affirmation de la nécessité d'un « respect » des cendres[1181].

335. *A priori*, le Parlement cherche donc, dans la construction de la loi de 2008, à concevoir un statut de « chose protégée ». Pourtant, les outils utilisés montrent que la frontière avec la notion de personne juridique n'est pas toujours bien perçue par les parlementaires. L'un des rapporteurs affirme ainsi :

> *« Nous n'ignorons pas que toute une série de discussions juridiques peuvent découler des dispositions que nous préconisons. En effet, la notion de dignité était jusqu'à présent réservée à des personnes vivantes »*[1182].

Cette citation, lue à la lumière des rapports parlementaires, suggère que le rapporteur est conscient que la dignité, si elle est entendue comme droit subjectif, cesse avec la mort, mais induit aussi que le Parlement pense prolonger ce droit par l'instauration d'une disposition spéciale. Bien sûr, il serait possible de voir ici une distinction entre la dignité-droit subjectif et la dignité-obligation du droit positif mais, dans ce cas, à quelles « discussions juridiques » l'orateur fait-il référence ? La notion de dignité est de nouveau employée dans le débat relatif à l'autorisation des soins de thanatopraxie sur les corps des défunts porteurs de maladies infectieuses. Une députée affirme ainsi qu'« *il fallait prendre des mesures pour rendre leur dignité aux personnes* »[1183].

336. On pourrait alors suggérer que c'est une distinction entre « personne juridique » et « personne humaine » qui est conceptualisée par les assemblées ; la seconde seule subsistant après le décès. On trouve en effet cette notion de « personne humaine » dans plusieurs interventions, telles que :

[1178] Fr. ROCHEBLOINE affirme ainsi : « *pouvons-nous accepter qu'une urne funéraire puisse échapper aux règles de l'extra-patrimonialité s'appliquant à toute dépouille mortelle pour s'apparenter à un simple souvenir de famille ? La question qui nous est posée aujourd'hui est donc bien celle du respect que nous entendons porter à nos défunts.* […] *je pense que cette notion est en effet particulièrement importante, y compris après la crémation. Cette question est bel et bien centrale d'un système de valeurs d'une société. Les restes mortels, quelle que soit leur forme, doivent être traités avec respect, dignité et décence. Cette idée me semble essentielle* » : AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7673.

[1179] Ex. SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5098 ; AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7672.

[1180] Ex. SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5108 et 5117 ; AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7672

[1181] Et pourtant bien d'autres usages du corps sont désormais envisageables, et pratiqués. Pour un aperçu v. http://www.huffingtonpost.fr/2016/10/31/toussaint-2016-apres-votre-mort-devenez-un-diamant-un-serre-livre/?utm_hp_ref=fr-homepage&ncid=tweetlnkfrhpmg00000001 [consulté le 13 nov. 2016].

[1182] J.-R. LECERF, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5117.

[1183] Kh. BOUZIANE-LAROUSSI, AN, CRI de la 3e séance du 10 avr. 2015, p. 3967. Il s'agit bien ici des personnes décédées, les familles étant évoquées ensuite.

> *« Les restes des personnes humaines, quelles que soient leur forme et leur consistance, doivent donner lieu à la dignité, au respect et à la décence »*[1184] ;
>
> *« Nous avons essayé de mener cette discussion dans l'esprit du texte, en veillant au respect de la personne humaine et en exprimant le souhait que les funérailles soient organisées conformément aux volontés du défunt »*[1185].

Ces propos pourraient être rapprochés de ceux qui évoquent la notion d'« être humain » *post mortem* :

> *« Si l'on considérait que les cendres ne sont pas des restes humains et que l'on peut en faire n'importe quoi, cette conception risquerait de s'étendre aux dépouilles reposant dans les cimetières, et c'est alors l'être humain qui, en tant que tel, disparaîtrait avec la mort »*[1186].

Mais ces affirmations sont contradictoires avec le contenu du rapport préparatoire devant l'Assemblée nationale, qui semble au contraire assimiler personne humaine et personne juridique :

> *« il n'est pas certain que le principe de dignité humaine s'applique à la dépouille mortelle, simple enveloppe charnelle n'abritant plus de personne humaine »*[1187] ;
>
> *« le corps qui a été une personne humaine ne saurait être traité comme une simple chose »*[1188].

337. On peut alors déduire de l'examen de ces textes que c'est moins la qualification juridique des corps morts qui est discutée par les assemblées que le type de traitement qui doit leur être appliqué : le rejet de la qualification de « chose » n'est pas l'expression d'un choix en faveur de la catégorie de « personne » mais un outil rhétorique au service de l'expression de certains choix de droit positif. Ce sont des valeurs politiques, « civilisatrices » qui sont exprimées, comme l'affirment d'ailleurs les parlementaires à plusieurs reprises[1189].

[1184] R. YUNG, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5125.
[1185] G. PAU-LANGEVIN, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7697.
[1186] B. DUPONT, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5118.
[1187] Ph. GOSSELIN, AN, Rapport de la commission des lois, enregistré le 30 janv. 2008, n° 664, p. 16.
[1188] *Ibid*.
[1189] J.-P. SUEUR, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5105 : « *toutes ces propositions ont été formulées avec le souci de respecter la dignité des personnes, souci commun à toutes les civilisations*. », p. 5106 : « *Le respect dû à la mémoire de ceux qui nous ont précédés définit une civilisation. Il nous appartient, aujourd'hui, avec modestie, mais avec clarté, de faire œuvre de civilisation.* », p. 5125 : « *Les restes des personnes humaines, quelles que soient leur forme et leur consistance, doivent donner lieu à la dignité, au respect et à la décence. C'est une question de civilisation* » ; C. PROCACCIA, *ibid*. p. 5106 : « *l'inhumation des corps a été considérée pendant longtemps par les écoles d'historiens comme le véritable point de départ de l'histoire des hommes. Pour eux, l'humanité a débuté avec ces rituels funéraires, qui révélaient la prise de conscience du sacré par les premières civilisations* » ; G. PAU-LANGEVIN, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7676 : « *avec cette proposition, au-delà des questions juridiques, il s'agit pour nous de prendre position sur des sujets qui touchent à l'essence même de l'homme, et nous renvoient au caractère éphémère de notre passage sur terre. De tous temps, les civilisations ont développé, pour honorer leurs morts, des rituels spécifiques. Il importe aujourd'hui d'adapter ce rituel et notre réglementation en fonction des évolutions de notre société et des progrès de la science* » ; J.-P. SUEUR, SÉNAT, CRI du 10 déc. 2008, p. 8843 : « *Dans toutes les civilisations, en effet, on s'est toujours attaché à garder la mémoire, la trace d'une personne, à respecter les restes humains*. ». Sur cette invocation de la notion de civilisation V. également infra n° 489.

Dimitrios TSARAPATSANIS faisait exactement ce constat à propos de l'embryon dans son analyse des débats sur les premières lois « de bioéthique » : il relevait déjà la confusion entretenue entre personne juridique et personne humaine[1190] et constatait :

> *« il apparaît que, par l'emploi des vocables de "sujet de droit", les parlementaires minoritaires ne font pas référence à un concept juridique technique mais entendent simplement la consécration du statut de personne par le système juridique* »[1191],

c'est-à-dire un statut protecteur, conceptualisé autour de la notion de « respect », utilisée tant dans l'article 16 que dans 16-1-1 du Code civil. Cette volonté, certes maladroite, des parlementaires, de nommer le cadavre tranche avec l'affrontement majeur qui se noue autour de la qualification du corps embryonnaire.

§2. Le corps prénatal : une personne contestée

338. Le rejet théorique du débat. S'il est un point commun à tous les débats sur le statut de l'embryon depuis les années 1970 c'est bien que la plupart des acteurs de la discussion ont toujours affirmé que celle-ci ne *portait pas* sur la nature du corps humain prénatal. Cette position était déjà celle de Simone VEIL lors du débat sur la légalisation de l'avortement. Jean-Yves Le NAOUR et Catherine VALENTINI notent ainsi à propos de la Ministre : « *elle évite soigneusement toute discussion théorique à propos de l'humanité de l'embryon* »[1192]. Sa phrase exacte, relevée par Bernard PINGAUD et son équipe, est légèrement plus nuancée puisqu'elle affirme à la tribune qu'elle

> *« se refuse à entrer dans les discussions scientifiques et techniques. Aussi bien, si, en théorie, l'embryon possède toutes les virtualités de l'être humain, n'est-il encore qu'un devenir* […]. *En vérité il n'est personne qui identifie avortement et infanticide, à commencer par les adversaires les plus résolus de ce projet »*[1193].

La discussion se place donc sur un plan scientifique, moral et juridique, sans que les différents aspects du débat soient clairement distingués. De fait, les observateurs des travaux parlementaires de l'époque relèvent très peu d'arguments de pur droit au cours de la construction de la loi[1194]. Globalement, un constat similaire peut être fait dans les débats

---

[1190] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 35.
[1191] *Ibid.*, p. 37.
[1192] J-Y LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIX^e^ XX^e^ siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003, p. 266.
[1193] B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 182.
[1194] Le rôle de la maxime *infans conceptus* n'a été évoqué qu'une fois lors des auditions ; de même que la protection constitutionnelle et internationale de la vie : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement., op.cit.*, p. 66 et 129.

contemporains[1195] mais la question de la qualification réapparaît ponctuellement sous des formes diverses.

339. Nature de l'embryon et avortement : le déplacement du débat. Lors du débat sur la loi de 2001, les aspects biologiques, éthiques et techniques de l'avortement ont largement été mis en avant. La question de savoir si le passage de dix à douze semaines de grossesse modifiait fondamentalement la complexité du geste chirurgical a ainsi été évoquée à de multiples reprises[1196]. On a également beaucoup discuté des risques eugéniques du prolongement du délai[1197] ou encore de la question de savoir si la nouvelle rédaction faisait passer l'avortement du statut d'exception à celui de droit pour les femmes[1198].

La question de la nature juridique de l'embryon n'est quant à elle presque pas abordée et, lorsqu'elle l'est, c'est surtout sous l'angle des suites de l'arrêt Perruche, que les parlementaires semblent analyser comme portant l'idée d'un « droit à la mort » par opposition à un « droit à naître ». Jean-François MATTEI commente ainsi cette décision :

> *« La mort vaudrait mieux que la vie et, curieusement, le statut de cette vie en développement serait contradictoire. Revendiquant un droit à la mort qu'ils auraient eu en qualité de fœtus, ce serait reconnaître le fœtus comme sujet de droit, mais inversement, si les parents peuvent en disposer librement et choisir son devenir en le gardant ou en l'éliminant, c'est lui donner le statut de chose puisqu'on ne peut jamais disposer du sort de quelqu'un »*[1199].

[1195] Le lien entre la position de S. VEIL en 1974 et le *statu quo* qui semble être respecté en 2000 est bien mis en évidence par N. AMELINE : « *nous n'aurons pas à régler ce soir la question de savoir quand l'âme vient à l'humain, car, fort heureusement, en reconnaissant aux femmes le droit fondamental de maîtriser leur descendance, la loi de 1975 de Simone Veil a tranché la question morale liée à l'avortement, tout en conservant intacts les choix de conscience individuels*. », AN, CRI 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9550.

[1196] Ex : AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9504 ; CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9529 et 9537 ; CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9577 ; SÉNAT, CRI du 27 mars 2001.

[1197] AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9498, 9501, 9503 et s., 9512 ; CRI 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9531 et s., 9536 et s., 9549 ; CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9561, 9572, 9579 ; SÉNAT, CRI des 27 et 28 mars 2001 et du 9 mai 2001.

[1198] Chr. BOUTIN, AN, CRI de la 1re séance du 10 nov. 2000, p. 9622 : « *en dépénalisant une partie de l'avortement, alors que, jusqu'à présent, celui-ci relevait du code pénal. Sans en avoir l'air, cette proposition revient à instaurer un droit à l'avortement, qui n'existe pas aujourd'hui en France* », V. aussi son intervention AN, CRI de la 2e séance du 17 avr. 2000 : « *C'est ainsi qu'une mère qui décide d'avorter exerce, au sens juridique strict des termes, une liberté et non un droit* » ; Ph. de VILLIERS, AN, CRI 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9505 : « *Ce texte opère, quoi que l'on puisse penser par ailleurs, un renversement juridique complet. Ainsi que je le disais il y a quelques instants, de l'exception on fait une règle. Ce qui devrait être, selon les attentes de la loi Veil, un dernier recours, une douloureuse exception, devient un acte de convenance acceptable en toutes circonstances et soigneusement détaché de toute conséquence. Dans la pensée dominante, le moindre mal, l'avortement, devient ainsi un droit absolu* » ; M.-Th. BOISSEAU, AN, CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9540 : « *Pour le groupe UDF, qui se veut fidèle à l'esprit de la loi Veil, l'avortement n'est et ne saurait devenir un droit, aujourd'hui pas plus qu'hier.* »

[1199] AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9512. On trouve d'autres affirmations dans le même sens : ex. Ph. de VILLIERS, *ibid.,* p. 9506-9507 : « *L'arrêt Perruche de la Cour de cassation*, […] *le présent projet de loi,* […] *vont conduire notre pays à ne plus reconnaître que trois types d'êtres humains : ceux qui ont le droit de vivre, et qui pourront compter sur la recherche appliquée à d'autres êtres humains pour vivre plus longtemps ; ceux qui n'ont pas le droit à la vie, parce qu'ils sont handicapés* ».

Bien entendu, certaines interventions montrent que la question de la protection de l'embryon est présente à l'esprit de certains parlementaires. Mais le problème est plutôt présenté sous l'angle moral de la protection de « la vie »[1200], au sens abstrait, que par le biais d'une discussion sur une possible qualification juridique, même si certaines interventions laissent planer un doute sur la dimension morale ou juridique de l'interrogation :

> *« je voudrais que vous vous exprimiez clairement sur le fait de savoir si, en privilégiant l'intérêt de la femme et son droit à l'avortement, vous ne faites pas totalement l'impasse sur l'enfant à naître »*[1201].

> *« on se range en effet* […] *en deux camps : ceux qui considèrent que la vie commence dès la conception et ceux qui estiment que tant que l'enfant n'est pas né, il est tout simplement un objet (protestations à gauche)* […] *dans une société où l'on se soucie plus de la vie des oiseaux, de la disparition d'un certain nombre de mammifères, des animaux en détresse, que de la vie des enfants, on commet un crime contre son propre avenir »*[1202].

Ou encore, à propos de la décision du Conseil constitutionnel de 1975 :

> *« Juridiquement, cette formulation implique la reconnaissance de l'embryon comme être humain.* […] *C'est sur ce fragile équilibre entre la liberté de la mère et le droit de l'embryon que s'est appuyée toute la législation de 1975 »*[1203].

340. Réglementation de la recherche : débat sur une « qualification éthique ». Contrairement à ce que l'on constatait en 2001, les débats entourant l'adoption de la loi de 2013 sur la recherche ont été l'occasion de vifs échanges sur la nature de l'embryon. Cependant, analysées *a posteriori*, ces discussions révèlent un contenu plus éthique que juridique.

Les rapports parlementaires tout d'abord n'évoquent que très peu la question de la qualification, se concentrant sur l'état de la recherche sur les cellules-souches embryonnaires. Le rapport du Sénat n'évoque ainsi qu'une seule fois la nature de l'embryon et cantonne cette interrogation au domaine éthique[1204]. Celui de l'Assemblée nationale est un peu plus prolixe. Il affirme dans un premier temps :

> *« lors de l'examen de la première loi de bioéthique du 29 juillet 1994, l'idée avait prévalu que la recherche ou l'expérimentation sur l'embryon humain*

[1200] B. ISAAC-SIBILLE, AN, CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9564. On retrouve un débat similaire lors de la discussion sur la suppression du délai de réflexion dans l'IVG : X. BRETON, AN, CRI 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3727 : « *Loin de la protection de la vie à naître, nous ne sommes plus que dans la reconnaissance, unilatérale et illimitée, de la liberté de la femme*. […] *lorsque l'on légifère dans ce domaine, doit-on trouver un équilibre entre la liberté de la femme et la protection de la vie à naître ? Doit-on prendre en compte la liberté de la femme et la protection de la vie à naîtr*e ? ».

[1201] Cl. HURIET, SÉNAT, CRI du 28 mars 2001.

[1202] H. FLANDRE, SÉNAT, CRI du 28 mars 2001.

[1203] Chr. BOUTIN, AN, CRI de la 2e séance du 17 avr. 2001, p. 1916.

[1204] G. BARBIER, SÉNAT, Rapport au nom de la commission des affaires sociales, n° 10, 3 octobre 2012, p. 11 : « *Pourquoi interdire la recherche sur l'embryon ? Parce qu'il est une vie humaine potentielle. Mais ce potentiel de vie n'existe pas en soi, le potentiel de vie de l'embryon dépend de la nature et du projet du couple qui l'a conçu ou pour lequel il a été conçu* ».

> *méconnaissant son intégrité constituait une atteinte au respect de la vie humaine, la vocation de l'embryon étant de former un être humain »*[1205].

À ce stade, on peut douter que l'interrogation se place strictement sur le terrain juridique. La question semble émerger plus loin lorsque le rapport interroge :

> *« Les développements récents de la science poussent à s'interroger sur la dichotomie classique entre les choses et les personnes. Suis-je propriétaire de mes cellules et de mes organes ? Puis-je en faire don, sinon commerce ? Doit-on penser que l'on en dispose sans en avoir la propriété ? À qui appartient l'embryon précoce de ce point de vue ? »*[1206].

Mais la réponse apportée à cette interrogation montre la volonté de se démarquer de la stricte bi-catégorisation juridique pour se placer sur un plan plus éthique puisqu'elle s'appuie avant tout sur l'avis de comités.

> *« Comment fonder un juste milieu entre dénier à l'embryon humain tout statut personnel et conférer à une cellule la même dignité morale qu'à un être conscient et raisonnable ? Le regarder comme étant une personne humaine potentielle rassemble le consensus éthique le plus large.* […] *Dès lors, il n'y a que deux choix possibles : l'interdiction de toute recherche, position respectable pour ceux qui considèrent que l'embryon est une personne humaine dès sa conception, ou l'autorisation encadrée, pour ceux qui estiment que l'embryon est une personne humaine potentielle, inscrite dans un projet parental. La tendance de la plupart des comités éthiques a été de considérer le consentement parental comme nécessaire mais non suffisant pour la manipulation des embryons créés* in vitro. *S'y ajoutent des autorisations accordées par des commissions scientifiques et techniques,* […] *C'est dans cette logique que s'inscrit cette proposition de loi »*[1207].

Durant les débats, ce sont les notions de « personne humaine » et d'« être humain » qui sont principalement mises en avant. Mais, une fois encore, ces notions semblent principalement utilisées dans un sens éthique et non comme synonymes de « sujet de droit » :

> *« Pourquoi ce sujet est-il aussi sensible ? Bien sûr, parce qu'il touche à l'humain et à la question toujours posée : un embryon est-il un être humain dès sa conception ? La réponse à cette question est totalement personnelle ; elle dépend, pour chacun de nous, de ses conceptions éthiques, religieuses, philosophiques »*[1208] *;*

> *« Faut-il pour autant considérer que ces embryons et ces cellules souches embryonnaires doivent être dotés d'un statut particulier ? Conviendrait-il de les protéger, dans leur intégrité comme dans leur dignité, à l'instar de toute personne humaine ? La réponse à ces questions fait débat. Pour ma part, j'estime que l'on ne peut revendiquer un statut de personne humaine pour un embryon qui ne s'inscrit pas dans un projet parental »*[1209].

[1205] D. ORLIAC, AN, rapport au nom de la commission des affaires sociales, n° 825, 20 mars 2013, p. 7.
[1206] *Ibid.*, p. 23.
[1207] *Ibid.*, p. 23-24.
[1208] M. DINI, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3827
[1209] M. BERSON, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3835.

341. De fait, on trouve plusieurs interventions qui dénoncent la « chosification », ou la « réification », des embryons qui découleraient, non pas tant des activités de recherche dont ils pourraient faire l'objet, que de la consécration de cette autorisation comme un principe[1210]. On voit alors que la question n'est pas tant juridique qu'éthique ou morale : le fait que la recherche soit un principe ou une exception ne pouvant influer directement sur la qualification[1211].

Quelques parlementaires, cependant, envisagent la question de la qualification. Parfois pour y renoncer explicitement, comme le fait Jean LÉONETTI :

> *« On pourrait aussi se dire qu'on aurait pu choisir de donner un statut à l'embryon : entre la chosification de l'amas de cellules et la personne humaine. Personne ne l'a fait, car c'est impossible. Le devenir d'êtres humains n'est pas définissable à la manière d'un droit positif : c'est quelque chose qui se mesure à l'aune de l'avenir. Nous sommes donc obligés de débattre sur un sujet qui n'est ni une personne humaine, ni un amas de cellules. Si nous nous trouvons dans cette situation, il faut que nous l'acceptions, conformément à notre droit positif selon lequel la vie humaine est protégée dès sa conception et conformément à l'éthique qui rappelle que, même sans statut juridiquement défini, il s'agit d'un être en devenir qui mérite une protection juridique* »[1212].

D'autres, comme Jean-Frédéric POISSON, déplorent l'absence de personnalité de l'embryon en affirmant que ce texte

> *« consacre la différence que certains philosophes ont l'habitude de faire entre les êtres humains qui sont des personnes et les êtres humains qui n'en sont pas. Une telle distinction, on le sait, vient des philosophes utilitaristes anglo-saxons, et on en retrouve l'esprit dans votre proposition de loi. L'embryon n'étant pas un être humain considéré comme personne, il ne peut pas être considéré comme un sujet de droit et, à partir de là, on a le droit d'en faire à peu près ce qu'on veut* »[1213].

À lire entièrement cette intervention, on note cependant que l'orateur classe lui-même cette question dans la dimension « philosophique » de ses interrogations et non dans leur dimension juridique[1214]. Il semble bien que ce soit là le point commun de tous les questionnements de ce

---

[1210] M.-Chr. DALLOZ, AN, CRI de la 3e séance du 28 mars 2013, p. 3530 : « *ce texte réifie l'embryon »* V. aussi la même oratrice CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7779 et l'intervention de J. LEONETTI, p. 7767. Les parlementaires qui soutiennent le texte affirment au contraire qu'il évite cette réification : G. FISCHER, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3832 : « *Il sera donc interdit de fabriquer des embryons* […] *précisément afin que l'embryon ne soit pas réduit à une structure "chosifiable*" » ; D. ORLIAC, AN, CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7785 : « *Je ne peux pas laisser dire que le principe du respect de l'être humain va devenir une exception, ou que nous réifions l'embryon* ».

[1211] Dans ce sens v. Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 242.

[1212] J. LEONETTI, AN, CRI de la 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7742.

[1213] J.-Fr. POISSON, AN, CRI de la 3e séance du 28 mars 2013, p. 3524.

[1214] Une autre intervention du même orateur montre que la question juridique est présente mais présentée d'une façon peu rigoureuse quant à la terminologie : « *lorsque l'on passe d'une interdiction de principe à une autorisation de principe, on change inévitablement le statut et la protection juridique des objets – ce ne sont pas des objets –, des choses – ce ne sont pas des choses –, des indéterminés – ce ne sont pas des indéterminés –. En l'espèce, ce sont des sujets, des êtres humains dont il s'agit.* » : AN, CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7785.

débat : en se concentrant sur la conformité du texte proposé à l'article 16 du Code civil ou à la Convention d'Oviedo, les parlementaires ont raisonné à partir de textes qui ne concernent pas directement la personnalité juridique. Mais, par assimilation de la notion à celle de personnalité humaine, ils ont parfois donné le sentiment d'un débat juridique. La situation était légèrement différente lors de la discussion sur l'amendement Garraud, les prémisses du débat étant tout autres.

342. Amendement Garraud : le retour de la qualification ? Curieusement, la question de qualification juridique de l'embryon a été abordée de façon beaucoup plus technique lors des débats sur les « amendements Garraud »[1215] en 2003. La raison de cette soudaine crise de juridicité est sans doute que cet amendement réagissait évidemment aux décisions de la Cour de cassation du 29 juin 2001[1216] et du 25 juin 2002[1217] refusant l'application de l'homicide involontaire de façon prénatale. Le débat était alors immédiatement placé sur le terrain de la qualification. Plusieurs interventions évoquent ainsi explicitement la question de la classificaton juridique[1218] :

> *« Nous nous retrouvons donc à légiférer d'abord sur ce qui est en-dehors du champ des problèmes qui nous préoccupent actuellement, puisqu'il s'agit en fait de s'interroger sur le statut juridique du fœtus ou de l'enfant à naître : est-il ou non une personne? On ne peut pas échapper à ce débat »*[1219] ;
>
> *« sous la louable intention d'assurer une prise en charge psychologique* […] [l'article discuté] *met indirectement en cause le statut de l'enfant à naître* […] *En effet, l'article 2 bis crée d'emblée une incrimination générale sur la mise en cause par imprudence de la vie de l'enfant à naître. Or l'assemblée plénière de la Cour de cassation, instance la plus solennelle, a estimé que la mort d'un fœtus ne constituait pas un homicide involontaire puisque le fœtus n'est pas une personne.* […] *a-t-on voulu, par le biais du projet de loi contre la violence routière, en sanctionnant la mort d'un fœtus considérée comme homicide involontaire, donner insidieusement au fœtus le statut juridique de personne ? »*[1220] ;
>
> *« je veux simplement rappeler que, lorsque la Cour de cassation a refusé d'assimiler la mort d'un fœtus à un homicide involontaire, elle l'a fait à juste*

[1215] Cet amendement, rappelons-le, a été présenté au cours des discussions sur la loi « Sécurité routière » en mars 2003 puis durant l'examen d'une loi de réforme pénale en novembre 2003, et visait à créer un délit d'interruption involontaire de grossesse.
[1216] AP, 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *D.* 2001, chr. 2907, J. PRADEL et p. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP G.* 2001.II.10569, note M.-L. RASSAT ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain », *Dr. fam.* oct. 2001
[1217] Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *D.* 2002, jur., 3099, J. PRADEL ; *JCP G.* 2002.II.10155, note M.-L. RASSAT ; *Dr. pén.* 2002, comm. p.93, obs. M. VÉRON et chr., p. 31, concl. D. COMMARET ; *Rev. sc. crim*. 2003, p. 91, obs. B. BOULOC.
[1218] Parmi elles la prédiction selon laquelle la France serait prochainement condamnée par la Cour EDH dans ce qui sera l'affaire « Vo », prédiction non réalisée : AN, CRI de la 2e séance du 27 nov. 2003, p. 11395.
[1219] J.-Y Le BOUILLONNEC, AN, CRI de la 2e séance 19 mars 2003, p. 2237.
[1220] J. MAHEAS, SÉNAT, CRI 29 avril 2003.

titre dès lors que notre droit positif n'assimile pas le fœtus à une personne »[1221] ;

« Selon certains - je ne partage pas leur opinion, mais je la respecte -, l'embryon n'est pas une personne. Personnellement, je pense le contraire »[1222] ;

« On ne peut pas à la fois évoquer le droit du fœtus et celui de la femme enceinte. De deux choses l'une : ou bien ce sont deux personnes distinctes, et quelles que soient les circonstances de l'interruption involontaire de grossesse, celui qui en est la cause se trouve être l'auteur d'un délit éventuel contre une personne existante ; ou ce ne sont pas deux personnes distinctes »[1223].

Or, face aux bancs de la gauche qui accusent Jean-Paul GARRAUD de vouloir donner à l'embryon une personnalité juridique, c'est au tour de la droite d'affirmer que cet amendement est sans lien avec sa qualification juridique, de la même façon que les partisans de la légalisation de l'IVG ou de l'extension de son délai affirmaient que la question n'était pas dans la détermination des catégories juridiques. Cependant, les intervenants n'affirment pas clairement que le texte n'accorde pas de personnalité juridique à l'embryon. Ils se contentent de dire qu'il ne remet pas en cause son « statut ». Toutefois, difficile de savoir ce que recouvre précisément la notion de « statut », régime juridique ou négation de la personnalité[1224].

Plusieurs auteurs ont regretté, et regrettent encore, que l'amendement Garraud ait été rejeté par crainte que celui-ci, en accordant à l'embryon une protection du droit s'apparentant à une personnalité juridique, ne remette en cause l'avortement[1225]. Effectivement, on peut tout à fait admettre que la pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse puisse être conçue

[1221] N. ABOUT, SÉNAT, CRI 29 avril 2003.
[1222] A. LARDEUX, SÉNAT, CRI 29 avril 2003.
[1223] P. GIROT, SÉNAT, CRI 29 avril 2003.
[1224] V. R. GAREC, SÉNAT, CRI du 29 avril 2003 : « *En vérité, nous sommes sur une frontière : s'agit-il du fœtus, de son existence, de son statut ?* » ; J.-P. GARRAUD, AN, CRI de la 2e séance 4 juin 2003, p. 4572 : « En réalité, ce qui vous fait peur, c'est que l'on remette en cause le statut de l'embryon… » ; C. GENISSON, AN, CRI de la 2e séance 4 juin 2003, p. 4573. « *Dès lors, et quoi que l'on fasse, force est tôt ou tard de poser le problème du statut du fœtus ou de l'embryon. Or le législateur, jusqu'à aujourd'hui, y compris lors de la première lecture des lois de bioéthique à l'Assemblée nationale, n'a pas souhaité définir le statut de l'embryon.* […] *Là est bien le problème, monsieur Garraud ! Je ne dis pas que nous n'aurons pas ce débat, mais ce sera à l'occasion de la discussion des lois de bioéthique.* [...] *et dès lors que la question du statut du fœtus ou de l'embryon sera réglée, on reviendra forcément au problème de l'interruption volontaire de grossesse* ».
[1225] V. par ex. P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 317 : « *il est donc particulièrement injuste d'instruire avec des arguments réducteurs ou mensongers relevant d'un militantisme de bazar, le procès de ceux qui se sont légitimement interrogés sur le bien-fondé d'une solution conduisant à refuser de prendre en compte la vie d'un être humain parce que celui-ci n'a pas encore atteint le stade de la naissance, seuil juridique indispensable à la reconnaissance de la qualité de personne* » ; P. MISTRETTA, « À l'orée de la fin de vie, états d'âme d'un pénaliste au royaume de l'éthique médicale », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*. Études coordonnées par Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 285 « *les prétextes sont fallacieux. Légiférer en la matière serait reconsidérer un acquis fondamental et porter atteinte à la liberté d'avorter. On confond tout. On mélange volontairement tous les débats pour empêcher toute évolution*. ». V. aussi sur l'application de l'homicide involontaire Ph. CONTE, *Droit pénal spécial,* 4e éd., Lexis-Nexis, 2013, n° 67, nbp 109.

sans attribuer la personnalité juridique à l'embryon. Une telle infraction pourrait être construite soit comme une atteinte spécifique à la femme enceinte, soit comme un « autre crime et délit »[1226].

343. Pour autant, il nous semble que l'intérêt de l'analyse n'est pas dans le jugement porté sur la pertinence du raisonnement juridique des parlementaires. Il s'agit plutôt de rechercher les raisons qui font que toute proposition de modification du « régime » du corps prénatal doit aujourd'hui s'accompagner de la dénégation que cette évolution influe en quoi que ce soit sur la question de l'avortement. Comme l'avait très pertinemment souligné Dimitrios TSARAPATSANIS, qui constatait que la question de la « personnification » de l'embryon avait souvent été rejetée ou considérée comme insoluble, parfois par les mêmes personnes :

> *« Loin de montrer que ces acteurs sont irrationnels, le glissement argumentatif témoigne plutôt de la fluidité des pratiques justificatives dans des contextes de négociation stratégique, et met en évidence la spécificité des contraintes qui pèsent sur les acteurs dans le processus législatif ordinaire »*[1227].

Il convient donc de s'intéresser à ce qui nous nous semble être le schéma le plus récurrent de l'ensemble de ces travaux : une apparence de consensus sur certains points qui dissimule en réalité un affrontement idéologique bien loin de la stricte question de la qualification juridique des corps.

Section 2 Les ressorts du débat : valeurs politiques et non catégories juridiques

Il est des questions qui ne font plus débat au Parlement : les partis semblent avoir abandonné leurs combats sur certains sujets, se rangeant à une sorte de consensus apparent **(§1)**. Cependant, cette apparence de consensus ne doit pas masquer la réalité de l'affrontement idéologique qui subsiste au sein des instances délibérantes, affrontement qui ne se place pas sur le strict plan juridique mais plutôt sur celui de ce que nous appellerions la « pente glissante idéologique » **(§2)**.

§ 1 L'apparence du consensus

§ 2 La réalité de l'affrontement

[1226] Sur les difficultés d'application d'une telle infraction on se reportera au superbe film d'A. FARHADI, *Une séparation* qui évoque une affaire de ce type dans le contexte iranien.
[1227] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 33.

§1. L'apparence du consensus

344. La lecture des travaux parlementaires fait apparaître que certaines questions ne sont, en apparence du moins, plus débattues au sein du Parlement. Ces sujets, que l'on pourrait un peu vite qualifier de « consensuels » sont plutôt des thèmes considérés comme « évidents » ou « acquis ». On indique par cette différence de terminologie qu'il s'agit là de thématiques qui pourraient être débattues, et qui le sont d'ailleurs sur certains aspects opératoires[1228], mais qui sont admises comme bases axiologiques pour envisager la possibilité même d'un débat.

345. Respect, dignité, décence : l'accord parfait. La loi du 19 décembre 2008[1229] est un parfait exemple de ce à quoi peut ressembler un « consensus » parlementaire. Malgré quelques modifications ponctuelles proposées par amendements, la discussion des dispositions se déroule presque sans affrontements partisans. Les termes tels que « inacceptable »[1230], « intolérable » ou tout le champ lexical de l'opposition est ainsi presque absent des débats. De fait, le texte est adopté à l'unanimité des présents dans les deux assemblées[1231]. C'est en particulier la formulation proposée pour l'article 16-1-1 qui emporte l'adhésion de tous. La notion de « respect » est particulièrement plébiscitée[1232]. On pourrait penser que cet accord est spécifique à la question des funérailles, qui constitue l'un des rares sujets « *dont nous sommes certains à 100 % qu'ils nous concerneront un jour* »[1233], pourtant, on retrouve certains points de convergence au sein du thème plus délicat du régime de la grossesse.

346. Protection des femmes et continuité historique. La loi de 1975 a été présentée par Simone VEIL comme une loi de santé publique, visant à protéger la santé des femmes, mais

---

[1228] *Infra* n° 347 et s.
[1229] L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire : JORF n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19538.
[1230] Le terme est cependant utilisé par J.-J. URVOAS à propos de la réforme du schéma régional des crématoriums, sujet relativement éloigné de la protection du corps : AN, CRI de la 3e séance du 20 nov. 2008, p. 7684, 2de colonne.
[1231] SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5126, 2de colonne ; AN, CRI de la 3e séance du 20 nov. 2008, p. 7697.
[1232] R. YUNG, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5117, 1re colonne : « *L'article 9 est certainement l'un des plus importants de la proposition de loi qui nous est soumise* » ; J.-J. HYEST, *ibid*., 2de colonne : « *Le principe de respect est absolument indispensable, tout le monde en convient.* » ; Fr. ROCHBLOINE, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7673, 2de colonne : « *Les restes mortels, quelle que soit leur forme, doivent être traités avec respect, dignité et décence. Cette idée me semble essentielle.* » ; J.-J. URVOAS, AN, CRI, 3e du 20 nov. 2008, p. 7683, 2de colonne : « *nous ne pouvons que souscrire à l'attribution d'un statut aux cendres des personnes décédées, prévoyant que celles-ci soient traitées avec respect, dignité et décence*. » ; Ph. GOSSELIN, ibid., p. 7697, 2de colonne : « *par-delà nos sensibilités et nos différences, nous savons nous retrouver avec respect, dignité et décence. Les uns et les autres, nous avons, en toute bonne foi, dans un état d'esprit que je salue* » ; M. ALLIOT-MARIE, SÉNAT, CRI du 10 déc. 2008, p. 8837, 2de colonne : « *C'est ainsi que nous saurons concilier le respect des morts et la protection des vivants. (Applaudissements sur les travées de l'UMP, de l'Union centriste, du RDSE et du groupe socialiste.)* » ; M.-H. des ESGAULX, ibid., p. 8847, 1re colonne : « *Le groupe UMP ne peut donc qu'approuver cette proposition de loi, qui met en place un dispositif conciliant l'indispensable rigueur juridique et le respect des valeurs fondant notre société.* ».
[1233] Cl. BODIN, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7675, 1re colonne.

aussi comme une loi dissuasive, dont l'objectif serait de constituer l'avortement en un ultime recours[1234]. Même si Jean-Yves Le NAOUR et Catherine VALENTINI, citant Simone VEIL, montrent que cette présentation relevait avant tout de la stratégie politique[1235], c'est ainsi que ce texte est demeuré dans la conscience des parlementaires. Ainsi, une part de l'esprit de 1974 se retrouve dans les discussions de 2001. Le fait que les avortements seraient trop nombreux et que la loi devrait en priorité viser à développer la contraception est non seulement un argument récurrent dans le débat mais surtout un avis unanimement partagé[1236]. Il conduit d'ailleurs à un renversement de la présentation du texte afin de placer en tête les dispositions concernant l'éducation à la sexualité et la contraception.

Mais, au-delà de cet accord sur l'analyse des faits[1237], on assiste aujourd'hui à un phénomène historique intéressant : alors que la légalisation de l'avortement avait été radicalement rejetée par une partie des hémicycles en 1974 et Simone VEIL violemment attaquée pour soutenir le projet[1238], il semble que le principe de l'IVG soit aujourd'hui accepté

[1234] B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 178 et s.

[1235] J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIX^e^ XX^e^ siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003, notamment p. 266 ; V. également S. GARCIA, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants,* coll. Textes à l'appui / genre et sexualité, La Découverte, 2011, p. 183 : « *La loi* […] *constitue un compromis historique entre le corps médical, les forces hostiles à l'avortement, les différentes forces luttant pour la libéralisation. Elle sauve, grâce à la notion de "détresse", le principe de la liberté des femmes à décider elles-mêmes, argument qu'il n'est pas possible d'avancer comme tel dans les débats législatifs étant donné le rapport de force.* »

[1236] V. à titre d'exemple : AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9496, 9498 ; AN, CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9531, 9537, 9553, 9554 ; AN, CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9572, 9581 ; AN, CRI de la 1re séance du 30 nov. 2000, p. 9624 ; AN, CRI de la 2e séance du 5 déc. 2000, p. 9751 ; O. TERRADE, SÉNAT, CRI du 27 mars 2001 : « *Tout le monde regrette que plus de 220 000 femmes y recourent chaque année* » ; G. FISCHER, *ibid.* « *Nous ne pouvons pas, bien évidemment, nous satisfaire des 220 000 IVG pratiquées chaque année* » ; J.-G. BRANGER, SÉNAT, CRI du 28 mars 2001 : « *ces chiffres sont alarmants* » ; B. KOUCHNER, *ibid.*, « *il faut continuer à essayer de réduire – nous sommes tout à fait d'accord sur ce point – le nombre des avortements qui est excessif dans notre pays* » ; M.-Th. BOISSEAU, AN, CRI de la 2e séance du 17 avr. 2000 : « *Au-delà de nos divergences, nous avons pour objectif commun de réduire le nombre d'IVG et de grossesses non désirées : 220 000 avortements par an en France, c'est trop, beaucoup trop* » ; B. SEILLIER, SÉNAT, CRI du 9 mai 2001 : « *En admettant même qu'il soit impossible de dissuader à courte échéance les 220 000 avortements enregistrés chaque année en France, ne peut-on pas admettre qu'un tel objet pourrait constituer au moins un projet politique authentique ? »* ; AN, CRI de la 3e séance du 17 avr. 2001, p. 1951 : « *Personne n'a jamais dit ici - nous avons même dit le contraire - que l'avortement était une bonne solution. Par conséquent, oui à la contraception, oui à la prévention de l'avortement* » ; AN, CRI de la 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3727, 3729 et 3734

[1237] Accord qui n'est évidemment pas neutre politiquement : considérer qu'il y a « trop » d'avortements c'est aussi considérer que l'IVG devrait être en tout état de cause un dernier recours et qu'il est préférable de recourir à la contraception. Pour autant, cette analyse écarte l'idée qu'il pourrait y avoir un *choix* des femmes à recourir à l'avortement *comme moyen de contrôle de leur reproduction.*

[1238] J.-Y le NAOUR et C. VALENTINI rappellent ainsi l'échange, d'une violence extrême, au cours duquel un parlementaire de la majorité interpella ainsi S. VEIL, rescapée de déportation et ayant perdu une partie de sa famille dans les camps nazis : « *Voudriez-vous voir ces corps jetés dans des fours crématoires ?* » : *Histoire de l'avortement. XIX^e^ XX^e^ siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003. La violence des débats d'alors est rappelés dans les assemblées lors de la discussion de la loi de 2001 : R. BACHELOT-NAQUIN, AN, CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9552 : « *Il y a vingt-cinq ans, Simone Veil était assise au banc du Gouvernement et personne n'a oublié ses larmes ni sa dignité* » ; B. KOUCHNER, SÉNAT, CRI du 28 mars 2001 : *« je me souviens aussi de cette fameuse photo de Mme Veil, accablée par les sarcasmes, voire les insultes* ».

par l'ensemble des parlementaires, du moins dans leur discours public. Ainsi, si une opposition peut exister entre l'analyse du recours à l'avortement – droit ou liberté – l'idée même qu'une grossesse puisse être légalement interrompue, n'est pas remise en question, même par les parlementaires connus pour leur hostilité à ce mécanisme[1239]. Toute modification du droit touchant à la grossesse est ainsi analysée par les parlementaires à la lumière de la loi de 1975. Qu'on veuille s'opposer à une évolution, on argue que l'équilibre de la « loi Veil »[1240] est rompu[1241] ; qu'on cherche à justifier cette modification, on assure qu'elle ne constitue en rien un changement radical de la loi[1242]. À cet égard, il est notable que les noms de Simone VEIL[1243],

[1239] Chr. BOUTIN, AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9647 : « *Nous savons tous combien les tensions sur ce sujet sont fortes entre ceux qui sont convaincus que la vie humaine est respectable dès son commencement et ceux qui pensent que l'avortement est un droit de la femme. Je ne prétends ni faire disparaitre cette tension, ni renoncer à mes convictions personnelles. Je reste persuadée que le respect de toute vie constitue le fondement de toute démocratie et des droits de l'homme. Mais nous devons cependant dépasser ce clivage et sortir de l'impasse. C'est ma proposition.* » ; Ph. de VILLIERS, *ibid*., p. 9506 : « *la législation actuelle rappelle très explicitement qu'elle ne reconnaît pas l'avortement comme un droit des femmes. Bien au contraire, elle souligne le principe intangible du respect de la vie qui constitue l'axe de notre droit. Celui-ci considère, encore aujourd'hui, la possibilité d'avorter, comme une exception, comme la réponse à une situation de détresse particulière.* […] *votre texte perd de vue l'équilibre voulu par la loi de 1975* ».

[1240] S. VEIL s'opposait elle-même à cette appellation, pourtant aujourd'hui entrée dans les mœurs : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 260.

[1241] Ph. de VILLIERS, AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 9505 : « *Ce texte opère, quoi que l'on puisse penser par ailleurs, un renversement juridique complet.* […] *Ce qui devrait être, selon les attentes de la loi Veil, un dernier recours, une douloureuse exception, devient un acte de convenance acceptable en toutes circonstances et soigneusement détaché de toute conséquence* » ; M.-Th. BOISSEAU, AN, CRI de la 2e séance du 29 nov. 2000, p. 9540 : « *en réécrivant totalement l'article L. 2212-3, vous dénaturez complètement l'esprit de la loi Veil qui voulait, chaque fois que faire se peut, donner toutes ses chances à la vie et ne recourir à l'avortement qu'en désespoir de cause.* » ; S. BASSOT, *ibid*., p. 9544 : « *j'ai du mal à apprécier cet assaisonnement de circonstance de la loi Veil, qui, à l'époque, avait été longuement réfléchie et débattue, contrairement à ce texte indigeste.* » ; B. ISAAC-SIBILLE, AN, CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9564 : « *il a abouti à modifier de fond en comble l'équilibre de la loi Veil et sa logique...alors que Mme le rapporteur prétend qu'elle veut simplement l'éajuster"*» ; Ph. DARNICHE, SÉNAT, CRI du 27 mars 2001 : « *en voulant à tout prix défendre le "droit à l'avortement" vous radicalisez dangereusement la loi Veil* » ; Y. MOREAU, AN, CRI de la 2e séance du 21 janv. 2014, p. 769, 2de colonne : « *Il ne fallait pas toucher à la loi Veil* » ; O. MARLEIX, AN, CRI de la 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3727 : « *En deux ans, c'est la troisième fois que vous revenez sur la loi Veil* […] *De grâce, arrêtons de banaliser, de porter subrepticement atteinte à l'équilibre difficile et douloureux de la loi Veil !* » ; Y. MOREAU, *ibid*., p. 3728 : « *À force d'amendements nocturnes, de résolutions, de propositions de loi, vous avez en moins de trois ans détricoté complètement l'équilibre fondamental de la loi Veil* ».

[1242] Ex : M. LIGNIÈRES-CASSOU, AN, CRI de la 1re séance du 29 nov. 2000, p. 95012 : « *Il ne s'agit pas aujourd'hui de réécrire les lois existantes, ni de remettre en cause le droit à l'IVG, ni de modifier l'architecture de la loi Veil.* » ; Fr. De PANAFIEU, AN, CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9576 : « *Cette proposition ne remettrait donc pas en cause l'équilibre de la loi Veil entre l'IVG et l'IMG.* » ; E. GUIGOU, SÉNAT, CRI du 27 mars 2001 : « *ce que nous n'avons pas voulu c'est remettre en cause l'esprit de la loi Veil* » ; A. LEMAIRE, AN, CRI de la 2e séance du 28 janv. 2014, p.769, 2de colonne : « *Mais ce qui fait la force de la loi Veil c'est justement sa capacité à s'adapter pour répondre à la volonté nouvelle du peuple. Elle peut refléter la réalité d'aujourd'hui et conserver son équilibre* ».

[1243] J.-Fr. POISSON, AN, CRI du 20 janv. 2014 : « *Mme Veil, il y a quelques années, a regretté cette banalisation* » ; Y. JÉGO qualifie même ses rangs d'« *enfants de Simone Veil* » : AN, CRI du 28 janv. 2014, p. 1071, 1re colonne. Lors du débat sur la suppression du délai de réflexion dans l'IVG, une controverse a même émergé entre des parlementaires de bords différents sur la question de savoir si les paroles de S. VEIL durant le débat de 1974 pouvaient être encore reprises aujourd'hui, les uns arguant qu'elles avaient été prononcées dans le cadre d'une position de compromis les autres sans contraintes aucune : AN, CRI de la 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3726. Sur le phénomène d'« héroïsation » de Simone Veil et sur l'invisibilisation du rôle des mouvements féministes dans la légalisation de l'avortement V. B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et

mais aussi de Robert BADINTER[1244] sont devenus de véritables figures tutélaires du débat parlementaire, que l'on invoque systématiquement – quel que soit son bord – pour arguer de son « orthodoxie » dans la protection si ce n'est de la liberté, du moins de la santé des femmes. Ces observations faites, il serait évidemment absurde d'affirmer que le consensus sur la protection du corps mort ou des femmes absorbe tout débat en la matière. Au contraire, les affrontements idéologiques sur ces sujets sont toujours très présents.

§2. La réalité de l'affrontement

347. Si les principes de protection des corps morts et de sauvegarde de la santé des femmes semblent acquis pour les parlementaires, la question des *modalités* d'application de ces principes fait toujours l'objet de débats majeurs. La controverse ne porte donc pas tant sur la qualification apposée aux corps que sur le contenu du droit qui devrait leur être appliqué **(A)**. Ce qui est parfois présenté comme un risque de « glissement » juridique n'est en fait que la crainte que le droit participe à la diffusion de positions idéologiques controversées **(B)**.

A. Divisions actuelles sur la construction du droit
B. La crainte d'une « pente glissante idéologique »

A. Divisions actuelles sur la construction du droit

348. Le respect des morts : interrogation sur la place du religieux dans la réglementation des pratiques funéraires. La dimension religieuse des pratiques funéraires apparaît clairement comme un élément de discorde au sein des assemblées. C'est d'ailleurs par crainte de briser le consensus annoncé que la question des carrés confessionnels n'a pas été abordée dans la loi du 19 décembre 2008[1245].

M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975*, coll. U Histoire, Armand Colin, 2012, p. 175 et s.

[1244] R. BADINTER ayant été à l'origine de la disposition pénalisant l'interruption de grossesse sans le consentement de la femme, les parlementaires souhaitant la création d'une infraction d'interruption involontaire de grossesse se réclament de sa filiation : AN, CRI de la 2e séance du 19 mars 2003, p. 2236 ; AN, CRI 2e séance du 4 juin 2003, p. 4572 et 4574 ; AN, CRI de la 2e séance du 27 nov. 2003, p. 11386 ; D. PERBEN, SÉNAT, CRI du 28 avr. 2003 : « *Si M. Badinter ne mettait pas en cause le statut du fœtus, M. Garraud ne le fait pas non plus !* ». On ne peut cependant que relever la contradiction : R. BADINTER, présent au Sénat lors de l'examen du texte en avril 2003 ne prendra pas la parole sur ce point et cosignera un amendement visant à supprimer cette disposition (amendement n° 72).

[1245] SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5099 et 5105 ; Fr. ROCHEBLOINE, AN, CRI de la 2e séance du 20 nov. 2008, p. 7675 : sur ce sujet « *je sais que la question divise et qu'il n'est pas envisageable de la trancher aujourd'hui*. » ; M. ALLIOT-MARIE, SÉNAT, CRI du 10 déc. 2008, p. 8848 : « *il s'agit de dispositions sur lesquelles j'aurais aimé que l'on puisse avancer, mais peut-être n'étions-nous pas suffisamment prêts. Disant cela, je pense notamment à la question des carrés confessionnels*. ». Pour plus de détails sur cette pratique spécifique

Elle a ressurgi de façon imprévisible lors d'une discussion sur la réglementation de la thanatopraxie[1246]. Deux questions se sont alors percutées, révélant la persistance d'une opposition idéologique importante au sein du Parlement. Il s'agissait, dans un même texte, d'une part de supprimer l'interdiction de soins de thanatopraxie sur les défunts porteurs d'une maladie infectieuse telles que le VIH ou les hépatites et, d'autre part, d'interdire pour des raisons sanitaires que ces soins puissent avoir lieu à domicile. La relation entre ces deux dispositions n'apparaît pas clairement dans les différents travaux parlementaires. L'étude d'impact semble cependant établir entre elles un rapport de causalité : l'encadrement des pratiques de thanatopraxie permettrait de lever l'interdiction pesant sur les corps contaminés[1247]. Le rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée soulignait également ce lien de causalité mais établissait aussi que les différents travaux préalables portant sur les questions funéraires traitaient de ces deux points séparément : il serait nécessaire d'encadrer les pratiques et de lever les interdictions, les deux questions n'étant pas nécessairement liées[1248]. La présentation faite par la Ministre de cette disposition lors de la première lecture de la loi n'est pas faite pour éclairer. Elle énonce en effet :

> *« La loi dispose clairement que les soins funéraires pourront être pratiqués de la même manière, que le défunt soit décédé du VIH ou non. Une fois cela établi, la question est de savoir dans quelles conditions ces soins peuvent être réalisés, pour l'ensemble des personnes décédées et pas seulement pour les victimes du VIH. Aucune différence ne sera établie entre les défunts selon l'origine de leur décès : il s'agit simplement de constater que tous les rapports convergent vers la nécessité de mieux encadrer la pratique, compte tenu des risques d'infection qui existent et qui ne sont pas forcément liés au VIH. Il faut imposer que ces soins se pratiquent dans des lieux prévus à cet effet. »*[1249]

La « suppression de la discrimination » semble ici à la fois un objectif indépendant *et* une possibilité offerte par la réglementation.

349. Cette question de la dépendance ou non entre les dispositions n'est pas anecdotique. En effet, si le texte est voté sans difficulté en première lecture à l'Assemblée[1250], une polémique émerge au cours du premier examen de la loi par le Sénat[1251] : la question se concentre alors sur

---

et ses fondements v. par ex. O. GUILLAUMONT, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A*, 2004, 1799 ; X. LABBÉE, « L'affaire du cimetière musulman », *JCP A*. 2008, act., 415 ; D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT* 2012, p. 298.

[1246] Sur cette pratique et notamment sur la prohibition des soins de conservation en raison de certaines pathologies v. *infra* n° 643.

[1247] Étude d'impact de la loi relative à la santé, 14 oct. 2014, NOR : AFSX1418355L/Bleue-1, p. 216.

[1248] O. VÉRAN, B. LACLAIS, J.-L. TOURAINE, H. GEOFFROY et R. FERRAND, AN, Rapport au nom de la commission des affaires sociales, enregistré le 20 mars 2015, n° 2673, p. 854.

[1249] AN, CRI de la 3e séance du 10 avr. 2015, p. 3967, 2de colonne.

[1250] AN, CRI de la 3e séance du 10 avr. 2015, p. 3967.

[1251] SÉNAT, CRI séance du 1er oct. 2015, p. 9111 et s.

la possibilité de veiller ses morts à domicile. Or, il est légitime de se demander si cet affrontement aurait été aussi violent dans l'hypothèse où l'encadrement des soins n'avait pas été associé à leur ouverture à des malades dont on ne peut pas nier qu'ils appartiennent souvent à des populations considérées comme marginales : personnes immigrées, toxicomanes ou ayant des relations homosexuelles masculines[1252]. L'association est en tout cas faite par certains parlementaires[1253] et médias qui accusent de vouloir sacrifier des pratiques traditionnelles – comprendre ici chrétienne[1254] – au culte de l'égalitarisme. La disposition est finalement abandonnée.

350. Religion et place de la science. La place des convictions religieuses dans le débat parlementaire a également été abondamment abordée lors du débat sur la recherche sur l'embryon. L'affrontement idéologique opposait alors, d'une part, des parlementaires défavorables au texte qui accusaient la majorité de se soumettre aveuglément à la science[1255] et, d'autre part, les partisans de l'évolution législative qui renvoyaient leurs adversaires à des considérations purement religieuses[1256]. L'accusation de céder aux lobbies a ainsi été proférée

[1252] Les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes représentent 42% des dépistages positifs au VIH en 2014, les hommes ayant des relations hétérosexuelles nés à l'étranger 39% et les usagers de drogues par intraveineuse 1% : INSTITUT DE VEILLE SANITAIRE, *Infection par le VIH/SIDA et les IST. Point épidémiologique*, 23 nov. 2015.

[1253] I. DEBRÉ, SÉNAT, CRI du 1er oct. 2015, p. 9111 : « *Serait-ce parce que certains collègues demandent la levée de l'interdiction de pratiquer des soins* […] *sur les corps des personnes décédées porteuses du VIH* […] *au nom de quel principe une telle situation devrait-elle entrainer l'obligation pour tous de faire pratiquer ces soins dans des lieux prévus à cet effet ?* ».

[1254] V. Chr. DE CACQUERAY « Pourra-t-on encore veiller nos morts à domicile », *Figaro Vox,* 11 nov. 2015. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/11/09/31003-20151109ARTFIG00097-pourra-t-on-encore-veiller-nos-morts-a-domicile.php [consulté le 13 nov. 2016] : « *pourquoi venir ainsi entraver ce qui reste de liberté laissée aux familles, alors que les obsèques n'ont cessé, depuis des décennies, de devenir l'affaire des professionnels et de leurs équipements techniques ? Pour protéger les praticiens de la thanatopraxie contre les risques professionnels, nous dit le gouvernement qui s'appuie pour cela sur des rapports concordants qui recommandent cette réforme par principe de précaution* […] *Non, la réalité est d'une toute autre nature et elle découle du principe suprême de non-discrimination. En effet, avec raison, une demande est formulée en France de faire enlever de la liste des maladies, prohibant les soins de conservation, le VIH. Or il semble bien que pour accéder à cette revendication, les pouvoirs publics ont jugé nécessaire d'imposer aux thanatopracteurs d'officier dans les laboratoires des funérariums, et d'étendre cette mesure à tous les corps. Ainsi, au lieu de prendre cette précaution, au vue d'un contexte infectieux bien spécifique, pour les seuls malades du Sida, on décide d'envoyer toutes les dépouilles dans les funérariums*. »

[1255] Par ex. Br. RETAILLEAU, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3833 : « *le Sénat n'est pas la chambre d'enregistrement de dispositions que telle ou telle communauté, fût-elle extrêmement experte, lui demanderait de voter.* » ; J.-Fr. POISSON, AN, CRI de la 3e séance du 28 mars 2013, p. 3523 : « *Il est vrai que vous êtes, d'une manière générale, très enthousiastes et très confiants dans les progrès de la science.* »

[1256] Par ex. : J.-Y. LE DÉAUT, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3510 : « *au nom de quoi un certain nombre de personnalités religieuses, comme celle qui suit ce sujet au sein de l'Église catholique, monseigneur d'Ornellas, peuvent-elles dire qu'il y aurait moins de problème d'éthique sur les cellules souches reprogrammées que sur les cellules souches embryonnaires ?* » ; P. GIACOBBI, AN, CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7768 : « *l'affaire est scientifique, pas religieuse* » La figure du pape a été évoquée : AN, CRI de la 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7745.

par les deux bords[1257]. Le débat ne concernait donc pas seulement le point de savoir quelles devaient être les *modalités pratiques* d'un « respect » de l'embryon, auquel chacun prétendait souscrire[1258] ; il s'étendait plus largement à la question de la construction et du rôle du droit : outil d'expression de valeurs y compris religieuses ou instrument nécessairement laïc ; auxiliaire du « progrès »[1259] scientifique[1260], économique, social, ou outil de protection de l'humain *en soi* comme valeur absolue[1261]. La encore, l'interrogation dépasse largement la question de la qualification des corps et même du régime qui doit leur être appliqué. Elle est également sous-jacente dans les débats concernant l'avortement.

351. Liberté des femmes, santé publique et politique familiale. Le lien entre liberté d'accès à l'avortement et politique familiale existe depuis l'origine de l'IVG, la loi de 1975 ayant été accompagnée d'autres textes, visant à mettre en œuvre une politique sociale favorable aux familles[1262]. Au-delà de la dépénalisation de l'avortement, le débat était très vif quant aux *modalités* de cette liberté.

352. Bien que le *principe* de la liberté de l'IVG semble aujourd'hui faire consensus au Parlement, ces affrontements quant aux modalités de l'acte restent très forts et révèlent de

---

[1257] À propos des lobbies conservateurs : B. CAZEAU, SÉNAT, CRI DU 15 oct. 2012, p. 3831 ; J. MÉZARD, SÉNAT, CRI du 4 déc. 2012, p. 5995, qui qualifie cependant ce lobbying de « *fort respectable* » ; J.-L. TOURAINE, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3513. À propos des lobbies scientifiques ou pharmaceutiques : M.-Chr. DALLOZ, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3507 ; J. LEONETTI, AN, CRI de la 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7742 ; Ph. GOSSELIN, AN, CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7774 ; M. LE FUR, *ibid.*, p. 7782.

[1258] Ex. : Ph. GOSSELIN, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3519 « *ce n'est pas parce qu'ils sont surnuméraires qu'ils ne méritent pas le respect* » ; V. MASSONEAU, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3518 ; J.-Chr. FROMANTIN, *ibid.* p. 3516 ; D. ORLIAC, *ibid.* p. 3505 ; J.-L. TOURAINE, *ibid.*, p. 3514.

[1259] Voir ainsi l'intervention de J.-L. TOURAINE qui résume la position des partisans de l'évolution de la loi : « *Parce que le progrès est œuvre de l'homme et non œuvre de Dieu, parce que le refus et l'immobilisme rassurent les peureux davantage que le débat et la réflexion bioéthiques, qui engagent l'homme et l'obligent à définir l'encadrement des nouvelles recherches et des nouvelles thérapeutiques, notre République laïque fera le choix de la foi en l'homme, de la non-muséification de l'embryon dénué de projet parental, de son insertion dans la noble chaîne de vie, le choix de la dignité, je dis bien de la dignité, humaine, du début jusqu'à la fin de la vie, le choix du progrès, de l'espoir et de la confiance dans les chercheurs* » : AN, CRI de la 1re séance du 16 juill. 2013, p. 7859.

[1260] Ex. : R.-G. SCHWARTZENBERG, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3511 : « *Le rôle de l'État n'est pas d'entraver la science biomédicale par une législation inappropriée et obsolète* » ; G. FIORASO, AN, CRI de la 3e séance du 28 mars 2013, p. 3542 : à propos du rejet du texte « *c'est un acte anti-scientifique et anti-patriotique !* ».

[1261] Ex. : J.-Chr. FROMANTIN, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 3517 : « *n'y a-t-il pas quelque chose de plus vulnérable qu'un embryon ?* » ; P. HETZEL, AN, CRI de la 2e séance du 11 juill. 2013 : *« nous sommes fondamentalement attachés à ce que l'homme soit placé au centre. La vie ne peut pas être négligée.* » ; J. BOMPARD, AN, 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7770 : « *Vous niez le caractère transcendental de l'homme pour vous rapprocher de votre objectif : que l'homme ne soit plus qu'un consommable et commercialisable* ».

[1262] L. n° 75-3 du 3 janv. 1975 portant diverses améliorations et simplifications en matière de pensions ou allocations des conjoints survivants, des mères de famille et des personnes âgées : JORF du 4 janv. 1975, p.198 ; L. n°75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des handicapés : JORF du 1 juill. 1975, p. 6596.

profondes divergences idéologiques. C'est ainsi qu'il a pu être proposé que le droit mette en avant l'abandon en vue d'adoption comme alternative à l'avortement[1263]. La question du caractère obligatoire des entretiens préalables à l'IVG a également soulevé de franches oppositions[1264], de la même façon que l'idée d'une suppression du délai de réflexion avant l'opération[1265]. Cependant, l'idée d'une gravité de l'acte comme attentatoire à la vie cède progressivement place à un argumentaire relatif à la protection du bien-être et de la santé mentale des femmes qui pourraient être affectées durablement par une décision insuffisamment réfléchie ou prise sous contrainte[1266]. Cet ensemble de questions montre que l'affrontement est moins juridique que politique : ce n'est pas tant la qualification des corps qui fait problème mais ce que l'on peut en faire et même, plus précisement, le lien entre ce que l'on peut en faire aujourd'hui et ce que l'on pourra en faire demain.

B. La crainte d'une « pente glissante idéologique »

353. Les axes d'affrontement dégagés des débats parlementaires montrent que pour le pouvoir législatif, la question n'est pas directement la crainte d'un glissement progressif du régime de l'embryon ou du cadavre en raison de la qualification juridique qui lui serait attribuée. Certes, quelques citations issues des travaux des assemblées pourraient le laisser penser, mais un examen plus fin suggère que les parlementaires entendent surtout éviter toute « victoire » du camp idéologique adverse.

[1263] Chr. BOUTIN, AN, CRI de la 3e séance du 29 nov. 2000, p. 9570.

[1264] AN, CRI de la 1re séance du 30 nov. 2000, p. 9599 et s. ; SÉNAT, CRI du 18 mars 2001, discussion sous l'article 4.

[1265] AN, CRI de la 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3726 et s. ; SÉNAT, CRI du 18 sept. 2015, p. 8561 et s.

[1266] Chr. BOUTIN, AN, CRI de la 2e séance du 17 avr. 2001, p. 1916 : à propos de l'entretien préalable à l'IVG « *C'est d'autant plus nécessaire que cette décision est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la santé tant physique que psychologique de la femme* » V. aussi le CRI de la séance suivante, p. 1950 et s. ; A. RICHARD, AN, CRI de la 2e séance du 8 avr. 2015, p. 3727 : « *La philosophie de la loi Veil était assez claire* […] *le droit à l'avortement représente une avancée en faveur de la responsabilisation des femmes, mais il devait être pratiqué dans des délais permettant de protéger les femmes contre les risques psychiques et physiques*. » ; E. ABOUD, *ibid.*, p. 3728, « *j'aurai une pensée triste pour certaines femmes qui subissent la pression de leurs compagnons ou d'autres personnes et à qui l'on ne laisse pas le temps de se retourner, que ce soit vers leur noyau familial ou vers les dispositifs d'aide médico-sociale*. » ; J. CHÉRIOUX, SÉNAT, CRI du 18 mars 2001, discussion sous l'article 4 : « *trois fois sur quatre, vous le savez très bien, il s'agit de femmes qui ne sont plus en état d'être libres intellectuellement. Elles sont en difficulté, en situation de panique. Or, quand on est en situation de panique, on fait toujours le mauvais choix !* ». Cette prise de position n'est pas étonnante historiquement, B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL rappellent ainsi que la question de la « détresse » des femmes a été un argument central pour les députés de droite ayant voté la loi Veil : *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975,* coll. U Histoire, Armand Colin, 2012, p. 133. Pour un constat dans ce sens v. X. BIOY, V° *Avortement*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008, p. 80, 2de colonne.

354. Des déclarations ambiguës. Au rang des échanges qui pourraient faire penser que les parlementaires mènent dans les assemblées un combat sur le strict plan du droit, on pourrait citer la sénatrice Nicole BORVO qui s'était insurgée en ces termes lors du débat sur l'amendement Garraud :

> *« C'est toute notre conception juridique du fœtus qui serait ainsi remise en cause si une telle disposition était adoptée. Elle pourrait conduire à une véritable remise en question du droit à l'avortement.* [...] *dès lors que la mort d'un fœtus sera considérée comme un homicide, l'avortement sera logiquement un crime ! »*[1267]

De la même façon, le rapporteur de la loi de 2008 avait présenté les limites de sa proposition en affirmant :

> *« Quant à l'humanisation de la prise en charge des morts périnatales, si nous y sommes bien évidemment favorables, il nous semble nécessaire d'avancer avec beaucoup de prudence, afin d'éviter l'octroi d'un statut juridique au fœtus qui risquerait de rejaillir sur d'autres législations, comme la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse »*[1268].

Ces deux exemples donnent le sentiment d'une réflexion juridique au sens où ils s'appuient tous deux sur l'idée de la nécessaire cohérence d'un régime construit autour d'une catégorie : le raisonnement est alors qu'une modification du régime pourrait entraîner une évolution de la qualification, se répercutant à son tour sur le « statut » juridique.

355. Or, dans les deux cas présentés, on peut douter de la pertinence *juridique* des craintes des deux parlementaires. Dans le premier cas, il s'agissait d'une proposition visant la pénalisation de l'interruption involontaire de la grossesse et non de son assimilation à un homicide au sens du droit pénal ; dans le second, l'interrogation portait sur la possibilité d'appliquer aux corps décédés avant la naissance le régime général du droit funéraire, non de réfléchir au régime de l'embryon *in utero*. Ni dans un cas ni dans l'autre, la légalité de l'avortement, qui relève de textes spécifiques, ne pouvait être automatiquement remise en cause[1269].

Il serait donc possible de balayer d'un revers de main ces remarques, renvoyant les parlementaires à leur incompétence juridique pour railler leur frilosité. Ce serait pourtant passer à côté de l'aspect majeur de ces débats, que l'on ne peut comprendre qu'en en acceptant une

[1267] SÉNAT, CRI du 29 avr. 2003.
[1268] J.-R. LECERF, SÉNAT, CRI du 22 juin 2006, p. 5099, 1re colonne.
[1269] Comme l'avaient suggéré certains parlementaires, la création du délit d'interruption de grossesse sans l'accord de la femme n'avait pas entamé la légalité de l'IVG ; de la même façon, l'admission de l'incinération ou l'inhumation privée des corps ayant fait l'objet d'un acte d'enfant sans vie (art. R. 1112-75 CSP) n'avait en rien porté atteinte à l'IMG.

lecture extra-juridique : la « pente glissante » que redoutent les parlementaires est idéologique, sociale, économique bien plus que strictement juridique.

356. La volonté de conservation d'un *statu quo* idéologique. La loi de 1975 et, dans une moindre mesure, les lois de bioéthique de 1994, ont manifestement été des étapes déterminantes dans l'évolution du droit français : elles ont été perçues comme des textes de compromis qui, tout en étant le produit d'un vote majoritaire, accordaient suffisamment de concessions à tous les acteurs du débat pour être considérés comme acceptables par tous[1270]. Depuis lors, tout nouveau débat sur une question en rapport avec le champ d'application de ces lois suscite un affrontement idéologique fort, quand bien même aucune remise en cause objective de ces textes n'est proposée. Ce phénomène a été relevé à propos de la loi Veil[1271] mais il peut être constaté à propos de la modification de 2013 concernant la recherche sur l'embryon ou même à propos du lien entre droit funéraire et don d'organes[1272].

Ce constat concerne évidemment toutes les appartenances idéologiques. Ainsi, les partisans d'une protection maximale de l'embryon ont violemment dénoncé l'inversion du principe de l'interdiction de la recherche sur l'embryon arguant que l'ouverture initiale avait *mécaniquement* conduit à l'évolution de 2013[1273]. Cette affirmation est évidemment fausse d'un point de vue juridique[1274], mais sans doute vraie d'un point de vue économique, social et politique. Pour preuve l'affirmation réitérée des partisans de l'évolution selon laquelle l'interdiction assortie d'exceptions n'est pas plus protectrice que l'autorisation encadrée[1275].

357. Mais la « pente glissante idéologique » dénoncée par les tenants d'une protection de l'embryon s'étend bien au-delà de la seule question de la recherche. Au cours de ces débats, certains parlementaires ont ainsi dénoncé la « *transgression anthropologique* » que constituerait l'évolution proposée[1276]. Or, la « transgression » en cause est clairement liée par certains à la

---

[1270] D. MEHL, « L'élaboration des lois bioéthiques », *in* M. Iacub *et al.*, *Juger la vie*, La Découverte, Cahiers libres, 2001, p. 59 : « *Dans le discours public de la classe politique prévaut aujourd'hui l'idée selon laquelle cet appareillage législatif serait exemplaire par sa dimension consensuelle et précisément non partisane* ».
[1271] *Supra* n° 336.
[1272] V. *supra* n° 332 que la formulation de l'article 16-1-1 avait été choisie dans le but affirmé de ne pas interroger le régime du don d'organes.
[1273] Y. POZZO Di BORGO affirme ainsi « *L'éthique commandait de ne pas ouvrir la boîte de Pandore en autorisant, par principe, la recherche sur l'embryon, c'est-à-dire en faisant de la vie humaine matière à expérimentation. L'éthique commandait le maintien de l'interdiction assortie d'exceptions* » : SÉNAT, CRI du 4 déc. 2012, p. 5707.
[1274] L'interdiction initiale prononcée en 1994 n'avait en rien empêché l'ouverture de 2011…
[1275] Fr. LABORDE, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3821 ;
[1276] Br. RETAILLEAU, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3834. V. aussi la dénonciation de l'atteinte à des « *valeurs fondamentales* » : ex. V. LOUWAGIE, AN, CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7767 ; J. AUBERT, *ibid.* p. 7790.

question plus large du mariage des couples homosexuels[1277] ou d'autres questions de société. La position du député Philippe GOSSELIN est en ce sens symptomatique :

> *« ce texte,* in fine*, il me paraît cohérent. Cohérent avec cette vaste offensive* […] *la plus large de ces dernières décennies... qui se met en place par touches successives sous ce Gouvernement. Une offensive ultra-libérale, voire libertaire, une œuvre utilitariste de destruction des cadres actuels et des repères de la société. C'est, ce jour, la recherche sur l'embryon » ; « hier, c'était le mariage pour tous !* […] *demain, qui est déjà un aujourd'hui, nous aurons droit au* gender *puis, peut-être, à l'euthanasie, à l'assistance au suicide. »*[1278]

Pour les parlementaires pour lesquels la protection de l'embryon n'est pas la priorité politique, la légalité de l'avortement est sans aucun doute le point névralgique de cet affrontement idéologique. La crainte d'une remise en cause de l'IVG est doublement perceptible : toute résistance à une protection dégradée de l'embryon est dénoncée comme participant d'une logique anti-avortement[1279] et toute volonté de protection supplémentaire comme une attaque voilée de l'IVG[1280]. Là encore, la réflexion n'est pas pertinente juridiquement mais se comprend parfaitement d'un point de vue sociétal : toute évolution en faveur de la protection de la vie prénatale pouvant être considérée comme introduisant *socialement* l'idée d'une personnification de l'embryon[1281].

[1277] D. de LEDGE, SÉNAT, CRI du 4 déc. 2012, p. 5692 ; X. BRETON, AN, CRI de la 2e séance du 28 mars 2013, p. 2484 et de la 2e séance du 11 juill. 2013, p. 7839 ; J. AUBERT, AN CRI de la 1re séance du 11 juill. 2013, p. 7785.

[1278] Ph. GOSSELIN, AN CRI de la 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7754.

[1279] Ex. : B. CAZEAU, SÉNAT, CRI du 15 oct. 2012, p. 3831 : « *L'histoire de la recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines est, en France, marquée par le combat que mènent contre elle les lobbies antisciences. Opposés à toute atteinte à ce qu'ils considèrent comme un être humain dès la fécondation, ils se sont successivement dressés contre le droit des femmes à l'avortement, la procréation médicalement assistée, puis les tests de dépistage génétique, avant de s'attaquer aux cellules souches* » ; O. VERAN, AN, CRI de la 2e séance du 10 juill. 2013, p. 7754 ; V. MASSONNEAU, AN, CRI de la 1re séance du 16 juill. 2013 : « *Bien évidemment, la question de l'embryon et de son caractère humain a réveillé de vieux démons. Ne le cachons pas : ce débat a montré à quel point la lutte contre l'avortement demeurait, pour certains, un objectif sinon avoué, du moins permanent* ».

[1280] Ex. : J.-Y LE BOUILLONNEC, AN, CRI de la 2e séance du 27 nov. 2003, p. 11397 : « *Monsieur Garraud, je vous accuse de mettre dans la serrure de cette porte une clé et de donner le premier tour. Et, à coups d'amendements, au détour d'autres débats législatifs, on finira par remettre en cause le droit des femmes à l'avortement !* » ; J.-M. LE GUEN, ibid, p. 11398 : « *je vous parle de choses qui existent, monsieur Garraud, à savoir de groupes qui se battent contre l'IVG.* […] *Je parle de la tactique de communication de ces groupes, et tant mieux si cela ne vous concerne pas ! J'ai néanmoins constaté un certain rapport avec la vôtre. Les groupes* pro-life *ne remettent pas en cause directement et frontalement le droit à l'IVG, parce qu'il fait l'objet, dans notre pays, d'un consensus très fort. Leur tactique consiste à essayer d'introduire dans le droit des dispositions qui permettraient d'engager des poursuites pénales contre l'IVG. C'est peut-être ce que vous faites au premier degré.* »

[1281] On trouve d'ailleurs dans les débats parlementaires une illustration de ce glissement à propos de l'influence de l'acte d'enfant sans vie : « *Depuis de nombreuses années, la loi permet de déclarer l'enfant, mort, à la mairie. Il figure donc à l'état civil.* […] *C'est tout de même un comble : la responsabilité pénale ne peut pas être engagée alors que l'enfant a été déclaré à l'état civil !* » : P. CLÉMENT, AN, CRI de la 2e séance du 19 mars 2003, p. 2238. Sur ce point spécifique v. *infra* n° 873.

358. Conclusion du Chapitre 2. À la recherche d'une « intention qualificatrice » du législateur, l'analyste qui n'adopterait qu'un regard juridique éprouverait rapidement une légitime frustration : au-delà de la difficulté qu'il y a à en dégager des axes clairs, les travaux parlementaires se révèlent bien confus quant à une éventuelle qualification des embryons et des cadavres. Les opinions les plus diverses, voire les plus contradictoires, s'expriment au sein des assemblées, et les conclusions juridiques que l'on peut en tirer sont rarement convaincantes. En revanche, pour peu que l'on accepte d'adopter un regard plus politique, on perçoit que les enjeux de ces débats résident dans la détermination du régime des corps[1282], dans la délimitation du permis et de l'interdit dans un cadre politique donné. Si certaines normes font l'objet d'un consensus apparent, il s'agit le plus souvent des moins contraignantes : toute modification un tant soit peu substantielle du régime des embryons et des cadavres suscite des controverses majeures qui, bien au-delà de la mesure en cause, sont mobilisent de vrais différends idéologiques.

[1282] J.-Chr. HONLET, le remarquait déjà au lendemain des premières lois de bioéthique : « *il est frappant de constater combine le législateur s'est véritablement attaché à l'élaboration de régimes juridiques* […] *sans toujours transiter par des catégories-relais » : « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie* », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 286.

359. Conclusion du Sous-titre 2. Refusant de se prononcer clairement sur la qualification juridique à apporter aux embryons et aux cadavres, la jurisprudence utilise de multiples méthodes pour statuer sur les questions qui lui sont soumises, sans qualifier les corps. Elle affirme souvent par là sa volonté de ne pas empiéter sur le domaine réservé du législateur, seul à même, dans le discours des juges, de trancher des débats socialement déterminants. Mais l'étude du discours des parlementaires n'est à cet égard pas très éclairante : si l'élaboration de certaines normes suscite un certain consensus, ce sont précisément celles qui en disent le moins sur une qualification juridique des corps dont il faut bien admettre qu'elle semble singulièrement confuse dans les travaux des assemblées. En revanche, il apparaît clairement que ces sujets sont particulièrement clivants sur le plan idéologique.

L'invocation du législateur par la jurisprudence a donc un certain sens : si les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer une qualification juridique pour les embryons et les cadavres, ils permettent cependant de déterminer les valeurs qui s'affrontent dans la création du droit, et donc les orientations générales des textes. Comme le note André LAJOIE, le rôle d'interprète du juge

> *« sera d'autant plus important que* [l']*écrit* […] *sera flou. Et le flou d'autant plus grand que le consensus sera mince. Car ce n'est pas la maladresse du rédacteur qui explique le flou des textes mais la volonté de préserver, face à un rapport de forces égales, l'unanimité, si fragile ou même factice soit-elle, à propos d'objectifs dont l'interprétation concrète, fragmentée et successive sera laissée aux tribunaux »*[1283].

On assiste donc ici à un phénomène cyclique : le législateur évitant la question qualificative pour maintenir un semblant de compromis politique dans les assemblées et renvoyant indirectement aux juges le soin de faire vivre ces notions floues dans le réel ; ce pourquoi les juridictions s'abritent ensuite derrière une « intention » législative grandement artificielle.

[1283] A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. Les voies du droit, PUF, 1997, p. 208.

360. Conclusion du Titre 1. Le premier titre de cette étude a été construit en prenant les mots du droit au sérieux. À ces objets particuliers que sont les corps humains avant la naissance et après la mort, on a voulu rechercher si le droit apposait, explicitement ou implicitement, des qualifications juridiques correspondant à la *summa divisio* des choses et des personnes. L'étude des textes n'a apporté aucune réponse claire : ni les termes employés par les textes, ni les subdivisions des codes, ni même les régimes qui leur sont appliqués ne permettent une affirmation définitive. On trouve toujours, ici et là, des traces du régime des personnes, des fragments du régime des choses. La jurisprudence, autorité interprétative, n'a pas livré davantage d'éléments : si quelques décisions qualifient clairement les corps, ce mouvement prétorien n'est pas uniforme et représente surtout une faible fraction de l'ensemble des décisions recensées. La plupart cherche au contraire à tout prix *à ne pas* qualifier les corps. S'accrochant aux droits des personnes juridiques incontestables, créant au besoin des principes généraux de droit objectif, les juridictions semblent tout faire pour éviter ce travail créateur particulier qui consisterait à catégoriser juridiquement les corps. Elles manifestent alors leur inconfort face à ce qu'elles estiment manifestement être de la compétence du législateur. Les juges se défaussent ainsi très régulièrement sur la prétendue intention du législateur dès qu'ils ne peuvent éviter d'affronter une question portant sur le statut des corps.

Cette attitude se comprend parfaitement si l'on considère la virulence des affrontements politiques qui ont pu avoir lieu ces dernières années à propos du statut des corps humains avant la naissance et après la mort. Si quelques points symboliques font parfois consensus dans les assemblées, le régime juridique des corps suscite le plus souvent des oppositions majeures qui dépassent de très loin la seule question technique de la qualification des corps. Si le *nom* apposé aux embryons et aux cadavres cristallise l'attention, c'est bien davantage *ce que l'on peut en faire* qui enflamme le débat. Si les textes ne révèlent pas de qualification claire pour ces corps, si la jurisprudence ne peut pas les classer sans crainte dans une catégorie ou dans une autre, c'est bien parce que le législateur ne *souhaite* pas se prononcer sur ce point, parce qu'il ne le *peut* pas politiquement. Seul compte le régime juridique des corps et sa portée idéologique. Dès lors, on est tentée de se rallier à la position de Philippe JESTAZ qui affirme que, lorsque le droit positif ne donne pas *la* solution à un problème, toute proposition de réponse « *découle du choix ontologique (ou moral, ou juridique) opéré par* [le juriste], *la technique n'étant qu'une façon d'habiller ce choix* »[1284]. C'est pourquoi on ne peut que s'étonner que la question de la

[1284] Ph. JESTAZ, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, p. 551.

qualification juridique des corps mobilise toujours autant la doctrine juridique, prompte à présenter cette question comme un problème de *connaissance* du droit.

Titre 2 Les errements de la doctrine

361. Confrontée à un droit ambivalent sur la qualification à apporter aux corps humains avant la naissance et après la mort, la doctrine a souvent cherché à systématiser les normes juridiques autour de nouvelles qualifications, dérivées des catégories de choses et de personnes ou, à l'inverse, entièrement nouvelles. Il apparaît cependant que cette démarche relève parfois plus de la prescription que de la description **(Chapitre 1)**. Dès lors, la démarche doctrinale doit être interrogée en ce qu'elle porte de non-dits : imprécisions épistémologiques et présupposés idéologiques **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 Passer par la qualification doctrinale : le dit

Chapitre 2 Dépasser la qualification doctrinale : le non-dit

Chapitre 1
Passer par la qualification doctrinale : le dit

362. L'ambigüité grandissante de la catégorisation juridique des corps humain prénataux et *post mortem* a conduit la doctrine, poursuivant sa fonction de systématisation du droit[1285], à proposer de multiples qualifications spécifiques pour ces objets (**Section 1)**. Mais ces propositions, dépassant la seule démarche de *clarification* du droit, de présentation pédagogique d'un système normatif foisonnant, visent bien souvent, en réalité, à *suggérer* des modifications du droit **(Section 2)**.

Section 1 La catégorisation : réaction de la doctrine aux complexités du droit
Section 2 La catégorisation : démarche prescriptive de la doctrine à l'égard du droit

Section 1
La catégorisation : réaction de la doctrine aux complexités du droit

363. Face aux difficultés de qualification de l'embryon et du cadavre par la seule analyse du droit positif, la doctrine juridique a régulièrement cherché à s'émanciper du cadre strict de la *summa divisio* chose/personne. Prolongeant l'analyse inductive-déductive[1286], certains auteurs ont cherché à subdiviser les catégories existantes pour créer des ensembles plus cohérents avec le droit positif **(§1).** Les insuffisances de ces distinctions, et la volonté d'éviter le caractère radical de la bipartition des corps, ont conduit d'autres auteurs à proposer un dépassement de ces modes de pensée **(§2)**.

§1 La subdivision récurrente des catégories
§ 2 Le dépassement incertain des catégories

[1285] J. RIVERO décrit ainsi la relation du juge et de la doctrine : « *au juge de dire le Droit à travers des cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, des les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en un tout intelligible* » : « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 23, p. 99. Sur le rôle de la doctrine dans la définition des concepts juridique v. L.-M. SCHMITT, *Les définitions en droit privé*, th. dact. Toulouse 1, 2015 (V. les propositions de thèse : *Dr. fam.* 2016, n° 9, p. 7).
[1286] V. *supra* n° 8.

§1. La subdivision récurrente des catégories

364. L'attitude doctrinale[1287] consistant à fractionner les catégories de chose et de personne afin d'expliquer au mieux les régimes « hybrides » attachés à ces corps[1288] peut être datée de la fin du XIX^e^ siècle. Sans affirmer que la doctrine civiliste antérieure ne présenterait aucun intérêt au regard d'une analyse créatrice[1289], c'est à partir de cette date que les auteurs se sont spécifiquement intéressés à la question du droit applicable avant la naissance et après la mort. Dans des tentatives successives de mise en cohérence du droit, la doctrine a proposé plusieurs types de subdivisions des catégories traditionnelles. Dans les premiers temps du Code civil, le régime très protecteur de l'embryon et de la mémoire des morts conduit à ce que les qualifications proposées par la doctrine se concentrent sur les subdivisions possibles de la catégorie de personne **(A)**. Les évolutions techniques, scientifiques et juridiques du XX^e^ siècle ont cependant conduit une partie de la doctrine à se tourner vers le fractionnement de la catégorie de chose **(B)**.

A. Premiers temps de l'interrogation : subdivision de la catégorie de personne

B. Face aux évolutions du droit : subdivision de la catégorie de chose

A. Premiers temps de l'interrogation : subdivision de la catégorie de personne

365. La qualification des corps avant la naissance et après la mort ne semble pas avoir beaucoup préoccupé la doctrine du XIX^e^ et de la première moitié du XX^e^ siècle. Les écrits sur ces objets particuliers sont rares et ne concernent généralement que très indirectement la question de la qualification. Cette interrogation est sous-jacente, masquée sous les préoccupations juridiques de la période, c'est-à-dire principalement le problème de la défense de la mémoire des morts, le régime de la liberté des funérailles, la question de la succession et de la filiation de l'enfant conçu et la volonté de réprimer l'avortement. La notion de personnalité atténuée – progressive ou variable – va alors apparaître, sous différentes formes, dans les monographies concernant ces thèmes. Cette approche émerge d'abord dans le domaine de la protection des morts **(1)**. Le statut de l'embryon suscite dans un premier temps des considérations plus incertaines, qui se clarifieront progressivement **(2)**.

1) La personnalité *post mortem* : question incidente

2) La personnalité prénatale : qualification nuancée

[1287] Nous nous attacherons ici à l'étude de la doctrine contemporaine, postérieure au Code civil.
[1288] *Supra* Chapitre 1.
[1289] Sur la place de la doctrine du XIX^e^, antérieure à l'École scientifique v. not. N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e^ siècle*, Bibliothèque de droit privé, t. 381, LGDJ, 2002.

1) La personnalité *post mortem* : question incidente

366. Des considérations doctrinales rares. Jusqu'à la première moitié du XX^e^ siècle, quelques écrits sont consacrés à la question du traitement des corps par le droit romain ou ancien[1290] mais le droit positif intéresse peu. La réflexion théorique sur le droit applicable après la mort reste rare et apparaît surtout à la fin du XIX^e^ siècle. En dehors des écrits sur le droit des funérailles[1291], il semble que le thème qui mobilise les auteurs à cette période soit surtout celui de la protection de la mémoire des morts[1292]. Il est normal que ces questions se révèlent plus particulièrement à cette époque où paraissait la loi sur la presse[1293] et celle sur la liberté des funérailles[1294].

367. Absence d'interrogation explicite sur la qualification des corps. Le régime juridique alors applicable aux cadavres ne conduit pas nécessairement la doctrine à s'interroger sur la qualification du corps en lui-même en tant que chose ou en tant que personne. Les affrontements politiques[1295] d'alors conduisent plutôt les auteurs à étudier la place à accorder à la protection de l'honneur face à la liberté de l'information[1296], le régime des funérailles des

[1290] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau ; H. DANIEL-LACOMBE, *Des sépultures en droit romain et en droit français,* th. Poitiers, 1886 ; G. de ROBILLARD de BEAUREPAIRE, *Du culte des ancêtres chez les romains, dans ses rapports avec le droit privé,* th. Caen, 1890 ; E. JOBBE-DUVAL, *Les morts malfaisant. "Larvae, Lemure" d'après le droit et les croyances populaires des romains*, Sirey, 1924 ; J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit*, éd. Larosse, 1880 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente*, th. Paris, 1933, éd. Domat-Montchrestien.

[1291] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, *op.cit.*, 1885 ; L. DABOT, *droit des particuliers concernant les sépultures,* éd. A. Fontenoy, 1898 ; R. GOUFFIER, *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902 ; R. BONNIN, *Les funérailles,* th. Paris, Imprimerie Bonvalon-Jouve, 1908. En droit belge : L. FRANK, *La crémation des morts. Essai de droit administratif privé,* librairie générale de jurisprudence, Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1889.

[1292] H. MASSOL, *De la diffamation envers les morts*, éd. Auguste Durand, 1865 ; J.-L-H. BERTIN, *De la diffamation envers les morts*, éd. Durand, 1867 ; Ch. AZARD, *De la diffamation envers les morts et de la critique historique*, th. Paris, éd. Rousseau, 1901 ; A. BOUDET*, Outrages envers la mémoire des morts*, th. Lyon, 1904, Imprimerie Waltener.

[1293] L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse : JORF du 30 juill. 1881, p. 4201 : cette loi prévoit en effet la sanction des actes de diffamation et d'injure *post mortem.*

[1294] L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, *Recueil Duvergier*, p. 451.

[1295] Concernant la loi du 26 mai 1819 relative à la presse, H. MASSOL note qu'elle a été rédigée dans des circonstances politiques particulières, prêtant à la « *récrimination* » et à l'« *invective* », in *De la diffamation envers les morts*, éd. Auguste Durand, 1865, p. 14.

[1296] Pour une position en faveur des « droits de l'histoire » face aux « *familles qui ont occupé des positions élevées dans la société* », qui « *ne se contentent pas du présent* » et « *sont jalouses de leur passé* » v. H. MASSOL, *De la diffamation envers les morts*, *op.cit*.

athées[1297], ou la question de savoir quel membre de la famille doit choisir le mode de funérailles dans le silence de la personne défunte[1298].

Cependant, la question de la qualification des morts ressurgit parfois incidemment. Henri MASSOL se trouve ainsi contraint de justifier comment la loi de 1819 relative à la presse permettrait la sanction de la diffamation *post mortem* alors que l'infraction n'est textuellement prévue qu'à l'égard des personnes et que certains prétendent que « *le mort n'est pas une personne* »[1299]. René GOUFFIER de son côté peut énoncer à propos de la loi sur la liberté des funérailles que « *le corps de l'homme est sa propriété exclusive* »[1300] mais sans pour autant en déduire la qualification de chose. Les auteurs notent bien qu'il existe manifestement une différence entre les dispositions applicables aux morts et celles qui s'imposent aux vivants[1301] mais ils se heurtent également à des considérations politico-religieuses[1302] qui les empêchent de réfuter totalement l'idée d'une forme de survie de la personne[1303].

368. Vers une idée de demi-personnalité. L'ensemble de ces considérations conduiront au fameux ouvrage de Gabriel TIMBAL[1304], premier auteur à consacrer une monographie à l'intégralité des dispositions concernant les morts. Passant en revue l'ensemble des mécanismes de protection des morts, tant dans leur mémoire que dans leur corporalité, il conclut, par une méthode inductive-déductive, que les défunts sont bien des personnes, car les facultés qu'il leur a reconnues « *empêchent évidemment de les assimiler au néant* »[1305]. Notant cependant le caractère *sui generis*, de cette personnalité, il la qualifie de « *demi-personnalité* »[1306], la rapprochant de celle des animaux.

[1297] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op.cit.*, p. 106 et s. puis p. 205 et s. ; R. GOUFFIER, *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902, p. 164 ; R. BONNIN, *Les funérailles, op.cit.*, p. 57.

[1298] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op.cit.*, p. 130 et s. ; R. GOUFFIER, *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902, p. 96 et s. ; R. BONNIN, *Les funérailles, op.cit.*, p. 32 et s.

[1299] H. MASSOL, *De la diffamation envers les morts*, *op.cit.*, p. 9. L'auteur explique cette prolongation possible par la continuité de la personnalité du défunt dans ses héritiers et par le fait que l'injure « *rejaillit nécessairement sur la personne de l'héritier* ».

[1300] R. GOUFFIER*, La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, 1902, p. 96.

[1301] Sur la question de la possibilité d'un mandat post mortem V. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op.cit.*, p. 117.

[1302] Sur l'opposition des Églises à la crémation v. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op.cit.*, p. 158 et s. ; L. FRANK, *La crémation des morts. Essai de droit administratif privé*, Librairie générale de jurisprudence, Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1889, p. 17 et s.

[1303] Sur l'utilisation du terme de « personne » pour un défunt dans l'analyse du délit de violation de sépulture v. R. BONNIN, *Les funérailles, op.cit.*, p. 75 et s. ; sur l'idée d'un « droit à la sépulture » v. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op.cit.*, p. 205.

[1304] G. TIMBAL, *La condition juridique des morts,* th. Toulouse, 1903, Librairie de l'Université.

[1305] *Ibid.*, p. 182.

[1306] *Ibid.*, p. 182.

Cette qualification célèbre, reprise notamment par René DEMOGUE[1307], est sans doute l'une des premières manifestations de la méthode consistant, pour la doctrine, à subdiviser la catégorie juridique de personne afin d'y faire entrer un régime qui ne correspond pas exactement à la conception première de la notion. Étant donné le régime juridique d'alors, plus protecteur de l'intégrité du cadavre qu'aujourd'hui, et les impératifs politico-religieux qui entouraient les auteurs, il est cohérent que cette subdivision se soit faite à partir de la catégorie « personne », et non depuis la catégorie « chose ». Un mouvement similaire accompagnera la qualification de l'embryon.

2) La personnalité prénatale : qualification nuancée

369. Études sur les droits patrimoniaux et sur l'avortement : une nécessaire qualification de personne. Le travail de la doctrine concernant le statut des embryons se limite, jusqu'au début du XX[e] siècle, à la question, d'une part, de la répression de l'avortement et, d'autre part, de l'établissement de la filiation – et donc aussi de la capacité successorale – des enfants simplement conçus[1308]. La conjugaison de l'interdiction de l'avortement et de l'existence du curateur au ventre[1309] conduit à ce que l'analyse du régime juridique applicable à l'enfant *in utero* soit faite sous un angle qui privilégie une qualification de « personne ». Cependant, ce qualificatif n'est pas toujours utilisé explicitement par les auteurs, sans doute parce qu'il n'apporte rien à la démonstration par rapport à l'analyse du régime juridique[1310]. Pour autant, une nouvelle démarche doctrinale émerge progressivement : mettre la qualification au cœur de l'analyse juridique.

[1307] *Infra* n° 376.
[1308] F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu. Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer*, th. Paris, 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence ; E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu*, th. Toulouse, 1876 ; R. LALOU, *Étude de la maxime infans conceptus pro nato habetur en droit français*, th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau ; E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les Romains*, éd. Masson, 1917 ; A. TARDIEU, *Étude médico-légale sur l'avortement*, 4[e] éd., Librairie Baillières et fils, 1881.
[1309] Sur cette notion v. E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu, op.cit.*, p. 118 et s. et R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français, op.cit.*, p. 108 et s.
[1310] Pour un auteur s'interessant spécifiquement à l'existence de la personnalité anténatale par le bais de la maxime *infans conceptus,* et montrant les enjeux de la reconnaissance ou non de la personnalité v. R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français, op.cit.*.

370. Préciser la notion de personne. Au début du XX[e] siècle, sous l'influence des réflexions théoriques sur la place de la volonté[1311], sur le concept de personnalité morale[1312] et sur la notion d'intérêts protégés[1313], la question de la personnalité prénatale apparaît explicitement dans les écrits doctrinaux. Prenant en compte les spécificités du régime des enfants simplement conçus, la doctrine va progressivement affiner les qualifications qu'elle leur applique.

René DEMOGUE est ici un auteur majeur[1314]. Dans son article « La notion de sujet de droit »[1315], il développe la distinction entre « *sujet de jouissance* » et « *sujet de disposition* [ou] *d'exercice* »[1316], classant résolument embryons et cadavres dans la première[1317], mais les excluant *a priori* de la seconde, notamment en raison de leur incapacité à agir et à exprimer leur volonté. Ce positionnement marque une étape importante dans la réflexion doctrinale puisqu'il affirme l'importance de la question de la *qualification* dans l'étude du régime juridique. Même si cette étude ne porte que très marginalement sur la question du droit applicable avant la naissance et après la mort et se concentre sur les mécanismes de protection de certains intérêts – et non sur la qualification des *corps* –, elle participe à l'émergence d'une pensée doctrinale, concentrée sur la correspondance, entre régime juridique et catégorie juridique.

Cette évolution est perceptible quelques années plus tard dans l'ouvrage de Louis SEBAG[1318] qui s'applique, dans son introduction, à trouver un qualificatif à l'embryon avant sa naissance. Reprenant l'analyse de René DEMOGUE sur les incapacités de jouissance et d'exercice[1319] et évoquant surtout l'importance de la réflexion sur la notion de sujet de droit[1320], Louis SEBAG affirme que l'embryon n'est pas une « *personne future* » – car il est déjà en vie[1321] – mais qu'il pourrait être qualifié de « *personne incertaine* »[1322], puisque la loi, par

---

[1311] M. HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1898, p. 5 et 119, spé p. 19.
[1312] L. MICHOUD, *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, 2[e] éd., LGDJ, 1924, not. p. 39.
[1313] R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de MEULENAERE, 3[e] éd., éd. Marescq, 1886.
[1314] Les notions développées par R. DEMOGUE ne sont bien sûr pas sans origine : V. sur ce point I. MARIA, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G.* 2009.I.149.
[1315] R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, p. 611.
[1316] *Ibid.*, p. 620.
[1317] *Ibid.*, p. 631 et s.
[1318] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938 : cet ouvrage est important dans la mesure où il est sans doute l'un des premiers à être consacré au statut de l'embryon dans tous ses aspects.
[1319] *Ibid.*, p. 6.
[1320] *Ibid.*, p. 4.
[1321] *Ibid*, p. 2. Sur une analyse de ce critère v. *infra* n° 441.
[1322] *Ibid.*, p. 3.

faveur[1323], lui accorde la personnalité pour certains actes ou faits. En ce sens, il semble adhérer à une conception d'*infans conceptus*, comme mécanisme de personnalité conditionnelle[1324] dans laquelle la personnalité est une fiction, au sens où elle ne saurait exister que par concession de la loi[1325]. Pour autant, même si la catégorie de personne juridique est ici précisée, son application à l'embryon n'est pas questionnée : comme pour la qualification des corps morts, la personnalité prénatale est alors de l'ordre de l'évidence. Une évidence qui disparaîtra avec l'évolution du droit positif.

B. Face aux évolutions du droit : subdivision de la catégorie de chose

371. L'émergence et l'accroissement des questions portant sur le statut juridique des corps dans la seconde moitié du XX^e^ siècle ont conduit à un accroissement significatif des écrits doctrinaux, aujourd'hui innombrables. La qualification des corps tient une place importante dans ces écrits. La légalisation de l'avortement, de la recherche sur l'embryon, du prélèvement d'organes sur le cadavre mais aussi les évolutions jurisprudentielles sur les droits de la personnalité *post mortem* ou sur l'homicide involontaire prénatal ont conduit la doctrine à délaisser la catégorie de personne et, dans sa recherche de mise en cohérence du droit, à se tourner vers la catégorie de chose. Cependant, comme le remarque Dimitrios TSARAPATSANIS :

> *« la qualification de chose est très rarement assumée avec une véritable satisfaction par les interprètes qui la proposent. Dans la quasi-totalité des cas, elle est défendue telle une sorte d'*ultimum refugium *conceptuel, à défaut d'une autre solution classificatoire viable et compte tenu des contraintes textuelles qui l'imposent, rendant impossible aux yeux de ces interprètes le recours à la catégorie "personne juridique". C'est d'ailleurs pour cette raison que, le plus souvent, la qualification proposée n'est pas celle de chose simple ou de bien, mais de chose spéciale ou de chose sacrée particulièrement protégée par le droit »*[1326].

La doctrine adjoint donc le plus souvent un qualificatif au simple terme de « chose ». Par cette attitude, les auteurs ne cherchent pas uniquement une précision de langage : il s'agit bien de suggérer l'idée d'une qualification qui tiendrait compte du respect particulier dont bénéficient les embryons et les cadavres. Émergent alors de multiples qualifications : « chose

[1323] *Ibid.*, p. 6.
[1324] *Ibid.*, p. 93.
[1325] *Ibid.*, p. 66.
[1326] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 129.

humaine »[1327], « chose personnifiée »[1328] mais aussi « chose sacrée » – terme qui semble s'appliquer au corps à tous les stades de son existence : embryon[1329], cadavre[1330], corps humain en général[1331].

372. Parallèlement à ce travail de la doctrine sur la subdivision des catégories existantes s'est développée une pensée visant au contraire à proposer des modes alternatifs de qualification.

[1327] St. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, th., Bordeaux, Les études hospitalières, 1999, p. 73 : « *chose humaine digne »* ; É. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact., Toulouse 1, 2003 ; Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », D. 2003, n° 13, p. 845 ; J.-P. GASNIER, « Questions à propos du statut juridique du cadavre », *RRJ*, 2011-4, p. 1807.

[1328] A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 160 et s. et 186 : le cadavre serait résolument rangé dans la catégorie des choses mais son régime protecteur serait fondé sur son ancien statut de personne.

[1329] Cl. NEIRINCK, « L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon », in Br. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *L'Embryon humain, approche multidisciplinaire*, Économica, 1996, p. 156 ; spécifiquement pour l'embryon mort : I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 137 , la position de cette auteure est cependant ambiguë dans la mesure où elle lie le respect dû à ces corps à leur nature spécifiquement humaine.

[1330] Sur cette qualification, X. LABBÉE est un auteur incontournable, v. par ex. : X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197 ; X. LABBÉE, « Le statut juridique du corps humain après la mort », *Colloque du CEFEL du 14 mai 2001, RGDM*, n°8, 2002, p. 277 ; X. LABBÉE, note sous TGI Lille, 19 nov. 1997, *D*. 1998, p. 467. Cette qualification a ensuite été développée sous sa direction par H. POPU : *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009 ; pour un résumé de la pensée de cette auteure v. « Le corps humain *post mortem*, une chose "extra-ordinaire" », *RRJ,* 2009-1, p. 229. Pour des auteurs évoquant la notion plus incidemment : M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 423. ; M. REYNIER et Fr. VIALLA, « *Perinde ac cadaver* », *Médecine et droit*, 2011, p. 133 (ces auteurs appliquent également cette qualification à l'embryon) ; B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. p. 87 ; N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, 2006, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 17, p. 370, n° 509 ; I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 398, n° 781 ; A. LEPAGE, *Rep. civ. Dalloz*, V° *Personnalité (droits de la)*, n° 162 ; D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 176, n° 126 ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Successions,* PUF, 2012, n° 1 : ces auteurs soulèvent cependant un doute sur la pertinence du concept : « *la mort anéantit complètement l'homme. Elle lui retire la vie et lui fait perdre, en conséquence, la qualité de personne humaine aux yeux du droit. Son cadavre est une chose qui n'appartient à personne, une manière de chose commune* […] *; il emprunte également aux choses sacrées (si ce mot peut avoir un sens dans le droit aujourd'hui)* ». Comp. A. GAILLIARD qui considère que la notion de sacré est inadaptée au cadavre, ancienne personne humaine et réserve la qualification aux sépultures : *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 195 et s.

[1331] D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA*, déc. 1994, n° 149, p. 26 ; S. GROMB, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec, 1992, p. 104 ; », J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004, p. 382 : « *Parce qu'il est la personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque manière, un caractère sacré. »* ; V. ORTET « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 176 ; P. BERCHON *Rép. civ. Dalloz,* V° *Sépultures*, n° 124 et s. (cadavre et corps humain en général).

§2. Le dépassement incertain des catégories

373. Face à la confusion du régime des corps, une partie de la doctrine a tenté de « sortir » des catégories existantes afin de proposer d'autres systèmes de pensée. Sont ainsi apparues les notions de « sujets » ou la pensée par seuils **(A)** mais surtout la notion de personne humaine, aujourd'hui en pleine expansion **(B)**. L'articulation entre ces nouveaux mécanismes et le système classique de catégorie juridique n'est cependant pas clairement déterminé : la tentation de la requalification n'est donc jamais loin.

A. Sujets, centres d'intérêts et seuils : systèmes alternatifs de catégorisation ?
B. La personne humaine : nouvel outil de dépassement des catégories ?

A. Sujets, centres d'intérêts et seuils : systèmes alternatifs de catégorisation ?

374. La distinction entre « sujet de jouissance » et « sujet d'exercice » proposée par René DEMOGUE au début du siècle[1332] trouve un écho contemporain chez certains auteurs à travers la notion de centre d'intérêts **(1)**. La pensée par seuil est également proposée pour contourner la radicalité de la distinction chose/personne **(2)**. Mais dans les deux cas, la distinction de ce système avec la qualification classique reste incertaine.

1) Le renouveau du sujet de jouissance
2) L'émergence de la pensée par seuils

1) Le renouveau du sujet de jouissance

375. Les notions de sujet de jouissance et de sujet d'exercice connaissent un renouveau dans la doctrine contemporaine : certains reprennent explicitement cette terminologie **(a)** tandis que d'autres prolongent l'idée d'un dépassement des catégories actuelles en proposant la qualification de centres d'intérêt **(b)**.

[1332] R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, p. 611. V. *supra* n° 370.

a) Le sujet de jouissance : réémergence d'une notion ancienne

376. Le renouveau de la notion de sujet de jouissance. Peu d'auteurs soutiennent encore l'idée d'une personnalité atténuée prénatale[1333] ou *post mortem*[1334]*,* mais la distinction établie par René DEMOGUE entre la notion de sujet de jouissance et celle de sujet d'exercice[1335] semble avoir ressurgi dans les années 1990 sous la plume de certains auteurs. Cette utilisation concerne tantôt le défunt[1336], tantôt l'embryon[1337].

Cependant, la doctrine contemporaine se divise sur la question suivante : le caractère de sujet de droit doit-il être attaché à l'existence d'une personne juridique[1338] ou les deux notions peuvent-elles être distinguées[1339] ? Sur ce point, les auteurs semblent s'éloigner de la pensée de René DEMOGUE. En effet, même si ce n'est pas le cœur de son article, ce dernier assimile manifestement « sujet de droit » et « personne juridique »[1340]. C'est justement grâce à la notion de « sujet de jouissance » qu'il peut parler de « *demi-personne* »[1341] : centre d'intérêt protégé

[1333] J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme de quel droit* ?, PUF, 1987, p. 206 : idée de « personnalisation limitée », C. LABRUSSE-RIOU utilisera plus tard la notion de « sujet de jouissance », v. *infra* n° 1337 ; A. PHILIPPOT (in *L'être humain au commencement de sa vie,* th. Paris 1, 2012) utilise quant à elle l'idée de R. DEMOGUE en reprenant le terme de « demi-personnalité » (p. 378) mais parle un peu plus loin de « personnalité progressive » (p. 386) de telle sorte que sa conception n'est pas clairement définie.

[1334] J.-P. GRIDEL évoque l'idée d'une « *personnalité ténue* » : « L'individu juridiquement mort », *D*. 2000, chr., p. 266-14 ; C. CHABAULT admet un « *certain prolongement de la personnalité juridique après le décès* » en droit civil, *in* « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *LPA,* 1996, n° 54, p. 7, n° 37 ; N. DEFFAINS semble la seule à reprendre très explicitement la catégorie, s'appuyant s'ailleurs sur les écrits de R. DEMOGUE : « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 112.

[1335] V. *supra* n° 370.

[1336] Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu.* PUF, 1994, p. 304 ; J. RAVANAS, « La défense *post mortem* du pseudonyme *», D.* 1996, jur., p. 176.

[1337] J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ*, 1998-2, p. 475 : l'auteur n'utilise pas directement l'expression en cause mais sa filiation avec R. DEMOGUE apparaît dans la nbp n° 83 ; C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 29 ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes,* LGDJ, 1989, p. 50 ; C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation de transfert d'embryon post mortem », *D*. 2001, p. 1397; G. RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence,* Lexis-Nexis Litec, 2006, 5e éd., n° 57.

[1338] C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 26 : pour cette auteure, la reconnaissance du statut de sujet est l'outil permettant la reconnaissance d'une « *personne actuelle* ».

[1339] J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ,* 1998-2, p. 473 et s. : pour cet auteur l'embryon n'est pas une personne juridique mais est un être humain et un sujet de droit ; C. CHABAULT, "À propos de l'autorisation de transfert d'embryon post mortem", *D*. 2001, p. 1397 ; G. RAYMOND, n'est pas très clair sur ce point : il semble dans un premier temps considérer que l'embryon peut être titulaire de droit, a une capacité de jouissance, avant d'affirmer un peu plus loin qu'il ne pourra être sujet de droit qu'à la naissance. Le terme de « *personnalité conditionnelle* » qu'il utilise n'est donc pas évident : s'agit-il d'une condition résolutoire ou suspensive ? : in *Droit de l'enfance et de l'adolescence,* Lexis-Nexis Litec, 2006, 5e éd., n° 57-58. Dans un article précédent il évoquait à la fois cette idée de sujet de jouissance et d'exercice mais y adjoignait l'idée de personnalité à la fois sous condition potestative (de la femme enceinte) et résolutoire : « Le statut juridique de l'embryon humain. », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 524.

[1340] R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », art. cit., p. 623, 626, 630.

[1341] *Ibid.*, p. 624, 631.

auquel aucun droit d'exercice n'est attaché. Si la notion de « sujet de jouissance » permettait de théoriser la possibilité, pour des individus incapables d'exprimer leur volonté, d'être des personnes juridiques[1342], elle était alors un outil *explicatif* à un état du droit qui connaissait déjà la protection de l'intégrité physique des aliénés ou encore le mécanisme de la représentation de l'embryon. Il ne s'agissait pas alors de proposer une modification des *droits* accordés à certains individus mais davantage de les expliquer théoriquement. Comme le note René DEMOGUE lui-même, il s'agissait alors d'une question de « *technique juridique* »[1343].

377. Une évolution de l'objectif doctrinal. Il faut ici souligner une distinction capitale entre ce travail et les écrits contemporains qui utilisent cette distinction. Dans le contexte dans lequel René DEMOGUE écrit, la distinction entre « sujet de jouissance » et « sujet de disposition » est une lecture nouvelle qui met en cohérence le régime juridique d'alors ; en expliquant notamment l'existence de mécanismes juridiques spécifiques de protection de certaines entités, notamment avant la naissance et après la mort[1344]. Aujourd'hui, la référence à la notion de « sujet de jouissance » s'apparente plus à une proposition doctrinale dont l'objectif ne se limite pas à décrire et organiser le droit existant mais à créer une catégorie juridique nouvelle, qui, pour la doctrine qui l'utilise, doit conduire à une modification du droit positif. Ceci est manifeste quand il s'agit du statut de l'embryon : les auteurs utilisant la notion de « sujet de jouissance » considèrent en effet que ce statut devrait conduire à une protection plus importante de l'embryon, que ce soit relativement à l'avortement[1345] ou au regard de son utilisation dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation[1346]. On perçoit ici la limite d'une nouvelle approche de la catégorisation : son articulation avec les catégories classiques. Une remarque similaire peut être faite à propos de la notion émergente de centre d'intérêt.

b) Le centre d'intérêt : prolongement du sujet de jouissance

378. La notion de centre d'intérêt était déjà évoquée par Louis SEBAG dans sa reprise des conceptions de René DEMOGUE[1347]. Elle est réapparue ensuite sous la plume de

[1342] *Ibid.* V. aussi I. MARIA, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G.* 2009.I.149.
[1343] R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », art. cit., p. 639.
[1344] Si une partie de l'article en cause est bien consacrée à la protection des générations futures, il semble que les interrogations techniques avancées par R. DEMOGUE concernent davantage les mécanismes de la personnalité morale ou de la représentation.
[1345] J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », art. cit., p. 475 et s.
[1346] Par ex. C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeux des qualifications : la survie juridique de la personne », art. cit., p. 26 (pour la reconnaissance de la faute civile du fait d'avorter) ; C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation de transfert d'embryon post mortem », *D.* 2001, p. 1396 (en faveur du transfert d'embryon *post mortem* afin d'éviter sa destruction).
[1347] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*,

Christian ATIAS pour qualifier le corps mort[1348] avant d'être développée de façon plus générale par Gérard FARJAT[1349]. La notion vise théoriquement à dépasser la distinction entre les personnes et les choses, que cet auteur considère comme n'étant « *tout simplement pas une problématique pertinente du système juridique* »[1350]. Il s'agirait alors d'attacher aux « centres d'intérêts » des attributs juridiques variables[1351], en fonction des utilités recherchées.

379. Si l'auteur semble bien vouloir dépasser la bi-catégorisation classique[1352], il semble que les reprises doctrinales de sa pensée ne se détachent pas aussi clairement des qualifications de personne et de chose[1353]. C'est précisément ce dépassement qui suscite la critique d'autres auteurs, considérant que la notion « *a pour inconvénient non négligeable de remettre en cause une distinction pluri-millénaire* »[1354]. Il est vrai que les catégories juridiques traditionnelles sont têtues pour peu qu'on s'attache à requalifier ce qui fut décatégorisé : un « centre d'intérêt » avec une responsabilité mais sans capacité à agir ne risque-t-il pas d'être simplement qualifié d'« *inerte* »[1355], c'est-à-dire de chose ? C'est également la limite des propositions de qualification par seuils.

2) L'émergence de la pensée par seuils

380. Seuils de personnalité ou seuils de protection ? La complexité du régime juridique actuel conduit un certain nombre d'auteurs à analyser le droit positif non plus seulement en termes de catégories chose/personne mais plutôt sous l'angle d'une protection graduelle des corps : protection progressive de l'embryon, protection dégressive du cadavre. Cette démarche correspond effectivement à une certaine évolution du droit. Le délai de douze semaines limitant l'accès à l'IVG est évidemment l'illustration la plus frappante mais, concernant la personne

th. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 10 et s.
[1348] Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. Droit fondamental, 1985, p. 33.
[1349] G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt », *RTD civ*. 2002-2, p. 221.
[1350] *Ibid.*, p. 243.
[1351] *Ibid.*, p. 234.
[1352] V. aussi D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, coll. Ethique et philosophie morale, PUF, 2007, p. 61 et s. ; I. ZRIBI (in *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th., Paris I, 2005) semble également participer de ce débat lorsqu'elle refuse l'application de la notion de « personne » aux défunts (p. 342) mais qu'elle suggère la possibilité de désigner des « *personnes en charge de défendre les valeurs objectives ayant trait aux personnes défuntes* » (p. 373), cependant, elle n'utilise ni la notion de « sujet de jouissance » ni celle de « centre d'intérêt ».
[1353] Par ex. R. MARTIN adhère dans un premier temps à la notion de centre d'intérêts mais assimile un peu plus loin les notions d'être humain et de personne (« Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G*. 2002.I.115).
[1354] M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 420.
[1355] I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, *op.cit.*, p. 336, n° 356.

décédée, on peut citer également le délai de vingt-cinq ans durant lequel ne peuvent être révélées des archives relatives au secret médical ou à l'intimité de sa vie privée[1356] ; les trente ans durant lesquels il est interdit de révéler la filiation originelle d'une personne adoptée[1357] ; la reprise des concessions funéraires perpétuelles après trente ans d'abandon mais seulement après cinq ans en terrain commun[1358] ; la protection perpétuelle du droit moral de l'auteur[1359] etc.

Or, il n'est pas toujours évident de déterminer si l'analyse doctrinale de ces dispositions vise à subdiviser une catégorie existante de chose ou de personne – en distinguant par exemple des choses plus ou moins protégées ou des personnes plus ou moins « accomplies » – ou plutôt à s'émanciper de ces catégories. Ainsi, si Anne FAGOT-LARGEAULT et Geneviève DELAISI de PARSEVAL[1360] présentent l'analyse par seuils comme une *alternative* à la réflexion en termes de catégories, Isabelle ZRIBI, lorsqu'elle évoque le cadavre, exclut explicitement l'usage de la catégorie « personne » mais sans pour autant dire si les différents « *temps de la mort* » qu'elle propose correspondent aux différentes étapes de protection d'une chose[1361]. D'autres auteurs considèrent clairement que les seuils déterminent le passage entre chose et personne juridique[1362], alors que certains évoquent plutôt l'idée d'une personnalité juridique graduelle, qui se renforcerait ou s'amenuiserait par étapes[1363]. La pensée par seuils retombe alors dans une logique de catégorisation. C'est sans doute pour sortir de ce mécanisme que la doctrine s'est progressivement tournée vers une notion totalement différente : la personne humaine.

B. La personne humaine : nouvel outil de dépassement des catégories ?

381. Une volonté d'analyse du droit positif. Comme le note Christian ATIAS, « *l'intérêt juridique pour la personne humaine est d'origine doctrinale* »[1364]. La volonté de distinguer

[1356] Art. L. 213-2 C. patr. issu de la loi n° 2008-696 du 15 juill. 2008 relative aux archives, JORF n° 0164 du 16 juill. 2008, p. 11322.
[1357] L'article 39 *quater* de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, crée par la loi du 11 juill. 1966. V. *Supra* n° 119 et s.
[1358] Sur ce point particulier v. *infra* n° 655 et s.
[1359] v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique,* PUF, 9e éd., 2015, n° 198.
[1360] A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI de PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles », *Esprit*, juin 1989, n° 6, p. 89.
[1361] Pour R. THÉRY la distinction est claire, l'embryon et le fœtus non-viable sont également des choses mais dont la protection se renforce après le délai légal d'IVG : « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D*. 1982, n° 33, chron., p. 231.
[1362] Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 8e éd., 2012, n° 24 et s. ; R. THÉRY fixe le passage de la chose à la personne à la fin du second trimestre, ce qu'il considère comme le seuil de la viabilité : « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », D. 1982, n°33, chron., p. 236 :
[1363] G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personnalité juridique : qui se souvient des hommes ? », in *La personne humaine sujet de droit,* 4e journée R. SAVATIER, PUF, 1994, p. 21 ; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain. », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 527 et s.
[1364] Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. Droit fondamental, 1985, n° 4.

personne humaine et personne juridique trouve manifestement son fondement dans la volonté d'expliquer de façon cohérente la multiplicité des termes employés, dans le droit, pour désigner tantôt le corps humain tantôt la personne juridique. Les termes de « personne », « personne humaine » ou « être humain » sont, comme nous l'avons vu, employés dans les textes de façon confuse, sans qu'il soit toujours possible de déterminer clairement ce que recouvrent ces notions[1365]. L'article 16 du Code civil, affirmant le respect de l'être humain dès le commencement de « la » puis de « sa » vie[1366], alors que dans le même temps était organisé l'accès à l'avortement, en est un parfait exemple. C'est ainsi que plusieurs auteurs se sont appliqués à distinguer, notamment au sein du droit pénal, les dispositions visant la protection du corps – qui devraient selon eux s'appliquer à la personne humaine – de celles qui ne visent que la protection de la personne juridique[1367]. L'émergence de cette position correspond par ailleurs à une période de la jurisprudence qui admettait la possibilité d'un homicide involontaire sur embryon[1368].

382. L'intérêt de la distinction : les marges de l'existence. La distinction entre personne humaine et personne juridique peut avoir une pertinence théorique générale. Des interrogations pourraient par exemple être soulevées sur l'application à des personnes morales[1369] des dispositions initialement conçues, de façon manifeste, pour des personnes physiques[1370].

Cependant, si l'étude se concentre sur les personnes physiques, l'intérêt de la distinction ne se révèle que dans un travail sur le statut du corps prénatal et *post mortem*. Comme cela est régulièrement souligné, la disparition de l'esclavage et de la mort civile[1371] a supprimé de notre droit toute situation où une personne née et vivante ne serait pas un sujet de droit/une personne

[1365] *Supra* Chapitre 1.
[1366] Sur ce point V. *supra* n° 94.
[1367] V. par ex. J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 343.
[1368] V. par ex. P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 maris 1997) », *Dr. fam.* 1997, n° 9, chron. 9, p. 4.
[1369] Pour une réflexion sur la distinction personne/sujet de droit dans une perspective d'étude de la personnalité morale V. R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785. La réflexion est reprise par M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT qui, proposant de distinguer personne humaine et personne morale, énoncent que « *cette nouvelle façon d'envisager les personne permettrait non seulement de trouver une place* […] *aux défunts, mais aussi d'expliquer les différences de régimes entre les personnes morales (fictives) et les personnes vivantes* » : « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 423. Pour des réflexions plus anciennes v. R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français,* th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau, p. 127 et s. ; L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Librairie du recueil Sirey, 1938.
[1370] Sur ce point : A. LE GOUVELLO, « Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam*. 2015, comm. 85.
[1371] V. par ex. Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités, op.cit.*, p. 16.

juridique[1372]. Ce n'est donc qu'avant la naissance ou après la mort, dans des périodes où l'existence d'une personne juridique est discutée, que se pose la question de la pertinence d'une notion de « personne humaine »[1373]. Or, au-delà un intérêt purement conceptuel, une telle distinction n'aurait pas d'utilité en droit positif si elle ne visait pas à appliquer aux « personnes humaines » certaines dispositions dont la destination – protection des personnes-sujets de droit ou protection des personnes humaines – n'est pas clairement définie. Cette qualification juridique nouvelle n'échappe donc pas, une fois encore, à une interrogation sur son articulation avec les catégories classiques.

383. Des solutions doctrinales diverses. Pour certains auteurs, une fois constatée l'existence d'une personne humaine, seul le droit objectif a pour rôle de protéger ce qui est « être humain » mais non « sujet de droit »[1374]. C'est le droit pénal, et notamment ses dispositions de protection de la « personne humaine », qui est alors convoqué en premier lieu[1375]. Jean-René BINET affirme ainsi que « *l'indiscutable humanité de l'enfant conçu impose* […] *qu'il fasse l'objet de mesures de protection »*[1376]. L'homicide, en particulier l'homicide involontaire, et l'omission de porter secours sont ainsi au cœur de la réflexion des auteurs sur ce thème. Il s'agit en effet des seules dispositions générales potentiellement applicables à l'embryon, les autres actes qui pourraient lui porter atteinte étant compris dans la réglementation pénale sur l'avortement ou recouverts par les atteintes portées à la femme enceinte. Le questionnement de la doctrine s'étend moins aux cadavres, dont la protection est

[1372] Pour une nuance sur l'absence de personnalité juridique de l'esclave V. J.-Fr. NIORT, *Le Code Noir, idées reçues sur un texte symbolique*, éd. Le Cavalier Bleu, 2015, p. 49 et s.
[1373] S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. - À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2001, chron. 22 ; Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités, op.cit.*, p. 16. V. cependant pour une étude générale sur la notion en droit public : X. BIOY, *Le concept de personne humain en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.
[1374] P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 maris 1997), art. cit., p. 5 ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. - À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2001, chron. 22.
[1375] G. BERNARD, « Vers des droits de l'homme… sans homme ? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 107 ; E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, coll. Ethique médicale, 2004, p. 172 (protection de l' « être humain » par opposition à la personne juridique) ; une position similaire est soutenue par P. MAISTRE du CHAMBON in « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 313 ; pour G. RAYMOND l'embryon dispose d'une personnalité juridique mais c'est sa qualité d'être humain, distincte de celle-ci, qui permet sa protection par le droit pénal : « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 528 ; pour Chr. ATIAS il s'agit davantage d'une différence de « préoccupation » : *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. Droit fondamental, 1985, p. 16 ; A. LE GOUVELLO semble adopter une position similaire mais utilise la notion de « personne humaine » (« Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », art. cit.)
[1376] J.-R. BINET, « *Exceptio est strictissime interpretationis* : l'enfant conçu au péril de la biomédecine », in *Libre droit. Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 96.

assurée par des dispositions spécifiques[1377]. La réflexion ne les écarte pas totalement pour autant et certains auteurs s'interrogent sur la possibilité de les qualifier, sinon d'êtres humains, du moins de personnes humaines[1378].

384. Pour d'autres en revanche, la présence d'une personne humaine – ou d'un être humain – impose au droit l'attribution d'une personnalité juridique[1379]. L'un des arguments les plus couramment utilisés est que cette reconnaissance est nécessaire pour ne pas créer entre les « Hommes » des hiérarchies rappelant l'esclavage[1380]. Personne humaine et personne juridique seraient donc indissociablement liées, le droit ne devant pas les distinguer[1381]. Daniel VIGNEAU résume parfaitement cette position : « *le droit a ici un rôle évident qui est de constater* le donné naturel *qui s'impose à lui pour en tirer les conséquences* », en l'occurrence « *traiter l'embryon, le fœtus humain, en raison de sa nature humaine, comme une personne, un sujet de droit* »[1382]. C'est ce lien auquel tiennent particulièrement les partisans de

[1377] *Supra* n° 45.

[1378] A. GAILLIARD déduit de l'apparition de dispositions spécifiques à la protection du cadavre, tel que l'article 16-1-1 C. civ., que le droit procède à une « personnification » du cadavre qu'elle distingue soigneusement de la personnalité juridique : il s'agit là d'une protection objective de la personne humaine, notamment dans sa dignité (*Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 102, 160 et 180 et s.). v. aussi M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), art. cit.

[1379] P. KAYSER « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ,* 1998-2, p. 430 ; Ph. LE TOURNEAU, note sous CA Riom, 6 juill. 1989, *D.* 1990, p. 284 ; J.-Y. CHEVALIER, « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 136. La position de R. MARTIN n'est pas très claire, il affirme « *Être humain ne signifie rien de plus ni de moins que la personne ; il n'est qu'une façon verbale d'éviter le concept embarrassant de personne* » mais distingue-t-il la notion de celle de personne humaine, qu'il utilise également ? (« Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115.

[1380] V. par ex. B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », D. 1995, p. 205, n° 2 ; E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, coll. Ethique médicale, 2004, p. 176 ; J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », , in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 202 et 203 : à propos de l'embryon énonce que le régime juridique qui lui est appliqué conduit à *« considérer ce qui* devrait *relever de la catégorie des personnes comme relevant de la catégorie des choses* », nous souligon. Pour une comparaison osée avec le concept d'*Untermensch* v. H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, p. 136.

[1381] À ce courant il faut ajouter ceux qui semblent considérer que la personnalité est une forme d'unité entre personne humaine et juridique. V. ainsi G. CORNU : « *L'abolition de la mort civile a arraché la mort au pouvoir de la loi, et, à l'heure de la mort, être humain vie humaine et personnalité s'éteigne ensemble. À l'autre extrémité de la vie, cette synchronisation ne peut être parfaite, parce que la vie se manifeste en trois temps – conception, gestation, naissance – et que la personnalité juridique ne peut s'accomplir en plénitude qu'à la naissance. Mais dès la conception, elle s'accroche à la vie. Ce qui, à ce moment l'empêche de produire tous ses effets ne l'empêche pas d'exister dès ce moment, moins parfaite mais réelle et digne d'être considérée en son état.* », *droit civil, Les personnes*. 13e éd., n° 458 ; P. RAYNAUD, *«* L'enfant peut-il être objet de droit ? *», D.* 1988, p. 112 *: « une protection complète de la personnalité de l'enfant voudrait que soit dépassée la fiction pour être affirmée la réalité de la personnalité dès la conception, comme les données scientifiques actuelles le permettraient peut-être.* » ; Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités, op.cit.*, p. 18 et s.

[1382] D. VIGNEAU, « "Dessine-moi" un embryon », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 63, nous soulignons. L'auteur réaffirme sa position dans l'article « La mise à disposition de l'embryon ou du fœtus humain », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 321.

la « théorie du doute », c'est-à-dire les auteurs qui considèrent que le doute quant à la « personnalité humaine » de l'embryon doit conduire à lui reconnaître la personnalité juridique[1383]. On perçoit dès lors que l'invocation de la personne humaine se situe parfois à la frontière entre une attitude descriptive du droit et une démarche prescriptive. Vincent ORTET voit ainsi dans cette notion « *une voie médiane entre positivisme réducteur et jusnaturalisme flou* »[1384].

385. Confusion des termes, confusion des opinions. La distinction entre les partisans d'une protection par le seul droit objectif et les tenants d'une attribution de la personnalité juridique – et donc potentiellement de droits subjectifs – n'est cependant pas toujours évidente[1385]. Ainsi Alexandra BELAU–GUILLET déclare-t-elle que les enfants nés non viables ne sont pas des personnes juridiques mais qu'ils n'en sont pas moins des « personnes humaines » titulaires d'un « *droit à la vie* »[1386], terme qui tend à évoquer l'existence d'un droit subjectif[1387] et donc d'un sujet de droit[1388]. De façon proche, Pierre MURAT, tout en plaidant pour une reconnaissance d'une notion « d'être humain » distincte de celle de personne juridique, considère qu'une filiation pourrait être établie à l'égard des enfants mort-nés[1389]. Il prend

---

[1383] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles,* Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 134, n° 225 *;* A. SÉRIAUX*, Le droit, une introduction,* Ellipses, 1997, n° 24, cet auteur ne semble pas distinguer clairement personnalité juridique et statut d'être humain ; pour une position proche, considérant que le critère de la dignité est impuissant à distinguer être humain et personne juridique : A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 447 ; G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personne juridique. "Qui se souvient des Hommes" », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1994, p. 39. Cette attitude de « doute » semble correspondre au positionnement philosophique de l'Église catholique : v. J.-M. LE GAC, *L'homme, un embryon permanent. Questions de bioéthique : la science, la philosophie et l'enseignement de l'Église,* éd. Téqui, 1995, p. 77.

[1384] V. ORTET « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 176. Sur la notion de jusnaturalisme v. *infra* n° 478.

[1385] Pour un exemple à propos du cadavre v. J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de cadavres », art. cit., n° 68, act. : l'auteur semble dans un premier temps distinguer personne humaine et personne juridique, classant le corps mort dans la première catégorie. Mais, à la fin de son article, il rattache apparemment l'action intentée par des associations dans l'affaire *Our Body* à la protection de *droits de la personnalité*. Sur cette affaire v. *infra* n° 698.

[1386] A. BELAUD-GUILLET, « Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie », *LPA*, 1998, n° 111, p. 8. V. aussi Ph. PEDROT qui semble dans un premier temps écarter la question de l'ontologie (« *Devant l'impossibilité de concilier les positions philosophiques relatives au statut de l'embryon, on peut se demander si la meilleure voie pour trouver un terrain d'entente n'est pas celle, non pas du statut ontologique de l'embryon, mais celle du statut juridique*. ») avant d'utiliser sans les interroger les notions de personne humaine et de droits (« *La question de savoir à partir de quand l'enfant conçu doit être respecté en tant que personne humaine n'est-elle pas, en définitive, une fausse question ? Ne serait-il pas préférable de chercher à déterminer quels sont les droits dont l'enfant à naître peut se prévaloir* ») : « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G.* 1991.I.3483.

[1387] Pour une réflexion sur le « droit à la vie » comme droit subjectif ou comme élément de droit objectif : B. MATHIEU, *Le droit à la vie,* éd. Conseil de l'Europe, 2005, Strasbourg, p. 16.

[1388] On pourrait ici s'interroger sur la parenté qu'une telle position pourrait entretenir avec l'idée de « sujet de jouissance » V. *supra* n° 376.

[1389] P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour

cependant soin d'établir que la notion de filiation est, pour lui, attachée aux caractéristiques biologiques de la personne. On conçoit cependant que cette conception minoritaire de la filiation est de nature à brouiller la distinction initiale voulue par l'auteur.

386. Conclusion de la Section 1. Confrontée à un état du droit positif qui ne protège pas totalement l'embryon et le cadavre comme des personnes, tout en leur appliquant un régime distinct de celui des choses ordinaires, la doctrine juridique a tenté de s'émanciper de la rigidité des catégories juridiques classiques. Certains ont cherché à les subdiviser, soit dans le sens d'une personnalité atténuée soit dans celui d'une chose particulière. D'autres au contraire ont tenté de nuancer ces distinctions par l'usage de nouveaux concepts. Pourtant, l'ensemble de ces démarches s'expose au risque de la re-catégorisation dans la *summa division* chose/persone. En effet, si les catégories de chose et de personne ont traditionnellement la prétention d'englober toute la réalité juridique, alors toute notion nouvelle peut y être introduite de force. Un fœtus dont la destruction par avortement n'est pas autorisée mais pas non plus sanctionnée par le droit pénal, ne peut-il simplement être qualifié de chose[1390] ?

La difficulté de la méthode inductive est évidemment le choix du ou des critères déterminant la catégorisation[1391]. En ce sens, la volonté de dépassement peut sembler vaine au sens où elle est impuissante à s'opposer à ceux et celles qui tiennent à la catégorie, non pas seulement pour le régime qu'elle suppose mais pour sa seule force symbolique : dire ce qu'*est* l'objet. C'est pourquoi, par exemple, les auteurs partisans d'une plus grande protection de l'embryon dénoncent couramment l'idée de qualification par seuil[1392] : à leur sens la définition de la catégorie « personne » *s'impose* au droit[1393]. Implicitement la véritable distinction entre les démarches doctrinales est donc celle-ci : s'agit-il par la qualification de décrire l'état du droit ou de contraindre le système juridique à respecter des notions qui lui sont extérieures ?

---

d'appel de Lyon du 13 maris 1997), *Dr. fam.* 1997, n° 9, chr. 9.

[1390] V. par exemple : P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit », *D*. 1988, p. 111, §14.

[1391] V. *Supra* n° 100.

[1392] F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu. Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer*, th. Paris, 1894, p. 80 ; R. ANDORNO la personnalité juridique est même considérée comme une « qualité » de l'être humain : *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 131 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, op.cit.*, p. 169 et s. ; G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ*. 1990, n° 4, p. 611.

[1393] Dans le cas de R. ANDORNO la personnalité juridique est même considérée comme une « qualité » de l'être humain : *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles,* Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 67, n° 113.

Section 2 La catégorisation : démarche prescriptive de la doctrine à l'égard du droit

387. Une partie de la doctrine consacrée aux embryons et aux cadavres adopte à l'égard du droit une démarche inductive. Celle-ci la conduit, étant donné la confusion du droit positif actuel, à constater l'existence d'un *régime* particulier concernant les embryons et les cadavres. Elle cherche parfois à en expliquer l'existence positive par des considérations extra-juridiques, telle que la nature biologiquement humaine de ces matériaux[1394]. Le « respect » de ces corps, terme issu du droit positif[1395], est alors un impératif construit juridiquement[1396]. Une autre démarche consiste en revanche à considérer que c'est en raison d'une *ontologie* de l'embryon ou du cadavre, s'imposant au droit, que ces objets particuliers devraient être protégés. La qualification n'est alors plus seulement une *conséquence incidente* de l'étude du droit positif, elle devient un *enjeu*[1397] en soi, enjeu politique, enjeu idéologique, puisque des catégories proposées devraient alors découler un régime[1398]. Or, plus le droit positif évolue dans le sens d'une moindre protection des corps avant la naissance et après la mort, plus la doctrine hostile à cette évolution est conduite à chercher à l'extérieur du droit[1399] les éléments qui pourront lui permettre de suggérer une qualification jugée plus protectrice. La qualification de chose est alors généralement concédée au regard des dispositions du droit positif, mais envisagée comme un pis-aller appelé à disparaître si le droit venait à reconnaître la *nature* de ces corps[1400].

[1394] À propos du cadavre : Gr. LOISEAU, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009, p. 236 ; Fr. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 8e éd., 2012, n° 31 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1re éd., PUF, 2006, p. 35 (ces auteurs considèrent que la personnalité humaine s'éteint avec le décès alors que la personnalité juridique se prolonge dans la personne des héritiers). Pour une position en droit belge, v. par ex. G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne sur son corps : portée et balises en droit belge », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 109, qui qualifie le cadavre de « *chose respectable* ».

[1395] 16 et 16-1-1.

[1396] Cette pensée pourrait être rapprochée de l'idée que le droit doit être envisagé en termes de « centres d'intérêt ». Sur cette notion V. *supra* n° 378.

[1397] C'est d'ailleurs le titre de l'étude de C. LABRUSSE-RIOU sur cette question : « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 19. L'auteure semble pourtant consciente de l'aspect politique de la question : v. C. LABRUSSE-RIOU, V° *Interruption de grossesse,* in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et St. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 2003, p. 850.

[1398] Parfois le régime juridique est présenté comme une telle évidence que l'étape de la qualification n'est même pas évoquée. V. par ex. B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 269 : « *Le respect de la vie devrait également,* en toute logique*, englober la protection de l'embryon »*, nous soulignons.

[1399] Pour plus de développement v. *infra* n° 408.

[1400] X. LABBÉE, « La personne, l'âme et le corps », *LPA*, déc. 2002, n° 243, p. 5 ; et dans sa thèse : *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990, p. 435 ; J.-J. TAISNE, « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes ? », *LPA,* déc. 2002, p. 25. La position de Cl. NEIRINCK est moins affirmative mais elle semble bien déplorer que l'embryon ne soit pas considéré comme une personne humaine : « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, n° 13 ;

388. La multiplicité des qualifications ainsi construites rend toute nomenclature difficile : non seulement la doctrine articule-t-elle, dans une infinie diversité de combinaisons, les notions de personne, personne humaine, être humain, personne juridique et sujet de droit, mais la définition de ces termes peut varier d'un auteur à l'autre. Jean HAUSER remarque ainsi que le vocabulaire « *est devenu d'une remarquable obscurité* »[1401]. À tel point qu'il n'est pas toujours évident de distinguer, dans la démarche doctrinale, ce qui relève de la description du droit positif et ce qui correspond à une démarche prescriptive, visant à affirmer que le droit *doit* respecter des notions qui lui sont extérieures. Pierre MURAT souligne bien toute l'ambiguïté de la démarche lorsqu'il écrit « *la personnalité est tournée vers l'action ; la qualification d'être humain vers l'essence* »[1402] : en affirmant que la désignation d'un corps comme « être humain » est le résultat d'une « qualification », il mêle processus juridique et recherche ontologique[1403]. Et lorsqu'il ajoute plus loin que « *la qualification d'être humain, c'est une individualisation sur le plan symbolique* »[1404], il opère un glissement supplémentaire de la recherche ontologique à la qualification juridique puis de la qualification juridique à la consécration d'un statut particulier : l'individualisation symbolique, dans l'esprit de l'auteur, doit conduire à une protection de l'être humain[1405] par le droit.

389. Car c'est bien la recherche des critères de l'humanité qui est au cœur de la démarche de ce que nous appellerons la « doctrine de l'ontologie » : il s'agit pour elle de déterminer la *nature humaine* des corps afin de l'imposer au droit. Ce caractère impératif du respect de l'humain est dû, selon les auteurs, soit à une ontologie du droit lui-même[1406], outil par nature de protection de la personne humaine, soit au fait que le droit positif révèlerait une volonté de protéger, généralement, les éléments constitutifs de la personne humaine – quelles qu'en soient les caractéristiques. Martine HERZOG-EVANS résume parfaitement cette position lorsqu'elle affirme :

Chr. HENNEAU-HUBLET affirme ainsi que l'embryon n'est pas une personne avant de déplorer que ne soit pas respectée « *la valeur en soi que représente, par son originalité génétique humaine, la vie humaine commençante, la vie humaine non encore née* » mais fait référence quelques lignes plus loin au fait que le droit ait été bâti pour *« préserver l'homme et sa dignité* » : « Le statut de l'embryon humain », *JIB*, 1990, vol. 1, n° 2, p. 90.

[1401] J. HAUSER, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz/Lexis-Nexis/Litec, 2004, p. 207.

[1402] P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997), *Dr. fam.* 1997, n° 9, chr. 9, p. 5.

[1403] Pour un exemple d'utilisation d'une interprétation inductive du droit pour démontrer que l'embryon n'est pas une personne humaine en droit positif mais qu'il devrait le devenir : J.-J. TAISNE, « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes ? », *LPA,* déc. 2002, n° 243, p. 25.

[1404] P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique art. cit., p. 5.

[1405] Dans le cas de cette contribution il s'agit de l'embryon.

[1406] Sur la recherche d'une ontologie du droit naturel, fondé sur la « nature de l'homme » V. P. KAYSER « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ,* 1998-2, notamment p. 404 et s.

> *« ce n'est pas l'analyse juridique qui doit démontrer l'humanité de l'Homme, mais cette humanité qui doit s'imposer par nature au droit : le droit devrait plier devant l'évidente humanité de l'embryon dès la fécondation et ce n'est pas un raisonnement juridique qui doit en établir la nécessité, mais la biologie, l'éthique et, sans doute, le caractère sacré*[1407] *de l'Homme »*[1408].

Les instruments de cette protection – personnalité, protection objective – divisent la doctrine mais ce n'est pas tant sur l'ordonnancement précis de ces propositions juridiques qu'il convient de s'interroger, mais plutôt sur les *critères* retenus par les auteurs qui adoptent cette attitude prescriptive. La dimension biologique de l'humain est avancée par nombres d'auteurs **(§1)**, mais ce critère est concurrencé par les notions de dignité et de sacralité **(§2)**.

§1. Le respect de la nature des corps : le critère biologique

390. La biologie : référence historique pour la condition de l'embryon. La référence à la science biologique comme outil de *prescription* du régime des corps est une démarche qui s'exprime dès les premières tentatives de qualification par la doctrine moderne. Dès cette période on remarque également que les démarches descriptives et prescriptives ne sont pas toujours clairement distinguées.

Ainsi, Louis SEBAG, dans son étude sur le statut des enfants à naître[1409] est tiraillé entre ces deux approches. D'une part, il cherche dans son introduction une qualification qu'il semble déduire d'une analyse du droit positif, notamment en termes d'intérêts protégés[1410] ; mais, d'autre part, il tire certaines de ses affirmations d'éléments extra-juridiques qui semblent en contradiction avec sa vision de la personnalité comme attribut du droit. Il affirme ainsi que « *les réflexions sociales, si pertinentes soient-elles, ne sauraient nous faire oublier que la vie humaine est une chose sacrée*[1411]*, et que l'enfant conçu, c'est déjà la Vie* [*sic*.] »[1412]. L'argument est à la fois biologique et, vraisemblablement, religieux[1413]. Il s'appuie alors sur ce constat pour affirmer qu'« *un système juridique cohérent doit commencer par accorder à l'enfant conçu le premier des droits : le droit à la vie* »[1414]. On voit ici tout le paradoxe de la démonstration, qui

---

[1407] Sur cette notion spécifiquement V. *infra* n° 508.
[1408] M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, n° 1, p. 65.
[1409] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris Librairie du recueil Sirey, 1938. V. aussi *supra* n° 370.
[1410] *Ibid.*, p. 10 et s.
[1411] Sur cette notion précise v. *infra* n° 508 et n° 531.
[1412] *Ibid.*, p. 47.
[1413] Le caractère religieux de la qualification de personne pouvait être présent dans des écrits antérieurs. Ainsi, si E. BARTHE (*De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu.* th. Toulouse, 1876) s'applique à définir la personne au début de son étude de droit romain (p. 6), ce n'est que pour rappeler un peu plus loin que *l'existence* des enfants conçus est « *inviolable et sacrée comme celle des autres hommes* » (p. 7). La suite des considérations, notamment sur les droits successoraux, se fait sans recourir à la notion de personne.
[1414] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*,

s'applique dans un premier temps à la subdivision de la catégorie de « personne » par une analyse inductive mais qui, sur certains points, fonde la nécessité du régime et de la qualification, voire l'entièreté de la cohérence du système juridique, sur des éléments extérieurs au droit[1415]. Dans un même ordre d'idée, on retrouve chez cet auteur le critère de la protection contre la souffrance[1416] - emprunté à JHERING - et qui était repris, de façon critique, par René DEMOGUE[1417]. Ce critère, à la frontière, une fois encore, du biologique et du spirituel, réapparait encore aujourd'hui dans la doctrine[1418].

391. La biologie, outil de détermination de l'« humain ». Il convient de nouveau ici de souligner la distinction entre deux attitudes de la doctrine. Une première démarche admet qu'il existe bien, hors du droit, des êtres humains, des corps dont la biologie tend à montrer qu'ils font partie d'une espèce commune – déterminée notamment par ses caractéristiques génétiques – et qu'ils sont vivants, mais qui considère que cette donnée n'impose rien de plus au droit que les valeurs *qu'il veut bien se donner à lui-même*[1419]. Une seconde, sur laquelle nous nous concentrons, consiste à rechercher, hors de la sphère juridique, les éléments d'une définition de l'humain qui *s'imposeraient* au droit. Que cet « enregistrement » du droit passe par la qualification d'être humain, de personne humaine ou même de chose humaine[1420], le

op.cit., p. 39. V. aussi F. MONTIER (*Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu. Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer*, th. Paris, 1894) qui entame quant à lui son essai en affirmant que la société se doit de protéger une « espérance de vie future » (p. 1) et le termine par cette affirmation : « *dès la conception, il y a dans le sein de la mère un être, dont le droit à la vie est indéniable* » (p. 78). Sans explicitement passer par la qualification de personne, il constate alors l'existence de droits au profit de l'embryon.

[1415] Ce mélange de travail inductif et déductif se retrouve par exemple dans le commentaire de J.-L. AUBERT à propos de l'arrêt *Perruche* (« Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.* 2001, p. 489.) : l'auteur analyse l'arrêt comme affirmant un droit à ne pas naître pour l'embryon (qui découlerait du droit des femmes à l'IVG) et affirme à propos de l'existence d'un droit personnel prénatal : *« il est permis de ne pas s'étonner outre mesure : la théorie des droits de la personnalité est appelée à évoluer sous la pression des "progrès" des sciences biologique et médicale. Le droit ne peut pas ne pas s'ajuster à la maîtrise croissante de l'homme sur le phénomène humain* ».

[1416] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, *op.cit.*, p. 8.

[1417] R. DEMOGUE « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, p. 621.

[1418] C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation de transfert d'embryon post mortem », *D.* 2001, 1397, p. 1397.

[1419] Certaines positions sont plus ambigües : ainsi G. RAYMOND affirme-t-il dans un premier temps la distinction entre la conception juridique de la personne et la conception morale, philosophique de la personne humaine avant d'écrire, plus loin « *la personnalité juridique de l'embryon est intégralement dépendante de son existence biologique* » : « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 524 et 527 ; Chr. ATIAS a également un positionnement flou : tout en affirmant que la personne humaine n'est pas une notion juridique mais biologique, il conçoit que le droit puisse parfois ne pas la protéger, in *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. Droit fondamental, 1985, p. 14.

[1420] Cl. NEIRINCK évoque la « nature » dans la reproduction : « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, n° 13, p. 845.

critère biologique est, pour une grande partie de la doctrine, l'élément déterminant de la notion d'humanité du corps. La nature de ce critère varie cependant selon les auteurs.

392. Lorsque Jean-René BINET affirme que l'embryon est « *indubitablement un être humain*»[1421], il entend par là que la qualité du matériau génétique embryonnaire est évidemment humaine. Cette référence aux fondements génétiques de la détermination de la *catégorie* « être humain » est très fréquente[1422]. Pour autant, la seule qualité génétiquement humaine d'un corps est souvent considérée comme insuffisante pour imposer au droit une protection, sauf à faire tomber dans cette catégorie la moindre rognure d'ongle. C'est pourquoi certains auteurs ajoutent à ce constat celui de l'existence d'un organisme complexe organisé[1423]. Mais c'est surtout au critère de la « vie »[1424] que la plupart des auteurs attache le pouvoir de déterminer l'existence de l'humain, ce qui leur permet de ne pas s'interroger sur le statut du cadavre.

Une fois encore, ce critère n'est pas sans fondement juridique, l'article 16 du Code civil faisant explicitement référence à cette notion, non comme critère mais comme élément indissociable de la notion d'être humain[1425]. C'est ainsi que Philippe MALAURIE affirme :

> *« depuis 1975, peu à peu on* [cesse] *de poser la question* [de la protection de l'embryon] *sur l'obscur et ambigu terrain de la personnalité juridique, mais seulement sur celui de l'existence humaine. L'embryon est un être humain et vivant, mais n'a pas toujours la personnalité juridique. Il est un être humain*

[1421] J.-R. BINET, « *Exceptio est strictissime interpretationis* : l'enfant conçu au péril de la biomédecine », in *Libre droit. Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008. p. 111.

[1422] V. par ex. : G. BERNARD, « Vers des droits de l'homme… sans homme ? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 106 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 160 ; I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 145 : à propos de l'embryon, qualifié dans cet article d' « être humain » : « *il est heureux que son essence humaine lui donne une place à part* » ; P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit », *D.* 1988, p. 112. *Contra* C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 26.

[1423] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 161 ; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les choses et les personnes à l'épreuve des procréations artificielles*, Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 127, n° 212.

[1424] Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités, op.cit.,* p. 18 et s. ; Cl. BRUNETTI-PONS, « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse » ; *Dr. fam.* 2001, n° 11, chr. 23 : « *la vie humaine mérite protection en elle-même* » ; J.-R. BINET, *droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 214 : « *ce qu'il faut protéger n'est* […] *pas la personne juridique, fiction d'utilité sociale, mais la vie, donné naturel précieux* » ; J.-Y. CHEVALIER, « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 128 ; A. LE GOUVELLO, semble adopter une position similaire lorsqu'elle précise, pour déplorer l'absence de sanction de l'homicide involontaire sur embryon qu'« *afin de redonner corps à des solutions abstraites, il n'est pas inutile de se souvenir que le fœtus à trente semaines, dont le cœur bat et qui développe une activité cérébrale intense, est au stade de la prématurité moyenne et pourra vivre s'il sort du ventre de sa mère* ». On peine cependant à savoir si l'auteure adhère à l'idée d'une protection graduée en fonction de la maturité (« Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam.* 2015, comm. 85).

[1425] « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Sur les « positions » contenues dans cet article : G. CORNU, « L'embryon humain », *in L'art du droit en quête de sagesse,* 1re éd., PUF, 1998, p. 6.

parce qu'il vit. Si l'on peut soutenir que c'est à la loi de définir la personnalité juridique c'est sûrement et seulement la nature qui décide ce qu'est la vie »[1426].

Par cette référence à la « nature », Philippe MALAURIE affirme implicitement que la notion d'être humain, déterminée biologiquement, s'impose au droit. Sophie JOLY fait de même lorsqu'elle s'appuie sur le critère de la « vie humaine » pour déterminer une *catégorie juridique* d'être humain dont le respect « *est un principe qui transcende le droit civil et doit éclairer le droit pénal* »[1427].

393. La biologie : argument contre le refus d'une protection graduée. Fonder la qualification de la personne humaine sur des critères biologiques conduit les auteurs qui adhèrent à cette position à refuser théoriquement toute idée de seuils ou de subdivisions de cette catégorie[1428] : pour cette partie de la doctrine, la « personnalité humaine » n'est pas graduelle ; elle est ou n'est pas. Tous les partisans de cette opinion soulignent en effet que le développement de l'embryon est un processus continu de la conception à la naissance ; ce qui les conduit notamment à réfuter l'idée de « personne humaine potentielle » [1429] proposée par le Comité consultatif national d'éthique[1430].

394. La biologie, outil de détermination des seuils de protection. Pour autant, les auteurs sont confrontés à la réalité du droit positif[1431] : une protection discontinue du corps

[1426] Ph. MALAURIE (note ss. L'arrêt CA Lyon 13 mars 1997, Defrénois 19997, art. 36578 ?)

[1427] S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. - À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2001, chron. 22. Pour une position similaire v. P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 316 et 318.

[1428] M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, n° 1, p. 65 ; G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personne juridique. "Qui se souvient des Hommes" », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1994, p. 37. La position de Cl. BRUNETTI-PONS est plus ambiguë puisqu'elle affirme d'abord que « *la référence à la durée n'est guère satisfaisante en ce domaine. En premier lieu, la référence au temps repose sur un choix nécessairement arbitraire. Il n'est d'ailleurs pas satisfaisant de rechercher à partir de quelle date une vie mérite d'être protégée* » avant d'admettre qu'un fait juridique peut permettre de distinguer la chose de la personne ; elle ne retient alors que la conception ou la naissance, écartant sans les justifier les autres étapes possibles (« Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse » ; *Dr. fam.* 2001, n° 11, chr. 23). Cette position doctrinale apparaît très tôt : F. MONTIER, *droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu. Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris, 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 80.

[1429] A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G.* 2010, n° 99, p. 177 ; pour une position fondée sur l'idée d'« animation » : E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, coll. Ethique médicale, 2004, p. 122 et s. ; *contra* et pourtant pour une personnalité juridique dès la conception : P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chr. p. 112.

[1430] CCNE, 22 mai 1984, Avis n° 1, *sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*. Pourtant, sur la possibilité d'une lecture téléologique de la notion, conduisant à une vision non-graduelle de la personne v. D. TSARAPATSANIS, « Quelques remarques conceptuelles sur la personnalité potentielle des entités prénatales », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, not. p. 58 et s.

[1431] Comme le note G. CORNU, en droit, « l'âge compte » : *L'art du droit en quête de sagesse,* 1re éd., PUF, 1998,

humain avant la naissance qui s'appuie, notamment en matière d'avortement, sur un critère physiologique de durée de la grossesse[1432]. Avant même la légalisation de l'avortement, d'autres éléments, notamment en jurisprudence, pouvaient inciter à une analyse du droit en termes de seuils biologiques, par exemple au regard de la date de viabilité[1433].

395. L'analyse de ces dispositions par certains analystes dépasse malgré tout l'attitude descriptive[1434] : tout en admettant l'état du droit, ils recourent parfois aux critères biologiques pour en suggérer l'inadéquation. On perçoit ici le malaise induit par la volonté d'appuyer théoriquement son raisonnement sur un élément extérieur au droit – par exemple le supposé seuil scientifique entre embryon et fœtus[1435] – tout en s'efforçant de le faire correspondre à un droit positif qui s'en écarte progressivement[1436]. C'est ainsi qu'apparaissent, sous la plume de François TERRÉ, des affirmations étonnantes : considérant que l'acquisition de la personnalité juridique *doit* correspondre au passage du stade embryonnaire au stade fœtal, il fixe cependant cette étape à la dixième semaine de grossesse afin de la faire correspondre au droit positif d'alors[1437]. René THÉRY, tout en s'appuyant également sur des considérations biologiques ne s'embarrasse même pas de cette considération et divise simplement le statut juridique prénatal en autant d'étapes que de trimestres[1438]. Cet auteur, considérant qu'il est *nécessaire* de prendre en considération la viabilité du fœtus, se trouve ainsi contraint à une « description » du droit positif qui s'écarte manifestement de sa lettre[1439]. Pour une partie de la doctrine cependant, le

---

p. 6, nbp 1.

[1432] Pour une illustration de l'utilisation des seuils par la Cour suprême américaine dans la détermination du régime de l'avortement v. K. ORFALI, « Biomédecine, corps de femme et corps social aux États-Unis. », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 308.

[1433] Par ex. pour l'absence d'obligation de permis d'inhumer pour un fœtus non-viable : Cass. 7 août 1874 : *S.* 1875.I.41, note E. VILLEY ; *D.* 1875.I.8. sur le rapport entre viabilité et délai de conception légale : Cass civ. 11 juill. 1923, *Gaz. Pal.* 1923.2.507. Pour des développements spécifiques sur la question des actes d'enfants sans vie v. *supra* n° 135 et *infra* n° 871.

[1434] C'est ainsi que J. HAUSER, tout en considérant que la détermination du statut des embryons est fondamentalement une question juridique, affirme qu'« *il faut évidemment s'en remettre partiellement à la médecine* » (« Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* 2012, n° 9, dossier 4).

[1435] La distinction entre embryon et fœtus relève en effet avant tout d'une convention arbitraire : W. J. LARSEN, G. C. SCHOENWOLF, St. BLEYL, Ph. BRAUER, Ph. FRANCIS-WEST, *Embryologie humaine,* De boeck, 2011, p. 5. Sur une approche critique de l'usage de critères biologiques « neutres » v. *infra* n° 441.

[1436] Le délai légal d'IVG a été relevé de dix à douze semaines de grossesse par la loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001 : JORF n° 156 du 7 juill. 2001, p. 10823. Art. 2.

[1437] Fr. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit,* Flammarion, 1987, p. 143 et s. : l'auteur ajoute : « *une raison de droit positif s'ajoute à la raison biologique* » ; dans la dernière version du manuel de cet auteur, postérieur à l'allongement du délai d'IVG, cette distinction embryon/fœtus est maintenue et placée à ce nouveau délai de douze semaines : Fr. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 8e éd., 2012, n° 24.

[1438] R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, n° 33, chron., p. 232.

[1439] *Ibid.*, p. 236. De la même façon, P. MAISTRE du CHAMBON, après avoir fermement affirmé que « *les différentes étapes du développement d'une vie, depuis l'embryon jusqu'à la personne en passant par le stade fœtal,*

critère du caractère biologiquement humain du corps n'est pas suffisant pour caractériser une *nature humaine* des corps qui s'imposerait au droit. Si certains, comme Roberto ANDORNO, refusent de s'engager sur le critère « philosophique » à même de définir la personne humaine et choisissent la position du « bénéfice du doute »[1440], pour d'autres en revanche, le droit doit respecter une autre ontologie des corps : leur caractère digne ou sacré.

§2. Le respect de la nature de l'Homme : les critères de dignité et de sacralité

396. Au-delà du critère biologique, le droit doit, pour certains auteurs, respecter la dignité des corps **(A)**. Mais une autre notion, proche de la première, émerge actuellement sans que l'on puisse toujours déterminer si elle est un nouveau *critère* de qualification ou une *nouvelle qualification* : la sacralité des corps **(B)**.

A. La dignité : notion sociale ou transcendentale ?

B. La sacralité : essence ou conséquence ?

A. La dignité : notion sociale ou transcendentale ?

397. La dignité : entre notion juridique et critère ontologique. La dignité présente l'avantage, dans une démarche doctrinale, d'être à la fois extra et intra-juridique. Elle permet donc aisément le glissement d'un champ à l'autre et donc le passage de la description du droit à la prescription pour le droit, de sorte qu'il n'est pas toujours évident de distinguer l'attitude descriptive de la démarche prescriptive. Par exemple lorsque Jean HAUSER énonce que les cadavres sont « *protégés par le principe de dignité qui nous paraît concerner l'espèce humaine en général, à naître, morte ou vivante* »[1441]. Le principe de dignité, qui semble à première vue être entendu ici comme principe juridique, est-il selon lui la *conséquence* de la qualification

ne se préoccupent pas des exigences juridiques et demeurent étrangères aux interrogations liées au passage d'un être vivant à la réalité juridique que représente le concept de personne », énonce un peu plus loin que l'on peut « *voir dans le fœtus doté des organes nécessaires à sa survie un être humain ou une personne au sens pénal du terme* » mais que « *tel n'est pas le cas de l'embryon qui n'est encore ni une personne ni un être humain, mais seulement une espérance, une vie encore conditionnée par celle de son auteur* », réintroduisant ainsi la discontinuité dans les développement de la personne qu'il affirmait récuser : « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 316 et 319-320. V. sur ce point l'analyse de D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 154.

[1440] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 134.

[1441] J. HAUSER, « La mort en ce jardin », *RTD civ.* 2009, p. 501.

biologique d'espèce humaine ou doit-il être considéré comme principe extra-juridique déterminant une *catégorie juridique* d'espèce humaine ?

398. La distinction entre la dignité-critère de la personne humaine et la dignité-droit de la personne n'est pas toujours clairement exprimée par les auteurs[1442]. Ainsi, lorsque Bertrand MATHIEU écrit « *le droit à la vie s'inscrit dans la catégorie des droits inhérents à la personne humaine* » puis, plus loin, « *le droit à la vie* […] *découle directement du principe de dignité humaine* »[1443], on peine à savoir si la dignité est le critère déterminant *essentiellement* la personne humaine, à laquelle le droit se doit d'accorder un droit à la vie, ou si les caractéristiques essentielles de la personne humaine, de « *l'homme naturel* »[1444] (ses caractéristiques biologiques ?), imposent au droit de lui reconnaître, *sur le plan juridique*, une dignité de laquelle découlerait un droit à la vie. La réponse à cette question est sans doute dans l'affirmation, énoncée plus loin dans le même texte : « *le principe de dignité porte un parti pris ontologique sur l'homme. Il signifie et implique que chaque homme doit être traité comme un sujet et non comme un objet* »[1445]. Cette formule, qui fait manifestement référence à l'impératif kantien, tend à faire valoir que la dignité serait, hors du droit, un critère déterminant de la personne humaine, notion qui s'imposerait au droit par une sorte d'impératif moral[1446]. De la même façon, lorsque Bernard EDELMAN affirme qu'« *à la "personne" – qui suppose la "conscience de soi" – dont la qualité juridiquement éminente est la "dignité", on oppose l'"être humain" – embryon et fœtus – qui a droit au "respect"* »[1447], il exprime à la fois une analyse de l'article 16 du Code civil et un regret, lié au fait que l'on peut, selon lui *« tout dire* [de l'embryon] *sauf qu'il ne deviendrait pas une personne humaine si Dieu lui prêtait vie* »[1448].

399. Dignité ontologique de l'humain biologique. Utilisé pour la qualification de l'embryon, le critère de la dignité est rarement détaché de la qualité *biologiquement* humaine du corps prénatal. On trouve donc souvent chez les auteurs trois notions distinctes : l'être humain (biologique), la personne humaine (digne) et le sujet de droit ou la personne

[1442] Par ex. R. MARTIN, « Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115 : l'auteur s'appuie sur le droit positif pour déterminer la nature d'« être humain » de l'embryon puis affirme « *À l'embryon, personne potentielle, être humain, est rattachée la qualité de dignité* », dignité dont il fait ensuite découler un certain nombre de conséquences comme la qualification d'homicide en cas de destruction d'un embryon *in vitro* « *personne humaine au moins potentielle* ». Le glissement entre le raisonnement juridique et la position philosophique est constant.
[1443] B. MATHIEU, *Le droit à la vie,* éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 12.
[1444] *Ibid.,* p. 16.
[1445] *Ibid.* p. 19.
[1446] Pour une critique de cette démarche v. *infra* n° 502.
[1447] B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 206.
[1448] *Ibid.*, p. 205.

juridique[1449]. À la qualité première d'humain biologique est alors adjointe une caractéristique seconde de dignité, déterminante pour le « *statut moral* »[1450]. Ainsi, Aude MIRKOVIC, l'une des tenantes du critère de la dignité, rappelle que la nature d'être humain de l'embryon est une « *évidence scientifique* »[1451]. Selon elle, cette qualité n'est pourtant pas déterminante pour l'attribution de la qualité de « personne humaine » dont le critère fondamental se trouve dans une dignité ontologique, transcendantale[1452]. En cela, cette auteure se rapproche de la position de Dominique THOUVENIN :

> *« le concept de personne humaine, différent de celui de sujet de droit* […] *se caractérise par une qualité qui lui est intrinsèque : la dignité de la personne exprime son essence, c'est-à-dire une qualité qui lui est conférée en tant que telle et qui est donc indépendante de toute convention, notamment sociale »*[1453].

La dignité est bien alors conçue comme une *qualité* de l'embryon, comme le critère de son humanité.

La thèse d'Élodie BAYER est symptomatique de cette articulation entre biologie et dignité. Considérant que l'analyse de leur régime juridique exclut toute qualification de personne juridique[1454], l'auteure propose pour les embryons et les cadavres une qualification de « *choses humaines* »[1455]. Cette nature humaine peut, selon elle, être liée à leurs qualités génétiques[1456] mais elle n'en affirme pas moins que le « *propre de la personne humaine* » est

---

[1449] V. notamment X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, n° 283 et s. ; V. aussi J.-R. BINET, droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine, PUF, 2002, p. 213 et C. LEVY, La personne humaine en droit, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000, not. p. 226. *Contra* Cl. BRUNETTI-PONS qui ne distingue que l'être humain, protégé par le droit objectif et la personne (juridique et humaine), titulaire de droits subjectifs in « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. fam.* 2001, n° 11, chr. 23.

[1450] Pour une analyse de cette démarche pour l'embryon v. not. D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 119.

[1451] A. MIRKOVIC, « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! », *LPA*, juin 2002, n° 119, p. 4 ; « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G.* 2010, n° 99, p. 180, n° 19.

[1452] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 203 et s.

[1453] D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 26. La formulation de cette affirmation est ambiguë : on pourrait penser qu'il s'agit d'une affirmation de l'auteure mais cette pensée semble contradictoire avec celle qu'elle exprime dans « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 161, n° 68 et suivants, article dans lequel elle rejette le caractère opératoire de la dignité comme concept juridique. S'agit-il d'un changement d'opinion ou la formulation citée ne renvoie-t-elle qu'à ce que l'auteure pense être l'esprit de la loi, sans vouloir y apporter son approbation ? A. BERTRAND-MIRKOVIC a cependant une formule presque identique lorsqu'elle affirme : « *étant intrinsèque à la personne, la dignité est indépendante de toute convention, notamment sociale. Elle ne dépend pas de la reconnaissance d'autrui et, en particulier, n'est pas attribuée par le droit » : La notion de personne, op. cit.,* n° 389.

[1454] É. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact., Toulouse 1, 2003, p. 105 et 119.

[1455] L'auteure applique cette qualification à plusieurs objets : corps, embryons mais aussi productions intellectuelles : *op.cit.*, p. 234 et s.

[1456] *Ibid.*, p. 214.

bien la dignité[1457]. Son raisonnement illustre alors le « détour » effectué hors du droit : la dignité est présentée comme imposant au droit la protection de ces choses particulières que sont les éléments d'origine humaine. Elle écrit ainsi :

> *« la spécificité et la protection accrue que requièrent les éléments d'origine humaine, en raison de la dignité inhérente à leur humanité, commandent que leur soit associée une prise en charge propre »*[1458].

400. Dignité sociale du cadavre. Lorsqu'elle se penche sur la question du statut des cadavres, la doctrine est souvent plus mesurée sur leur nature[1459] : la dignité du cadavre est généralement la dignité survivante de la personne qui l'a habité[1460]. Pour Bertrand MATHIEU, lorsque le droit affirme un principe de respect du cadavre :

> *« c'est le corps humain qui est protégé en ce qu'il porte la trace de la personne dont il fut le support biologique. Au travers de sa protection, c'est la reconnaissance de la dignité de la personne qui l'a habité qui est reconnue »*[1461].

Là encore, la distinction entre la dignité-juridique et la dignité-essence respectable de la personne n'est pas clairement marquée. La position de Stéphane PRIEUR semble, quant à elle, clairement tournée vers la recherche d'une qualité extra-juridique de la personne humaine qui s'imposerait au droit même après sa mort :

> *« le corps vivant comme le corps mort reçoivent la qualification juridique de personne humaine, dès lors que l'humanité du corps et la dignité inhérente à l'être humain existent pendant la vie et subsistent après la mort »*[1462].

Xavier BIOY, utilisant également le critère de la « *dignité passée* » pour qualifier le cadavre de « personne humaine », est plus clair. Pour lui, ce qualificatif renvoie à la reconnaissance d'une « *dignité sociale* » qui renvoie au respect de la personnalité – et non de l'humanité – du défunt[1463], qualifié de « *sujet de dignité* ». C'est d'ailleurs ce critère de

---

[1457] *Ibid.*, p. 221.
[1458] *Ibid.*, p. 243.
[1459] Chr. ATIAS affirme ainsi : « La personne qui disparaît n'est plus protégée en tant que telle, mais quelque chose de sa nature se retrouve dans la réalité saisie par le droit. » in Les personnes. Les incapacités, PUF, coll. Droit fondamental, 1985, p. 29. La nature de cette « nature » reste mystérieuse.
[1460] V. SAN JULIAN PUIG s'appuie également sur le principe de dignité « *de la personne qui fut* » pour expliquer la protection accordée au cadavre en droit espagnol ; elle distingue cependant très explicitement ce principe de la notion de personnalité juridique, le droit espagnol précisant explicitement que la personnalité civile s'éteint à la mort de la personne (art. 32 C. civ. espagnol) : « Les principes de protection du corps de la personne et leur reflet sur la législation sanitaire espagnole », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 116. Une position similaire semble être adoptée en droit suisse : D. MANAÏ, « Le corps entre la dynamique de l'autodétermination du sujet et le frein du respect de la dignité humaine », *ibid*, p. 221.
[1461] B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », D. 1996, p. 284.
[1462] St. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, th. Bordeaux, Les études hospitalières, 1999, p. 98. L'auteur propose cependant plusieurs qualifications pour le corps mort : « *chose humaine* » ou « *chose humaine digne »* (*ibid.* p. 71 et 73).
[1463] X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. op. cit.*, n° 416. La pensée de cet auteur a peut-être légèrement évolué puisqu'il semble affirmer, dans des textes postérieurs, que le cadavre est « *une chose traitée*

l'« investiture sociale » qui le conduit à exclure l'embryon de la notion de personne humaine pour le cantonner à la catégorie d'« être humain »[1464] : selon cet auteur, la personne humaine est en droit positif, « *un être humain inscrit dans une relation sociale* »[1465]. On le voit, cette position se détermine moins par la recherche d'une *ontologie* du cadavre ou de l'embryon qui s'imposerait au droit que par la reconnaissance par le droit d'une relation *sociale* au corps mort[1466]. Reste alors à savoir sur quels critères se fonde l'auteur pour déterminer le caractère « investi » des corps. On perçoit ici le risque du raisonnement tautologique : le corps n'est pas une personne en droit lorsque l'absence de reconnaissance de cette qualité par le droit révèle son absence d'investiture sociale… Cette valse-hésitation entre le social et le juridique se retrouve parfois lorsque la doctrine cherche à la fois à *expliquer* et à *justifier* que la protection du corps mort s'amenuise avec le temps[1467]. Ce caractère à la fois biologique et social de la nature des corps se retrouve dans le critère réémergeant de sacralité.

B. La sacralité : essence ou conséquence ?

401. Sacralité des corps, entre évocation et conceptualisation. Avant d'exposer la notion de sacralité telle qu'elle semble réémerger en droit[1468], il convient de noter que le terme

"comme" la personne humaine » : v. par ex X. BIOY, « Quelques lectures théorique de la qualification ? », *Les affres de la qualification juridique,* M. NICOD (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 27.

[1464] X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. op. cit.*, n° 381 et s.

[1465] *Ibid.*, n° 384.

[1466] La position de X. BIOY n'est cependant pas tout à fait claire sur ce point, puisqu'il affirme également que « *la doctrine a semble-t-il trop vite écarté la question de la nature du corps en droit en tant qu'objet épistémologique au profit du problème, a priori plus simple et finalement insoluble en l'état, de la qualification du corps en fonction de la dichotomie des personnes et des choses* » : *Le concept de personne humaine en droit public. op. cit.*, n° 458. L'auteur pourrait ainsi signifier qu'il y aurait une possibilité de qualification ontologique du corps mais sa position n'est pas clairement exprimée.

[1467] Ainsi, I. ZRIBI (*Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th. Paris I, 2005) lorsqu'elle propose à ses lecteurs l'élaboration de *« temps de la mort* » (p. 384), combine une approche descriptive et prescriptive : dans un premier temps, elle s'appuie sur des considérations psychologiques pour fixer à un an certains délais de prescription, afin de les aligner sur la supposée durée moyenne du deuil (p. 389). Mais c'est plus loin l'argument de la cohérence juridique qui la conduit à aligner, par exemple, les délais de protection des droits d'exploitation et des droits moraux d'une même œuvre (p. 390).

[1468] Sur l'utilisation historique de la notion, not. en droit romain v. *infra* n° 529.

« sacré » est souvent utilisé par les auteurs à propos du corps humain[1469], de l'embryon[1470] ou du cadavre[1471] mais sans que la notion soit spécifiquement développée comme catégorie juridique. Nombre d'auteurs utilisent ce qualificatif dans un sens courant, pour signifier un constat[1472] ou un souhait : le cadavre et l'embryon sont, ou devraient être, particulièrement protégés par le droit.

402. Mais certains auteurs, et notamment Xavier LABBÉE[1473], visent véritablement à théoriser l'existence d'une *catégorie juridique* de « chose sacrée », notamment en ce qui concerne le cadavre[1474]. La catégorie telle qu'elle est évoquée est manifestement empruntée au droit romain[1475] mais les fondements évoqués par ces auteurs sont à l'évidence différents de ceux qui gouvernaient alors cette qualification. Là où la sacralité romaine était le fruit d'une

[1469] D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA*, déc. 1994, n° 149, p. 26 ; S. GROMB, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec, 1992, p. 104 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004, p. 382 : « *Parce qu'il est la personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque manière, un caractère sacré.* » ; V. ORTET « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 176 ; A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 55 (sur la personne humaine).

[1470] Cl. NEIRINCK, « L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon », in *L'Embryon humain, approche multidisciplinaire*, Br. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Économica, 1996, p. 156 ; spéc. pour l'embryon mort : I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 137. La position de cette auteure est cependant ambiguë dans la mesure où elle lie le respect dû à ces corps à leur nature spécifiquement humaine.

[1471] N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, 2006, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, tome 17, p. 370, n° 509 : l'auteure utilise également le terme « digne » pour qualifier le cadavre ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 398, n° 781 ; A. LEPAGE, *Rep. civ. Dalloz*, V° *Personnalité (droits de la)*, n° 162 ; D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 176, n° 126 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ-Lextenso éditions, 8e éd. 2015, n° 31. Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Successions,* PUF, 2012, p. 17 : ces auteurs soulèvent cependant un doute sur la pertinence du concept « *la mort anéantit complètement l'homme. Elle lui retire la vie et lui fait perdre, en conséquence, la qualité de personne humaine aux yeux du droit. Son cadavre est une chose qui n'appartient à personne, une manière de chose commune* […] *; il emprunte également aux choses sacrées (si ce mot peut avoir un sens dans le droit aujourd'hui)* ».

[1472] P. BERCHON considère ainsi que le caractère sacré des sépultures mais aussi du cadavre et plus largement du corps humain se manifeste par la *protection* dont ils font l'objet : *Rép. civ. Dalloz,* V° « Sépultures », n° 124 et s.

[1473] X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197 ; X. LABBÉE, « Le statut juridique du corps humain après la mort », *Colloque du CEFEL du 14 mai 2001, RGDM*, n° 8, 2002, p. 277 ; X. LABBÉE, note sous TGI Lille, 19 nov. 1997, *D.* 1998, p. 467. Comme nous l'avons déjà noté, la notion de "chose sacrée" a été développée sous la direction de cet auteur par H. POPU : *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009 ; pour un résumé de la pensée de cette dernière v. aussi « Le corps humain *post mortem*, une chose "extra-ordinaire" », *RRJ,* 2009-1, p. 229.

[1474] *Contra* A. GAILLIARD qui considère que la notion de sacré est inadaptée au cadavre, ancienne personne humaine et réserve la qualification aux sépultures : *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 195 et s.

[1475] J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des travaux, Seuil, 1993, p. 40. V. *infra* n° 531.

investiture, notamment religieuse[1476], le sacré de la doctrine contemporaine semble résulter, une fois encore, d'une *ontologie* du corps que le droit se devrait de reconnaître. Les fondements de cette *nature* sacrée sont cependant variables.

403. Les fondements flous de la sacralité. La notion telle qu'elle est utilisée par la doctrine est conçue diversement par les auteurs. La « sacralité » du corps mort est parfois simplement une reconnaissance juridique de sa dignité. Le raisonnement s'opère alors en deux temps : la dignité de la personne humaine[1477] perdure après la mort[1478], l'empreinte de la personnalité survit donc à la personne juridique, ce qui entraîne pour le droit des obligations, notamment celle de respecter les corps[1479]. La sacralité est alors une notion proprement juridique mais elle s'impose au droit en raison de la nature *ontologique* des corps.

Pourtant, la position récurrente de Xavier LABBÉE selon laquelle « *la dépouille mortelle est une chose sacrée* »[1480] ne peut pas être cantonnée à une démarche descriptive. L'auteur fonde en effet cette affirmation à la fois sur une analyse des textes et de la jurisprudence mais aussi sur des éléments manifestement extra-juridiques : « *la loi, la jurisprudence et la doctrine contemporaines ne font qu'énoncer une vérité immuable* […]. *Le corps est donc une chose sacrée. Soit !* »[1481]. La nature de cette « vérité » n'est pas claire ; l'évidence[1482] semble être le premier argument justifiant cette sacralité du corps mort. On retrouve une même position chez Mathieu TOUZEIL-DIVINA et Magali BOUTEILLE-BRIGANT lorsqu'ils affirment :

[1476] V. *infra* n° 537.

[1477] Sur la qualification de « sacré » pour le principe de dignité lui-même, comme synonyme d'intangibilité v. Fr. FURKEL, « Le rôle essentiel du droit à la dignité, pierre angulaire de la loi fondamentale, dans la protection du corps humain en matière de biomédecine », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 44 : « "*Si quelque chose est sacré, le corps humain est sacré". On aurait aimé que l'auteur de cette belle citation, l'écrivain et poète américain Walt Whitman, précise quelque peu sa pensée. Qu'entend-il par la notion de "sacré" et pourquoi celle-ci devrait-elle s'appliquer au corps humain ? Longtemps liée au fait religieux, cette notion est aujourd'hui comprise de manière plus large : certaines valeurs, certains principes sont considérés comme sacrés, intangibles. Or, c'est dans l'Allemagne moderne qu'apparaît pour la première fois ce concept d'intangibilité, qui s'apparente à cette notion de "sacré". En effet, dans la Loi fondamentale de 1949 – la Constitution de l'Allemagne moderne – la dignité de l'être humain est déclarée intangible, donc sacrée. Qu'à l'image de cette dignité, qui le protège, le corps humain puisse être également considéré comme sacré, c'est au philosophe plus qu'au juriste qu'incombe la mission de se prononcer* ».

[1478] Pour un lien entre dignité et « chose sacrée » v. également M. REYNIER et Fr. VIALLA, « *Perinde ac cadaver* », *Médecine et droit*, 2011, p. 133 (ces auteurs appliquent également cette qualification à l'embryon) et H. BERTAUX et E. JEANNETEAU, « Le corps humain à l'épreuve de l'exposition », *LPA,* 2015, n° 207, p. 21.

[1479] H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, p. 383 et s. Pour un lien entre l'ancienne personnalité et la sacralité, la dignité n'étant évoquée que plus loin : B. MARRION, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », note sous Civ. 1re 16 sept 2010, *JCP G*. 2010, p. 1239.

[1480] X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *op. cit.*, n° 197.

[1481] *Ibid*.

[1482] Sur cette notion d'évidence V. *infra* n° 428.

> *« chacun consent en outre (y compris les partisans les plus convaincus de la nature de "chose") qu'il ne s'agit pas,* a minima*, d'une "chose ordinaire". Tous ressentent alors le besoin de la qualifier d'exceptionnelle sinon de "sacrée", comme pour lui ôter cette caractéristique de réification qui, instinctivement, nous déplaît à tous »*[1483].

Bernard EDELMAN n'en dit pas beaucoup plus en écrivant :

> *« qu'est-ce qu'un cadavre ? Une chose peut-être, parce que la vie l'a déserté, mais une chose qui a vécu, une chose qui fut un être humain; pas n'importe quelle chose donc, car son histoire ne fut pas celle d'une chose »*[1484] *puis, plus loin : « le cadavre n'est donc pas une "chose tout court" ; il est non seulement un "objet"* […] *mais encore un objet "sacré"* »[1485].

Cependant, la plupart des auteurs qui partagent cette position ne s'arrêtent pas à la simple affirmation de principe et recherchent le fondement de la « sacralité » du cadavre dans des données anthropologiques[1486] ou historiques[1487]. La catégorie des *res religiosae* du droit romain[1488] – comprenant notamment les sépultures – est couramment utilisée par la doctrine comme preuve du caractère intemporel de la qualification du cadavre en chose sacrée[1489]. C'est alors autant par respect d'une *nature anthropologique* de l'homme[1490] que par tradition que le droit se devrait de consacrer *juridiquement* la sacralité du corps, notamment du corps mort.

404. Conclusion de la Section 2. Devant l'impasse du raisonnement inductif, une partie de la doctrine a choisi de procéder à la qualification juridique de l'embryon et du cadavre « par l'extérieur » : recherchant les caractéristiques ontologiques des corps, des embryons et des cadavres, elle affirme que celles-ci imposent au droit de les protéger. Les fondements de

---

[1483] « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 423.

[1484] B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 81.

[1485] *Ibid.*, p. 87.

[1486] Pour une utilisation très importante de l'anthropologie dans l'étude non pas du statut du cadavre mais de celui des sépultures v. A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, Th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT. L'auteure prend grand soin de distinguer la notion de sa dimension religieuse, n° 95.

[1487] Pour une démarche paradoxale, invoquant le droit romain au soutien d'une qualification de *chose sacrée* pour le corps mais aussi les organes et liant cette notion à la dignité v. J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 203-204.

[1488] Sur cette notion v. *infra* n° 530.

[1489] V. X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p. 376 (parmi de nombreuses références) ; H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. op. cit.*, p. 96 ; V. ORTET, « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, *op. cit.*, p. 167 ; E. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact., Toulouse 1, 2003, p. 236. *Contra*, considérant que seule la sépulture et non le cadavre est une chose sacrée : A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, *op. cit.*, n° 160.

[1490] Notant au contraire, à propos du corps des individus nés et vivants, une évolution de la perception du sacré v. A. DAVID, *Structure de la personne humaine*. *Limite actuelle entre les personnes et les choses,* coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, PUF, 1955, p. 16 : « *Le corps n'est plus sacré et n'est plus naturel, et il n'est plus sacré parce qu'il n'est plus naturel et imposé* ». En dehors du fait que l'auteur semble supposé que le corps fût, à une période ancienne, un *donné* exempt de construction sociale, ce qui ne nous semble pas pertinent, cette affirmation montre le lien possible entre l'utilisation de la notion de sacré et la perception du « naturel ».

cette ontologie diffèrent selon les auteurs : caractéristiques biologiques, dignité transcendantale ou sacralité intrinsèque. Cette démarche explique les raisons pour lesquelles le droit protège le corps prénatal et *post mortem* ; dans cette perspective, elle est descriptive. Mais ce courant doctrinal vise surtout à démontrer que le droit *devrait* protéger davantage ces corps ; elle est alors prescriptive.

405. Conclusion du Chapitre 1. La confusion qui règne sur le régime juridique de l'embryon et du cadavre a conduit la doctrine à une production abondante d'écrits consacrés à la qualification de ces corps. Certains s'appuient sur les catégories existantes de chose et de personne et approfondissent leurs raisonnements inductifs pour proposer des subdivisions supplémentaires : demi-personne, personne par seuils, sujet de jouissance. D'autres, en revanche, sortent du cadre strict de l'examen du droit positif pour rechercher, hors du droit, les critères de qualifications nouvelles : personne humaine, chose humaine, chose sacrée. Or, l'intérêt scientifique de cette démarche peut être interrogée.

406. Car, en réalité, le débat sur la nature juridique du corps est entièrement distinct de la question des usages qui peuvent en être fait et, par exemple, de leur caractère gratuit ou non[1491]. Toute chose peut être extrêmement protégée ou, à l'inverse, son usage en être totalement banalisée[1492]. Même la qualification de personne n'emporte pas en elle-même, juridiquement, de réponse définitive quant au régime qui pourrait être appliqué au corps. Certes la protection de la personne est de rigueur dans notre système juridique, mais toute mise à mort n'est pas impossible[1493] ; certains prélèvements corporels peuvent être autorisés ; la volonté individuelle peut être écartée au profit d'une représentation, etc. Par ailleurs, l'absence de qualification claire des corps humains avant la naissance et après la mort n'est manifestement pas un *obstacle* au fonctionnement du système juridique et de la justice. On pourrait même considérer que l'imprécision des qualifications est ici un outil d'adaptabilité du droit à la complexité des rares situations qui leur sont soumises qui ne soient pas régies par des textes spécifiques[1494]. Comme

[1491] A. DAVID, *Structure de la personne humaine*. *op. cit.*, p. 15. Dans ce sens v. aussi J. HAUSER, « La nature juridique de l'embryon », *RTD civ.* 2016.76 ; Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, n° 13.

[1492] L'une des dernières manifestations de cette inutilité de la qualification des corps est la suppression de l'article 1128 du Code civil dans la réforme du 10 février 2016 (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 : JORF n° 0035 du 11 févr. 2016). En effet, la disparition de la « chose hors commerce » et son absorption dans la notion d'ordre public met fin à la nécessité de qualifier les corps humains de *choses* lorsque l'on souhaite les mettre à l'abri de la liberté contractuelle (Sur les risques d'insuffisance de la notion d'ordre public v. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC*, 2016, n° 3, p. 505). L'expression « dans le commerce » demeure cependant dans les contrats spéciaux mais sans référence à la notion de chose (v. art. 1598 et 1878 c. civ.). Seuls restent alors les biens et actions dans le commerce de l'article 2260 C. civ. sur la prescription acquisitive et de l'article 2397 sur l'hypothèque, dont on doute qu'elle trouve un jour à s'appliquer à nos domaines.

[1493] V. art. L. 1110-5-1 CSP. Dans ce sens A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. op. cit.*, n° 592 ; Ph. CONTE, *Droit pénal spécial,* 4e éd., Lexis-Nexis, 2013, nbp 101.

[1494] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 126 ; M. van de KERCHOVE et Fr. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu,* PUF, 1992, p. 12. Michel MIAILLE affirme ainsi : « *le système juridique, parce qu'il est d'abord affirmation de valeurs et ensuite parce qu'il a vocation à résoudre des cas concrets et précis, apparaît comme fondé sur ce désordre qu'il prétend éliminer* » : « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 89. M.-L. MATHIEU va dans ce sens lorsqu'elle considère que les catégories juridiques, ou même la logique juridique, sont des concepts de peu d'utilité pour les juridictions, qui

nous l'avons vu, les rares cas « indéterminés » sont le plus souvent tranchés par des mécanismes non qualifiants, dans des positions jurisprudentielles aujourd'hui stabilisées[1495]. Preuve que le « vide juridique » n'existe pas[1496]. Il n'y a donc pas plus de « surprises » dans le régime actuel des corps humains avant la naissance et après la mort que dans bien d'autres matières[1497] : la prévisibilité du droit n'est donc pas en cause dans la volonté de qualifier. Si la conception, légale ou doctrinale, d'une qualification spécifique pour ces corps, regroupant les différents aspects de leur régime particulier, peut être une facilité pédagogique, elle ne présente pas d'utilité pratique dès lors que l'intérêt technique de la qualification se limite à pouvoir en déduire l'application d'un régime général[1498].

407. La démarche de qualification opérée par la doctrine à partir d'une « nature » des corps n'est donc pas strictement descriptive : la qualification n'est pas qu'un enjeu en elle-même mais l'outil d'une lutte contre la « pente glissante » du droit[1499]. Claude LOMBOIS affirme ainsi :

> *« il vaut mieux qu'il n'y ait, en droit, que les personnes et les choses* […] *les limbes entre les personnes et les choses présenteraient un danger : celui d'y mettre "les êtres", qu'on pourrait, pratiquement, traiter comme des choses, après génuflexion devant l'affirmation, de principe, qu'ils n'en sont pas. Commodité timorée offerte par une distinction de la nature et du régime juridique, la première regardant vers le haut, le second tiré vers le bas »*[1500].

La crainte, rarement exprimée de façon explicite, est le risque de « dégradation » de l'état du droit qu'entrainerait une qualification floue de l'embryon et du cadavre[1501] ; c'est-à-dire selon ces auteurs, un affaiblissement progressif de la protection accordée à ces corps.

« adaptent » ces exigences pour remplir leur fonction : embrasser une réalité protéiforme : *Logique et raisonnement juridique*, Thémis droit, PUF, 2e éd., 2015, p. 62. Sur ce point v. L. SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 219 : l'auteure conclut, p. 231, que « *Les arrêts et jugements doivent dans leur motivation être cohérents, c'est-à-dire exempts de toute contradiction ; le droit en général, et dans son intégralité, ne comporte pas une telle exigence* ».

[1495] *Supra* n° 273 et s.

[1496] Sur la distinction entre lacune et silence en droit : A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.) 49, n° 7.

[1497] Pour un exemple anecdotique de cas où la qualification du corps mort pourrait, à la marge, clarifier son régime : St. CARRÉ, « Le transport de corps, un ectoplasme juridique », *RRJ*, 2005-4, vol. 1, p. 2033.

[1498] *Supra* n° 7 et s. Sur la qualification *sui generis*, notamment en droit des contrats v. M. PAINCHAUX, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ*, 2004-3, p. 1567.

[1499] Pour une opposition à une conception « conjoncturelle » du droit à la vie du fœtus v. E. BIRDEN, *La limitation de droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 168.

[1500] Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », in *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 294, nbp 29.

[1501] V. par ex., considérant que l'attribution d'une forme de personnalité *post mortem* permettrait d'éviter non seulement que le cadavre soit protégé même en l'absence d'entourage mais aussi « *de freiner le mouvement jurisprudentiel de subjectivisation de la notion de vie privée* » : N. DEFFAINS « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap,

Pourtant, on l'a vu, si « pente glissante » il y a, les évolutions du droit en la matière ne sont pas liées aux *qualifications* appliquées aux corps humains mais bien à un affrontement de *valeurs* qui s'expriment au sein du Parlement comme des juridictions[1502]. Certes, on ne peut pas reprocher à la doctrine de présupposer une rationalité du législateur qui le conduirait progressivement à harmoniser parfaitement les régimes des corps[1503]. Mais ce n'est pas tant à la réalité de l'évolution du droit qu'il faut s'affronter qu'à la compréhension du positionnement idéologique de toute cette partie de la doctrine : dans quelle démarche s'inscrit cette recherche extra-juridique des fondements de la qualification des corps ? Il apparaît que la recherche ontologique de la *qualification* juridique des corps n'est qu'un préalable à une redéfinition de leur *régime* : affirmer que la *nature* du corps humain avant la naissance et après la mort est déterminée hors du droit ne vise qu'à l'inscrire dans un *ordre* que la matière juridique ne devrait qu'enregistrer. Cette démarche nécessite d'être soumise à la critique.

Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 113.

[1502] *Supra* n° 182 et n° 328 et s.

[1503] V. not. Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 100 et s. Fl. BELLIVIER, analysant le statut du cadavre comme celui d'une chose humanisée, affirme cependant que cette lecture vaut « *sauf à imaginer que le législateur utilise mots et concepts à tort et à travers* » : *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 219.

Chapitre 2 Dépasser la qualification doctrinale : le non-dit

408. Une recherche du « régime ontologique ». Une étude approfondie de la « doctrine de l'ontologie »[1504] montre que la recherche des fondements d'une *qualification* des corps ne se distingue pas de celle des fondements de leur *régime.* Si une partie de la doctrine ne cherche dans l'exercice de qualification qu'une simple grille de lecture du droit positif, pour nombre d'auteurs, l'établissement d'une catégorie nouvelle n'est que la première étape vers une redéfinition du régime juridique des corps. Les craintes de ces auteurs ne sont cependant pas toutes identiques : certains refusent toute utilisation des corps, en particulier en ce qui concerne les embryons, d'autres s'opposent simplement à une utilisation économique de ceux-ci[1505] ; certains souhaitent que leur soient appliquées des dispositions pénales aujourd'hui écartées par les juridictions[1506], d'autres déplorent simplement une attitude générale de désintérêt du droit et de la société à leur égard[1507]. Mais, quelle que soit la position retenue, il ne s'agit pas seulement de rechercher dans la nature des corps une qualification qui pourrait ensuite entraîner n'importe quel régime mais bien de définir *ontologiquement* le régime qui devrait leur être attaché[1508]. Or, cette démarche peut être interrogée sur le plan scientifique.

409. Sur la possibilité d'une interrogation épistémologique en droit. L'interrogation épistémologique n'est pas au cœur de l'activité de la doctrine. Sans doute parce que la nature même de son activité n'est pas clairement établie : si l'épistémologie est l'étude de la constitution des connaissances scientifiques, alors l'épistémologie juridique ne pourrait s'entendre que si l'activité doctrinale pouvait être qualifiée d'activité scientifique[1509]. Pour autant, si on entend l'épistémologie au sens large, comme une méthode de compréhension de

[1504] V. *supra* n° 389.
[1505] É. BAYER, *Les choses humaines*, th. dactyl., Toulouse 1, 2003, p. 235 et 284 ; la position de Cl. NEIRINCK est plus ambiguë puisqu'elle semble dans un premier temps rejeter une utilisation économique de l'embryon avant de s'interroger sur la pertinence de n'importe quelle utilisation : « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, n° 13, p. 844 puis 847.
[1506] Par ex. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 414 et s. ; Y. MAYAUD, note sous CA Pau, 5 fév. 2015, *RSC* 20015, p. 83.
[1507] Par ex. X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197.
[1508] G. MÉMETEAU écrit très clairement : « *l'enjeu de la dispute* [sur la qualification de l'embryon] […] *est important face au développement des biotechnologies et des législations qu'il induit : la coïncidence du statut juridique de personne et de son statut ontologique et moral.* » : « Vie biologique et personnalité juridique. "Qui se souvient des hommes ?" », *La personne humaine sujet de droit*, 4e journée R. SAVATIER, PUF, 1994, p. 39. Nous soulignons.
[1509] Ce que nous ne pensons pas. v. P. AMSELEK, « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chr., p. 337 mais aussi M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, 2e éd., 1982, p. 37 et s.

la construction d'un savoir spécifique[1510], il devient possible de concevoir une épistémologie de l'activité doctrinale. Nous ne parlerons pas ici d'épistémologie *du droit* au sens où le droit, comme textes[1511], n'est pas à proprement parler un *savoir*[1512]. Comme l'énonce Christian ATIAS :

> *« L'épistémologie juridique serait exclue seulement s'il fallait admettre qu'entre le droit, quelles que puissent en être la nature et la définition, et les descriptions, commentaires, analyses, synthèses qui lui sont consacrés nulle différence, nulle séparation n'est concevable »*[1513].

On concevra ici l'approche épistémologique comme un regard, non sur le droit, mais sur le discours sur le droit[1514]. Une fois choisis les outils conceptuels de la démarche critique, celle-ci nous permettra d'exposer les difficultés liées à l'approche de la « doctrine de l'ontologie ». Un regard critique fait apparaître que l'argumentation interdisciplinaire pose des difficultés épistémologiques importantes **(Section 1)** et que le choix de ce mode de réflexion renvoie en réalité à une démarche de type jusnaturaliste qui ne dit pas son nom **(Section 2)**.

Section 1 Critique d'une interdisciplinarité mal maîtrisée

Section 2 Critique d'une démarche néo-jusnaturaliste

Section 1 Critique d'une interdisciplinarité mal maîtrisée

410. Une fois déterminé le choix des outils critiques utilisés dans cette analyse **(Sous-section 1)**, il convient d'exposer ce que leur utilisation apporte à une lecture de la doctrine de l'ontologie : la révélation des difficultés de l'interdisciplinarité **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1 La nécessité d'un regard critique

Sous-section 2 Les apports d'un regard critique

[1510] Pour une explication sur la distinction possible entre épistémologie et gnoséologie, v. A. VIRIEUX-REYMOND, *Introduction à l'épistémologie,* PUF, 2e éd., 1972, p. 7 et s. Pour une conception large de l'épistémologie, v. C. SINTEZ, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes. Tome 1. Les origines romaines*, coll. Libre droit, éd. Mare & Martin, 2014, p. 15 et s.

[1511] Non seulement les textes « de droit écrit » mais également comme séries de décisions jurisprudentielles. Nous n'entendons pas ici le droit comme système dans la mesure où cette systématisation est déjà une œuvre doctrinale.

[1512] Pour une position tranchée sur l'inexistence du droit comme objet : B. MELKEVIK, *Épistémologie juridique et déjà-droit*, Buenos Books International, 2014.

[1513] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, p. 8. V. aussi, du même auteur, « Le pouvoir des idées en droit civil », in *Connaissance politique,* 1983, n° 2, p. 113.

[1514] Pour autant, le droit, comme discours sera envisagé dans sa construction historique, ses présupposés ou encore ses conséquences sociales, v. *infra* Partie 2.

Sous-section 1 La nécessité d'un regard critique

411. Méthodologie. Nous l'avons vu, une partie de la doctrine utilise, à des fins de qualification des corps humains avant la naissance et/ou après la mort, des critères extra-juridiques : nature biologique des corps, dignité, sacralité etc. Or, l'exploration des autres écrits de cette partie de la doctrine mais aussi l'usage de ces critères dans d'autres domaines font rapidement apparaître que cette démarche ne se limite pas à l'étude des embryons et des cadavres.

À cet égard, nous avons tenté, dans la doctrine française, de recenser les cas où ces critères ont été utilisés dans la détermination de la catégorie juridique ou du régime juridique à appliquer aux personnes ou aux corps. Cette recherche s'est faite à l'aide des principaux moteurs de recherche (Dalloz, Lexis-Nexis, Lextenso[1515]), dans le « plein-texte » des contributions doctrinales, des termes plus utilisés par les premiers auteurs rencontrés (« ordre naturel », « sacré » et ses dérivés, « ordre symbolique », « dignité »). Ce travail a été complété par un relevé systématique de ce type de positionnement au hasard des « lectures de renvoi » (c'est-à-dire des textes cités par les premiers résultats) mais aussi des occurrences de ces termes dans les catalogues des bibliothèques. Cette méthode est nécessairement imparfaite dans la mesure où elle ne permet pas de recenser la totalité des occurrences, mais l'absence de numérisation des anciennes contributions de revues ou des manuels et monographies ne laisse pas d'autre possibilité. À tout le moins, elle rend possible la détermination de grands courants de pensée et d'une partie de leur généalogie.

412. Constat et choix des outils. De cette brève analyse émerge un constat principal : les notions de « catégories anthropologiques », d'« ordre naturel », d'« ordre symbolique », de « sacralité » sont non seulement utilisées dans l'étude des corps humains avant la naissance et après la mort mais aussi très largement pour analyser le traitement, par le droit, de la sexuation des personnes et de leur sexualité **(§1)**. Face à cette constatation, il a paru nécessaire de faire appel aux outils d'une démarche critique, conçus à la fois pour interroger des argumentations fondées sur l'interdisciplinarité et spécialement élaborées à propos des questions sexuelles **(§2)**.

§1 Les rapprochements opérés par la doctrine

§2 Les instruments d'une lecture critique de la doctrine

[1515] Dans leurs versions antérieures à oct. 2016.

§1. Les rapprochements opérés par la doctrine

413. Le rapprochement entre, d'une part, le statut du corps humain avant la naissance et après la mort et, d'autre part, la sexuation et la sexualité des personnes (et plus spécifiquement l'hétérosexualité du couple parental) peut sembler surprenant. Pourtant, si la nature biologique des corps[1516], leur investissement anthropologique[1517], voire leur « dignité ontologique »[1518] sont utilisés par certains pour en déterminer la nature juridique, ces notions sont également utilisées, souvent par les mêmes auteurs, dans l'étude de la sexuation et de la sexualité des personnes, ainsi que dans celle de la composition sexuée de la famille. Il ne s'agit plus alors de déterminer une qualification juridique mais bien d'établir ce qui serait ontologiquement permis ou interdit à un être humain considéré comme une entité immuable tant d'un point de vue biologique **(A)** que symbolique **(B)**.

A. Nature biologique de l'être humain : immutabilité, mortalité

B. Nature symbolique et anthropologique de la personne : distinction des sexes, distinction des générations

A. Nature biologique de l'être humain : immutabilité, mortalité

414. Personne et sexe. La « nature des choses », l'« ordre naturel »[1519] qui lierait ensemble le corps et le sexe sont compris par certains comme des notions manifestement biologiques. Gérard CORNU qualifie ainsi de « naturel », à égalité, la détermination de la personne sujet de droit, du début à la fin de sa vie[1520], et la détermination du sexe, « *donnée d'évidence* »[1521]. Aude MIRKOVIC adopte une position similaire lorsqu'elle rapproche la recherche de la « nature » de l'embryon et celle du sexe de la personne : toutes deux étant des « réalités » ne pouvant être « déformées » par le droit[1522]. Sont alors rapprochés la détermination de la qualification du corps et son régime : l'existence d'une personne humaine à protéger et la détermination de son sexe étant des « données », elles ne sauraient être appréciées de façon

[1516] *Supra* n° 400.
[1517] *Supra* n° 403.
[1518] *Supra* n° 397.
[1519] Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 589.
[1520] G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12e éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2005, n° 479 : « *Le corps humain n'est pas une chose ; c'est la personne même. Il s'agit de l'être et non de l'avoir. Le corps constitue la personne. La personne humaine existe et consiste dans cette réalité : le droit est ici naturel.* »
[1521] *Ibid.*, n° 534.
[1522] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 266 et 488.

variable par le droit[1523]. Protection de l'humanité de l'embryon et établissement du sexe de la personne seraient donc tous deux nécessairement immuables.

Cette position peut être rapprochée de certaines jurisprudences anciennes qui se référaient à la formation du sexe pour déterminer si un embryon mort avait atteint un degré de développement suffisant pour l'application des dispositions relatives à la déclaration de la naissance[1524], voire de l'infraction d'homicide involontaire avant la naissance[1525]. Elle pourrait encore rappeler des termes de la circulaire relative à la délivrance des actes d'enfants sans vie, qui estime que : « *l'établissement d'un certificat médical d'accouchement implique le recueil d'un corps formé – y compris congénitalement malformé – et* sexué »[1526]. Élément considéré comme fondamental dans le développement biologique de l'être humain, le sexe constitue ici la frontière entre ce qui est et n'est pas protégé par le droit.

415. Respect de l'embryon et hétérosexualité. Outre la détermination du sexe, c'est aussi l'hétérosexualité du couple et de la reproduction[1527] qui est rapprochée par les auteurs de l'interrogation sur le statut de l'embryon : éviter la reproduction sexuée – naturelle – manifesterait une indifférence pour l'embryon, voire nierait la nécessaire hétérosexualité de la famille. Jean HAUSER regroupe ainsi

> *« le développement des PMA, y compris de convenance, les manipulations génétiques, la construction d'une filiation à base de choix individuels, les tendances à l'eugénisme, l'absence de statut de l'embryon etc…* [qui] *révèlent,* volens nolens*, une indifférence complète* à l'égard de la nature *»*[1528]

De la même façon, certains établissent un lien entre les revendications égalitaires des femmes ou des personnes homosexuelles, le remplacement du naturel par l'artificiel par l'apparition de la contraception et de l'AMP, et la déchéance de la place du père[1529]. Le traitement de l'embryon par le droit est alors, à travers la problématique des AMP, lié à la question de la *place* des

---

[1523] Pour un exemple d'attachement à *l'enregistrement* par le droit de la « réalité » biologique du sexe mais aussi de l'hétérosexualité du couple : H. INCOLLINCO-MONA, « La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », *RRJ*, 2004-3, p. 2076-2077.
[1524] CA Besançon, 31 déc. 1844 : *S.* 1845.II.595 ; CA Paris, 15 févr. 1865 : *S.* 1866.II.95.
[1525] CA Paris, 10 janv. 1959 : *Gaz. Pal.* 1959.1.223 ; CA Amiens, 28 avr. 1964 : *Gaz. Pal.* 1964.2.167.
[1526] Circ. n° 2009-182 du 19 juin 2009 : *BO Santé* n° 2009/7 du 15 août 2009, p. 462, n° 1.2.1.1. Nous soulignons.
[1527] C. CHARBONNEAU et Fr.-J. PANSIER, « *Hominibus bonae voluntatis* (le Pacs II) », *Gaz Pal*., 2000, doctr., p. 1957 : « *L'évolution des mœurs qui a rendu possible la consécration d'un couple homosexuel, mais aussi l'évolution des techniques, notamment en matière de filiation, posent la question du rapport de l'homme à la nature. Il est aujourd'hui central de faire de l'attitude de la société par rapport à la modification de l'ordre naturel une question de société* ».
[1528] J. HAUSER, « Nature », *JCP G.* 2015, n°1226, 2de colonne. Nous soulignons.
[1529] G. DAVID, « La filiation gagnée par l'artifice », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 219 ; Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, not. n° 32 ; Fr. GAUDU, « À propos du "contrat d'union civile" : critique d'un profane », *D.* 1998, chron., not. p. 24.

individus sexués les uns par rapports aux autres et à une certaine conception de leur rôle[1530]. Emmanuelle DHONTE-ISNARD ne dit pas autre chose : pour elle, l'autorisation du don d'embryon, en permettant à « la femme » de vivre une grossesse, *« participe de sa féminité* »[1531]. C'est ici bien la fonction biologique du corps qui détermine le rôle social.

416. Mortalité de l'Homme et sexuation. Le lien « naturel » établi par certains auteurs entre le statut du corps et celui du sexe ne se limite pas à l'embryon mais concerne aussi le statut du cadavre. Ainsi, Bernard EDELMAN, après avoir loué le « *caractère sacré, immuable, inflexible de la nature* »[1532], fait le lien entre les demandes de cryogénisation des cadavres et la volonté de changer de sexe[1533], les deux phénomènes étant liés, selon lui, à une tendance au dépassement de la « nature »[1534]. Le corps humain étant sexué et mortel il *doit* l'être.

417. Dans ces exemples, la notion de nature semble renvoyer à une acception biologique : la nature est ce qui n'est pas modifié par la culture, par l'action de l'humain y compris sur lui-même. S'y adjoint une position axiologique : ce qui est naturel est évident et respectable en soi[1535]. Mais cette conception de la nature n'est pas unanimement partagée, y compris parmi les partisans d'une recherche de l'ontologie des corps : d'autres la comprennent comme une notion qui, détachée de la biologie, renvoie à la notion de « nature humaine ».

[1530] G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 132 : à propos du maintien de la condition d'hétérosexualité du couple dans l'accès à l'AMP et pour la filiation « charnelle », « *Cette exception ne marque pas seulement une résistance du droit devant la dure loi de la Nature* […] [elle] *révèle que la filiation institue, avec l'autorité de la loi, l'enfant, le père et la mère à des places inégales et spécifiques dans la famille* ».

[1531] E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon surnuméraire*, préf. O. MORETEAU et J. RUBELLIN-DEVICHI, coll. Ethique médicale L'Harmattan, 2004, p. 47.

[1532] B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 11.

[1533] *Ibid.*, p. 100 et s. Pour un parallèle entre la recherche de l'immortalité par la cryogénisation et la suppression de la différence des sexes : J. MICHEL, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 11 (sans jugement négatif) puis p. 88 (en le regrettant).

[1534] v. aussi G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », art. cit., p. 133 : « *Le législateur ne s'émancipe pas de la Nature lorsqu'il regarde la vie et la mort, un homme ou une femme, la maternité ou la paternité biologique. La réalité anatomique du corps lui saute aux yeux* ».

[1535] Sur l'« évidence » que constitue la bipartition sexuelle des personnes et leur différence « de nature » v. L. LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, actes du XVII[e] colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002 : p. 50, à propos de la plus grande criminalité des hommes « *il faut se rendre* à l'évidence *; il n'y a pas là qu'une question d'éducation. La* différence de nature *y est sans aucun doute* […] *pour quelque chose*. » ; p. 53 « *dans la mesure où les* différences naturelles *existent entre les deux sexes, des différences de traitement juridiques peuvent se justifier* » ; p. 58 « *dans la promiscuité des prisons, on ne mélange pas les sexes, et* chacun comprendra pourquoi. » ; p. 73 « *la* nature *est en effet fort bien faite. C'est du rapprochement "de deux sexes que la nature n'a fait si différents que pour les unir" comme le disait Portalis, que jaillit à nouveau la vie* » ; p. 76 « *c'est la* nature immuable des choses *qui est en jeu : l'enfant a besoin d'un père et d'une mère* ». Nous soulignons.

B. Nature symbolique et anthropologique de la personne : distinction des sexes, distinction des générations

418. Rapprochements des questions, illustrations. Rejetant radicalement la biologie comme référence pour le droit[1536], Catherine LABRUSSE-RIOU fonde sa réflexion sur une « nature humaine » qui imposerait à la fois un respect pour sa mortalité, sa détermination sexuée et le caractère hétérosexuel de la reproduction. Elle affirme ainsi à propos des méthodes d'AMP :

> *« l'artifice accrédite la dénégation de la condition humaine, mortelle et sexuée (transsexualisme, insémination post mortem), à moins qu'il ne s'agisse de bousculer tout l'ordre généalogique, c'est-à-dire le principe même de raison et de normativité »*[1537].

Cet « ordre généalogique » est également lié au traitement des fœtus et des cadavres[1538], voire à la notion de sacré, puisqu'elle écrit :

> *« lorsque les mères conçoivent des enfants pour disposer de tissus à greffer sur un enfant malade, lorsque les progrès de l'immunologie et de la génétique permettent de trier les fœtus* […] *force est de constater que l'action thérapeutique amplifie et consacre le sacrifice des uns pour en réaffecter les éléments aux autres et qu'elle implique une toute-puissance dénégatrice de l'altérité. De même, l'usage désormais généralisé du corps, encore vivant, d'individus déclarés cérébralement morts* […] *désinvestit le corps de toute subjectivité et réduit à néant parfois la sacralité des rites funéraires* […]. *Or, ce reniement de la personne au bénéfice de la vie prolongée d'une autre révèle une société anthropophage ou incestueuse où le vif saisit le mort, au mépris de toute loi généalogique »*[1539].

La référence à un « ordre généalogique », qui relierait différence des sexes, hétérosexualité de la famille mais aussi rapport à la mort, se retrouve également chez Irène THÉRY. Dans son article « Le contrat d'union sociale en question », elle rejetait l'institution du couple homosexuel comme une

> *« irresponsabilité anthropologique, car nier ce que le bon sens*[1540] *perçoit est ici très précisément choisir* […] *le fait contre le symbolique »*[1541] or, selon elle

[1536] Pour un rejet similaire : O. CAYLA, « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, 1991, n° 13, p. 3.
[1537] C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, n° 13, 1991, p. 27.
[1538] V. aussi pour l'exposé de l'utilisation du principe généalogique en doctrine R. DRAÏ, « Le Code civil et l'évolution du droit des personnes. Préservation du principe généalogique ? », *Cahiers de méthodologie juridique,* n° 19, n° spécial *RRJ,* 2004, not. p. 2783 : « *la défense du transsexualisme aboutit à la désexualisation et celle de l'homosexualité au retour à la phase protoplasmique de l'identité humaine.* […] *quant à la reproduction "laborantine" elle efface toute différence sérieuse entre le règne humain et le règne animal* ». La position personnelle de l'auteur, fondée sur le principe démocratique, apparaît dans la suite de l'article.
[1539] C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *art. cit.*, p. 25.
[1540] Sur la notion d'évidence V. *infra* n° 428.
[1541] I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit,* 1997/10, p. 174.

> *« le mariage n'est pas l'institution du couple mais l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations »*[1542].

419. Filiation legendrienne de ces positions. En associant la « condition humaine » à la notion d'« ordre généalogique » et d'exigence anthropologique, les écrits de Catherine LABRUSSE-RIOU et Irène THÉRY[1543] peuvent être considérés comme héritiers de la conception du droit proposée par Pierre LEGENDRE[1544] qui écrit, dans son ouvrage *Sur la question dogmatique en Occident* :

> *« À travers la prohibition de l'inceste et la construction des systèmes de parenté, repérées en ethnologie comme noyau de la culture, les sociétés instituent la division des sexes, mise au service de la reproduction et pierre angulaire du principe de Raison »*[1545].

Le lien entre statut du corps mort, filiation et division sexuée des corps apparaît également dans cet ouvrage[1546]. Prônant le respect par le droit d'une « anthropologie dogmatique »[1547], qui lierait ensemble le biologique, le social et le subjectif[1548], Pierre LEGENDRE a exercé une influence importante sur une partie de la doctrine, notamment privatiste. Les traces de son enseignement peuvent sans doute être identifiées chez ceux qui fondent leur appréciation des normes positives sur des arguments tirés de l'anthropologie ou d'une référence à l'« ordre symbolique »[1549]. Or, cette démarche se retrouve dans l'ensemble des champs que nous avons identifiés : statut du corps avant la naissance et après la mort mais aussi bisexuation des personnes[1550] et hétérosexualité de la famille[1551]. Une fois encore, plus que la *qualification* des objets c'est bien

---

[1542] *Ibid.*, p. 181. Pour autant, l'auteure ne rejetait pas une réforme du droit des successions qui ferait une place aux concubins homosexuels, « *parce que les liens entre les vivants ne sont pas indépendants des liens entre les vivants et les morts* » (*ibid.* p. 187).

[1543] Pour une manifeste évolution de la pensée de cette auteure v. « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.* 2013, n° 7-8, dossier 17.

[1544] Les ouvrages de cet auteur sont cités dans les articles que nous avons évoqués : nbp 22 pour l'article de C. LABRUSSE-RIOU, nbp 21 et 28 pour l'article d'I. THÉRY.

[1545] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Fayard, 1999, nbp p. 91.

[1546] *Ibid.,* en nbp p. 86, Pierre LEGENDRE évoque comme exemples de questions selon lui aporétiques : « *peut-on changer de sexe ?* » et « *un mort peut-il engendrer ?* ».

[1547] Sur une interrogation plus approfondie sur la notion v. *infra* n° 492.

[1548] V. pas ex. P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ*. 1990, p. 639 ou *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels,* Fayard, 1983, p. 109.

[1549] Comme le souligne D. de BÉCHILLON « *c'est la diffusion d'un style d'argumentation qui présente* […] *un intérêt. Et ce d'autant plus que cette dissémination paraît s'effectuer facilement sous une allure euphémisée, anodine. Elle peut ainsi concerner un ensemble de personnes beaucoup plus vaste que le groupe de celles pour qui la référence à des structures anthropologiques mises à jour par la psychanalys*e correspond à une véritable option théorique » : « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, nbp 13.

[1550] C. MOIROUD, « La reproduction de la vie et les institutions. Instituer et transmettre », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 55.

[1551] Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, n° 26 et 40. En droit belge v. M.-J. GERARD-SEGERS, « droit et psychanalyse. Réflexion sur la portée anthropologique de la politique de filiation en Belgique », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. VAN de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 411.

leur *régime* qui semble être déterminé hors du droit. Mais la nature de cette « détermination » semble difficile à cerner : s'agit-il d'une forme d'interdisciplinarité ou plutôt d'une affirmation purement dogmatique ?

420. Précaution de lecture. Aborder la pensée de Pierre LEGENDRE nécessite une précaution préalable : le caractère foisonnant de son œuvre combiné à une expression complexe, rendent toute interprétation risquée, toute *bonne interprétation* improbable. Nous approuvons ici la prudence de Denys de BÉCHILLON qui ne voit pas

> *« au nom de quoi* […] *il pourrait être loisible de se dire "bon" ou "meilleur" interprète* [des écrits de Pierre LEGENDRE]. *Au reste ce point est à peu près indécidable : peut-être parce que le texte de Pierre Legendre est particulièrement "obscur"*[1552] *; possiblement parce que tout écrit même apparemment limpide est abandonné par essence à la souveraineté et à la responsabilité de son lecteur »*[1553].

Pour autant, nous nous risquerons à distinguer ce qui nous semble être la position de Pierre LEGENDRE de la façon dont sa pensée a été reçue, non parce que ses écrits auraient été dénaturés par leurs relectures, mais parce que les fondements de leur interprétation se trouvent déjà, selon nous, dans sa pensée originelle[1554].

421. L'« anthropologie dogmatique » : une vision anthropologique du droit ? La première question que pose la lecture de l'œuvre de Pierre LEGENDRE est celle de son usage de la notion d'« anthropologie ». Il ne semble pas que l'on puisse considérer simplement que Pierre LEGENDRE préconise la transposition en droit de constats établis en anthropologie. Attaquant tout particulièrement la démarche de Claude LÉVI-STRAUSS, il renvoie l'anthropologie au rang de « *pseudo-science* »[1555]. L'« anthropologie dogmatique » qui est au cœur de la pensée legendrienne doit, semble-t-il, s'entendre dans le sens d'une « dogmatique anthropologique »[1556]. Il faut nous en expliquer.

[1552] E. JEULAND souligne également la difficulté de lecture de cet auteur : *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 100.

[1553] D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, nbp 12. Cet article nous semble fondamental dans la critique de la pensée legendrienne ; notons cependant que l'auteur avait pu, dans un premier temps, adhérer à la pensée de Pierre LEGENDRE en ce qui concerne les fondements du droit : D. de BÉCHILLON, « Réflexions critiques », *RRJ*, 1994-1, p. 264 et s.

[1554] Une fois encore l'article de D. de BÉCHILLON est ici indispensable. Il écrit, toujours dans la même note : « *je crois – et donc au titre d'une subjectivité éthique tout à fait assumée – que l'argument que je cherche ici à étudier trouve effectivement son point d'origine dans l'œuvre de Pierre Legendre, et en tout cas qu'il ne trahit pas fondamentalement l'orientation de sa pensée* » : « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, nbp 12.

[1555] V. par ex. P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, *op. cit.*, p. 76. Y. SIMONIS considère pourtant que les deux auteurs peuvent être rapprochés : « Note critique sur le droit et la généalogie chez Pierre Legendre », *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 57.

[1556] Dans ce sens d'une relecture de Cl. LÉVI-STRAUSS par Pierre LEGENDRE v. É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à*

Il apparaît que la question dogmatique est dissociée, dans la pensée de Pierre LEGENDRE, de toute prétention à la scientificité. Il écrit ainsi, à propos de la nécessité de réhabiliter la dogmatique :

> *«* [cette nécessité] *se rapporte au discours de la vérité légale et honorée comme telle, discours de ce qui est dit parce que cela doit être dit. Ce qui est dû dans ce qui doit être dit, entendons-le au sens de dette rituelle, non pas au sens de devoir reconnaître le vrai dans une démarche scientifique »*[1557].

Il s'agit donc pour lui de poser l'idée d'un Interdit porté par le droit, en tant que Tiers, garant de l'identité des personnes. Cette vision du droit est détachée de toute connaissance proprement scientifique, voire *doit* s'en détacher[1558]. L'anthropologie n'apparaît donc pas comme science de la *définition* de l'Interdit – qui est pour Pierre LEGENDRE dogmatique – mais comme démarche, comme *méthode d'observation* des manifestations de cet impératif universel de l'Interdit[1559]. Cette démarche apparaît clairement dans *La question dogmatique en Occident,* où Pierre LEGENDRE affirme :

> *« Voir de l'extérieur et d'un regard "froid" le système normatif de tradition ouest-européenne suppose de franchir un pas théorique : admettre qu'une structure universelle, un principe de construction de l'animal parlant est à l'œuvre dans la manifestation normative comme telle, dont par conséquent nous devons rechercher la finalité dans une logique structurale et par les moyens appropriés. Dès lors, à travers cette mise à distance du droit censé monopoliser la dogmaticité dans le gouvernement social, c'est l'ensemble des montages de la culture qui se trouve mis à découvert, en même temps que s'offre une voie d'accès plus libre vers le phénomène normatif de sa diversification planétaire. L'anthropologie fait ici son entrée, en portant sur l'Occident un regard étranger »*[1560].

422. La place incertaine de la psychanalyse. Si Pierre LEGENDRE semble s'inscrire dans un courant structuraliste[1561], sa référence à l'« animal parlant » marque au surcroît l'apport qu'il semble reconnaître à la psychanalyse dans un travail sur la dogmaticité. Il affirme en effet :

---

l'épreuve de l'homosexualité, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 96. V. également *infra* n° 461.

[1557] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 78 ; v. aussi L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels. Leçon II, Fayard, 2e éd., 2001, p. 29 : « *L'axiome de la vérité autodémontrée ne donne aucune prise aux explications, car il s'agit d'un ordre comparable à l'ordre né d'une décision. La vérité autodémontrée n'a pas à se justifier, elle doit être seulement énoncée, déclarée, rabâchée et célébrée par les moyens qui sont les siens sans le domaine des systèmes d'organisation, c'est-à-dire par les moyens de la dogmaticité* ».

[1558] Il écrit ainsi : « *pour les juristes d'aujourd'hui, la difficulté majeure est de renoncer à l'escalade scientifique en se désolidarisant des sciences dites sociales, et à rouvrir carrément la Question dogmatique* » : P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 641.

[1559] Le caractère universel de l'Interdit, au sens de la différenciation généalogique est clairement affirmé par Pierre LEGENDRE : « Le ficelage institutionnel de l'humanité », entretien avec Pierre Legendre par M. ELBAZ et Y. SIMONIS, *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 70.

[1560] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 80-81.

[1561] « *Méthode générale consistant à privilégier les structures des phénomènes à connaître, c'est-à-dire à faire prévaloir les relations entre les termes d'un ensemble pour en expliquer le fonctionnement* » : V° *Structuralisme*, in *La pratique de la philosophie*, Hatier, 2000. Pour des études plus approfondies sur la définition de la notion

> *« dès lors qu'on accorde crédit aux découvertes sur le psychisme humain, dimension inconsciente comprise, et que partant de là le phénomène juridique s'enrichit d'être aussi considéré comme faisant appel aux constructions mentales* […] *on s'apercevra que la différenciation biologique ne suffit pas à produire le sujet humain et que celui-ci exige une différenciation d'un autre ordre, subjective celle-là, à base de représentation »*[1562].

Cette « différenciation », si souvent invoquée, se place manifestement sur le terrain psychanalytique puisque qu'elle recouvre notamment

> *« la distribution des places interdites dans le système familial (problématique de l'inceste), l'office du père (problématique du principe séparateur par rapport à la mère), la permutation symbolique des places (problématique du passage entre les générations) »*[1563].

Si Pierre LEGENDRE rejette violement l'idée que le droit puisse trouver sa source dans la science biologique[1564], il n'est donc pas si évident que le dogmatisme qu'il prône soit totalement détaché de tout fondement extérieur à lui-même. La « dogmatique » legendrienne consisterait-elle en une transposition en droit d'une « connaissance » psychanalytique[1565] ? Plusieurs éléments pourraient le faire penser : cette place de la « différenciation du sujet parlant », cette référence au structuralisme, la double compétence de l'auteur, à la fois professeur de droit et psychanalyste et surtout sa proximité personnelle avec Jacques LACAN[1566].

423. Mais, de la même façon qu'il conspue Claude LÉVI-STRAUS[1567], Pierre LEGENDRE qualifie durement la démarche lacanienne de « *néo-nominalisme de pacotille* »[1568] et, contrairement à Sigmund FREUD, ne le cite pas, à notre connaissance, comme référence explicite[1569]. Plus largement, il dénonce « *le recours trop facile à la technocratie*

---

v. J. CUISINIER, « Le structuralisme. Une méthode pour les sciences humaines », in *La philosophie*, Les dictionnaires Marabout, Savoir Moderne, 1969, t. 3, p. 606 ; G. DELEUZE, « À quoi reconnaît-on le structuralisme ? », *Histoire de la philosophie*, *t. 8. Le XX^e siècle*, F. CHATELET (dir.), 1973, p. 299.

[1562] P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 642.

[1563] *Ibid.*, p. 643-644.

[1564] *Ibid.*, p. 639. Reprenant cette pensée v. A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 66 : « La personnalité n'est pas une donnée biologique comme le génome ou le rhésus sanguin ».

[1565] L'emprunt de Pierre LEGENDRE au discours lacanien est souligné par ses commentateurs. V. par ex. Y. SIMONIS, « Note critique sur le droit et la généalogie chez Pierre Legendre », *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 53.

[1566] Sur la proximité de Pierre LEGENDRE avec le structuralisme et avec J. LACAN v. E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 39 et 97 et s. Sur la conception lacanienne du structuralisme V. par ex. M. CORVEZ, « Le structuralisme de Jacques Lacan », *Revue philosophique de Louvain,* 1968, tome 66, n° 90, p. 282.

[1567] *Supra* n° 421.

[1568] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 82.

[1569] « Le ficelage institutionnel de l'humanité », entretien avec Pierre Legendre par M. ELBAZ et Y. SIMONIS, *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 62 et s.

psy »[1570]. L'inspiration ne serait donc pas totale[1571] et l'on pourrait avancer que la psychanalyse semble surtout être pour Pierre LEGENDRE l'instrument de recherche de la structuration *occidentale* du principe *universel* d'Interdit. Il affirme ainsi :

> *« mon travail constate simplement qu'il n'est pas de société sans interdit parce que nous savons que par la constitution humaine de ce qu'en Occident on appelle la psyché, le psychisme (par opposition au* soma*, au somatisme : n'oublions jamais cette distinction implantée dans notre culture), la vie et la reproduction de la vie supposent la manœuvre de l'interdit. À cet égard, la découverte de l'inconscient demeure le point d'ancrage élémentaire de toute interrogation ayant pour visée de mettre au jour la fonction institutionnelle dans l'humanité. Ici dans cette part de l'humanité qui relève des traditions ouest-européennes »*[1572].

424. Réflexion legendrienne sur la démarche interdisciplinaire ? Un premier temps de l'analyse tendrait donc à faire penser que Pierre LEGENDRE ne participe pas d'une démarche doctrinale visant à chercher hors du droit les critères d'une catégorisation ou d'un régime des corps. Au contraire, l'auteur semble porter une réflexion critique sur la démarche interdisciplinaire puisqu'il écrit que « *la fragilité des transferts de notions, quand le plan dogmatique et sa portée structurale (comme c'est le cas pour l'Œdipe) sont devenus inabordables* »[1573]. Tout en considérant que la psychanalyse est « *une voie nouvellement ouverte* […] *vers le noyau des choses du droit* » ; il met en garde contre « *tout salmigondis psycho-juridique* »[1574] et affirme qu'« *il est vain d'attendre de la psychanalyse une méthode à transposer ou des concepts prêts à l'emploi* »[1575].

Parvenue à ce point, l'interprète ne peut que s'interroger : si la démarche de Pierre LEGENDRE est purement dogmatique, pourquoi cette référence à la psychanalyse ? Comment concilier ici le rejet apparent de l'anthropologie structurale et la reprise, comme manifestation de l'Interdit, d'une part des interdits du meurtre et de l'inceste et, d'autre part, de la différence des sexes et des générations pourtant au cœur des recherches anthropologiques structuralistes[1576] ?

[1570] P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 641.
[1571] Il est possible que la pensée de Pierre LEGENDRE ait évoluée sur ce point, passant d'un rejet du normativisme psychanalytique à une vision plus prescriptive : Br. PERREAU, « Faut-il brûler Legendre ? La fable du péril symbolique et de la police familiale », *Vacarme* 2003/4 (n° 25), p. 67. Plus largement sur la réinterprétation de J. LACAN par Pierre LEGENDRE, v. M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet,* 1998, n° 12-13, p. 114.
[1572] « Le ficelage institutionnel de l'humanité », art. cit., p. 69.
[1573] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 83.
[1574] P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 644.
[1575] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 82.
[1576] V. not. Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2e éd., éd. Mouton & Co – Maison des Sciences de l'Homme, 1967 ; Fr. HÉRITIER, *Masculin/féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996.

425. Une dogmatique au contenu déterminé hors du droit. Il semble que l'objectif de Pierre LEGENDRE ne soit pas le *détachement* total de l'anthropologie, mais plutôt son *dépassement* par la méthode psychanalytique. Il écrit ainsi « *l'anthropologie dogmatique est le dépassement de l'expression sociologique de* [la prohibition de l'inceste]*, en intégrant le sujet de la représentation dans nos travaux* »[1577]. On pourrait alors parler de « révélation de l'anthropologique par le psychanalytique ». Une démarche que Pierre LEGENDRE inscrit régulièrement dans une perspective historique : revendiquant de revenir à une conception romaine du droit, il exprime cette démarche par l'emploi célèbre de la formule « *vitam instituere* »[1578]. Or, nous le verrons, cette « institution » de la relation n'est pas sans contenu pour Pierre LEGENDRE. Cette triple référence, anthropologique, psychanalytique et historique conduit d'ailleurs à ce que ses positions soient reprises, par d'autres, comme incitant à l'*enregistrement* par le droit d'un régime des corps déterminé hors de lui-même.

426. La fonction anthropologique du droit a ainsi été invoquée pour justifier l'interdiction de la cryogénisation[1579] ou approuver l'encadrement de l'usage des cendres[1580]. Elle permet à Emmanuelle DHONTE-ISNARD de s'interroger sur la pertinence d'autoriser la congélation des embryons[1581] et à Adeline LE GOUVELLO de déplorer l'absence de sanction de l'homicide involontaire *in utero*[1582]. À propos de sexualité, elle a permis à Muriel FABRE-MAGNAN de condamner l'autorisation de principe du sado-masochisme[1583] ou à Philippe MALAURIE d'écrire, à propos du contrat d'union civile :

> *« il n'y a qu'un seul modèle, c'est la famille légitime. Évitons de céder à l'agitation contemporaine des esprits, à ses chimères et à ses illusions. Ne renions pas l'héritage que les Anciens nous ont transmis, l'anthropologie sur laquelle repose un système familial, la beauté, la grandeur et la gravité de l'union entre l'homme et la femme »*[1584].

[1577] P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. op. cit.*, p. 84.
[1578] P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 642. Pour une critique de cet emploi V. Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne, la nature », *Le Débat,* 1998/3, n° 100, p. 85, nbp 2.
[1579] J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742. Dans *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 30, l'auteur cite l'opinion de Pierre LEGENDRE sur ce procédé : « *la maîtrise de la mort vise à forcer les limites de la représentation, en déniant à la mort tout horizon de réalité. Un tel renversement tend à pervertir la juridicité dans son principe* », v. aussi p. 82.
[1580] É. AUBIN et I. SAVARIT-BOURGEOIS, « Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire », *AJDA,* 2009, p. 531.
[1581] E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, coll. Éthique médicale, 2004, p. 173.
[1582] A. LE GOUVELLO, « Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam*. 2015, comm. 85.
[1583] M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.
[1584] Ph. MALAURIE, note sous CE, 9 oct. 1996 et C. constit. 30 déc 1996, *D.* 1997, jur., p. 119, nous soulignons. V. également, du même auteur, pour des propos similaires plus récents : « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à Xavier Labbée », *JCP G.* 2012, 1096.

La création du mariage entre couples homosexuels a d'ailleurs donné lieu à de nombreuses invocations de cet « ordre symbolique » de la filiation hétérosexuée[1585].

427. Cette doctrine, partisane de l'idée que le droit doit être le marqueur symbolique d'un « Interdit »[1586], n'est pas sans influence sur la jurisprudence. À propos d'une affaire d'insémination *post mortem*, le TGI de Toulouse qui déplore que le législateur ne soit pas intervenu précisément pour règlementer la question, affirme en 1991 :

> *« le rôle du tribunal, privé en l'espèce de ses repères habituels - la règle juridique préexistante et la jurisprudence - doit se limiter au rappel de certaines valeurs fondamentales qui sont de nature à préserver la liberté de procréer, tant il est vrai qu'il n'y a pas de liberté sans limite ni de droit sans obligation. L'énoncé de normes et le rappel de certains interdits ayant un effet dissuasif* mais aussi une valeur symbolique indépendamment de la difficulté d'en sanctionner la transgression *» ;*
>
> *« dès lors, il est important de rappeler que l'existence du sujet et de la personnalité trouve son fondement dans quelques principes intangibles tels que :* la reconnaissance et l'acceptation de l'autre dans l'acte de reproduction, l'altérité de la vie sexuelle, le lien généalogique paternel et maternel, la temporalité de la vie. *La procréation implique et impose de telles règles dont le rappel doit faire comprendre que tout n'est pas possible et que tout n'est pas permis »*[1587].

Une fois encore, un lien est établi entre l'hétérosexualité de la reproduction, le statut du fœtus et l'« acceptation » de la condition mortelle de l'humain : le droit devrait être l'instrument d'une définition des limites pour l'Homme, entre le permis et l'interdit. Or, le point commun de l'ensemble de ces positions est que nul ne prend la peine d'expliciter les raisons pour lesquelles l'Interdit se situerait nécessairement du côté de l'homosexualité, du changement de sexe, de l'acceptation de l'avortement ou de la conception *in vitro* de l'embryon, de la cryogénisation etc. L'ensemble des positions doctrinales qui recherchent hors du droit des critères ou les justifications de leur démarche de catégorisation présentent leurs postulats comme des évidences. C'est ici que se situe l'utilité d'un regard critique.

[1585] Ex. G. DRAGO, entretien avec A. PHILIPPOT, *JCP G.* 2016, n° 6, p. 315 ; v. aussi les contributions dans *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016. Moins radicale mais néanmoins circonspecte, D. LOCHAK évoquait également cette notion pour s'interroger sur la question de l'adoption par des couples homosexuels : « *Ne prend-on pas des risques en prétendant manipuler ainsi, sans plus de précaution, les bases constitutives de la filiation, les "structures élémentaires de la parenté", et au-delà les ressort les plus profonds de l'identité ?* » *in* « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique,* D. BORILLO, coll. Les voies du droit, PUF, 2e éd., 1999, p. 57.

[1586] Sur ce point, à propos notamment des « *places interdites dans le système familial* » v. P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 643.

[1587] TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *JCP G.* 1992.II.21807, note Ph. PEDROT, nous soulignons. L'affaire concernait une demande de restitution de sperme, non d'embryons, mais, on le voit, l'affaire est traitée dans la perspective de l'enfant potentiellement issu de l'insémination.

§2. Les instruments d'une lecture critique de la doctrine

428. De la dogmatique à l'évidence. Le problème principal d'une doctrine dogmatique, ou de ce que nous avons appelé « doctrine de l'ontologie » est bien la difficulté, inhérente à cette position, de se distinguer d'une pensée de l'évidence, du « bon sens ». En effet, à s'appuyer sur des concepts extérieurs au droit sans les soumettre explicitement à une réflexion épistémologique ou à une mise en perspective historique[1588], on court le risque de confondre une dogmatique assumée comme telle avec une pensée exclusivement fondée sur l'idée de « sens commun » – en termes de perception – ou de « bon sens » – en termes axiologiques[1589].

Ce passage de la dogmatique au « sens commun » se retrouve ponctuellement chez certains auteurs, notamment dans l'utilisation de la « nature » comme fondement de la norme juridique. La bicatégorisation sexuée des personnes et l'hétérosexualité du couple étant, par exemple, déduites de l' « observation »[1590] de l'existence d'individus mâles et femelles[1591]. Le

---

[1588] À strictement parler une mise en perspective historique *est* une approche épistémologique dans le sens où elle participe d'une étude de la construction de la connaissance. Cependant nous distinguerons les deux dans le sens où nous nous livrerons à une critique épistémologique du discours sur le droit alors que nous proposerons une approche historique tant du discours que du droit lui-même.

[1589] Car comme le rappelle M. MIAILLE, « *le bon sens est à l'opposé de la science* » : *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, 2e éd., 1982, p. 43.

[1590] Au premier sens du terme pour E. DHONTE-ISNARD : « *il suffit de se promener les yeux ouverts pour constater que l'humanité se partage en deux catégories d'individus dont les vêtements, le visage, le corps, le sourire, la démarche, les intérêts, les occupations, les métiers sont manifestement distincts. Sans doute ces différences sont-elles superficielles, en passe de s'estomper ou peut-être destinées à disparaître. Ce qui est certain, c'est que, pour l'instant, elles existent avec une éclatante évidence* » : « Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme », *RRJ*, 2004-2, p. 1480. L'auteure n'exprime pas très clairement sa position sur la question : il semble qu'elle soit en faveur d'une égalité dans la différentiation (p. 1505-1506).

[1591] L. LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, actes du XVIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002 : p. 53 « *dans la mesure où les* différences naturelles *existent entre les deux sexes, des différences de traitement juridiques peuvent se justifier* » ; p. 73 « *la* nature *est en effet fort bien faite. C'est du rapprochement "de deux sexes que la nature n'a fait si différents que pour les unir" comme le disait Portalis, que jaillit à nouveau la vie* » ; p. 76 « *c'est la* nature immuable des choses *qui est en jeu : l'enfant a besoin d'un père et d'une mère* », nous soulignons ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*. 12e éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2005, nbp. 535 : dans la majorité des cas le sexe est *« une vérité bien accordée (corpore et animo), c'est-à-dire comme une* vérité biologique primordiale *qui est acceptée et bien vécue. Le corps en est la base dans sa matérialité et son apparence. Cette vérité est celle de l'évidence. C'est le* lot commun *»,* nous soulignons. V. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004, p. 497-498 : *« les éléments morphologiques au vu desquels à lieu le classement de départ – les seuls qui soient repérables à première inspection sur le nouveau-né, ces* modèles réduits de l'union sexuelle à venir *– ne sont pas destinés à s'inverser dans le cours naturel de la vie* », nous soulignons ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes,* Domat droit privé, Montchrestien, 13e éd., 2007, p. 106, affirme que l'« *homme de la rue* » est soumis à l'« *homme de l'art* » pour accepter l'existence du syndrome de transsexualisme opposant ainsi la figure du « bon sens » à celle du savant : pour lui, la « *vérité* [du caractère biologique du sexe] *est celle de l'évidence* » (*Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 8e éd., Domat droit privé, Montchrestien, 1997, nbp. au n° 535.) ; Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Connaissance du droit droit privé, Dalloz, 1998, p. 2 : « *le point de départ de la réflexion doit être un retour aux* évidences d'ordre biologique *: l'espèce humaine est mâle et femelle* », nous soulignons ; H. INCOLLINCO-MONA, « La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », *RRJ*, 2004-3, p. 2077 : « *le droit* doit *intégrer et consacrer une donnée* préalable*, la différence sexuelle, dans la norme juridique.* Il ne peut pas *définir la relation conjugale dans ce que peuvent être ses éléments constitutifs* », nous soulignons ;

« bon sens »[1592] peut également servir de fondement juridique lorsque le débat technique est trop aigu : ainsi la Cour d'appel de Lyon a-t-elle pu affirmer que « *tant l'application stricte des principes juridiques que les données acquises de la science que des considérations d'élémentaire* bon sens *conduisent à retenir la qualification d'homicide* » en cas de décès accidentel d'un fœtus *in utero*[1593]. L'*évidence* – de l'humanité de l'embryon, de la sacralité du cadavre – remplace ainsi chez certains l'adoption assumée d'une position purement dogmatique[1594]. Or, c'est précisément dans cette évidence que vient se glisser le regard critique, comme un « pas de côté » dans la réflexion. Il s'agit alors de prendre pour le droit, comme science humaine, la mise en garde que formule Pierre BOURDIEU[1595] :

> *« "Le simple disait BACHELARD, n'est jamais que le simplifié." Et il démontrait que la science n'a jamais progressé qu'en mettant en question les idées simples. Pareille mise en question s'impose de façon toute particulière, il me semble, dans les sciences sociales du fait que* […] *nous avons tendance à nous satisfaire trop aisément des évidences que nous livre notre expérience du sens commun ou la familiarité avec une tradition savante »*[1596].

429. Usage des instruments critiques. Le rapprochement effectué par une partie de la doctrine entre la question de la *nature juridique* du corps et celle de la bicatégorisation sexuée des personnes et de l'hétérosexualité du couple – ou du moins entre les *instruments théoriques* qui sont utilisés dans les analyses de ces questions – conduit à une interrogation : l'étude de

---

G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 105.

[1592] Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 611, à propos du fait que la famille hétérosexuelle, si possible légitime, est le meilleur cadre pour l'éducation d'un enfant.

[1593] CA Lyon, 13 mars 1997 : *D*. 1997, 557, note E. SERVERIN ; *JCP G*. 1997.II.22955, note FAURE. Nous soulignons.

[1594] B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D*. 1996, p. 282 : « *c'est dans le corps inanimé que l'esprit vient de quitter, que l'on cherche le sens profond de la dignité, sachant, au-delà de la raison, qu'elle s'y trouve. Marqué par cette intuition* […] *le droit hésite »,* nous soulignons ; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, n° 1, p. 65 : « *ce n'est pas l'analyse juridique qui doit démontrer l'humanité de l'Homme, mais cette humanité qui doit s'imposer par nature au droit : le droit devrait plier devant l'évidente humanité de l'embry*on » ; M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT , « Du cadavre, autopsie d'un statut », Traité des nouveaux droits de la mort (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 423 : « *Tous ressentent alors le besoin de la qualifier d'exceptionnelle sinon de "sacrée", comme pour lui ôter cette caractéristique de réification qui, instinctivement, nous déplaît à tous* ».

[1595] P. BOURDIEU n'est pas toujours considéré comme un auteur de la *French Theory* en raison de son rapport au structuralisme. Mais on pourrait affirmer, avec E. JEULAND, que P. BOURDIEU voit « *le droit comme faisant partie de la formalisation symbolique des relations sociales exprimant des rapports de domination* » (*Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 153), et qu'en cela, il participe à ce mouvement.

[1596] P. BOURDIEU, *Choses dites*, éd. De Minuit, 1987, p. 166. Autant il nous semble important de questionner l'interdisciplinarité comme outil du droit autant le fait de prendre le droit comme science sociale nous permet d'accepter que les interrogations épistémologiques des autres sciences humaines puissent être sinon transposées du moins considérées pour l'étude du droit.

cette doctrine, en ce qui concerne le corps humain avant la naissance et après la mort, peut-elle pertinemment utiliser les outils conceptuels qui ont été développés dans le champ de la question sexuelle ? Le courant de la critique est alors apparu comme l'instrument idéal de cette approche.

Ce courant, notamment à partir[1597] des études foucaldiennes[1598], a introduit dans les sciences humaines, et donc dans le droit[1599], l'idée d'une recherche tournée, d'une part, vers l'historicisation des phénomènes observés et, d'autre part mais conséquemment, vers l'explicitation des rapports de pouvoir, des processus de domination[1600], qui s'exercent dans un champ considéré ; et, plus largement, vers l'étude des conditions d'acceptabilité d'un système donné. Cette approche critique s'est ainsi progressivement saisie des problématiques de rapports de classes, de race mais aussi de genre[1601]. Bien que classe et race soient des outils méthodologiques pertinents dans notre champ d'étude[1602], le caractère récurrent de l'évocation des questions sexuelles en lien avec le statut de l'embryon et du cadavre nous a conduit à privilégier les études de genre[1603] dans notre analyse de la production doctrinale. Pour autant, il convient de souligner que les *outils* des études de genre ne se limitent pas à l'étude de questions spécifiquement genrées : la méthode critique élaborée peut au contraire être étendue, comme nous le ferons notamment à propos de la notion de personne[1604]. Au cœur de cette réflexion

[1597] M. FOUCAULT lui-même fait remonter la démarche critique au XV^e^ ou XVI^e^ siècle dans le sens où elle serait une interrogation sur les principes, les méthodes, les objectifs d'un certain gouvernement : *Qu'est ce que la critique ?*, coll. Philosophie du présent, Vrin, 2015, p. 34 et s ; M.-J. BERTINI note quant à elle l'apport fondamental de Pic de la Mirandole dans cette démarche de déessentialisation de l'humain : « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, n°13.

[1598] Les courants de pensée critiques sont notamment issus de l'intégration, dans le milieu universitaire américain, de la pensée d'auteurs français regroupés ensuite sous le nom de *French Theory* (M. FOUCAULT, J. DERRIDA, J. LACAN etc.). Pour un résumé de ce phénomène et de ses suites v. par ex. G. NOIRIEL, *Introduction à la socio-histoire,* La Découverte, 2008, p. 36 et s. ; J. ANGERMÜLLER, « Qu'est-ce que le poststructuralisme français ? À propos de la notion de discours d'un pays à l'autre », *Langage et société* 2007/2 (n° 120), p. 17.

[1599] Pour une réflexion générale sur l'application de la *French Theory* au droit V. E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016.

[1600] M. FOUCAULT distingue plus précisément les notions de « pouvoir » et de « domination » : plus précisement, il s'agit pour lui, en termes de méthodologie, de travailler les rapports entre *savoir* et *pouvoir*, qui peuvent conduire à des états de domination : *Qu'est ce que la critique ?*, coll. Philosophie du présent, Vrin, 2015, p. 52.

[1601] Sur les rapports entre ces notions v. par ex. E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualité,* PUF, 2008, p. 79 et s.

[1602] V. *Infra* n° 655 et s., n° 665 et s.

[1603] Pour un exposé général v. not. E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualité,* PUF, 2008 ; L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT, A. REVILLARD, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre,* De Boeck, Bruxelles, 2008. Pour une vision très claire de l'apport de cet outil en histoire v. Entretien avec Joan W. Scott, « Ce que la *gender history* veut dire », *Revue Mouvements*, coll. Pensées critiques, La Découverte « Poche/Sciences humaines et sociales », 2009, p. 29. Plus développé J. W. SCOTT, *De l'utilité du genre*, coll. à venir, Fayard, 2012.

[1604] Pour des exemples d'« extension » de l'analyse de genre à des sujets généraux v. V. FORRAY, « Le discours des juristes mis en question par le genre : l'exemple du consentement », *Jurisprudence Revue critique,* 2010, p. 137 (sur le consentement contractuel) ; C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, trad. Ch. NORDMANN, éd. La Découverte/Institut Emilie du Châtelet, 2010 (sur la notion de contrat social).

critique se trouve également un travail capital sur le langage comme instrument de pouvoir. Comme le résume Gérard NOIRIEL :

> *« la contribution majeure que cette génération a fourni à la* connaissance [a été de] *mettre en lumière le rôle joué par le langage dans les relations de pouvoir. Celui qui détient le pouvoir de nommer les autres publiquement contribue, de manière décisive, à fabriquer leur identité individuelle et collective ; donc il oriente le sens de leur existence* »[1605].

Il s'agit alors de ne pas distinguer fondamentalement le réel de ses représentations[1606] et d'interroger la construction des savoirs, en particulier dans l'interaction qui se noue entre le sujet observant et l'objet observé[1607]. En ce sens, la critique est une épistémologie ; appliquée à la sphère juridique elle est spécialement une épistémologie de la science du droit : un outil de réflexion sur la construction d'un savoir juridique.

430. La critique en science juridique. Appliquée au droit[1608], cette pensée, parce qu'elle est historiquement issue des courants marxistes[1609], nécessite de renoncer à une conception du droit positif tel qu'il serait, à travers l'État, l'instrument de *résolution* des intérêts

---

[1605] G. NOIRIEL, *Introduction à la socio-histoire,* La Découverte, 2008, n°18. L'auteur y voit notamment le point commun entre l'œuvre de M. FOUCAULT et de J. DERRIDA d'une part et de P. BOURDIEU d'autre part.

[1606] Entretien avec Joan W. Scott, « Ce que la *gender history* veut dire », *Revue Mouvements*, coll. Pensées critiques, La Découverte « Poche/Sciences humaines et sociales », 2009, p. 41-42 : « *Je ne crois pas que l'étude des représentations se substitue au monde réel. Je pense que l'opposition entre représentation et réel n'est pas une opposition sérieuse. Il me semble que l'étude de la représentation est véritablement l'étude du monde réel, dans la mesure où le langage est toujours le médiateur de notre rapport à la réalité* ». L'auteure précise qu'elle entend ici langage au sens foulcadien de discours.

[1607] Comme le note M. MIAILLE, la pensée critique « *en suscitant ce qui n'est pas visible pour expliquer le visible,* […] *se refuse à croire et à dire que la réalité est enfermée dans le visible. Elle sait que la réalité est en mouvement, c'est-à-dire que toute chose ne peut être saisie et analysée que dans son mouvement interne ; il ne faut donc pas abusivement réduire le réel à une de ses manifestations, à une de ses phrases* » : *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 20 ; v. aussi p. 90-91.

[1608] Noter que l'utilisation spécifiquement juridique vient de l'intégration de cette pensée dans la doctrine anglo-saxonne (V. J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, éd. Galilée, 1994). Pour une approche française, notamment en termes de rapports de genre V. par ex. *Jurisprudence Revue Critique*, 2011 ; *Ce que le genre fait au droit,* Dalloz, 2013 *; La loi et le genre,* St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014.

[1609] E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualité, op. cit.*, p. 15. Pour une illustration parlante de l'influence du matérialisme historique sur la pensée féministe v. M. WITTIG, *La pensée straight,* 2e éd., éd. Amsterdam, 2013, not. p. 52 et s. Pour une vision critique des relations entre marxisme et féminisme, v. par ex. Ch. APOSTOLIDIS, « Le marxisme et la cause féminine », in *Féminisme(s) et droit international, Études du réseau Olympe,* E. TOURME JOUANNET, L. BURGORGUE-LARSEN, H. MUIR WATT et H. RUIZ-FABRI (dir.), coll. de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Société de législation comparée, 2016, p. 67. Pour une illustration de l'influence des écrits de K. MARX sur la pensée de Cl. LÉVI-STRAUSS, v. par ex. *Tristes Tropiques,* Plon, 1955, p. 62. Nous ne signifions évidemment pas par là que tous les auteurs inclus dans ce courant soient, politiquement, marxistes (V. Cl. LÉVI-STRAUSS et D. ÉRIBON, *De près et de loin*, 2e éd., coll. Opus, éd. Odile Jacob, p. 152). Pour un ex. de critique marxiste particulièrement virulente à l'encontre de Cl. LÉVI-STRAUSS et de J. LACAN v. P. FOUGEYROLLAS, *Contre Lévi-Strauss, Lacan, Althusser. Trois essais sur l'obscurantisme contemporain,* coll. Document critique, éd. Savelli, 1976. Pour une opposition à ce mouvement v. M. VILLEY « Phénoménologie et existentialo-marxisme à la Faculté de droit de Paris, *APD*, 1965 p. 157.

contradictoires d'une société[1610]. Cela n'empêche pas que le droit puisse être analysé en termes de *conciliation* de ces intérêts, dans la mesure où il correspondrait à un équilibre à un moment donné, issu de « *l'entrechoc des uns contre les autres de tous les projets en compétition* »[1611]. Le droit, et la science du droit, peuvent dès lors être analysés au travers de cette grille de lecture critique, à la fois comme pratique et comme discours : il s'agit, d'une part, de faire leur place aux effets concrets du droit – notamment dans les exclusions qu'opèrent les normes[1612] – et, d'autre part, de rechercher les présupposés, implicites et non-dits qui le parcourent[1613]. Une étude juridique de la construction des discours présuppose, cependant, comme le fait Stéphane NADAUD, d'accorder dans un premier temps à ces auteurs le bénéfice de la scientificité[1614].

431. Cet ensemble méthodologique d'études critiques[1615] s'inscrit dans une démarche positiviste au sens où son objectif scientifique est bien la recherche des rapports de force en jeu, ce qui n'interdit d'ailleurs pas, dans un second temps, une prise de position axiologique[1616]. En effet, comme le rappelle Michel TROPER :

> *« il faut* […] *rappeler la signification de la neutralité axiologique du positivisme. Il ne s'agit en aucune façon d'une doctrine éthique. Il n'affirme*

[1610] M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 53 et s. Comme le note K. STYANOVITCH, « *le droit est, selon le marxisme, à quelque endroit et à quelque moment qu'on le rencontre, un droit de classe et on voit bien en lui, avec Aristote, un instrument ou critère de partage de biens et d'honneurs dans un milieu social et à une époque historique donnés* » : « Sens du mot droit et idéologie », *APD*, n°19, 1975, *Le langage juridique*, p. 183. Cet apport d'Aristote aux théories marxistes est également établi par M. VILLEY in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 59.

[1611] K. STYANOVITCH, « Sens du mot droit et idéologie », art. cit., p. 187, à propos de l'idéologie sociale. Sur le droit comme production sociale v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* Droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ-Lextenso éditions, 4e éd., 2014, p. 100 et s.

[1612] Dans cette perspective, des méthodes proches de la sociologie du droit peuvent être utilement sollicitées. V. D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, pour la trad. française par V. FORRAY et A. GUIGUE, p. 30. Sur l'histoire de cette méthode mais également ses limites v. par ex. M. MEKKI, « L'ouverture disciplinaire et la théorie sociologique du droit : une approche renouvelée de l'objet droit ? », in *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 111. V. également, dans le même ouvrage, J. COMMAILLES, « Droit et sciences sociale. Préalables et conditions d'un nouveau régime de connaissance », p. 75.

[1613] V. P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept,* C. THIBIERGE *et alii*, LGDJ-Lextenso-Bruylant*,* 2009, p. 142 et s.

[1614] St. NADAUD, « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien […] », *AJ fam.*, 2006, p. 403 : « *Car, si l'on pourrait considérer qu'à l'origine de chaque acte de pensée ou de chaque conceptualisation ou de chaque construction sociale voire juridique se trouve toujours en fin de compte une idée reçue que la pensée ou la conceptualisation ou la convention sociale en question vient valider, lorsque l'on souhaite* […], *démonter de tels arguments, on se retrouve rapidement à intenter sans fin aux discoureurs des procès d'intention qui sont autant d'atermoiements infinis à toute saisie de la question* ».

[1615] Pour une vision générale des mouvements doctrinaux de ce courant v. G. MINDA, Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, *New-York University Press*, 1995.

[1616] Ph. JESTAZ, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ*. 2001, p. 554 et s. : « *Le positivisme critique ne légitime rien a priori et donc ne sert aucun maître : mais il somme chacun de dire quel est son maître et pourquoi* ». Sur cette prise de position dans notre étude v. *infra* n° 14 et n° 726.

> *pas que telle conduite est juste et telle autre injuste. Il ne formule même pas une éthique de la science et ne prétend pas que la seule attitude juste de l'homme dans le monde soit d'en donner une description scientifique. Il n'interdit pas non plus de porter des jugements moraux sur le droit positif. Il se borne à indiquer que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science. En d'autres termes, il consiste simplement dans l'énoncé des conditions permettant de caractériser un discours comme scientifique »*[1617].

Confronté notamment à la question de la « naturalité » des classifications et des relations[1618], le courant critique a développé un matériel épistémologique abondant, notamment en matière d'interdisciplinarité[1619]. Ces outils sont particulièrement utiles dans un travail spécifique sur le discours sur le droit puisqu'ils permettent d'interroger l'objectivité recherchée par une partie de la doctrine, notamment dans son rapport à la normativité. Le regard critique permet ainsi de déconstruire l'« objectif », de questionner l'évidence[1620].

432. L'introuvable dogmatique pure et la possibilité d'une critique épistémologique. La critique épistémologique d'une position doctrinale assumant sa pure dogmaticité[1621] ne serait pas envisageable : ne serait possible qu'un affrontement extra-juridique portant sur les *valeurs* portées par l'une ou l'autre des positions. Cependant, l'analyse des arguments doctrinaux développés dans le champ de cette recherche a fait apparaître qu'il n'existait pas de positionnement purement dogmatique. Au contraire, on a montré comment les auteurs cherchaient systématiquement à légitimer leurs positions par l'appel à des éléments extérieurs au droit[1622]. Même Pierre LEGENDRE, pourtant théoricien de la dogmaticité en droit, semble parfois déterminer ses positions à partir d'une analyse psychanalytique de la matière[1623].

[1617] M. TROPER : « La doctrine et le positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 288 ; v. aussi M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 33 et s., not. p. 35. Cette définition correspond peu ou prou à celle que donne N. BOBBIO du positivisme comme méthode : *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, trad. M. GUÉRET, préf. R. GUASTINI, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 44-45.

[1618] V. not. D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, Archives contemporaines, 2000 ; C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature*, coll. Recherches, éd. Côté-femmes, 1992 ; M. WITTIG, « *The category of Sex* », Feminist Issues, Berkeley, 1982, 2, n° 2.

[1619] L'ouverture des études juridiques critiques à l'interdisciplinarité, notamment en matière de sciences sociales rapproche ce mouvement de la théorie réaliste de l'interprétation : M. TROPER, « La doctrine et le positivisme », *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 291.

[1620] A. COMTE affirmait ainsi : « *toute science peut être exposée suivant deux marches essentiellement distinctes* […] *la marche historique et la marche dogmatique* » : *Cours de philosophie positive*, éd. Bachelier, 1830, t. 1, p. 77

[1621] P. FERREIRA DA CUNHA semble placer la dogmaticité du côté du positivisme, considérant que la pensée jusnaturaliste serait plutôt du côté du topisme : *Droit naturel et méthodologie juridique*, Buenos books international, 2012, p. 60. Il nous semble que cette réflexion vaut essentiellement pour la *méthode* d'interprétation de ces deux courants mais non pour leur pensée du contenu du droit, dès lors qu'une certaine pensée du jusnaturalisme tend à « *se cristalliser en un contenu rationnel* » : v. É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 43.

[1622] *Supra* n° 387 et s.

[1623] *Supra* n° 422.

433. Cette approche critique cependant est fustigée[1624] par les tenants d'une position dogmatique. Alain SUPIOT voit même dans cette démarche déconstructrice un risque – voire la marque du totalitarisme –, en ce qu'elle nierait la place du Juste dans le droit[1625]. La remarque est vraie dans le sens où, en tant que positivisme, la démarche critique rejette l'idée d'un « juste » objectif qui s'imposerait au droit ; elle est excessive dans les conséquences qui en sont tirées dans la mesure où elle vise simplement à étudier, par exemple, ce qui constitue le juste à un moment donné, les conditions de sa construction, les présupposés et les conséquences de son usage discursif[1626]. La démarche critique n'est donc pas prescriptive en elle-même ; elle suppose une certaine rigueur, notamment dans l'interdisciplinarité et impose une approche historicisée de son objet. Cette démarche peut utilement être appliquée aux écrits doctrinaux afin d'en révéler les présupposés.

434. Sur la question de l'objectivité. L'utilisation de ces outils conceptuels interroge : n'y a-t-il pas ici un risque de jouer une « évidence », une « objectivité extérieure au droit », révélée par la critique, contre une autre ? Il nous semble que cet écueil est facilement évité par une affirmation simple : la critique ne prétend pas à l'objectivité[1627]. En se plaçant explicitement d'un certain point de vue, elle cherche non pas à révéler *le réel* mais à mettre en lumière *un réel* invisibilisé. La pluralité de ces points de vue devant conduire progressivement à une « objectivité forte »[1628] , plus proche du réel car plus complexe. La critique n'est pas neutre mais elle ne l'est pas moins que toute autre position doctrinale[1629]. Comme l'exprime Daniel MAINGUY :

> *« il n'y a pas de théorie, positiviste ou philosophique, axiologiquement neutre et toute pensée est tournée vers un but déterminé, la posture simplement descriptive de la théorie du droit est fausse ou partielle et, par ailleurs, une théorie est toujours agissante (dans une conception postmoderne), soit dans*

[1624] On reconnaît ici, selon les termes de D. LUBAN, le point commun entre les études critiques et l'art moderne : mettre les gens en colère ! : « *Legal modernism* », Michigan Law Review, vol. 84, n° 8, août 1986, p. 1659.
[1625] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 22-23.
[1626] J. DERRIDA écrit ainsi : « *on ne peut pas parler directement de la justice, thématiser ou objectiver la justice, dire "ceci est juste" et encore moins "je suis juste", sans trahir immédiatement la justice, sinon le droit*. » : *Force de loi. op. cit.*, p. 28.
[1627] Sur le caractère inévitable de la « posture doctrinale » v. J. CHEVALLIER, « Juriste engagé(e) », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 306 et s.
[1628] V. S. HARDING, « *After the neutrality ideal. Science, politics and "strang objectivity" »*, Social Research, 1992, vol. 59, n° 3, p. 567. Disponible sur : http://www.jstor.org/stable/40970706 [consulté le 13 nov. 2016]. V. aussi la lecture du travail de M. MINOW par M.-Cl. BELLEAU : *« en reconnaissant explicitement sa propre partialité, le féminisme atteint sans doute un degré plus élevé de neutralité que d'autres domaines du savoir qui s'aveuglent et se cantonnent dans une fausse impartialité truffées d'exclusions »* (« Les théorie féministe : droit et différence sexuelle », *RTD civ.* 2001, p. 1).
[1629] *« une prétention de neutralité évidemment mainte fois contredite et qui s'est manifesté à l'égard des femmes pendant plusieurs siècles. En ce sens, le féminisme ne souffre pas plus de partialité que le droit. »* : M.-Cl. BELLEAU, « Les théorie féministe : droit et différence sexuelle », *RTD civ.* 2001, p. 1.

> *le but de l'efficacité politique, soit dans celui de sa conformité à une idée, disputée ou non, de justice* »[1630].

Reste alors à savoir pourquoi cette méthode sera privilégiée[1631]. La raison en est subjective : une expérience personnelle et partagée nous apprend que cette grille de lecture révèle effectivement des relations de pouvoir vécues par les femmes ; il nous semble donc possible de présupposer qu'elle est susceptible de révéler d'autres relations de domination. Et parce que le droit est, par le biais de l'État, l'un des premiers instruments instaurant des relations de pouvoir, il nous semble particulièrement important de le soumettre à ce regard critique.

435. Difficultés méthodologiques. La difficulté méthodologique est ici que la critique épistémologique de ces positions ne peut pas, par définition, se faire uniquement du point de vue juridique. Sauf à reproduire indéfiniment des difficultés de légitimité disciplinaire, il ne nous est pas possible d'opérer la critique du discours juridique en recherchant la *vérité* des autres disciplines[1632]. L'argument épistémologique doit venir des méthodes, discours et critiques de ces champs disciplinaires. Pour dépasser le simple affrontement axiologique, il est nécessaire de montrer que l'évidence supposée du propos ou sa « scientificité » (entendue comme « objectivité ») n'est pas incontestée dans son domaine-même[1633].

En effet, même si le droit, par sa prétention à régir le réel, ne peut s'abstraire totalement des observations des autres modes de connaissance[1634], il ne s'agit pas pour autant, dans cette

---

[1630] D. MAINGUY, « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP G*. 2011, doctr. 250, n° 6.

[1631] Il serait légitime de se demander si ce choix ne correspond pas à une simple « mode ». Cl. GRIGNON, cite ainsi R. QUENEAU : « *Le spectacle de ces mutations, de ces tournants brusques et de ces conversions ne laisse pas que d'être assez amusant. Ce qui l'est encore plus, c'est la naïveté de ceux qui, à chaque fois, croient que c'est arrivé. On les conduit d'Einstein à la technocratie, de la théorie des quanta au Plan quinquennal, du néo-thomisme au matérialisme dialectique et chaque fois ils marchent (une, deux ! une, deux !) ; car rien n'est plus docile que les gens de cette espèce, et sous combien de jougs ne faut-il pas passer pour se mettre à la page !* […] *Les années qui précédèrent la guerre firent triompher la Mode en tout domaine ; c'était le temps des Ballets Russes, et du Cours de M. Bergson au Collège de France* […] *La Mode ne s'est plus seulement portée sur le dos, mais aussi sous la calotte crânienne. Il y eut l'année des jupes courtes et la saison des chapeaux rouges, Hegel se portera beaucoup au printemps, mais cet automne, Kierkegaard sera de bon ton. Les fox poils-durs et la mécanique ondulatoire commencent à 'passer'. On en revient au caniche et à Descartes* » : R. QUENEAU, *La Bête Noire*, n° 1, avr. 1935, repris in *Le voyage en Grèce*, NRF, 1973, p. 61 cité par Cl. GRIGNON, « L'esprit scientifique et l'esprit de système », *Revue européenne des sciences sociales* [en ligne], XLVI-142 | 2008, nbp 33.

[1632] Sur cette question v. Al SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes/ Fayard, 2015, p. 19-20.

[1633] D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* Odile Jacob, 1997, p. 219 : « *je ne veux pas dire* […] *qu'il n'existe pas des "choses", des "phénomènes", des "histoires" ou des "faits", à l'origine réelle de droit. Du point de vue du sociologue ou de l'anthropologue, il n'existe même* que *cela. Mais justement : pour pouvoir les prendre en compte, il faut sortir de la théorie juridique stricto sensu, et envisager la règle de droit, non plus du point de vue " interne" du juriste, mais de manière « externe », avec l'œil de l'anthropologue, de l'historien ou du sociologue. Or, si ces divers types d'approches sont indispensables et complémentaires dans la perspective d'une connaissance approfondie de l'objet « droit », dans leurs méthodes. Il importe d'éviter la synchrèse trop rapide de ces registres si l'on veut – comme c'est, une fois encore intellectuellement nécessaire – pouvoir jouer correctement sur l'un ou sur l'autre*. »

[1634] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », in *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8

matière comme dans toute autre, de se laisser aller à l'« *expérience naïve* »[1635] ni à la manipulation irréfléchie de concepts forgés hors du droit[1636]. La démarche interdisciplinaire n'est certainement pas entreprise avec la prétention de fournir une « bonne » lecture des disciplines abordées, et de démontrer ainsi les « erreurs » de certains courants doctrinaux. Il s'agit plutôt ici de montrer comment les références extra-juridiques couramment utilisées par la doctrine peuvent être interrogées. L'utilisation de notions issues de champs de connaissance extérieurs au droit pose en effet des difficultés épistémologiques si l'on ne prend pas la peine d'étudier le contexte, la méthode et les objectifs qui ont présidé à la construction de ces concepts dans le domaine considéré. Pierre BOURDIEU, dans le champ sociologique, mettait en garde : « *les data les plus riches ne sauraient jamais répondre complètement et adéquatement à des questions pour lesquelles et par lesquelles ils n'ont pas été construits* »[1637]. La véritable interdisciplinarité est une démarche nécessitant prudence et humilité, les difficultés de cette approche font l'objet de réflexions spécifiques[1638] qui cherchent à éviter les glissements de sens.

---

et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 75 : « *car si le droit est autonome par rapport à ces autres modes de configuration du réel, il n'est pas exactement – et ne saurait être – autarcique, et encore moins autiste : son ontologie, qui l'appelle à exercer un effet sur la réalité sociale, le lui interdit tout à fait* ». P. AMSELEK donne un exemple parlant de prise en compte des connaissances « scientifiques » par le droit : s'il est admis que la fièvre typhoïde se transmet par absorption d'eau contaminée, le Législateur en cas d'épidémie, prendra des mesures relatives à la consommation d'eau : « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chr., p. 339.

[1635] P. BOURDIEU, J.-Cl. CHAMBOREDON, J.-Cl. PASSERON, *Le métier de sociologue*. *Préalables épistémologiques*, 4e éd., Mouton éditeurs, 1983, p. 36.

[1636] M. TORT qualifie ces deux attitudes de « naturalistes » : « *naturalisme naïf, ouvertement biologique ou, parmi ses avatars récents, les tentatives de naturalisation du social, voir du "symbolique"* » : « "Différences des sexes" et "ordre symbolique" », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 155. É. PICARD semble avoir sur ce point une position plus souple : « *on doit souligner que chaque mode de connaissance du monde configure bien, plus ou moins, ses propres objets, mais le fait que l'un de ces modes de connaissance s'empare d'un objet découvert ou forgé par un autre mode de connaissance n'interdit pas aux autres de s'en saisir également, pour le traiter et le conformer à leur guise* » (« Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 75). Pour une critique très vive de l'usage abusif de concepts scientifiques dans les sciences humaines v. A. SOKAL et J. BRICMONT, *Impostures intellectuelles*, Odile Jacob, 2e éd., 1997.

[1637] P. BOURDIEU, J.-Cl. CHAMBOREDON, J.-Cl. PASSERON, *Le métier de sociologue*. *op. cit.*, p. 55. P. BOURDIEU entretenait donc une certaine méfiance à l'égard de l'interdisciplinarité : « *les effets de la collaboration inter-disciplinaire, fréquemment présentée comme une panacée scientifique, ne sauraient non plus être dissociés des caractéristiques sociales et intellectuelles de la communauté savante. De même que les contacts entre sociétés de traditions différentes sont une des occasions où les présupposés inconscients sont en quelques sortes provoqués à s'expliciter, de même les discussions entre spécialistes de disciplines différentes peuvent constituer la meilleure mesure du traditionalisme d'un corps savant, c'est-à-dire du degré auquel il exclut inconsciemment de la discussion coutumière les présupposés qui rendent possibles cette discussion. Les rencontres interdisciplinaires* […], *dans le cas des sciences humaines, donnent lieu le plus souvent à de simples échanges de « données », ou, ce qui revient au même, de questions non résolues* » (*ibid.*, p. 105).

[1638] Pour un ouvrage général concernant le droit v. *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013. Pour une illustration spécifique dans le rapport entre droit et science du langage v. D. TSARAPATSANIS, « Le mariage en tant que concept interprétatif. Une approche dworkinienne du mariage homosexuel », in *Le traitement juridique du sexe,* G. DELMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), coll. Presses universitaires de Seaux, L'Harmattan, 2010. Pour une illustration de la démarche interdisciplinaire dans le champ de la linguistique et de la musicologie v. Fr. ALVEREZ-PEREYRE (dir.),

Comme l'exprime élégamment Denys de BÉCHILLON : « *c'est précisément à lutter contre les pentes que sert l'épistémologie* »[1639]. Cette étape est donc un préalable à la proposition d'une autre démarche doctrinale.

Sous-section 2 Les apports d'un regard critique

436. Considérer qu'une conclusion ou une observation tirées d'une autre discipline justifient la nécessité d'une qualification ou d'un régime juridique conduit à donner une force *normative* à cette première matière, là où sa prétention initiale pouvait être simplement *descriptive*. Ce problème est particulièrement présent dans les sujets qui nous intéressent dans la mesure où la « nature humaine » des corps ou encore le caractère « vivant » de l'embryon sont couramment invoqués comme arguments tendant à montrer la *nécessité* de leur protection par le droit[1640]. Cette démarche présente deux difficultés majeures.

D'une part, elle dissimule les interrogations internes aux disciplines convoquées – biologie, anthropologie etc. –, en particulier en ce qui concerne la question de la causalité. Selon Laurent de SUTTER, ces difficultés d'interprétations pourraient être historiquement rattachées à une mauvaise lecture de MONTESQUIEU. Il affirme ainsi que

> *« Selon Durkeim, Montesquieu avait en tête une* […] *interprétation, faisant des lois les moyens permettant de réaliser cette "nature des choses" propre à chaque forme de société – comme si celle-ci en était la cause finale, au lieu que d'en être la cause efficiente. C'était manquer ce qui constituait la spécificité de la science sociale : considérer la nécessité non pas sous l'angle d'un programme orienté vers une fin, mais bien sous l'angle d'une relation de cause à effet observable. »*[1641]

Selon lui, MONTESQUIEU serait ainsi un précurseur des sciences sociales - en ce qu'il aurait introduit l'idée qu'une multiplicité de facteurs influent sur la production législative[1642] - mais aurait été lu par la suite comme un penseur du droit immanent.

Catégories et catégorisation. Une perspective interdisciplinaire, éd. Peeters, Leuven-Paris-Dudley, 2008 ou Fr. ALVAREZ-PEREYRE, *L'exigence interdisciplinaire*, éd. Maison des sciences de l'Homme, 2003.

[1639] D. de BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 47, nbp 17.

[1640] V. *supra* n° 390.

[1641] L. DE SUTTER, *Magic. Une métaphysique du lien*, PUF, 2015, p. 21.

[1642] Sur ce point on pourrait également s'interroger sur certaines lectures du « donné » de GÉNY, parfois présenté comme une objectivité (v. par ex. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître,* th. Aix-Marseille, PUAM 2003, p. 248) alors que la conception de l'auteur semble légèrement plus complexe, dans la mesure où le donné est déjà interprété : « *Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la "nature sociale",* interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur*, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle le donné, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. »* : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, deuxième tirage, 1922, Sirey, t. 1, p. 97, nous soulignons. Quoi que dans son positionnement idéologique on ne puisse douter de la

D'autre part, une telle approche transfère hors du droit la question des *causes finales* : en attribuant celles-ci à la connaissance extra-juridique, elle dissimule la part de choix proprement axiologiques du discours juridique et du discours sur le droit. C'est ce double glissement – de la cause efficiente à la cause finale, de l'observation d'une structure à la consécration d'un système indépassable – que l'on peut étudier dans l'utilisation doctrinale de la biologie **(§1)**, mais aussi dans les liens établis entre droit, anthropologique et psychanalyse **(§2)**.

§1 Fondements biologiques du droit : double obstacle épistémologique

§2 Fondements anthropologiques et psychanalytiques du droit : le risque normatif

§1. Fondements biologiques du droit : double obstacle épistémologique

437. Si le caractère biologiquement humain des corps, et spécialement des corps embryonnaires, est fréquemment invoqué au soutien de propositions doctrinale visant à en améliorer la protection, cette rhétorique néglige manifestement deux aspects de la science biologique : sa perception de la causalité et son lien avec le langage.

438. Normes et causes. La difficulté pour le droit de se saisir des sciences « dures »[1643] vient sans doute en premier lieu des différences existant dans les deux champs sur les notions de *causes* et de *lois*. Une première interrogation réside dans la distinction entre lois scientifiques et normes juridiques à laquelle certains auteurs ont consacré d'importants développements[1644]. Mais le point qui retiendra notre attention est plutôt la question de la causalité, notamment en biologie[1645]. Si l'on s'en tient à la nomenclature d'Auguste COMTE, l'histoire des sciences se construit notamment sur le passage d'un « état métaphysique » à un « état scientifique » dans

tendance jusnaturaliste de cet auteur : pour un résumé v. D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », *RTD civ.* 2002, p. 455.

[1643] Malgré le caractère controversé de cette formulation, nous l'emploirons pour désigner les disciplines distinctes des sciences humaines et sociales : sciences de la nature (physique chimie…) et sciences logico-déductives (mathématiques…).

[1644] V. not. H. KELSEN, *Théorie générale des normes,* trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, p. 27 et s. V. aussi M. TROPER, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, 2014, n° 1, p. 64.

[1645] Sur la question de la causalité en droit au regard des disciplines scientifiques en général v. Ph. BRUN, « Causalité scientifique et causalité juridique », *Lamy droit civ.,* 2007, n°40, supplément *Liens de causalité, distorsions notionnelles,* n°40-3. Sur la notion de causalité elle-même dans les sciences dites « dures », v. les très nombreuses références proposées par D. de BÉCHILLON : *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* Odile Jacob, 1997, p. 227-228.

lequel l'objet de la recherche est l'établissement de lois[1646]. Si cette nomenclature peut être interrogée[1647], elle permet également de mettre en valeur l'émergence d'une pensée scientifique où les causes initiales ou efficientes d'un phénomène sont conçues comme une question distincte de celle de ses causes finales[1648]. Or, cette distinction n'est pas toujours opérée par les auteurs empruntant à la biologie dans leurs écrits juridiques.

439. Spécificité de la biologie. Dans cette évolution, la biologie occupe une place particulière dans la mesure où elle est une science de la description et une science causale mais pas une science d'établissement de lois[1649]. En effet, comme l'explique très simplement Jean GAYON, si la biologie vise à la fois à la *classification* des objets de son étude et à la recherche des *conditions de réalisation* des phénomènes qu'elle décrit, les généralisations qu'elle opèrene peuvent être interprétées « *comme signifiant que les choses devraient être ainsi* »[1650].

440. Cette double qualité de science de la causalité et de science descriptive expose facilement la biologie, et donc aussi les discours utilisant la biologie, à un basculement du descriptif au normatif. Soit par une interprétation des causes efficientes en des causes finales **(A)**, soit par un défaut d'attention à son absence de neutralité **(B)**.

A. Sur la causalité en biologie

441. Causes et lois. Parmi les auteurs qui s'appuient sur des considérations biologiques pour fonder les catégories juridiques et leur régime[1651] – et notamment pour déterminer la nature juridique des corps – certains opèrent clairement une confusion entre cause et loi. Il y a confusion entre ces deux notions lorsque les conditions efficientes d'un phénomène sont

[1646] V. A. COMTE, *Plan des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société,* Aubier Montaigne, 1970, p. 94 et s.
[1647] Pour un affinement de la nomenclarure v. par ex. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique,* Librairie philosophique Vrin, 1999 (1938), p. 7 et s. pour un apperçu rapide. À l'inverse on pourrait évidemment lui reprocher de négliger la métaphysique.
[1648] On pourrait ainsi dire que « *le positivisme* [dissocie] *nettement la cause (ou antécédent constant) et la raison (ou le principe d'intelligibilité) qui n'a plus sa place dans les sciences de la nature* » : V° *Cause*, in *La pratique de la philosophie*, Hatier, 2000. Pour aller plus loi V. aussi V° *Cause* in *La philosophie*, Les dictionnaires Marabout, Savoir Moderne, 1969, t. 1 : « *la pensée contemporaine n'insiste pas tant sur l'effet que sur l'ensemble structural, où l'effet dépend de la place qu'il occupe dans l'ensemble ; la causalité s'identifie en ce cas à l'ordre des éléments de la série* ».
[1649] Il ne s'agit pas de dire que la biologie *n'utilise* pas de lois : la subdivision de plus en plus importante de la biologie en sous branches telles que la bio-chimie, la physique des macro-molécules etc. induisent nécessairement l'usage de lois chimiques, physiques ou statistiques.
[1650] J. GAYON, « De la biologie comme science historique », *Sens public,* 2004/09, p. 5. Disponible sur : http://www.sens-public.org/spip.php?article32 [consulté le 13 nov. 2016].
[1651] *Supra* n° 390.

comprises comme impliquant *nécessairement* la réalisation de celui-ci et comme devant être *les seules modalités possibles* de sa réalisation. À titre d'exemple, si la science biologique peut dire que le matériel génétique d'un embryon est établi dès sa conception, ces observations ne signifient pas que l'embryon contient en lui-même la faculté de se développer[1652]. En effet, le développement embryonnaire ne peut pas être considéré indépendamment de ses conditions extrinsèques : implantation dans la muqueuse utérine, ressources énergétiques, absence de pathologie etc. De la même façon, l'observation biologique selon laquelle une gamète mâle et une gamète femelle peuvent concevoir un embryon humain n'implique en rien que celui-ci ne puisse être conçu *que* comme cela[1653].

442. Causes, fonctions et finalités : distinguer causes efficientes et causes finales. Une autre confusion couramment opérée à propos des observations biologiques est l'assimilation entre cause, fonctions et finalités. Illustration topique, Alain SÉRIAUX considère qu'une réflexion sur le droit ne peut s'appuyer seulement sur une prise en compte de la cause efficiente d'un phénomène, mais doit prendre en compte sa cause finale *« qui permet de rendre raison de l'essence (ou de la nature) des choses étudiées »*[1654]. Cette affirmation est pertinente quant à des phénomènes humains mais, illustrant son propos, il affirme : « *quelles conditions pour que la graine atteigne sa fin, ce pourquoi elle a été faite : la plante ?* »[1655]. Cette formulation marque bien la confusion entre des considérations biologiques et métaphysiques : si la biologie peut répondre à la question « quelles conditions pour qu'une graine devienne une plante ? », elle ne considère pas que la graine est *faite pour* devenir une plante. Elle peut affirmer en revanche que la graine fait partie de la *fonction* reproductive de la plante[1656], ce qui est différent. On retrouve cette même confusion entre la fin et la fonction sous la plume de PORTALIS, ou de Jean CARBONNIER. Le premier écrit ainsi que la vie ne jaillit que *« de deux sexes que la nature n'a fait si différents que* pour *les unir »*[1657] et le second que les éléments morphologiques

[1652] Sur la question de la potentialité statistique comme instrument de construction du statut moral de l'embryon v. D. TSARAPATSANIS, « Quelques remarques conceptuelles sur la personnalité potentielle des entités prénatales », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, not. p. 55 et s.

[1653] L'observation de phénomènes « naturels » n'empêche pas la biologie de concevoir des modes « artificiels » de réalisation d'un phénomène (tel que le clonage technologique) ni n'exclut l'éventualité d'une autre forme de réalisation « naturelle » encore inobservée chez l'humain, telle que la parthénogénèse chez l'*homo sapiens*.

[1654] A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 1993, p. 11 et s.

[1655] *Ibid.*, p. 12. L'auteur affirme d'ailleurs ici mystérieusement : « *Lorsque l'on passe au domaine des choses animée* […] *alors la cause finale prend en science (biologie) un relief beaucoup plus accentué : dans la graine le biologiste discerne déjà la plante épanouie (c'est d'ailleurs pourquoi il est bien difficile pour un biologiste de ne pas voir un être humain dans l'embryon que porte la femme enceinte ; mais là il se trompe)* ».

[1656] Entre autres fonctions : la graine participe également à une fonction de diffusion géographique par exemple.

[1657] V. P.-A. FENET, *Discours préliminaire. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, éd. Videcoq, 1836, p. 484. Nous soulignons. V. aussi dans ce sens Al. SÉRIAUX, « Le droit comme symbole », in *Le*

utilisés pour déterminer le sexe des nouveau-nés constituent les *« modèles réduits de l'union sexuelle à venir »*[1658]. Or, si la pensée finaliste peut être utile en biologie[1659], il s'agit d'une pensée de la fonction mais non de la fin.

443. En effet, la biologie contemporaine s'inscrit extrêmement majoritairement dans une perspective darwinienne où le hasard est le facteur d'évolution des espèces et l'adaptation au milieu celui de leur sélection. Dans cette perspective, si les organes peuvent avoir une *fonction,* ils n'ont pas de *finalité* : la girafe a un long cou parce que le hasard a fait que certains individus ont eu de longs cous, ce qui leur a permis de manger davantage de feuilles et donc de mieux survivre, transmettant ainsi le caractère « long cou »[1660]. Ce n'est pas *pour* manger les feuilles que la girafe a acquis un long cou[1661].

444. Une autre conception de la biologie ? La lecture finaliste que certains auteurs font de la biologie peut se comprendre s'ils adhèrent à une vision minoritaire de la matière. Une certaine conception de la biologie émerge en effet actuellement, notamment autour de la notion d'*Intelligent Design*[1662]. Cette théorie, fortement contestée et rapprochée du créationnisme[1663], conçoit l'Univers comme une création raisonnée, déniant au hasard une place dans l'évolution des espèces. Dans cette conception, causes, fonctions et fins sont effectivement assimilables[1664]. Comme l'expose Colette GUILLAUMIN :

> *« L'idée de déterminisme endogène est venue se superposer à celle de finalité, s'y associer, et non la supprimer comme on le croit parfois un peu rapidement. La fin du théocentrisme n'a pas signifié pour autant la disparition de la*

---

droit à l'épreuve du genre, J. HAUTEBERT (dir.), PULIM, 2016, p. 23 : « *seules les personnes de sexe différent mais complémentaires* […] *réunissent en leur corps les conditions nécessaires et suffisantes pour que le sexe et la sexuation atteignent leur fin naturelle : la procréation* ».

[1658] J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004, p. 497-498.

[1659] Sur l'apport de la pensée kantienne à la question de la finalité dans la réflexion scientifique, v. not. St. SCHMITT, *Aux origines de la biologie moderne. L'anatomie comparée d'Aristote à la théorie de l'évolution*, Belin, 2006, p.158 et s.

[1660] L'exemple n'est pas pris au hasard, la girafe étant l'une des illustrations prises par DARWIN pour sa démonstration : Ch. DARWIN, *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature,* trad. E. BARBIER, La Découverte, 1985 (1880), p. 284 et s.

[1661] Cette seconde vision correspondrait davantage à la pensée évolutionniste de LAMARCK (pour un usage de l'exemple de la girafe v. *Philosophie zoologique,* éd. Engelman- Cramer, New-york, 1960 (1809), p. 256-257). La découverte de l'épigénétique, qui permet de mettre en lumière la transmission de caractères acquis, a pu faire penser que la biologie allait connaître un « néo-lamarckisme ». Cependant, il n'est pas démontré que ces modifications de l'expression des gènes en fonction de l'environnement soient proprement adaptatives : v. M. MORANGE, *Une histoire de la biologie*, Seuil, 2016, p. 227. Par ailleurs, pour une distinction claire entre évolution et progrès v. M.-A. SELOSSE et B. GODELLE, « Une idée reçue, l'évolution mène toujours au progrès », *La Recherche,* oct. 2007, n° 412.

[1662] V. M. J. BEHE, *La boite noire de Darwin*. *L'intelligent Design*, coll. Sciences et quête de sens, éd. Presses de la Renaissance, trad. G. THILL et A. WEIL, 2006, 2009 pour la trad. française.

[1663] V. *Intrusion spiritualistes et impostures intellectuelle en sciences,* J. DUBESSY et G. LECOINTRE (dir.), coll. Matériologiques, éd. Syllepses, 2001.

[1664] Sur l'assimilation de ces notions dans la conception chrétienne de la procréation v. *infra* n° 600 et s.

> *finalité métaphysique. Ainsi on a toujours un discours de la finalité mais il s'agit d'un "naturel" programmé de l'intérieur : l'instinct, le sang, la chimie, le corps etc. »*[1665].

Or, pour considérer *en droit* que la norme juridique doit « respecter » la nature ou la fonction biologique des individus, non seulement faut-il avoir une conception jusnaturaliste du droit[1666] mais encore faut-il adhérer à une conception finaliste de la biologie, et des sciences de la nature en général. Une telle position doctrinale n'est évidemment pas impossible – et il n'est pas de notre compétence de trancher sur le caractère scientifiquement pertinent de ces propositions – mais son caractère marginal dans la communauté scientifique devrait conduire les auteurs qui l'adoptent à expliciter leur position, par souci de clarté.

445. Une appréciation de la causalité juridiquement contestée. Olivier CAYLA, dans son article « Bioéthique ou biodroit ? », fustige violemment la tendance de la biologie, et de la science en général, à la téléologie[1667]. Il n'est pas possible, au sein de cette étude, de trancher la question de savoir si la conception téléologique de la biologie est une tendance des biologistes eux-mêmes ou de la lecture de la matière par des interprètes qui lui sont extérieurs. Ainsi, lorsqu'Alain SUPIOT affirme que

> *« Dès lors que l'on pense avoir trouvé dans la science la réponse à la question du sens de la vie humaine (dans la double acception du mot "sens", à la fois signification et direction), la loi se trouve réduite à une pure technique de pouvoir et rien ne justifie plus qu'on reconnaisse son autonomie. »*[1668],

il n'est pas évident de savoir si cette attitude est celle des scientifiques ou des personnes qui s'appuient juridiquement sur leur travail[1669].

La seule appréciation possible de ce phénomène en tant que juriste se situe dans un affrontement idéologique sur les sources et les objectifs du droit et dans une interrogation épistémologique sur la pertinence de s'appuyer exclusivement sur des « acquis » scientifiques pour déterminer une catégorie ou un régime juridique. En ce sens, on pourrait soutenir que prendre la biologie comme science de la catégorie mais aussi comme science de la finalité en

---

[1665] C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature*, coll. Recherches, éd. Côté-femmes, 1992, p. 57. V. aussi dans le même ouvrage, p. 205 « *cette construction intellectuelle et affective [la Nature] se présente justement comme une non construction, comme une réalité, réalité substantielle qui serait hors des raisonnements humains : elle leur serait préexistante. Ne voit-on pas d'ailleurs qu'on pourrait reprendre presque mot pour mot la définition de Dieu que donnent les enseignements religieux et substituer la Nature à ce dernier ?* ».

[1666] *Infra* n° 480. Spéc. sur la vision du droit naturel comme conforme à la fonction des organes dans la pensée chrétienne prrimitive v. *infra* n° 600.

[1667] O. CAYLA, « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 14.

[1668] A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes/ Fayard, 2015, p. 79 et s.

[1669] De même lorsqu'il affirme « *comme si la recherche des "bases neuronales du religieux" pouvait nous dispenser de nous mettre à l'écoute d'autres systèmes de pensée* » (A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 81) : peut-on affirmer que les personnes qui recherchent les « bases neuronales » du sentiment religieux sont fermées à toute conception métaphysique ou interculturelles ?

fait effectivement un horizon indépassable pour le droit. Comme l'exprime Florence BELLIVIER :

> *« La nature des choses fournit* […] *une référence très commode au juriste pour justifier telle ou telle solution. Cette référence apparaît tout à la fois comme le socle de la qualification et comme une limite possible au champ de l'intervention humaine, comme un point de départ (descriptif) et un point d'arrivée (normatif). En ce sens elle peut paraître tautologique »*[1670].

446. Conclusion du A. Justifier la qualification ou le régime juridique des corps par leur conformité supposée à leur nature ou à leur fonctionnement biologique procède bien souvent d'une confusion sur la notion de causalité en science biologique. Par ailleurs, non seulement une telle position exclut la dimension culturellement construite de l'humanité[1671] mais elle s'aveugle à la condition située de la biologie elle-même.

B. Sur la neutralité de la science biologique

447. Une des difficultés soulevées par Olivier CAYLA dans son travail sur la relation entre droit et biologie est la question de l'autorité et de la neutralité de la science[1672]. Sans tomber dans un relativisme cognitif total[1673], le courant de la critique invite à porter attention au caractère situé du savoir[1674] et notamment du savoir scientifique[1675]. Nous évoquerons

[1670] Fl. BELLIVIER, « Le génome entre nature des choses et artefact », *Enquête* [En ligne], 7/1999, mis en ligne le 15 juill. 2013, [consulté le 13 nov. 2016].
[1671] C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature*, *op. cit.*, p. 57 : « *C'est la singulière idée que les actions d'un groupe humain, d'une classe sont « naturelles » ; quelles* [sic.] *sont indépendantes des rapports sociaux, qu'elles préexistent à toute histoire, à toutes conditions concrètes déterminées* ». Pour une interrogation parallèle sur la place de la biologie dans la construction du droit de l'environnement : S. CHARBONNEAU, « Les rapports du droit et de la biologie dans l'encadrement juridique de la gestion des espèces animales », in *Les animaux et les droits européens. Au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, J.-P. MARGUÉNAUD et O. DUBOIS (dir.), éd. Pédone, 2009, p. 95.
[1672] O. CAYLA, « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 14-15.
[1673] Sur cette question v. par ex. A. SOKAL et J. BRICMONT, *Impostures intellectuelles*, Odile Jacob, 2e éd., 1997, p. 89 et s. Pour un résumé de l'appréhension des notions d'objectivité et de subjectivité par les philosophies de la connaissance v. B. JOLIBERT, « Subjectivité et vérité », in *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, coll. Proximité-Sociologie, éd. EME, Bruxelles, 2014, p. 13.
[1674] Sur cette question D. HARAWAY est sans doute une penseuse indispensable. Pour un aperçu des apports de sa pensée v. par ex. *Penser avec Donna Haraway,* E. DORLIN et E. RODRIGUEZ (dir.), PUF, 2012.
[1675] V. J.-M. LEVY-LEBON : « *Il faut donc partir de l'idée que la production scientifique prend place dans une société bien déterminée qui en conditionne les buts, les agents et le mode de fonctionnement. Pratique sociale parmi d'autres, irrémédiablement marquée par la société où elle s'insère, elle en porte tous les traits et en reflète toutes les contradictions, tant dans son organisation interne que dans ses applications* », in J.-M. LEVY-LEBON et A. JAUBERT, *(Auto)critique de la science*, Points Sciences, Seuil, 1975, 1re éd., 1972, p. 17 ; cité not. par J. PEIFFER, « Les débuts de la critique féministe des sciences en France (1978-1988) », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 76.

rapidement deux points qui permettent d'envisager comment la biologie peut être interrogée dans sa neutralité.

448. Biologie et rapport au langage. En tant que science descriptive, la biologie entretient un rapport spécifique au langage. Evelyn FOX KELLER montre ainsi comment le positionnement initial de la personne qui observe influe non seulement sur ce qui est recherché mais sur la façon dont le phénomène est décrit[1676]. Colette GUILLAUMIN fait une réflexion identique à propos de l'usage de l'éthologie[1677].

Le problème du langage est encore accentué lorsque la biologie – dont la neutralité est déjà interrogeable – est réinterprétée par les juristes. Citons un seul exemple topique, l'accroche d'un article, publié dans une grande revue juridique, sur le statut juridique de l'embryon :

> *« Depuis les origines, la procréation des mammifères, parmi lesquels l'homme, se déroulait dans le mystère des entrailles de la femelle. Il était difficile d'aller y voir, et à la vérité on n'en avait pas le désir ; mieux valait conserver le mystère de la nature. Le mâle crachait sa semence, elle rencontrait un ovule prêt à l'accueillir et l'alchimie vitale commençait, à l'abri des regards. Et puis voilà que vers les années soixante et dix* […] *le voile se déchire par la fécondation* in vitro*. Le verre est transparent et ce qui était caché devient visible, la fécondation s'offre à l'examen des scientifiques. C'est une révolution aux conséquences incalculables qui ne fait que commencer, une violence faite à la nature* »[1678].

L'anthropomorphisme de la description de la fécondation, et la personnification de la « nature », sont ici flagrants[1679] et l'on voit bien comment l'auteur passe du descriptif (le phénomène de fécondation se fait « naturellement » dans l'utérus par la rencontre de deux gamètes issus de deux individus mâle et femelle) au normatif (il est préférable que cela se passe ainsi)[1680]. Ce

---

[1676] E. FOX KELLER, « Histoire d'une trajectoire de recherche. De la problématique "genre et science" au thème "langage et science" », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, not. p. 48 et s. ; v. aussi, dans le même ouvrage, N. OUDSHOORN, « Au sujet des corps, des techniques et des féminismes », not. p. 37 et s. Pour une réflexion du même type dans de champ de la médecine v. F. LEPERCHEY, *L'approche de l'embryon humain à travers l'histoire. Une exemplarité épistémologique éloquente*, L'Harmattan, 2010, p. 187. L'auteur cite not. H. POINCARÉ à propos de la science : « *pas de discours, pas d'objectivité* » (p. 186).

[1677] C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature*, coll. Recherches, éd. Côté-femmes, 1992, p. 153 et s.

[1678] R. MARTIN, « Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115.

[1679] V. aussi Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 591 qui « décrit » que « *le masculin est ce qui appartient au mâle (sexe fécondant, porteur de cellules reproductrices) ; le féminin est ce qui caractérise la femelle (sexe apte à produire des cellules fécondables* ». Pour un exemple d'« anthropomorphisation » de l'expression génique v. C. KRAUS, « La bicatégorisation par sexes "à l'épreuve de la science". Le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains. », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, *op. cit.*, p. 211.

[1680] Sur le rapport entre « *illusion anthropomorphique* » et droit naturel v. D. de BÉCHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GÉRARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993,

phénomène est explicité par Danièle LOCHACK : « *la normalité prétendument décrite par les disciplines biologiques fournit au droit une assise favorable à la transcription du normal au normatif* »[1681]. Or, l'intrusion du normatif dans le discours interroge nécessairement les rapports de la biologie – et des discours s'y référant – au pouvoir.

449. Biologie et pouvoir. Les rapports de la biologie au pouvoir peuvent s'étudier au moins sous deux angles complémentaires : la façon dont la recherche biologique peut être influencée par son contexte politique et la façon dont la biologie est utilisée par les instances de pouvoir pour asseoir leur légitimité[1682]. De la même façon que l'observation scientifique est influencée par le positionnement social des acteurs, le contexte politique de leur activité est loin d'être sans impact sur l'orientation de la recherche[1683]. Un des apports des études critiques est d'ailleurs de marquer la façon dont l'activité institutionnelle participe à la construction du discours, y compris scientifique[1684]. Dès lors, choisir d'appuyer le droit uniquement sur des connaissances biologiques, si admises soient-elles, et sans les soumettre à la critique, consiste à admettre comme « objectives » des informations qui ne sont pas forcément fausses mais sont nécessairement situées[1685].

Cette pratique est pourtant tout à fait courante et Dominique THOUVENIN souligne ainsi que « *parce que l'homme est un être biologique en même temps qu'un individu social, la tentation est permanente, en justifiant les liens sociaux par les réalités physiques ou*

---

p. 570.

[1681] D. LOCHAK, « Le droit : du normatif à la normalisation » in *Le sujet et la Loi,* éd. Éres, 1988, p. 23. Ce mécanisme de légitimation du droit par le biologique, qui se retrouve à la fois à propos de la détermination de la notion de personne, de la bi-catégorisation juridique des sexes[1681] et pour la justification de l'hétérosexualité du couple, est une question ancienne : La question biologique était déjà largement abordée par S. de BEAUVOIR dans *Le deuxième sexe* (t. 1. *Les faits et les mythes,* NRF Gallimard, 1949, p. 37 et s.). Cependant, l'accent mis par l'auteure sur l'approche philosophique s'est faite au détriment d'une critique de la construction du savoir biologique : M. L. STEWART, « L'état de la biologie dans *Le deuxième sexe* », in *Cinquantenaire du Deuxième Sexe,* Chr. DELPHY et S. CHAPERON (dir.), coll. Nouvelles questions féministes, éd. Sylepses, 2002, p. 64.

[1682] V. par ex. S. J. GOULD, *La mal-mesure de l'Homme,*, J. CHABERT et M. BLANC (trad.), Odile Jacob, 1997.

[1683] Pour un exemple criant en rapport avec la doctrine marxiste étatisée : M. MORANGE, *Une histoire de la biologie*, Seuil, 2016, p. 328 et s.

[1684] M. DE CERTEAU, *Histoire et psychanalyse*, Gallimard, 1987, p. 75 : « *Nos sciences sont nées avec le geste historique "moderne" qui a dépolitisé la recherche en instaurant des champs "désintéressé" et " neutres", soutenus par des institutions scientifiques.* […] *Depuis longtemps, les institutions scientifiques, muées en puissances logistiques, s'emboîtent dans le système qu'elles rationnalisent mais qui les connectent entre elles, qui leur fixe des orientations et qui assurent leur intégration socio-économique ».* D'un point de vue d'anthropologue, S. CARATINI affirme ainsi : « *Porteuse de Vérité, la science, qui en Occident tend à remplacer la religion, est investie du même enjeu de croyance dont l'efficacité se mesure – aussi – en termes de budgets* » : *Les non-dits de l'anthropologie,* éd. Thierry Marchaisse, 2e éd., 2012, p. 135. V. aussi N. OUDSHOORN, « Au sujet des corps, des techniques et des féminismes », art. cit., not. p. 40.

[1685] Situation hitorique en premier lieu, comme le soulignait R. BARTHES, « *les sciences* […] *ne sont pas éternelle : ce sont des valeurs qui montent et descendent à une Bourse, la Bourse de l'Histoire* » : Leçon, Seuil, 1978, p. 28.

biologiques, de réduire sa condition d'être humain à sa "nature" »[1686]. Dans sa thèse sur le statut des personnes, Amélie GOGOS-GINTRAND montre bien la façon dont, historiquement, les différentes catégories juridiques de personnes ont souvent été fondées sur leur naturalité[1687]. L'exemple du statut de l'esclave réservé, en droit français, aux « Noirs » en est la parfaite illustration[1688]. Comme le souligne Marie-Xavière CATTO : « *La naturalisation de la hiérarchie et de la domination par son inscription dans les corps est l'œuvre du "racisme scientifique" dont la mission, au service de l'entreprise coloniale, a été de lui donner l'apparence d'un savoir scientifique* »[1689]. Cependant, le caractère historique du phénomène ne doit pas conduire à nier son actualité. La justification du statut juridique par la biologie perdure encore aujourd'hui.

450. Sur ce point, nous nous opposons par exemple aux affirmations d'Amélie GOGOS-GINTRAND lorsqu'elle considère que le « statut de femme » n'existe plus en droit contemporain[1690]. Au contraire, il nous semble que tout porte à démontrer que le droit reste encore construit autour de l'idée qu'il *existe* objectivement, biologiquement, deux sexes et que le droit devrait prendre en compte cette réalité[1691]. Comme le souligne Colette GUILLAUMIN, la position majoritaire ne porte aucune controverse sur le fait que les femmes soient un groupe « naturellement » constitué[1692]. Or, non seulement l'existence de « seulement » deux sexes semble sujette à caution en biologie[1693] mais cette science ne semble pas moins que n'importe quelle activité humaine soumise à la tendance à assimiler catégorisation et hiérarchisation[1694]. Un des apports majeurs des études critiques est en effet de

[1686] D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 149
[1687] A. GOGOS-GUINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, th. dact., Paris 1, 2008, p. 262 et s.
[1688] Sur la justification de l'esclavage également par la « nature » dans la l'Antiquité v. J. ANDREAU et R. DESCAT, *Esclave en Grèce et à Rome*. Hachette Littératures, 2006, p. 213 et 218.
[1689] M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 49. Sur la « naturalisation » de l'étranger, dans son genre autant que dans sa race v. aussi E. BLANCHARD, « Étrangers, de quel genre ? », *Plein droit*, 2007/4, n° 75, p. 4.
[1690] A. GOGOS-GUINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, *op. cit.*, n° 393 et s.
[1691] V. l'ensemble des contributions de *La loi et le genre,* St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014
[1692] C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature, op. cit.*, p. 61.
[1693] A. FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science,* trad. O. BONNIS et Fr. BOUILLOT, coll. Genre et sexualité, Institut Émilie du Châtelet, éd. La Découverte, 2012 pour l'éd. française, 2010 pour l'éd. américaine ; C. KRAUS, « La bicatégorisation par sexes "à l'épreuve de la science". Le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains. », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 187.
[1694] Sur une réflexion sur la présentation l'évolution conçue comme un « progrès » v. M.-A. SELOSSE et B. GODELLE, « Une idée reçue, l'évolution mène toujours au progrès », *La Recherche,* oct. 2007, n° 412.

réfléchir à la façon dont la classification, notamment des corps, est difficilement distinguable d'un processus de hiérarchisation[1695] : on est toujours différent *par rapport à un groupe de référence*[1696]. La question est particulièrement pertinente pour le droit : l'intérêt de la catégorisation des personnes ne s'exprime en effet que dans l'attribution différenciée de droits, de devoirs, d'obligations, d'interdictions[1697]…

451. La sexuation des personnes n'est pas la seule catégorie juridique encore justifiée biologiquement. La catégorie même de « personne » est, comme vu précédemment[1698], souvent justifiée par la particularité biologique de l'humain[1699]. Jean-François SEUVIC affirme ainsi que l'humanité protégée par le droit pénal est

> *« le processus d'hominisation qui en paléoanthropologie, désigne le passage chronologique et structurel de l'animalité à l'humanité et aboutit à l'*homo sapiens*, et le processus d'humanisation par lequel l'homme se civilise et respecte l'autre comme son semblable, son frère en égale dignité »*[1700]

Cette citation est typique d'une invocation erronée de la « science » : par l'usage du terme « *homo sapiens* », l'auteur semble s'attacher à une classification biologico-paléographique[1701].

[1695] Pour un aveu de ce processus à propos des couples, notamment homosexuels : C. CHARBONNEAU et Fr.-J. PANSIER, « *Hominibus bonae voluntatis* (le Pacs II), *Gaz Pal.*, 2000, doctr., p. 1953 : « *qualifier le Pacs de contrat plus que d'institution c'est éluder la question du modèle légal de couple et leur hiérarchisation* ».

[1696] C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. op. cit.*, p. 63 ; M. WITTIG, *La pensée straight,* 2e éd., éd. Amsterdam, 2013, not. p. 37 et s. ; v. aussi Chr. DELPHY, *Classer, dominer. Qui sont les autres ?*, La Fabrique, 1988. J.-Chr. HONLET pressent la difficulté lorsqu'il aborde la question du transsexualisme dans une perspective de qualification (y a-t-il une catégorie principale et une catégorie résiduelle entre les deux sexes prévus par le droit ?) mais ne va pas au bout de la réflexion sur la corrélation catégorie/hiérarchie, notamment lorsqu'il suggère sans la critiquer l'idée d'un « sexe à efficacité limité » : « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, 1996, p. 239 et 243.

[1697] M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet,* n° 12-13, 1998, p. 117.

[1698] *Supra* n° 390.

[1699] Pour l'étude critique de l'usage de la notion d'espèce par la Cour constitutionnelle allemande v. E. GEORGITSI, « Caractéristiques de l'espèce, identité de la personne, identification des bénéficiaires des droits. Retour sur un raisonnement fallacieux du juge constitutionnel allemand », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 71.

[1700] J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », in *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 343.

[1701] Quoique dans la classification couramment admise au moment de l'écriture de ce texte, l'être humain tel qu'il l'entend manifestement était considéré comme *homo sapiens sapiens.* Sur la distinction entre l'*homo sapien* et l'homme de Néanderthal v. le rapide résumé de C. LANGLOIS, « L'homme de Néanderthal et ses relations avec l'*homo sapiens* », disponible sur : http://planet-terre.ens-lyon.fr/article/neanderthal-sapiens.xml [consulté le 13 nov. 2016]. La question de la séparation ou du « métissage » des deux espèces fait l'objet de controverses scientifiques mais également de critiques épistémologiques, la question se pose en effet des présupposés raciaux sous-jacents à cette classification v. L. ORLANDO, « L'origine de l'humanité et l'Homme de Néandertal » in *Sur les chemins de la découverte,* PUF, 2006, p. 256. Pour un regard critique sur le concept d'hominisation en général : P. PICQ, « Homo et la fin des certitudes », *Communications,* 2014/2, p. 19 et du même auteur « Les dessous de l'hominisation : les origines de l'homme entre science et quête de sens », *in Les mondes darwiniens. Volume 2*, Th. HEAMS *et alii,* éd. Matériologiques « Sciences & philosophie », 2011, p. 1371. Ce dernier auteur peut lui-même être critiqué sur ses positions concernant les femmes : v. O. FILLOD, « Les faux-nez biologistes de la psychologie évolutionniste », [en ligne] 25 avr. 2012 : http://allodoxia.blog.lemonde.fr/2012/04/25/psychologie-evolutionniste-et-biologie/#ref12.

Pour autant, dans ces disciplines, il est absurde d'envisager un « passage de l'animal à l'humain »[1702], l'humain étant, biologiquement, un animal[1703].

452. Cette position permet cependant d'introduire une des critiques opposées à un fondement biologique du droit : l'accusation de spécisme[1704]. Fonder la catégorie de personne sur le caractère biologiquement humain du corps serait accorder une valeur spécifique à l'humanité que rien ne saurait justifier d'un point de vue empirique[1705]. La justification doctrinale du fondement biologique devrait alors nécessairement s'accompagner de l'affirmation d'un choix axiologique : l'humain est plus digne de protection que toute autre espèce[1706]. Par ailleurs, choisir le critère de « l'humain » au sens biologique c'est aussi s'arrêter à un certain degré de la classification biologique : pourquoi protéger davantage l'humain que « les mammifères» ou que « le vivant » etc.[1707] ? C'est sans doute la raison de l'ajout par Jean-François SEUVIC, comme par d'autres, du critère de la reconnaissance de la dignité[1708].

[1702] Pour une interprétation pareillement contestable de l'éthologie : Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, nbp. 84.

[1703] Pour un exposé des controverses sur la taxinomie à appliquer à l'Homme v. V. BARRIEL, « Hominoïdes, Hominidés, Homininés et les autres », janv. 2007. Disponible sur : http://planet-vie.ens.fr/content/hominoides-hominides-hominines [consulté le 13 nov. 2016].

[1704] V. D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 288 et s. Le mouvement anti-spéciste représente actuellement une tendance politique non-négligeable par sa présence médiatique et les questions qu'il soulève : pour une vision rapide des fondements du mouvement et de ses divisions v. J.-B. JEANGÈNE VILMER, *L'éthique animale,* 2e éd.*,* coll. Que sais-je ?, PUF, 2015, not. p. 23 et s. et, pour un ex. plus développé, P. SINGER, *La libération animale,* trad. L. ROUSELLE, Petite bibliothèque Payot, 2012, not. p. 377 et s. Pour une étude des origines et stratégies du mouvement en France : C.-M. DUBREUIL, *Libération animale et végétarisation du monde. Ethnologie de l'antispécisme français,* coll. Le regard de l'ethnologue, éd. Du CTHS, 2013 ; et, plus succinctement, à l'étranger : M. JOSSE, *Militantisme, politique et droit des animaux*, éd. Droits des animaux, 2013.

[1705] Sur le rapprochement empirique entre l'homme et l'animal v. par ex. le très accessible ouvrage d'Y. CHRISTEN, *L'animal est-il une personne ?*, coll. Champs sciences, Flammarion, 2009.

[1706] Pour un ensemble d'écrits opposé à cette thèse v. *Adieu bel animal, Ravages* 3, Descartes & Cie, automne 2009 ; v. aussi F. CARRIÉ, « Le projet grands singes : mobilisation politique pour une redéfinition élargie de l'identité de la personne humaine », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 27. La doctrine juridique française sur l'animal n'est pas anti-spéciste : le refus de l'assimilation de l'Homme et de l'animal est souvent justifié par une crainte de la dégradation de la condition du premier en cas de rapprochement avec le second (v. J.-P. MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé*, th. Limoge, PUF, 1992, p. 385 et P.-J. DELAGE, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de L'Homme et de l'animal,* coll. Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2015, p. 471 et s.). S. DESMOULIN n'adhère pas à cette crainte et s'appuie avant tout sur le fait que le droit est fait par et pour l'Homme : *L'animal entre science et droit,* t. 2 PUAM, 2006, n° 835 et s. Comp. F. DESSAINJEAN, « Le non statut des animaux domestiques », in *Contribution en l'honneur de professeur Jacques Bouveresse, Crise(s) & droit(s)*, G. QUINTANE (dir.), coll. Académique, vol. 3, éd. L'épitoge-Lextenso, 2015, p. 177.

[1707] J.-P. MARGUÉNAUD choisit manifestement le critère de la sensibilité : v. *L'animal en droit privé*, th. Limoge, PUF, 1992, p. 321 et s. Ce critère semble actuellement au cœur de la réflexion juridique sur le statut de l'animal (v. par ex. *Sensibilité animale. Perspectives juridiques*, R. BISMUTH et F. MARCHADIER (dir.), CNRS éd., 2015) même s'il reste contesté sur le plan moral (J.-B. JEANGÈNE VILMER, *L'éthique animale,* 2e éd.*,* coll. Que sais-je ?, PUF, 2015, not. p. 9 et s.)

[1708] *Supra* n° 397.

C'est aussi l'argument implicite de ceux et celles qui appuient leur critique du statut juridique de l'embryon sur le fait que ce corps se retrouve parfois moins protégé que d'autres espèces[1709].

Cependant, il n'est pas certain que les auteurs se référant à la qualité biologique des corps seraient en accord avec toutes les conséquences que l'on pourrait tirer de ce critère. Sans tomber dans la science-fiction[1710], il serait ainsi possible de s'interroger sur l'applicabilité de l'article 16-1-1 du Code civil aux restes funéraires d'Hommes de Néanderthal… Pourrait-on admettre que leur non-appartenance à la catégorie *homo sapiens* fasse obstacle à un traitement « respectueux, digne et décent » de ces corps ? Et donc, par exemple, que deux corps, d'apparence « humaine » pour la personne non-avertie, appartenant à une même collection muséale, ne soient ainsi pas soumis au même régime juridique ?[1711].

453. Conclusion du §1. Ces derniers points montrent que l'invocation doctrinale de la biologie comme pur fondement de dispositions juridiques procède, au mieux, d'une vision marginale, mais non explicitée de cette science – c'est-à-dire d'une conception de la biologie comme science de la *découverte* d'une finalité de la nature – ou, au pire, d'une réinterprétation épistémologiquement douteuse de celle-ci – autrement dit, d'une mécompréhension des enjeux de la matière. Une troisième possibilité, invérifiable, serait que le rapprochement de la biologie ne soit que pure rhétorique visant la « scientifisation » d'un discours fondé en réalité sur une « nature » non pas biologique mais morale[1712]. S'appuyer sur la connaissance issue de la biologie pour construire un système juridique plus conforme à « la réalité » doit donc se faire avec prudence. L'interdisciplinarité ne peut ici faire l'économie d'une interrogation sur l'usage du langage, d'une approche historicisée de la matière et d'une réflexion sur les positionnements idéologiques des théories retenues. Cette remarque s'applique d'autant plus à l'usage de disciplines moins « scientifiques » que la biologie, telles que l'anthropologie et la psychanalyse.

[1709] J. HAUSER, « Nature », *JCP G.* 2015, 1226 ; L. SEVE « Sauver le genre humain, pas seulement la planète », *Le monde diplomatique,* novembre 2011, p. 22 ; P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 320. V. aussi R. DRAÏ, « Le Code civil et l'évolution du droit des personnes. Préservation du principe généalogique ? », *Cahiers de méthodologie juridique,* n° 19, n° spécial *RRJ* 2004, p. 2783 (l'auteur expose l'idée mais ne semble pas y adhérer au regard de la suite de l'article). Sur l'invocation de cet argument dans le débat sur la loi Veil : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 131-132.

[1710] D. BOONIN s'interroge ainsi sur le traitement que réserverait le droit à un individu d'apparence parfaitement humaine mais dont l'analyse de l'ADN révèlerait son origine extra-terrestre : A Defense of Abortion, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 22-23.

[1711] Cette hypothèse n'est pas absurde puisqu'elle a été proposée par des anthropologues à propos des fouilles archéologiques : A. FROMENT et Ph. CHARLIER, « Anthropologie et cadavre(s). Deux points de vue(s). », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 65.

[1712] *Infra* n° 480.

§2. Fondements anthropologiques et psychanalytiques du droit : le risque normatif

454. Justification d'une approche croisée. Aborder dans une même subdivision l'usage, par la doctrine juridique, de l'anthropologie et de la psychanalyse peut sembler curieux. Ce rapprochement s'explique par la controverse commune existant sur ces disciplines : comme pour la biologie, l'usage de l'anthropologie et de la psychanalyse par la doctrine juridique interroge sur l'interprétation « causale » ou normative de ces matières. Or, en ce qui concerne l'anthropologie, et spécialement l'anthropologie structurale construite à partir des travaux de Claude LÉVI-STRAUSS[1713], il semble que le débat se concentre autour d'un point précis : la dimension normative de ces recherches est-elle intrinsèque à ses présupposés ou procède-t-elle d'une relecture – voire d'une instrumentalisation – de cette pensée par la psychanalyse, et plus particulièrement la psychanalyse lacanienne **(A)** ? Quant à la psychanalyse elle-même, le débat reste vif, parmi les auteurs : la discipline est-elle nécessairement normative ou porte-t-elle au contraire un potentiel subversif **(B)** ?

A. Anthropologie structurale : discipline descriptive ou normative ?
B. Psychanalyse : pratique ou science ?

A. Anthropologie structurale : discipline descriptive ou normative ?

455. En étudiant l'invocation de l'anthropologie par la doctrine, nous avons pu souligner que les œuvres de Claude LÉVI-STRAUS, de Françoise HÉRITIER, et plus généralement l'anthropologie structurale, étaient abondamment citées au soutien de positions juridiques favorables à une procréation « naturelle », voire à des pratiques funéraires précises[1714], mais aussi à une bicatégorisation des personnes par sexe, à une conception hétérosexuelle du mariage. La pertinence de ce lien doit être interrogée et la question pourrait se résumer ainsi : les « structures » anthropologiques exposées par Claude LÉVI-STRAUSS et ceux et celles qui lui ont succédé sont-elles des descriptions, à un moment donné, de phénomènes humains[1715] ou bien des « indépassables de la pensée » ? Les positions sur ce point sont tranchées et il est

[1713] Notamment autour de l'ouvrage fondateur *Les structures élémentaires de la parenté*, 2e éd., éd. Mouton & Co - Maison des Sciences de l'Homme, 1967.
[1714] *Supra* n° 418.
[1715] Phénomènes qui seraient à la frontière du « culturel » et du « naturel » au sens où ils se retrouveraient de façon universelle dans leur principe mais se manifesteraient de multiples façons. Pour une redéfinition de l'opposition nature/culture par Cl. LÉVI-STRAUSS lui-même v. la préface de la deuxième édition des *Structures élémentaires de la parenté*, éd. Mouton & Co – Maison des Sciences de l'Homme, 1967, p. XVI. Sur ce point v. P. ZAOUI, « L'ordre symbolique, au fondement de quelle autorité ? », *Esprit,* mars-avril 2005, not. p. 232.

possible de les exposer brièvement. Sans pouvoir départager les opinions, ce simple exposé de la controverse montrera que l'utilisation de l'anthropologie comme outil d'interprétation et de construction du droit nécessite prudence certaine.

456. Anthropologie structurale comme norme ? L'accusation de « normativité » adressée à l'anthropologie structurale est courante parmi les auteurs critiques, et notamment parmi les auteurs féministes. Un des exemples les plus frappants de cette lecture est offert par Marie-Joseph BERTINI :

> *« la naturalisation de la famille, de l'engendrement et de la filiation que* [l'ordre symbolique lévi-straussien] *autorise empêche toute intégration de celles-ci dans une Politique et les confine dans une Morale qui ambitionne de signifier notre humanité même. De descriptif l'ordre symbolique devient prescriptif et contribue à la confusion de ces deux registres distincts que sont la morale (le Bien) et la logique (le Vrai) »*[1716].

Selon cette lecture, le travail anthropologique vise bien à observer des indépassables pour la pensée humaine et justifie, de ce fait, la lecture qu'en auraient faite notamment Pierre LEGENDRE et Irène THÉRY[1717] : « *principe moral supérieur des sociétés, transcendance régulatrice définissant un niveau objectif de droit organisé par la dynamique des fins dernières qui l'orientent et le constituent* »[1718]. Pour autant, cette lecture de l'anthropologie structurale n'est pas unanimement partagée.

457. Pour s'opposer à la lecture de l'anthropologie d'Irène THÉRY, Marcella IACUB affirme que « *la démarche de l'anthropologie, laquelle prend en compte l'architecture normative d'une société est un labeur d'après-coup, un labeur interprétatif* »[1719], comprendre une démarche qui révèle des distinctions, des classifications, des relations, mais ne les institue pas comme des normessans lesquelles il ne pourrait y avoir société[1720]. Cette épistémologie de l'anthropologie semble correspondre à celle défendue par Michel ALLIOT lorsqu'il affirme : « *aucun anthropologue, à ma connaissance, ne se pense aujourd'hui en mesure de fonder la juristique* »[1721]. Comment expliquer cette différence de positions ?

[1716] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, n° 21.
[1717] Sur cette question v. *Supra* n° 418.
[1718] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », art. cit., n° 41.
[1719] M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet,* n° 12-13, 1998, p. 117.
[1720] Sur la question des normes en anthropologie et notamment sur la distinction entre norme prescriptive et préférentielle V. *Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, E. RUDE-ANTOINE et G. CHRÉTIEN-VERNICOS (coord.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2009, p. 86 et s.
[1721] M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP,* n° 6, p. 83 ; réed. in *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édité par C. KUYU, Karthala, 2003, p. 305.

Revenant sur le débat autour du PaCS, qui a vu émerger cette reprise de l'anthropologie dans le champ juridique, Elisabeth ZUCKER-ROUVILLOIS suggère que cette lecture peut être issue des interventions de Françoise HÉRITIER contre le projet de partenariat[1722]. Cette intervention est également soulignée par Éric FASSIN[1723] mais ce dernier insiste sur son caractère ambigu : le discours de Françoise HÉRITIER semble osciller entre neutralité axiologique et rôle normatif[1724]. Cette « défense » de l'anthropologie contre une relecture normative, Éric FASSIN l'attribue à Claude LÉVI-STRAUSS lui-même puisque, dans le même texte, il fait état d'une réponse de l'anthropologue au débat alors en cours :

> *« l'éventail des cultures humaines est si large, si varié (et d'une manipulation si aisée) qu'on y trouve sans peine des arguments à l'appui de n'importe quelle thèse. Parmi les solutions concevables aux problèmes de la vie en société, l'ethnologue a pour rôle de répertorier, de décrire, celles qui, dans des conditions déterminées, se sont révélées viables. Cette familiarité acquise avec les usages les plus divers lui enseigne – au mieux – une certaine sagesse qui peut n'être pas inutile à ses contemporains ; sans oublier toutefois que les choix de société n'appartiennent pas au savant en tant que tel, mais – et lui-même en est un – au citoyen »*[1725]

Cette réponse, pour nuancée qu'elle soit, ne satisfait pas totalement. Même si Claude LÉVI-STRAUSS y souligne le caractère descriptif de sa discipline, il ne récuse pas totalement l'idée que certaines « solutions » d'organisation humaine seraient plus « viables » que d'autres. Cette légère ambiguïté est relevée par Jeanne FAVRET-SAADA qui fait le commentaire suivant :

> *« en se réfugiant derrière la variété des sociétés humaines, Lévi-Strauss ne désarmait pas véritablement les adversaires du PaCS. Ceux-ci, en effet, se gardaient bien d'invoquer le corps principal des* Structures élémentaires*, dans lequel le célèbre anthropologue pose les principes d'engendrement des systèmes de parenté. Ils s'appuyaient, bien plutôt, sur l'introduction et la conclusion de l'ouvrage, où Lévi-Strauss exprime sa philosophie générale de la parenté »*[1726]

[1722] E. ZUCKER-ROUVILLOIS, « L'expertise familiale ou la perte du doute scientifique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 123-124. L'idée était déjà suggérée, sans plus de développement, par J. FAVRET-SAADA : « On n'est jamais aussi bien trahi que par les siens », *Prochoix,* 2000, n° 16, p. 31.

[1723] É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 104.

[1724] Il convient d'ailleurs de noter que l'anthropologue s'est, plus récemment, clairement positionnée en faveur du mariage entre couples de même sexe, rejettant l'idée d'un ordre naturel : Fr. HÉRITIER, « Le mariage n'a rien de sacré, entretien avec V. GAIRIN, *Le Point,* 23 avr. 2013. Disponible sur http://www.lepoint.fr/societe/mariage-gay-francoise-heritier-le-mariage-n-a-rien-de-sacre-23-04-2013-1658243_23.php [consulté le 13 nov. 2016].

[1725] Cl. LÉVI-STRAUSS cité par É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 110.

[1726] J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *Journal des anthropologues* [En ligne], 82-83, 2000, n° 6.

L'auteure développe alors l'hypothèse que la relecture normative de l'anthropologie de Claude LÉVI-STRAUSS est due, d'une part, à son absence de réponse aux critiques développées à partir des écrits de Gayle RUBIN et, d'autre part, à sa relecture par Jacques LACAN. Les deux pistes méritent d'être explorées tour à tour.

458. L'anthropologie structurale, discipline androcentrée ? Dans un texte fondateur des études critiques américaines, écrit en 1975, l'ethnologue Gayle RUBIN expose une lecture critique d'une partie de l'œuvre de Claude LÉVI-STRAUSS[1727]. Ce texte présente un double apport : il met en avant ce que *Les Structures élémentaires* peuvent apporter à une lecture féministe des structures sociales mais explicite également les raisons qui peuvent en faire un outil au service d'une domination de genre.

Sur le premier point, Gayle RUBIN montre comment les structures révélées par Claude LÉVI-STRAUSS articulent les systèmes de parenté avec une différence des sexes, une différence de rôle entre les sexes et un contrôle de la sexualité conçue comme nécessairement hétérosexuelle. Les *Structures élémentaires* sont donc « *un livre où la parenté est explicitement conçue comme l'imposition d'une organisation culturelle sur les faits biologiques* »[1728]. En ce sens, cette analyse permet de mettre en valeur la *construction* d'un système de rapports sexe/genre dans lequel les femmes, parce qu'elles sont *l'objet* du don, ne sont pas en position de tirer profit de l'organisation construite autour de leur circulation : « *ce sont les hommes les bénéficiaires du produit global des échanges - l'organisation sociale* »[1729].

Le second point pose il est vrai des questions importantes au regard de la lecture possible des *Structures élémentaires* : selon Gayle RUBIN, en axant son étude sur l'« échange des femmes », Claude LÉVI-STRAUSS masque que cet « échange » présuppose une asymétrie de pouvoir entre les sexes et « *construit une théorie implicite de l'oppression des sexes* »[1730]. En effet, en faisant de cet échange *l'origine* de la relation sociale, de la culture, cette interprétation néglige de pointer « *un système où les femmes n'ont pas de pleins droits sur elles-mêmes* »[1731]. Par ailleurs, Gayle RUBIN souligne que la « nécessité » du mariage créée par la division sexuée du travail dissimule également l'interdit de l'union homosexuelle[1732].

[1727] G. RUBIN, « L'Économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Cahiers du Cedref*, 1998, 7. Texte original : « *The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex* », in RAPP & RAYNAR, 1975, Toward an Anthropology of Women, New York & London, Monthly Review Press, p.157.
[1728] G. RUBIN, « L'Économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Cahiers du Cedref*, 1998, 7, p. 20.
[1729] *Ibid.*, p. 25.
[1730] *Ibid.*, p. 21.
[1731] *Ibid.*, p. 29.
[1732] *Ibid.*, p. 30-31.

459. Selon Jeanne FAVRET-SAADA, c'est précisément pour ne pas avoir répondu à ces critiques que Claude LÉVI-STRAUSS a exposé sa pensée à une utilisation conservatrice[1733]. Il convient sur ce point de nuancer légèrement. Si Claude LÉVI-STRAUSS n'a pas, à notre connaissance, produit de texte spécifiquement destiné à répondre au travail de Gayle RUBIN, il a répondu à certains points, notamment au cours d'entretiens avec Didier ÉRIBON[1734]. Il concède ainsi que les relations sociales ne sont pas que structurelles mais relèvent également de la *stratégie* de certains groupes, ce qui laisse la place à un travail sur les relations de domination et surtout sur la possibilité d'une variabilité de ces relations[1735]. Par ailleurs, il se défend contre les accusations des études féministes, affirmant que l'« échange des femmes » décrit dans les *Structures élémentaires* n'est que le pendant d'un « échange des hommes » et qu'il n'a employé ce terme que parce que c'est celui qui « *correspond à ce que pensent et disent les sociétés humaines dans leur presque totalité* »[1736]. Enfin, il rejette longuement l'accusation d'anhistoricisation des relations sociales, affirmant au contraire qu'il place le contexte historique au cœur de son analyse[1737].

460. Si ces réponses doivent être prises en considération, il faut cependant en souligner le caractère succinct et informel qui en fait un matériau peu étayé scientifiquement. Une critique identique peut être portée sur cette autre affirmation :

> *« en restaurant la vieille notion de nature humaine, je rappelais seulement que le cerveau humain est fait partout de la même façon, et donc que les contraintes identiques s'exercent sur le fonctionnement de l'esprit. Mais cet esprit ne traite pas, ici et là, les mêmes problèmes* »[1738].

Ici, Claude LÉVI-STRAUSS ne prend pas en compte que cette perspective épistémologique peut permettre d'affirmer, *a contrario*, que confronté aux mêmes problèmes l'« esprit humain » répond, ou devrait répondre, de la même manière. C'est le reproche que lui fait Jeanne FAVRET-SAADA lorsqu'elle suggère qu'il y a une erreur à vouloir construire un structuralisme sur la constatation d'universaux,

> *« car affirmer une généralité suppose une opération de constat dont la validité peut être vérifiée, et qui laisse ouverte la possibilité d'un changement. Tandis que poser un trait universel exige une construction a priori, l'introduction de*

[1733] J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *Journal des anthropologues* [En ligne], 82-83, 2000, n° 47.
[1734] Cl. LÉVI-STRAUSS et D. ÉRIBON, *De près et de loin*, 2e éd., coll. Opus, éd. Odile Jacob, 1996.
[1735] *Ibid.*, p. 145 : « *les stratégies peuvent bousculer les règles* ».
[1736] *Ibid.*, p. 148. Notons que Cl. LÉVI-STRAUSS s'était déjà rapidement exprimé sur ce point : « La famille », in *Le regard éloigné*, Plon, 1983, p. 90.
[1737] Cl. LÉVI-STRAUSS et D. ÉRIBON, *De près et de loin*, *op. cit.*, p. 168 et s.
[1738] *Ibid.*, p. 173.

ces inégalités dans une définition de l'espèce humaine (en sortir, ce serait alors quitter l'état d'humain) »[1739].

Utiliser l'idée d'un « impératif » ou d'une « norme » anthropologique pour affirmer qu'un certain état du droit – dans la relation à la procréation, à la mort ou à la sexualité – est *nécessaire*, c'est donc se situer dans une *certaine conception de l'anthropologie*, dont la démarche peut être interrogée, notamment au regard de son rapport à l'égalité des sexes. C'est, en outre, prendre pour une évidence une lecture de la discipline dont il n'est pas certain qu'elle soit pensée par les anthropologues eux-mêmes.

461. La relecture de Claude LÉVI-STRAUSS par Jacques LACAN ? Il est difficile de conclure nettement sur la perspective dans laquelle Claude LÉVI-STRAUSS considérait le courant disciplinaire qui s'est construit autour de son œuvre. Les convictions de Claude LÉVI-STRAUSS sur les évolutions familiales resteront probablement mystérieuses mais là n'est pas l'essentiel : du fait des ellipses de son fondateur, la démarche de l'anthropologie structurale, et notamment son caractère purement descriptif ou normatif, peut être diversement interprétée. C'est précisément la thèse défendue par plusieurs auteurs qui voient dans l'utilisation normative et conservatrice de l'œuvre de Claude LÉVI-STRAUSS une relecture produite par la psychanalyse lacanienne.

462. Commençons par une affirmation : les liens qu'entretiennent la psychanalyse et l'anthropologie sont extrêmement complexes et leur entremêlement remonte sans doute à leurs origines, il est donc impossible d'en explorer ici tous les aspects[1740]. Que Jacques LACAN ait été fortement influencé par Claude LÉVI-SRAUSS ne fait cependant pas débat[1741]. La difficulté

[1739] J. FAVRET-SAADA : « On n'est jamais aussi bien trahi que par les siens », *art. cit*. Pour un exemple d'interrogation de ces universaux v. P. BONTE, « L'échange est-il universel ? », *L'homme, revue française d'anthropologie,* n° 154-155, avr.-sept. 2000, *Question de parenté*, p. 39.

[1740] E. SMADJA fait ainsi de la parution de *Totem et tabou* un des éléments de la restructuration de la discipline anthropologique au début du XX^e^ siècle : *Le complexe d'Œdipe, cristallisateur de débat psychanalyse/anthropologie*, PUF, 2009, not. p. 33 et s. Nous ne nous demanderons pas, par exemple, si l'anthropologie de Cl. LÉVI-STRAUSS est elle-même issue d'une certaine lecture de S. FREUD[1740]. Par ailleurs, le caractère plus qu'obscur, voire agrammatique, de l'œuvre de J. LACAN, rend son accès – et son interprétation – excessivement complexes. Il s'agira alors seulement ici de rendre compte des analyses croisées de ces œuvres qui suggèrent qu'un usage normatif des écrits de Cl. LÉVI-STRAUSS, usage développé notamment par une partie de la doctrine juridique, pourrait être issu d'une lecture lacanienne.

[1741] Les ouvrages évoquant les liens entre psychanalyse lacanienne et anthropologie sont nombreux ; citons par ex., outre ceux que nous utiliserons ici, *L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre,* M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008. M. ZAFIROPOULOS, évoque cependant la pensée de certain·es auteur·es qui nient le positionnement structuraliste de J. LACAN : « L'anthropologie psychanalytique d'aujourd'hui et ses enjeux : de quoi la théorie du déclin du père est-elle le nom ? », in *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique. t.1 Clinique de la culture*, PUF, 2014, p. 158. La nature de ce lien est en revanche difficile à identifier pour le profane, mais il semble qu'elle doive être recherchée autour de la fonction structurante du langage. V. par ex. J. MITCHELL, *Psychanalyse et féminisme*, trad. Fr. BASCH, Fr. DUCROCQ, C. LÉGER,

principale consiste en ce que le second n'a, semble-t-il, jamais accueilli la lecture qu'avait faite le premier de son œuvre. Ce point est souligné par divers auteurs[1742]… et en premier lieu par Claude LÉVI-STRAUSS lui-même qui affirme à propos de la psychanalyse

> *« Surtout, j'ai voulu m'opposer à la tentation qu'éprouvent trop d'ethnologues, de sociologues ou d'historiens qui, quand leurs interprétations tournent court, trouvent commode, au lieu de les remettre en chantier, de combler les vides devant lesquels ils se trouvent avec ces explications passe-partout dont la psychanalyse est prodigue »*[1743]

C'est cette distance de l'anthropologue à la matière psychanalytique qui fait dire à Jeanne FAVRET-SAADA que toute assimilation de sa pensée à la construction d'un modèle normatif n'est que relecture psychanalysante[1744]. Didier ÉRIBON, fervent défenseur de Claude LÉVI-STRAUSS, adhère à cette interprétation. S'élevant violemment contre la lecture que ferait Jacques LACAN des *Structures élémentaires*, il affirme à son propos :

> *« sans doute son tournant structuraliste aura-t-il été la lecture du* Deuxième sexe *de Simone de Beauvoir (qui s'en prend vertement à lui) autant que celle des Structures élémentaires de la parenté : il a voulu utiliser le livre de Lévi-Strauss contre celui de Beauvoir* […], *promouvant au statut de structures universelles et donc inamovibles ce que Beauvoir appelait à changer. L'idée d'un Ordre symbolique à majuscule – qui est un équivalent psychanalytique quasi-théologique de ce que d'autres appelaient l'Ordre naturel ou la Loi divine – comme agencement de structures intangibles*

éd. Des femmes, 1975 pour l'éd. française, t. 2, p. 508 et s. ; M. CORVEZ, « Le structuralisme de Jacques Lacan », *Revue philosophique de Louvain,* 1968, tome 66, n° 90, p. 282. Pour une approche très détaillée du point de vue de l'anthropologie v. R. LIOGER, *La folie du Chaman. Histoire de l'ethnopsychanalyse*, coll. Ethnologies, PUF, 2002, not. p. 30 et s.

[1742] M. ZAFIROPOULOS, « Lacan et Lévi-Strauss ou Le retour à Freud et la rupture avec Durkheim », in *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique*. *t.1 Clinique de la culture*, PUF, 2014, p. 105 ; M. STRAUSS souligne ainsi que Cl. LÉVI-STRAUSS ne cite jamais J. LACAN : « Lévi-Strauss lecteur de Freud, Lacan lecteur de Lévi-Strauss », in *L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre*, M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008, p. 72.

[1743] Cl. LÉVI-STRAUSS et D. ÉRIBON, *De près et de loin*, *op. cit.*, p. 150. L'affirmation selon laquelle il considère comme « extravagante » l'idée que l'on pourrait réduire les relations humaines à des modèles mathématiques (*ibid.*, p. 143) pourrait également être lue comme un désaveux de J. LACAN, qui considérait au contraire que Cl. LÉVI-STRAUSS ne reculerait pas devant une analyse arithmétique des relations d'échange (propos rapportés par M. STRAUSS qui expose par ailleurs le contenu de la division entre ces deux auteurs sur la question du mythe : « Lévi-Strauss lecteur de Freud, Lacan lecteur de Lévi-Strauss », in *L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre,* M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008, p. 79 et s.). Cl. GRIGNON cite quant à lui des propos de Cl. LÉVI-STRAUSS tendant à dénier à J. LACAN toute vocation structuraliste : « *Pour revenir aux premières pages de votre commentaire, vous avouerai-je que je trouve étrange qu'on prétende m'extraire du structuralisme en y laissant pour seuls occupants Lacan, Foucault et Althusser ? C'est mettre le monde à l'envers. Il y a en France trois structuralistes authentiques : Benveniste, Dumézil et moi ; et ceux que vous citez ne sont compris dans le nombre que par l'effet d'une aberration* » (in C. BACKÈS-CLEMENT, *Lévi-Strauss ou la structure et le malheur*, Seghers, 2e éd., 1974, p. 196). Mais il propose ensuite une autre lecture : « *Mais n'est-ce pas Lévi-Strauss qui a ouvert la porte à Lacan en faisant, comme N. Chomsky, l'équation entre le fondamental et l'inconscient, et en rattachant ainsi le structuralisme à la psychanalyse ?* » (Cl. GRIGNON, « L'esprit scientifique et l'esprit de système », *Revue européenne des sciences sociales*, XLVI-142 | 2008, nbp. 33).

[1744] J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *op. cit.*, n° 27 et s. ; v. aussi pour un ex. de lecture de l'œuvre de Cl. LÉVI-STRAUSS à la lumière de la psychanalyse, v. R. DRAÏ, *« Le plus grand mensonge du monde ». Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann philosophie, 2010, p. 168.

> *délimitant et prescrivant ce que peuvent et doivent être les formes sociales, notamment celles de l'alliance et de la parenté, est donc née de la nécessité de combattre les changements en cours ou déjà réalisés* »[1745].

Or, on sait la critique virulente à laquelle Didier ÉRIBON soumet la psychanalyse dans son ensemble[1746]. À l'inverse, Markos ZAFIROPOULOS, parmi d'autres, semble dénier toute légitimité à ceux et celles qui voudraient faire de cette discipline un outil de conservation de l'ordre établi[1747].

463. Conclusion du A. L'invocation d'un « ordre anthropologique » est un argument récurrent parmi la doctrine cherchant à définir, hors du droit, non seulement la *nature* des corps mais surtout le *régime* que le droit *devrait* leur appliquer. Pourtant, le caractère *prescriptif* de la discipline anthropologique, et notamment de l'anthropologie dite structurale, fait l'objet d'un débat épistémologique majeur au sein même de la discipline. Pour certains, la matière elle-même suggère un certain « devoir être » ou du moins « mieux-être » des sociétés ; pour d'autres, elle se contente de *révéler* les structures fondamentales des groupements humains sans en faire des indépassables ; lecture qu'il faudrait attribuer à une réinterprétation de la discipline par la psychanalyse et notamment par la psychanalyse lacanienne. Il semble alors que la question se déplace : savoir si c'est la relecture des écrits de Claude LÉVI-STRAUSS par Jacques LACAN qui en ont fait un instrument normatif dépend en réalité de la lecture normative que l'on fait *de la psychanalyse* en général et de la psychanalyse lacanienne en particulier. Il faut alors brièvement explorer ce point.

B. Psychanalyse : pratique ou science ?

464. La sensibilité d'une partie de la doctrine juridique à une lecture psychanalisante du droit est perceptible à travers l'utilisation d'affirmations telle que la nécessité, pour le droit, de *respecter* un certain « ordre symbolique ». Cette démarche, qui justifie pour certains un encadrement strict des pratiques funéraires, mais aussi de la reproduction « artificielle »[1748] – sans oublier des relations entre les sexes en général –, comprend pourtant la psychanalyse dans un sens éminemment controversé.

[1745] D. ÉRIBON, *De la subversion. Droit, norme et politique*, éd. Cartouche, 2010, p. 93.
[1746] V. not. D. ÉRIBON, *Échapper à la psychanalyse*. Variations II, éd. Léo Scheer, 2005.
[1747] M. ZAFIROPOULOS, *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique, op. cit.*, p. 157.
[1748] *Supra* n° 418.

465. De quoi parle-t-on lorsque l'on parle de psychanalyse ? Lorsque la psychanalyse est évoquée dans d'autres champs disciplinaires, il convient de garder à l'esprit son caractère multidimensionnel[1749]. *La* psychanalyse est tout à la fois une pratique, une méthode[1750] et une construction théorique[1751]. Si les relations entre ces différents aspects sont débattues entre psychanalystes, deux points restent cependant centraux : l'existence d'un inconscient[1752] et l'importance de la parole de l'analysant[1753]. Sabine PROKHORIS résume ainsi

> *« la psychanalyse est d'abord une pratique. Une pratique qui n'est pas l'application d'une théorie préalable mais en serait plutôt une condition, d'une manière que nous qualifierons provisoirement d'ambiguë »*[1754].

C'est précisément dans le rapport entre pratique et théorie que s'est glissée la critique de la psychanalyse comme discours normalisant[1755].

Le débat sur le rôle subversif ou, au contraire, normatif, de la psychanalyse est probablement l'un des plus aigus qui parcourent les études critiques. Les études féministes, gay et lesbiennes, et *queer*[1756] ont bien sûr été centrales dans cette controverse[1757], notamment à partir des années 1960. En effet, les femmes, les personnes homosexuelles et toutes celles dont l'identité ou l'orientation sexuelle n'entrent pas dans « la norme » sociale, ont été les premières à interroger la façon dont cette discipline peut être un outil de renforcement, voire de construction de ladite norme[1758]. *La* psychanalyse a ainsi été l'objet de diverses approches qui

---

[1749] X. HENRY, « Psychanalyse, inconscient et droit privé », *JCP G*. 2015, n°1407, n°1.

[1750] V. par ex. sur la cure A. GREEN, V° *Cure psychanalytique*, *Dictionnaire des sciences sociales,* J.-Fr. DORTIER, éd. Sciences humaines, 2013. Pour plus de développements v. D. LAGACHE, *La psychanalyse,* 21e éd., Que sais-je ?, PUF, 2009, p. 83 et s.

[1751] D. LAGACHE, *La psychanalyse,* 21e éd., Que sais-je ?, PUF, 2009, p. 109 et s.

[1752] Notons de façon préliminaire que l'Inconscient de la psychanalyse est une notion qui n'a jamais trouvé sa démonstration par des processus purement scientifiques, notamment dans les neurosciences : v. not. L. NACCACHE, *Le Nouvel Inconscient. Freud, le Christophe Colomb des neurosciences*, Odile Jacob, 2006, not. p. 309 et s. Pour autant, l'importance de cette discipline, à la fois sur les plans thérapeutique, intellectuel et culturel, doit la faire considérer comme un champ de savoir. Sur la psychanalyse comme science bien que critiquant son usage normatif v. G. VISENTINI, *Pourquoi la psychanalyse est une science. Freud épistémologue,* PUF, 2015.

[1753] V. P. ZAOUI, « L'ordre symbolique, au fondement de quelle autorité ? », *Esprit,* mars-avril 2005, p. 236.

[1754] S. PROKHORIS, « L'adoration des majuscules » in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 146.

[1755] V. par ex. D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, nbp. 14 : l'auteur considérant que la psychanalyse se trouve toute entière dans la cure ne peut que refuser qu'on en tire une « théorie » normative.

[1756] Les études *queer* sont souvent considérées comme issues de la pensée de J. BUTLER (not. dans son ouvrage *Trouble dans le Genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* trad. C. KRAUS, La découverte, 2006 [1990]). Pour un exemple français V. M.-H. BOURCIER, *Queer zones. Politique des identités sexuelles et des savoirs*, Amsterdam Poche, 3e éd., 2011.

[1757] G. RUBIN qualifie même cet affrontement de « *légendaire* » : « L'Économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Cahiers du Cedref*, 1998, 7., p. 37.

[1758] Pour une autre approche critique sous l'angle des rapports de classes v. G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Politique et psychanalyse,* Bibliothèque des mots perdus, 1977.

ne se sont pas succédé historiquement mais se sont affrontées, et s'affrontent encore, théoriquement, idéologiquement, politiquement[1759].

La construction théorique de la psychanalyse a bien sûr été le produit de multiples théoriciens. Prenant acte du fait que « *l'examen critique de la psychanalyse ne peut espérer tenir compte de la totalité des facettes d'un mouvement aux contours aussi imprécis* »[1760], nous nous limiterons ici à l'exposé des lectures critiques des écrits de Sigmund FREUD et de Jacques LACAN qui semblent avoir, en France, concentré l'essentiel du débat. Par ailleurs, cette limite se justifie par l'objectif de notre analyse : présenter une approche épistémologique de l'usage de la psychanalyse en droit, notamment dans la détermination des régimes juridiques « souhaitables » appliqués aux corps, usage qui semble concentré sur les travaux lacaniens.

466. Le potentiel subversif de la psychanalyse. La psychanalyse, et notamment la psychanalyse lacanienne, a été reçue par une partie des analyses féministes comme un outil de déconstruction du concept de « nature » féminine ou masculine. C'est notamment l'approche de Gayle RUBIN lorsqu'elle écrit dans son fameux article : « *les essais de Freud sur la féminité peuvent être lus comme des descriptions de la manière dont un groupe est préparé psychologiquement, depuis la tendre enfance, à vivre avec son oppression* »[1761], à ce titre, elle considère que « *la psychanalyse est une théorie du genre, l'écarter serait suicidaire pour un mouvement politique qui se consacre à éradiquer la hiérarchie de genre (ou le genre lui-même)* »[1762]. De fait, la psychanalyse, ou plutôt le discours psychanalytique comme connaissance, a été utilisé par les mouvements féministes des années 1960, dans leur combat pour une maternité centrée autour du *désir* d'enfant[1763]. Il a été central pour certains courants féministes différentialistes qui y ont vu un outil de valorisation des qualités spécifiques des femmes[1764]. La relecture de Sigmund FREUD par Jacques LACAN est souvent soulignée par ces courants comme une étape majeure de la discipline : selon certains, en faisant passer le concept de Phallus du champ biologique au champ symbolique, la démarche lacanienne aurait

[1759] Pour un résumé des controverses v. R. COUVERESSE-QUILLOT et R. QUILLOT, *Les critiques de la psychanalyse,* 3e éd., Que sais-je ?, PUF, 1995, not. p. 8 sur la particularité française à cet égard. Pour un aperçu spécifique aux controverses féministes en France v. D. FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, « Controverses et anathèmes au sein du féminisme français des années 1970 », *Cahiers du Genre,* 2/2005 (n° 39), p. 13.
[1760] R. COUVERESSE-QUILLOT et R. QUILLOT, *Les critiques de la psychanalyse, op. cit.*, p. 11.
[1761] G. RUBIN, « L'Économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », art. cit., p. 53.
[1762] *Ibid*. p. 54-55.
[1763] S. GARCIA*, Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants,* coll. Textes à l'appui / genre et sexualité, La Découverte, 2011, p. 91 et s.
[1764] Ce courant « différentialiste » est notamment représenté par le mouvement « Psychanalyse et politique » fondé par A. FOUQUE. Pour un aperçu sur cette féministe et ce mouvement v. par ex. S. CHAPERON, « Antoinette Fouque (1936-2014). Une féminologue », *Hermès, La Revue* 3/2014 (n° 70), p. 207.

permis de faire de la construction des identités un processus social[1765] et, ainsi, de produire un discours dé-essentialisant sur « la femme ». Certaines lectures des textes freudiens et lacaniens proposent même de faire remonter cette intuition de la « construction du féminin » aux origines de la discipline[1766]. Jacques LACAN est également désigné par certains comme l'artisan d'une nouvelle lecture de l'homosexualité[1767].

467. Pour autant, ces lectures reconnaissent aujourd'hui l'apport des critiques qui ont été portées sur la matière[1768], au premier rang desquelles celle de Gayle RUBIN : « *Lévi-Strauss et Freud écrivent de l'intérieur d'une tradition intellectuelle résultant d'une culture où les femmes sont opprimées. Le danger* [d'une entreprise de relecture] *est que chaque emprunt n'entraîne avec lui le sexisme de la tradition dont ils participent* »[1769]. La critique est double : d'une part Gayle RUBIN enjoint à l'historicisation des écrits psychanalytiques, d'autre part elle incite à interroger leur caractère normalisant. Or, c'est précisément cette étape critique dont ne tiennent pas compte les auteurs juridiques faisant de la psychanalyse un champ de connaissances objectif[1770].

468. La psychanalyse comme norme ? Lectures critiques. La défiance de certains courants féministes, et plus largement critiques, à l'égard de la psychanalyse peut sans doute être historiquement rattachée aux analyses qu'en fait Simone de BEAUVOIR dans *Le Deuxième Sexe*[1771]. Dans cet ouvrage, la psychanalyse est prise par Simone de BEAUVOIR dans son aspect

[1765] Sur ce point v. par ex : D. LEVY, « Lacan, le féminisme et la différence des sexes », *Cités,* 2003/4 (n° 16), p. 79 ; Cl.-N. PICKMANN, « Sexualité et sexuation dans l'enseignement de Lacan », in *L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre,* M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008, not. p. 109 ; M. ZAFIROPOULOS, *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique*, t.1 *Clinique de la culture*, PUF, 2014, not. p. 127.

[1766] V. not. J. MITCHELL, *Psychanalyse et féminisme*, trad. Fr. BASCH, Fr. DUCROCQ, C. LÉGER, éd. Des femmes, 1975 pour l'éd. française.

[1767] V. É. ROUDINESCO, *La famille en désordre,* Fayard, 2002, p. 223 et s. pour la présentation de l'approche freudienne de l'homosexualité puis p. 234 pour l'approche lacanienne : l'auteure souligne que J. LACAN faisait de l'homosexualité une perversion mais elle affirme que cette dimension était, pour le psychanalyste, un trait commun de l'humanité.

[1768] L. LAUFER, « La psychanalyse est-elle un féminisme manqué ? », *Nouvelle revue de psychosociologie* 2014/1 (n° 17), p. 17. V. aussi de la même auteure « Une psychanalyse foucaldienne est-elle possible ? », *Nouvelle revue de psychosociologie,* 2015/2, (n° 20), p. 233.

[1769] G. RUBIN, « L'Économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », art. cit., p. 57-58. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle D. ÉRIBON rejette toute « relecture » possible de la psychanalyse : *« On ne peut pas purifier ces notions de leur contenu hétérosexiste, puisqu'elles sont des constructions hétérosexistes, fondées sur des structures sociales et cognitives hétérosexistes* » : *Échapper à la psychanalyse*, Variations II, éd. Léo Scheer, 2005, p. 85.

[1770] Sur la notion d'objectivité v. *infra* n° 480.

[1771] S. de BEAUVOIR, *Le Deuxième sexe,* t. 1, *Les faits et les mythes,* NRF, Gallimard, 1949, p. 77 et s. Pour une bibliographie très complète du rapport de S. de BEAUVOIR et de son œuvre à la psychanalyse v. P. BRAS, « Simone de Beauvoir et la psychanalyse : repères bibliographiques », *L'Homme et la société* 2011/1 (n° 179-180), p. 63.

discursif, « *qui produit des effets sur la situation culturelle et sociale de la femme* »[1772]. De cette lecture découleront nombre d'analyses très violentes à l'égard de la discipline[1773]. On peut ainsi citer la position de Catherine BALITEAU qui, en 1975, affirme :

> *« L'affirmation du primat absolu du symbolique, le parti-pris délibéré de désintérêt vis-à-vis de la "réalité", apparaissent inséparables, dans la théorie lacanienne, du rôle privilégié attribué au phallus ; or, ce privilège,* […] *fait glisser l'ontologie vers la théologie, ce qui entraîne un retour à la psychologie et à la morale traditionnelle »*[1774]

Ce qui n'empêche pas l'auteure de reconnaître le potentiel subversif de la discipline :

> *« jonction intime d'une théorie et d'une pratique* […] *à savoir de l'éthique. Cette éthique est théoriquement subversive* […] *dans la mesure où elle implique une rupture avec toute la métaphysique occidentale »*[1775].

Cette perspective est également celle de Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI dans leur fameux *Anti-Œdipe* :

> *« au lieu de participer à une entreprise de libération effective, la psychanalyse prend part à l'œuvre de répression bourgeoise la plus générale, celle qui a consisté à maintenir l'humanité européenne sous le joug de papa-maman, et à ne pas en finir avec ce problème-là »*[1776].

Ils s'interrogent alors sur les rapports de la psychanalyse avec l'ethnologie[1777] et dénoncent le « dogme » de la différence des sexes que cette discipline aurait contribué à forger[1778].

469. Ces auteurs participent d'un courant par principe favorable à la psychanalyse mais qui en dénonce un usage dégradé, instrument conservateur d'un ordre social patriarcal[1779]. À ceux-là s'opposent des écrits plus radicalement hostiles à la discipline elle-même tels ceux de Monique WITTIG[1780]. La figure et la pensée de Jacques LACAN sont centrales pour ces critiques, la psychanalyse lacanienne étant accusée d'être :

> *« moins une herméneutique du désir qu'une théologie pratique accrochée à une morale désuète s'activant à sauvegarder le modèle patriarcal qui servit*

[1772] L. LAUFER, « Simone de Beauvoir et la psychanalyse : haine, attraits, résistances ? », *L'Homme et la société* 2011/1 (n° 179-180), p. 238.
[1773] Pour une analyse de ces mouvements, en particulier sur le lien entre les tendances françaises et américaines v. E. KURZWEIL, Freudians ans Feminists, coll. *New Perspectives in Sociology*, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1995, not. p. 57 et s. à propos des relations aux théories freudiennes et p. 93 et s. pour les théories lacaniennes.
[1774] C. BALITEAU, « La fin d'une parade misogyne : la psychanalyse lacanienne », *Les temps modernes,* 1975-348, p. 1948.
[1775] *Ibid.*, p. 1934.
[1776] *Capitalisme et schizophrénie, 1. L'Anti-Œdipe*, éd. De Minuit, 1972/1973, p. 61.
[1777] *Ibid*., not. p. 199.
[1778] *Ibid*., not. p. 355.
[1779] C. BALITEAU, « La fin d'une parade misogyne : la psychanalyse lacanienne », *Les temps modernes*, 1975-348, p. 1933 : « *La dégradation de la psychanalyse en psychologie et en morale s'origine dans un glissement de l'ontologie à la théologie, à la faveur de la réintroduction arbitraire d'une transcendance.* […]. *Cet arbitraire théorique se trouve en effet dans une étonnante harmonie préétablie avec l'idéologie dominante* ».
[1780] V. par ex. M. WITTIG, *La pensée straight,* 2e éd., éd. Amsterdam, 2013, not. p. 58 et s.

> *de pattern à une psychanalyse freudienne née dans un contexte historique et culturel marqué par la figure toute puissante du père et l'impitoyable répression victorienne des sexualités et des corps »*[1781].

Dans ce débat ressurgit très frontalement la question de la place de la biologie dans la pensée psychanalytique. On l'a vu, une partie de la critique considère que l'apport de Jacques LACAN est d'avoir fait du concept de Phallus un objet symbolique, distinct du pénis anatomique. Mais cette interprétation est loin d'être partagée par tous et toutes et certains accusent au contraire Jacques LACAN d'en revenir toujours à la question physique[1782].

470. Personne, y compris les partisans d'une lecture féministe de la matière, ne nie que la psychanalyse a effectivement fondé – et fonde encore – des discours prescriptifs. Sandrine GARCIA identifie cette tendance dès les années 1930 dans certaines interrogations sur l'éducation des enfants et désigne globalement ce phénomène sous le nom d'« orthopsychanalyse »[1783]. Le mariage entre personnes homosexuelles et le débat sur les AMP sont les derniers sujets majeurs de cette pensée[1784] qui porte une interprétation très littérale du Phallus : à la fois puissance symbolique et pénis anatomique[1785]. C'est la transposition banalisée de cette pensée qui peut permettre à certains juristes des raccourcis tels que : *« la nature a donné* [au pénis] *des propriétés très particulières qui en font le symbole de la virilité masculine »*[1786], sans tenir compte de la critique historique face à ce type d'affirmation :

> *« ce principe transcendant, qui se réclame d'une pseudo réalité biologique, a en effet des origines bien douteuses. Comment se fait-il que le pénis manque réellement à la femme, sans que pour autant le clitoris manque réellement à l'homme ? Il est vrai que le clitoris présente par rapport au pénis une "infériorité morphologique réelle" [!!!]* [sic.]. *Mais depuis quand le symbolique s'évalue-t-il en centimètres ?* »[1787].

471. Un débat persistant. Le caractère descriptif ou prescriptif de « la psychanalyse » reste donc un débat persistant au sein même de la matière. La lecture lacanienne de la discipline, en particulier, demeure objet de controverses. Comme le souligne Elizabeth GROSZ :

[1781] V. M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, not. n° 29.
[1782] C. BALITEAU, « La fin d'une parade misogyne : la psychanalyse lacanienne », *Les temps modernes,* 1975-348, p. 1948. Reprise par J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *Journal des anthropologues* [En ligne], 82-83, 2000, n° 22 et s.
[1783] S. GARCIA*, Mères sous influence. op. cit.*, p. 188 et s., not. p. 201.
[1784] V. par ex. P. LÉVY-SOUSSAN, « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant contre l'enfant : lois et construction psychique », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 165.
[1785] V. not. Ch. MELMAN, La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui, coll. Humus, ERES éditions, 2009, p. 223 et s. sur le déclin du père, p. 227 pout l'affirmation « alors qu'il existe des insignes de la virilité (insignes anatomiques), il n'existe pas d'insignes de la féminité ».
[1786] F. CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n° 15.
[1787] C. BALITEAU, « La fin d'une parade misogyne : la psychanalyse lacanienne », art. cit., p. 1948.

> *« Lacan continue d'être l'un des personnages les plus controversés dans la théorie féministe contemporaine. Plusieurs féministes utilisent son travail sur la subjectivité humaine pour contester les connaissances phallocentrées ; d'autres lui sont extrêmement hostiles* […]. *Comme le travail de Freud, celui de Lacan est contradictoire (parfois intentionnellement, parfois non).* […] *Les relations entre sa version de la psychanalyse et le féminisme demeurent ambivalentes. Il n'est jamais évident de savoir s'il est simplement un misogyne plus subtil que Freud ou si sa lecture de Freud est une avancée (*breakthrough*) "féministe" »*[1788].

Ceux et celles qui considèrent l'usage normatif de la pensée psychanalytique comme un dévoiement de sa position originelle donnent à ce phénomène des explications variées. À titre d'exemple, Edith KURZWEIL évoque des problèmes de traduction dans les versions anglaises[1789] ; Markos ZAFIROPOULOS une lecture de Jacques LACAN limitée à ses tout premiers écrits[1790] ; Laurie LAUFER une « médicalisation » de la psychanalyse par son rapprochement avec la psychologie et la psychiatrie[1791], ce qui se rapproche de la thèse d'une évolution normative de la matière par son institutionnalisation[1792].

472. Dès lors, l'usage prescriptif de notions psychanalytiques par la doctrine juridique consiste en une adhésion à *une certaine lecture* de la matière, loin d'être communément admise. Cet usage de la discipline par la doctrine juridique a donné lieu à une lecture très critique de certains psychanalystes, qui reprochent précisément au discours juridique de ne pas rendre compte de la complexité des notions psychanalytiques et des débats qui agitent la matière. Sabine PROKHORIS affirme ainsi :

> *« le Symbolique : terme opportunément pêché chez Lacan, en aucun cas moyennant une prise en compte, éventuellement, critique, de sa complexité chez cet auteur, mais pour des vertus qui, semble-t-il, émanent de la majuscule*[1793] *dont il se trouve affublé »* ;
>
> et, plus loin : *« si c'est sur un mode plutôt religieux, et non vraiment au titre de la méditation d'un savoir, ouvert comme tout savoir à la critique, non seulement externe, mais interne (probablement du reste la plus féconde), que la référence à la psychanalyse opère dans le champ des relatations de*

[1788] E. GROSZ, Jacques Lacan. A feminist introduction, éd. Routledge, Londres/New-York, 1990, p. 147, nous traduisons.
[1789] E. KURZWEIL, Freudians ans Feminists, coll. *New Perspectives in Sociology*, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1995, p. 93 et 103.
[1790] M. ZAFIROPOULOS, *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique*, *op. cit.*, p. 147 et s.
[1791] L. LAUFER, « La psychanalyse est-elle un féminisme manqué ? », art. cit., p. 20 et s.
[1792] E. KURZWEIL, Freudians ans Feminists, *op. cit.*, p. 51 et s. ; É. ROUDINESCO, *La famille en désordre, op. cit.*, p. 228 et s. Pour un aperçu des institutions construites autour de la discipline v. R. PERRON, *Histoire de la psychanalyse,* 5e éd., Que sais-je ?, PUF, 2014, p. 110 et s.
[1793] Il faut sans doute rapprocher cette affirmation de celle de R. BARTHES : « *on ne se passe pas des grands mots, on leur met des majuscules et ils deviennent un peu plus majestueux. En réalité ils ne sont pas tellement majestueux, ils bouchent simplement les trous de la pensée* » : entretien avec J. CHANCEL, 17 fév. 1975, publié dans *Œuvres complète Roland Barthes*, éd. présentée et établie par E. MARTY, t. 3 1974-1980, Seuil, 1995, p. 358.

l'expertise et de la décision politique, c'est dans la modalité la plus suspecte du religieux »[1794].

Une fois encore, il ne s'agira évidemment pas de savoir si la position adoptée par la doctrine juridique en cause correspond à une « bonne » lecture des écrits psychanalytiques. Non seulement l'entreprise dépasse largement nos compétences mais, surtout, il nous semble avoir démontré que la question est loin de faire l'unanimité dans la discipline elle-même.

Une hypothèse reste cependant à explorer : le rôle actif de cette doctrine juridique dans le renforcement d'une vision prescriptive de la psychanalyse. La figure de Pierre LEGENDRE, à la fois juriste et psychanalyste, apparaît alors de façon prégnante.

473. Pierre LEGENDRE et la diffusion d'une lecture prescriptive de la psychanalyse. La proximité de Pierre LEGENDRE avec Jacques LACAN pourrait faire penser que l'usage que le premier fait de la notion d'« ordre symbolique » du second est un usage « de première main ». Pourtant, on l'a vu, la position conservatrice de Pierre LEGENDRE sur le plan des mœurs ne correspond pas de manière univoque aux lectures qui ont été faites de la notion. En revanche, plusieurs auteurs, extérieurs à la matière juridique, soulignent le rôle de Pierre LEGENDRE lui-même dans la construction et/ou la diffusion de cette lecture « prescriptive » de la psychanalyse. Jeanne FAVRET-SAADA, dont on rappelle qu'elle attribue l'utilisation normalisante de la pensée de Claude LÉVI-STRAUSS à une « lacanisation » de ses écrits, fait ainsi de Pierre LEGENDRE le premier artisan de cette lecture[1795]. La reprise « dévoyée » des travaux de l'anthropologue par le juriste est également l'hypothèse d'Éric FASSIN[1796]. S'il ne nous est pas possible de nous prononcer sur un tel « dévoiement », on peut cependant affirmer que Pierre LEGENDRE a bien de la psychanalyse une lecture prescriptive, au sens où elle serait l'instrument de la révélation de structures indépassables desquelles l'anthropologie de l'Occident devrait prendre acte[1797]. Par ailleurs, sa double qualité

[1794] S. PROKHORIS, « L'adoration des majuscules » art. cit., p. 152. V. aussi de la même auteure « Le point de vue du psychanalyste », in *Famille, éthique et justice*, H. PAULIAT, É. NÉGRON, L. BERTHIER (éd.), coll. D'Aguesseau, PULIM, 2016, p. 122 et s.

[1795] J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *Journal des anthropologues* [En ligne], 82-83, 2000, n° 35.

[1796] É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *op. cit.*, p. 96.

[1797] V. not. « Le ficelage institutionnel de l'humanité », entretien avec Pierre Legendre par M. ELBAZ et Y. SIMONIS, *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 73 : à propos de la psychanalyse « *la fonction dogmatique consiste, dans une société, à nouer le social, le biologique et l'inconscient. Ce qui noue ces éléments* […] *c'est un discours provenant d'un certain montage et sous statuer d'exercer une fonction nécessaire à la vie et à la reproduction de la vie.* […] *la découverte de l'inconscient a permis à l'humanité industrielle occidentale* […] *de ne pas se prendre pour une sur-humanité, c'est-à-dire une humanité qui n'aurait plus rien à voir avec les mythes et la problématique sauvage de l'interdit.* […] *si on refuse de prendre acte de la découverte de l'inconscient en en tirant quelques conséquences majeures, une telle position de principe équivaut à refermer les interrogations, notamment celles que véhicule l'anthropologie* ».

de psychanalyste et de professeur de droit a pu en faire le pionnier, non pas tant d'une lecture prescriptive de la psychanalyse qui lui est sans doute antérieure[1798], mais de l'intégration de cette lecture dans le droit. Sur ce point, ce sont les critiques de Michel TORT[1799] ou de Stéphane NADAUD qui sont sans doute les plus pertinentes d'un point de vue épistémologique, dans la mesure où elles proviennent directement du champ psychanalytique[1800].

474. La critique développée par Michel TORT est celle de l'anhistoricité des notions psychanalytiques utilisées par Pierre LEGENDRE[1801]. À propos de *L'inestimable objet de la transmission*[1802], il écrit :

> *« Aucune place n'est faite, dans cette vaste fresque de la mythologie du père en Occident, à l'histoire politique, qui est largement celle de la mise en question du "principe du père" dans la conception du pouvoir »*[1803] ;
>
> *« Dès lors il convient de regarder avec suspicion les travaux qui mettraient en évidence les conséquences négatives du déclin du patriarche. Par définition ils cautionnent comme normes anhistoriques les principes du patriarcat »*[1804].

C'est alors plus largement l'assimilation d'une permanence historique à une structure sociale et/ou psychique que fustige Michel TORT[1805]. Dès lors, il dénie non seulement à la psychanalyse toute faculté d'« interprétation » des phénomènes collectifs[1806] mais il interroge profondément,

---

[1798] Pour un panorama critique des partisans de cette lecture v. M. TORT, « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 176.

[1799] Notons que M. TORT considère que l'appel au droit comme garant du Symbolique est déjà présent chez J. LACAN : « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 213.

[1800] V. aussi É. ROUDINESCO : *La famille en désordre, op. cit.*, p. 236 et s.

[1801] C'est ce qu'entend É. FASSIN lorsqu'il écrit : « *non seulement la* notion *d'Ordre symbolique (avec majuscule) demande que soit retracée l'histoire du lacanisme, mais surtout, l'ordre symbolique* lui-même *(avec minuscule) est historique* » : « L'inversion de la question homosexuelle », *Revue française de psychanalyse,* 2003/1 (vol. 67), p. 273.

[1802] P. LEGENDRE, *L'Inestimable Objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985.

[1803] M. TORT, *La fin du dogme paternel,* coll. Champs, Flammarion, 2007, p. 51.

[1804] *Ibid.*, p. 52.

[1805] *Ibid.*, p. 461 : « *Que tout ne se vaille pas, ce qu'on accordera volontiers, n'implique pas que les dispositifs de cet « ordre symbolique » avec ses différences soient immuables, faute de quoi l'ordre symbolique et l'ordre social d'une époque vont un peu trop main dans la main. On peut fort bien considérer que les ordres anciens, les anciens régimes ont soutenu des représentations structurantes, par exemple celle de la paternité, sans être contraint d'identifier ce qui est structurant à la figure de la paternité* ». On retrouve cette critique de l'assimilation de l'ordre historique à l'ordre symbolique chez É. FASSIN : « L'inversion de la question homosexuelle », art. cit., p. 274 et s.

[1806] M. TORT, *La fin du dogme paternel, op. cit.*, p. 429 « *Alors que les psychanalystes n'interviennent, en principe, autant que l'on sache, que sollicités par les sujets eux-mêmes, tout se passe comme s'il leur revenait d'interpréter les mouvements homosexuels, les revendications sociales d'identité, qui sont l'objet de controverses dans les mouvements gays et lesbiens. En sorte que, là où ils sont supposés être compétents, par le transfert, ils se taisent ou sont en panne ; là où en revanche ils se situent sur le même plan que les autres citoyens, ils se présentent comme intervenant en psychanalystes. Le résultat de ce chassé-croisé est désastreux. Les "interprétations" des mouvements collectifs reproduisent des stéréotypes dans un habillage psychanalytique* ». On retrouve ici la question fondamentale de l'articulation entre *pratique* et *théorie* psychanalytique déjà évoquée *supra* n° 465.

d'un point de vue épistémologique, l'articulation possible entre droit et psychanalyse[1807]. Cette seconde critique s'éclaire à la lecture de Stéphane NADAUD qui résume ainsi la pensée de Pierre LEGENDRE : l'assimilation de la Loi (au sens juridique) et de la Raison[1808]. Cette assimilation, Stéphane NADAUD ne la considère pas comme *fausse* mais estime qu'elle relève de l'*idéologie*, notion dont il affirme qu'elle « *ne doit pas faire peur - au contraire !* […] *Encore faut-il savoir qu'elle s'exerce, qui l'exerce, et de quelle matière elle est tissée* »[1809].

A la première demande qu'il adresse à Pierre LEGENDRE – de ne pas présenter sa pensée comme une évidence notamment au regard de *la* psychanalyse – , celui-ci répond en affirmant que son « anthropologie dogmatique »[1810] est bien avant tout une « dogmatique », une vérité *posée*, même si l'on peut douter de la parfaite distinction pratiquée entre les deux disciplines[1811]. La seconde critique en revanche, celle de l'articulation du droit et de la Raison, est sans doute la principale interrogation face à la pensée de Pierre LEGENDRE. Elle se résume à une question de causalité : le droit détermine-t-il la structuration des inconscients ?

475. Psychisme, droit et causalité. Dans la critique qu'elle développe sur la pensée d'Irène THÉRY, Marcela IACUB estime que cette dernière fait du droit une science de la causalité[1812]. Par cette affirmation, l'auteure entend critiquer l'hypothèse, tirée de la pensée de Pierre LEGENDRE, selon laquelle le droit détiendrait à la fois le pouvoir et le *rôle* de structurer les inconscients, ce qui permettrait de *prédire* les conséquences intimes et sociales entraînées par une modification de l'ordre juridique[1813]. Cette position est critiquée par Michel TORT qui y voit, comme Marcela IACUB, une assimilation de l'inconscient à une donnée « naturelle » obéissant à une logique causale[1814].

[1807] *Ibid.*, p. 432.
[1808] St. NADAUD, « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien (...) », *AJ fam.*, 2006, p. 403. V. aussi J. COMMAILLES, « Droit et sciences sociale. Préalables et conditions d'un nouveau régime de connaissance », in *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 77.
[1809] St. NADAUD, « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien (...) », *art. cit*.
[1810] Pour une interrogation sur le lien entre cette notion et la psychanalyse : P. ZAOUI, « L'ordre symbolique, au fondement de quelle autorité ? », *Esprit,* mars-avril 2005, p. 236.
[1811] *Supra* n° 461.
[1812] M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet,* n° 12-13, 1998, p. 116. Sur le lien entre conception causale du droit et droit naturel v. D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 581.
[1813] Comp. R. BARTHES, *Leçon*, Seuil, 1978, p. 28 : « *la fragilité des sciences dites humaines tient peut-être à ceci : ce sont des sciences de l'imprévision* […] *ce qui altère immédiatement l'idée de science : la science même du désir, la psychanalyse, ne peut manquer de mourir un jour, bien que nous lui devions beaucoup* […] *: car le désir est plus fort que son interprétation* ».
[1814] M. TORT, *La fin du dogme paternel, op. cit.*, p. 426. Cet auteur rattache cette lecture causale de l'inconscient

Or, l'assimilation entre « Loi » psychanalytique et loi juridique, les deux étant également considérées comme expression et garantie de la « Raison »[1815], est loin d'être une évidence : même dans la perspective d'un inconscient purement politique tel que peuvent le développer Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI[1816], on peut légitimement s'interroger sur la primauté du droit sur tout autre ordre normatif dans la structuration des esprits[1817]. Peu convaincue par l'argument, Jeanne FAVRET-SADAA affirme ainsi :

> *« Peut-on poser une implication aussi directe entre les registres suivants : les rapports entre les sexes, le supposé ordre symbolique, le droit, la possibilité de penser (la logique et la raison) ? Poser que l'enchaînement des causes est à ce point automatique, à ce point immédiat ; poser qu'il y a si peu de jeu entre les registres, n'est-ce pas la marque d'un discours religieux ? »*[1818].

On revient ici à l'hypothèse de la dogmatique : le rôle prépondérant du droit serait un indémontrable ; la nécessité d'une « triangulation » des relations par une instance tierce, ici l'État, serait une nécessité posée[1819]. Cependant, dans une perspective historique, cette hypothèse n'explique pas pourquoi, comme semble l'affirmer Pierre LEGENDRE, ce rôle fut plus, ou mieux, rempli par le législateur ancien que par celui d'aujourd'hui[1820].

à une utilisation psychiatrique de l'ordre symbolique lacanien : « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 209 et s. Sur la question de la causalité en biologie v. *supra* n° 441.

[1815] St. NADAUD, « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien (...) », art. cit. : « *On comprend donc que la Loi, conçue comme ce qui articule le corps à la parole, l'alliance à la filiation, est dite "garante de la Raison" : c'est bien la Raison qui définit, dans une conception tout à fait classique de la philosophie, l'humanité en tant qu'opposée à l'animalité - notamment parce que la Raison inscrit l'Homme dans une Histoire qui est un régime temporel particulier d'inscription (l'écriture) des enchaînements des causes et des effets, enchaînement que Legendre articule avec celle des générations. La Loi ayant, dans cette conceptualisation, la même fonction, les deux termes sont superposables et échangeables* ». V. dans ce sens : « Le ficelage institutionnel de l'humanité », entretien avec Pierre Legendre par M. ELBAZ et Y. SIMONIS, *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 71.

[1816] Pour une présentation synthétique G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Politique et psychanalyse,* Bibliothèque des mots perdus, 1977.

[1817] Br. PERREAU, « Faut-il brûler Legendre ? La fable du péril symbolique et de la police familiale », *Vacarme* 2003/4 (n° 25), p. 64. On peut, à ce sujet, consulter la présentation de J. CARBONNIER, « Études de psychologie juridique » : le Doyen y adopte une attitude mesurée, reconnaissant l'influence du droit sur les esprits mais y voyant avant tout une influence perturbatrice, il recommande en conclusion : « *Mais c'est au législateur, surtout, qu'incombe le devoir d'organiser la prévention de l'angoisse qu'il répand autour de lui. Qu'il se dise que toute loi, même excellente dans son contenu, est un mal par le trouble qu'elle apportera dans le psychisme des sujets. Avec les avantages sociaux qu'il en attend, il doit toujours mettre en balance les inconvénients de l'influence pensante et néfaste que toute réglementation exerce sur la tranquillité des esprits.* […] *que légiférant moins, il légifère plus doucement*. » : *JCP G*. 2015, n° 51, doctr. 1407, n° 21.

[1818] J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », art. cit.

[1819] On retrouve ici la remarque de E. VARIKAS : la façon dont l'invocation de la Raison a été historiquement utilisée pour « objectiver » une pensée de la sacralité : « Naturalisation de la domination et pouvoir légitime dans la théorie politique classique. », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 105.

[1820] M. TORT, *La fin du dogme paternel, op. cit.*, p. 50-51 : « *Mais pourquoi les législateurs, les juristes d'aujourd'hui seraient-ils déboutés de la possibilité de tenir cette parole juste, que se voit attribuée* larga manu *aux légistes d'antan, lesquels* […] *n'ont pas manqué de fantasme ? ».*

Il faut alors en revenir à la question épistémologique : comment justifier l'usage directif[1821], en droit, de notions psychanalytiques si débattues ? Cette question est profondément d'ordre juridique car, comme l'affirme Daniel LAGACHE :

> *« la transposition d'un concept psychanalytique est sans valeur intrinsèque. La psychanalyse peut fournir une hypothèse de travail, la vérification relève des données et des méthodes propres au domaine auquel cette hypothèse est appliquée »*[1822].

Il ajoute que cet usage nécessite une solide connaissance, par celui ou celle qui en use, à la fois de la psychanalyse et de la matière dans laquelle elle est « transférée ». Or, si les compétences de Pierre LEGENDRE ne sauraient ici être remises en question, c'est précisément en raison de ses connaissances que l'on peut interroger l'absence d'explicitation de ses prises de position théoriques *en droit*. C'est dans le champ juridique que son discours peut être critiqué, en tant que rhétorique[1823]. En effet, l'invocation, par Pierre LEGENDRE comme par les personnes qui se prévalent de sa pensée[1824], de notions psychanalytiques comme outils normatifs objectifs, interroge une fois encore sur les finalités de la démarche.

476. Conclusion du B. L'usage, par la doctrine juridique, de notions manifestement issues du domaine de la psychanalyse pour *justifier* les normes que *devrait* porter le droit, pose de réelles difficultés épistémologiques. Non seulement il suggère, sans l'avouer formellement, que le droit est *contraint* par des « objectivités » qui lui sont extérieures, mais il suppose surtout que la psychanalyse elle-même porte une certaine *connaissance* de ce que doivent être l'homme et ses relations. Plusieurs psychanalystes voient dans cet usage de leur discipline une négation des

---

[1821] Il ne s'agit bien sûr pas de dénier à la psychanalyse, comme à toute autre activité intellectuelle, tout rôle dans l'évolution du droit. Il est indéniable qu'en tant qu'elle modifie la vision de l'Homme, cette discipline a eu une influence sur l'évolution du contenu ou de la pratique du droit (v. X. HENRY, « Psychanalyse, inconscient et droit privé », *JCP G*. 2015, n° 1407). La question est ici de savoir dans quelle mesure ce savoir devrait établir des *impératifs* pour le droit.

[1822] D. LAGACHE, *La psychanalyse,* 21e éd., Que sais-je ?, PUF, 2009, p. 118.

[1823] Cet usage de la psychanalyse comme rhétorique était dénoncé dès 1975 par M. CERTEAU dans le domaine historique : « *Peut-être cette note est-elle aussi une réaction contre une manière de se servir de la psychanalyse. Un certain nombre de travaux, aussi bien en ethnologie qu'en histoire, montrent que l'usage des concepts psychanalytiques risquent de devenir une nouvelle rhétorique. Ils se muent alors en figure de style. Le recours à la mort du père, à l'Œdipe ou au transfert, est bon à tout. Ces "concepts" freudiens étant supposés utilisables à toutes fins, il n'est pas difficile de les piquer sur les régions obscures de l'histoire. Malheureusement, ils ne sont plus que des outils décoratifs s'ils ont seulement ou objet de désigner ou de couvrir pudiquement ce que l'historien ne comprend pas* » : *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, 1975, p. 341.

[1824] V. not. Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, n° 40, l'auteure s'appuie sur Pierre LEGENDRE pour affirmer « *la normative ou ordre symbolique, entendu comme l'ordre des valeurs sociales fondamentales, est encore actuellement fondé dans l'être* […] *La distinction de l'homme et de la femme fait partie de cet ordre. La raison conduit à le préserver, car elle est animée par la conscience de la finalité des êtres humains.* » et, plus loin « *le rôle du droit est précisément de créer un ordre symbolique* ». On perçoit ici la confusion entre un ordre préexistant dans le biologique mais aussi socialement construit.

rapports de pouvoir qui s'y exercent, comme dans toute autre[1825], et donc une façon de sortir les débats de société du champ politique[1826]. On retrouve ici l'hypothèse d'une démarche de « scientifisation » d'un discours juridique qui n'assume pas sa dimension proprement politique, expression de choix axiologiques, expression d'un « discours d'ordre »[1827].

477. Conclusion de la Section 1. La lecture critique des courants doctrinaux tendant à chercher, hors du droit, les fondements des qualifications et des régimes juridiques des corps fait apparaître les limites épistémologiques de la démarche. L'invocation de disciplines extérieures au droit n'est pas neutre, dans la mesure où les incertitudes et les débats à l'œuvre dans ces matières sont invisibilisés par un discours juridique prescriptif qui fait des « sciences », quelles qu'elles soient, des *arguments* dans le champ du droit. Il faut alors constater que ces arguments sont toujours mobilisés dans un sens unique : la conservation d'un *ordre* du droit organisé non seulement autour d'une bisexuation des personnes et d'une hétérosexualité de la reproduction mais également d'une protection maximale du corps avant la naissance et après la mort contre tout acte de volonté individuelle. Ces opinions convergentes peuvent être lues comme une nouvelle approche du jusnaturalisme.

[1825] M. ZAFIROPOULOS, *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique*, *op. cit.*, p. 150 : « *si ce diagnostic du malaise dans la culture du déclin du père a une valeur scientifique très modeste, elle risque bien par contre d'indexer dans le champ psychanalytique le poids d'une situation sociale portant l'expression clinique d'une position de classe dont les incidences sont multiples* ». On peut rapprocher cette critique du « lissage » de la psychanalyse de celle de M. DE CERTEAU : « *Là où la psychanalyse "oublie" sa propre historicité, c'est-à-dire son rapport interne à des conflits de pouvoir et de places, elle devient ou un mécanisme de pulsions, ou un dogmatisme du discours, ou une gnose de symboles* » : *Histoire et psychanalyse*, Gallimard, 1987, p. 98.

[1826] S. PROKHORIS, « L'adoration des majuscules » in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *op. cit.*, p. 154-155 « *les discours tenus au nom de la psychanalyse, tels qu'ils interviennent aujourd'hui dans le champ politique, sur le mode du rappel à l'ordre (ordre sacré du Symbolique) dès lors qu'il s'agit de justifier le maintien hors du débat démocratique de certains choix de société en matière de dispositif de vie privée, vont tout à l'opposé* [de la neutralité de l'analyste]. *Car non seulement ils empêchent, en la délégitimant au passage, toute interrogation sur une quelconque historicité des normes d'existence, historicité qui joue d'abord au singulier, mais encore ils mettent définitivement sous scellés la question même des normes* ». M. TORT reprend à propos de la pensée de Pierre LEGENDRE l'expression de « rappel à l'ordre » et affirme même abruptement à son propos : « *l'être parlant a bon dos, on lui fait dire ce que l'on veut* » : *La fin du dogme paternel, op. cit.*, p. 50 et 439. Notons que cet auteur voyait déjà chez J. LACAN lui-même une tentative de scientifisation du discours psychanalytique : « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 207.

[1827] À propos de l'utilisation de l'œuvre de Cl. LÉVI-STRAUSS par Pierre LEGENDRE : J. FAVRET-SAADA, « On n'est jamais aussi bien trahi que par les siens », *Prochoix,* 2000, n° 16, p. 33 : « *il est frappant de voir que dans cette œuvre immense des conservateurs se disant "structuralistes" n'ont puisé que* […] *quelques mots (structure, symbolique…) détournés sans manières de leur signification pour fabriquer un discours d'ordre* ».

Section 2 Critique d'une démarche néo-jusnaturaliste

478. L'ensemble des discours doctrinaux que nous avons étudiés partagent, au travers d'arguments différents, les mêmes positions axiologiques. L'ensemble des démonstrations convergent vers la proposition d'un système juridique qualifiable de « conservateur » au sens où il sauvegarderait des institutions, des relations et des valeurs traditionnelles. L'opération de catégorisation des corps et de définition de leur régime juridique n'est ici qu'une façon de garantir un *ordre* du droit, notamment contre le pouvoir de la *volonté* des personnes sur leur corps mais aussi sur leurs modes de vie au sens large : reproduction, pratiques funéraires, sexualité, etc. Ce constat est clair dans d'autres champs de connaissances dans lesquels l'« externalisation » du discours vers d'autres disciplines est liée au soutien de positions conservatrices ou réactionnaires[1828]. Dominique MEMMI note ainsi, sur le plan sociologique, et notamment dans le domaine du soin aux personnes :

> *« Quand un professionnel du funéraire suggère que recourir à la crémation (et* a fortiori *à la dispersion) peut s'avérer nocif pour l'équilibre de l'endeuillé, il suggère aussi que ses préférences personnelles doivent s'incliner devant la "nature" du psychisme humain. La "nature" psychique, dans son "essence" incontournable, est ainsi opposée à la libre volonté. C'est donc une part de la psyché, présentée comme une et universelle, qui est opposée à une autre, perçue comme trop labile et trop singulière : celle représentée par les désirs et les souhaits »*[1829] ;
>
> et, plus loin : *« La psyché s'est imposée comme un intermédiaire idéologiquement acceptable pour modérer la frénésie des désirs individuels là où l'"ordre divin" et la "loi naturelle" ont été discrédités : plus de corps comme destin, sinon comme destin… psychique. Voilà la parade trouvée à l'apologie moderne de la volonté individuelle* »[1830].

Didier ÉRIBON fait un constat similaire, du point de vue de l'historien, lorsqu'il dit des écrits de Claude LÉVI-STRAUSS qu'ils « *ont souvent été brandis comme une bible par des auteurs hostiles aux revendications gays et lesbiennes, qui trouvaient là un moyen de s'éviter d'avoir à brandir la Bible* »[1831].

Si ce questionnement est intégré dans une analyse juridique, il conduit nécessairement à s'interroger sur la proximité de cette part de la doctrine à une posture jusnaturaliste[1832]. Le terme de « *néo-jusnaturalisme* » a ainsi pu être employé à propos de la question spécifique de

---

[1828] Sur la division des intellectuels conservateurs et réactionnaires v. L. BINET, « Pour un "politiquement incorrect" de gauche », *L'Obs,* n° 2661-05 du 5 nov. 2015, p. 92.
[1829] D. MEMMI, *La revanche de la chair,* Seuil, 2014, p. 232-233.
[1830] *Ibid.*, p. 280.
[1831] D. ÉRIBON, *Échapper à la psychanalyse*. Variations II, éd. Léo Scheer, 2005, p. 55.
[1832] *Contra* sur l'utilisation de la notion de « nature des choses » par la doctrine et la jurisprudence : P. FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 233.

l'usage anti-autonomiste de la notion de dignité par la doctrine[1833]. Il nous semble que le terme mérite d'être étendu à l'ensemble des courants utilisant des éléments de connaissances extérieurs au droit pour affirmer ce que devrait nécessairement être le droit **(§1)**. Pour autant, on ne peut ignorer que l'affiliation au jusnaturalisme est généralement rejetée par les auteurs étudiés. Il faudra alors montrer, par l'usage des instruments critiques que nous avons adoptés[1834], comment l'usage de disciplines extérieures au droit procède en réalité d'une scientifisation du discours **(§2)**.

§1 Un néo-jusnaturalisme fondant un discours d'ordre
§2 Un néo-jusnaturalisme dissimulé par un discours scientificisé

§1. Un néo-jusnaturalisme fondant un discours d'ordre

479. La nécessité de respect, par le droit, d'un ordre extérieur à lui-même est un argument partagé par l'ensemble de la doctrine de l'ontologie. Cette attitude pourrait être attachée à une démarche de type jusnaturaliste, pour peu que l'on adopte une certaine définition de la notion **(A)**. Ce rattachement permet d'apporter une explication au caractère conservateur des positions ainsi justifiées **(B).**

A. Le rattachement possible au droit naturel
B. La défense de positions conservatrices

A. Le rattachement possible au droit naturel

480. La référence à un ordre extérieur au droit : une position jusnaturaliste ? L'idée que le droit trouve ses fondements hors de lui-même n'est pas nouvelle et n'est certainement pas contestable. Matière politique, soumise aux évolutions de la société qu'il gouverne, le droit est façonné par ces « *forces créatrices* »[1835], par ces sources réelles auxquelles certaines prêtent attention et que d'autres refusent d'étudier, renvoyant leur analyse à des sciences humaines distinctes[1836]. Mais la question est bien plus contestée quand il s'agit d'avancer que des normes,

[1833] Les auteurs suggèrent également le terme de « *néo-positivisme* » mais il nous semble au regard de ce qui va suivre, que le rapprochement du jusnaturalisme est plus pertinent : *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche « Les principes fondamentaux du droit », Mission de recherche droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avr. 2004, p. 112.
[1834] *Supra* n° 428.
[1835] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2e éd., 1955, réimpr. 1994
[1836] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*,

extérieures au droit, *s'imposent* à lui. Pourtant, une telle position est possible si l'on adhère à une vision jusnaturaliste dans laquelle l'appréciation, si ce n'est de la validité, du moins de la nécessité des normes positives, s'effectue au regard d'un *ordre* extérieur à la matière juridique.

481. Pourtant, les auteurs contemporains qui se réfèrent explicitement à la notion de droit naturel pour fonder leur appréciation en droit des personnes sont plutôt rares. On trouve quelques exemples où le droit naturel classique[1837] est invoqué au soutien d'une protection de l'embryon autant que de l'hétérosexualité de la famille[1838]. Alain SÉRIAUX, s'appuyant sur les travaux de THOMAS d'AQUIN, considère ainsi de droit naturel l'union mâle/femelle[1839] – qu'il assimile au mariage – et l'avortement comme une violation du « *droit naturel le plus élémentaire* »[1840]. Michel VILLEY considère quant à lui que l'autorité paternelle dans la famille constitue l'un des aspects de ce droit naturel[1841]. Dans cette acception, les liens entretenus entre le droit naturel, la biologie, et une conception religieuse – ou du moins métaphysique – du droit, sont plutôt flous. Alain SÉRIAUX comme Michel VILLEY semblent rejeter une acception du droit naturel comme fondé uniquement sur les « lois de la nature » au sens biologique ou physique[1842]. Ils n'en refusent pas pour autant l'inspiration mais semblent fonder pour une part leur conception sur une inspiration spirituelle[1843], s'inscrivant ainsi dans une conception classique de la notion[1844]. Plus récemment, Philippe KAYSER relie explicitement droit naturel, nature psychique et biologique de l'homme et ordre religieux, qui fondent selon lui à la fois la reconnaissance de la personnalité de l'embryon, l'impératif biologique de la filiation et la

LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 350 ; Pierre LEGENDRE est, à cet égard, plus radical puisqu'il dénonce les juristes « *shootés aux sciences sociales* » : P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ*. 1990, p. 644.

[1837] Pour un aperçu de l'évolution de la notion : H. BATIFFOL, *La philosophie du droit,* Que sais-je ?, PUF, 8e éd., 1989, p. 53 et s.

[1838] Sur la façon dont le droit naturel a pu être invoqué au soutien de l'infériorité juridique des femmes au XIXe siècle v. J. DAVID, « Les droits de l'homme, le droit naturel et les femmes : regards de juristes du XIXe siècle », in *Droit naturel et droits de l'Homme. Société d'histoire du droit. Journées internationales 2009,* textes réunis par M. MATHIEU, préf. J-M. CARABASSE, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 167.

[1839] Sur la distinction des sexes et leur hiérarchie dans le mariage chez THOMAS v. D. YOUF, « Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale », *RRJ*, 2004-2, p. 1468 et s.

[1840] A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 1993, p. 38 et 40.

[1841] M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 50 et s.

[1842] A. SÉRIAUX voit dans le droit naturel un effort rationnel de distinction du Bien et du Mal : *Le droit naturel*, *op. cit.*, p. 7 ; M. VILLEY y voit avant tout une « *valeur* » : *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 50 et s.

[1843] Sur les relations entre le droit naturel au sens de M. VILLEY et la morale v. P.-Y. QUIVIGER, *Le Secret du droit naturel ou Après Villey,* Bibliothèque de la pensée juridiqu, 3, éd. Classiques Garnier, 2012.

[1844] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », in *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 41 ; D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 563.

protection de la dignité[1845]. Chez d'autres auteurs, l'invocation du droit naturel est plus subtile et passe notamment par l'invocation du mythe d'Antigone[1846]. Cette évocation tutélaire de la fille d'Œdipe constitue une référence à la fois au droit comme garant d'un « ordre symbolique » psychanalytique, et à une idée de droit naturel[1847]. Ce rattachement au droit naturel pour justifier un certain traitement des corps, en particulier avant la naissance et après la mort, semble avoir ponctuellement influencé la jurisprudence[1848]. En dehors de ces quelques exemples, la majorité des auteurs que nous avons étudiés ne se réfèrent pas explicitement à la notion de droit naturel pour fonder leur lecture du droit des personnes. Il semble pourtant possible de les rattacher à ce courant de pensée, pour peu qu'on en précise la définition.

482. Une autre vision possible du jusnaturalisme. Au-delà des infinies variations possibles de l'idée de droit naturel[1849] et de jusnaturalisme[1850], il semble possible, avec Étienne PICARD, de définir ce courant non pas par les réponses qu'il apporte, notamment au regard de la notion de « nature », mais par les *questions* qu'il soulève[1851]. Ainsi, plus encore que l'assimilation entre l'être et le devoir-être, critère que KELSEN reprend chez HUME[1852], ce mouvement peut être déterminé par son *objectif* :

[1845] P. KAYSER affirme ainsi « *il y a une nature de l'Homme, psychique, biologique, de la révélation, qui impose de constater l'existence d'un droit naturel* » : « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ*, 1998-2, not. p. 404-406, 408 et 430.

[1846] En faveur d'une clause de conscience des pharmaciens en ce qui concerne l'avortement : G. MÉMETEAU, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *JCP G.* 1990.I.3443, n° 26. La relation entre la « vocation reproductive » du mariage et la protection du corps mort est-elle implicitement établie par P. GOURDON lorsqu'il considère qu'un maire, s'opposant au mariage d'une personne transsexuelle, invoque les « *lois non-écrites, immuables des Dieux* », citation tirée de l'*Antigone* de SOPHOCLE : « Condamnation pour discrimination d'un maire ayant refusé de célébré un mariage en raison du transsexualisme de la future épouse », *JCP G*. 2011, n° 42, 1132, p. 1873. Il n'est pas possible de déterminer si l'auteur adhère à cette position.

[1847] Pour une critique de l'opposition droit positif /droit naturel dans la figure d'Antigone v. St. TZITZIS, « Scolies sur les *nomina* d'Antigone représentés comme droit naturel », *APD*, 1988-33, p. 243 (repris dans D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du droit naturel », art. cit., p. 576 et s.) ; v. aussi C. SINTEZ, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes. Tome 1. Les origines romaines*, coll. Libre droit, éd. Mare & Martin, 2014, p. 34. Pour une autre lecture de cette figure v. J. BUTLER, *Antigone : la parenté entre vie et mort*, trad. G. LE GAUFEY, éd. EPEL, 2003.

[1848] Pour une invocation directe du « triangle thébain » : TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009, motivation cité par B. EDELMAN in « Mort à crédit », *D.* 2009, p. 21019. V. aussi CA Toulouse, 21 sept. 1987 : *JCP G*. 1988.II.21036, note E.S. de la MARNIERRE ; *D*. 1988. 184, note D. HUET-WEILLER (droit naturel à avoir un père et une mère). CA Paris, 15 juin 1990 : *D*. 1990, jur. 540, note BOULANGER (droit naturel à fonder une famille). Dans un cas de restitution de sperme à des fins d'insémination *post mortem* : TGI Créteil, 1er août 1984 : *Gaz. Pal,* 1984.2.540 concl. LESEC ; *JCP G*. 1984.II.20321, note St. CORONE ; *RTD civ.* 703, n° 3, note J. RUBELLIN-DEVICHI (l'insémination *post mortem* n'est pas contraire au droit naturel car l'une des fins du mariage est la procréation).

[1849] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », art. cit., p. 40.

[1850] Pour un aperçu v. N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, trad. M. GUÉRET, préf. R. GUASTINI, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 39 et s.

[1851] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », art. cit., p. 57.

[1852] H. KELSEN, *Théorie générale des normes,* trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, p. 109. V. aussi

> *« fonder le droit positif sur autre chose que sur lui-même, à la différence de ce que fait le juspositivisme ; trouver une instance qui constituerait une référence stable et incontestable, et dont la vérité et la force, s'imposant à tous, commanderaient aussi au droit comme au jurislateur positifs, d'une façon ou d'une autre. Par conséquent, ce à quoi tous ces jusnaturalismes paraissent tenir par-dessus tout, ce n'est pas tant l'idée de nature ou de droit naturel, que celle d'une objectivité présentant, à l'égard du droit, une portée normative propre* »[1853].

Cette recherche d'une « objectivité »[1854] extérieure au droit est bien ce qui rapproche tout le courant que nous avons désigné comme « doctrine de l'ontologie » : peu importe que les éléments déterminants sur lesquels ils fondent leur qualification de l'embryon, du cadavre – voire de la sexuation ou de la sexualité des personnes – soient de nature biologique, anthropologique, historique, psychanalytique ou métaphysique : dans tous les cas, c'est bien une « objectivité », supposément incontestable et évidente pour tous qui est recherchée[1855]. Pour autant, une fois encore, ce rattachement à une pensée jusnaturaliste n'explique pas, en lui-même, le caractère conservateur de cette doctrine sur le plan des mœurs[1856]. Une question surgit alors : ce positionnement doctrinal « ontologique » conduit-il *nécessairement* ou *accidentellement* les auteurs qui y adhèrent à des positions conservatrices ?

B. La défense de positions conservatrices

483. La possible neutralité axiologique du jusnaturalisme. Comme le souligne Norberto BOBBIO, il est impossible d'identifier une éthique propre au jusnaturalisme, qui peut être invoquée – et *a été* invoquée – tant au soutien d'une idéologie de la liberté et de l'autonomie

---

H. L. A. HART, *Le concept de droit,* trad. M. van de KERCHOVE, Publications des facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 223 et s.

[1853] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », art. cit., p. 57.

[1854] On trouve déjà cette idée chez L. LEGAZ, cité par M. HURTADO-BAUTISTA : « *Les juristes qui, d'une façon spécifique, ne s'intègrent pas au domaine spirituel du droit naturel, trouvent néanmoins dans la doctrine de la nature des choses, une voie d'accès à la thématique jusnaturaliste de type concret dès qu'elle leur montre des "objectivités" dont ils doivent tenir compte du seul fait de leur condition de juristes scientifiques* » : « Le droit et la nature de chose dans la philosophie du droit espagnole », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XII, 1964, p. 178. V. aussi D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit*, Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 583.

[1855] Ch. PERELMAN semble quant à lui distinguer la « démarche ontologique » du jusnaturalime mais il affirme bien qu'il s'agit alors d'une évaluation du droit appuyée sur des *valeurs*, ce qui ne font précisement pas les auteurs étudiés qui tendent d'objectiver leur démarche. V. *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 480 : « *la tentatve de fonder des normes à partir d'une ontologie ne consiste nullement dans une déduction d'un devoir-être à partir d'un être, d'un* sollen *à partir d'un* sein*, mais dans la structiration de ces normes à partir d'une vision du réel indissociable d'une mise en relief, donc d'une valorisation, soit de certains êtres, soit de certains aspects de l'être* » ; v. aussi p. 482.

[1856] On entend ici la notion au sens large, comme toute pratique sociale concernant le corps, la sexualité et les relations familiales.

de la volonté que d'une morale de l'obéissance[1857]. Pourtant, il semble possible d'avancer qu'une pensée jusnaturaliste qui s'inscrirait dans une conception moderne de la notion pourrait échapper à l'écueil du conservatisme sur le plan des mœurs. En plaçant la subjectivité au fondement du droit, en posant, dogmatiquement, l'existence de droits au profit des personnes[1858], ce mouvement laisse aux Hommes la responsabilité de l'évolution de leurs comportements pour peu qu'ils ne heurtent pas les droits d'autrui. Ainsi, si la « sacralité » des droits de l'Homme a pu avoir une origine religieuse[1859], l'effacement progressif de cette dimension et la positivation[1860] de ces droits conduisent à ce que leur modalité d'expression devienne progressivement indéterminée[1861] : le jusnaturalisme des droits de l'Homme est un « *pari fondateur* »[1862], non une fin indépassable.

484. L'inscription dans un courant défavorable à l'autonomie. Mais le courant ici analysé ne s'inscrit manifestement pas dans cette démarche, puisqu'il ne s'agit pas, pour la doctrine de l'ontologie, de présupposer dogmatiquement l'existence de droits individuels au contenu indéterminé, devant être *garantis* par le droit positif, mais bien de réclamer *l'enregistrement*, dans le droit, d'une objectivité qui lui est extérieure et qui *s'impose* aux sujets contre leur autonomie. Il s'agit alors davantage de la relecture contemporaine d'une conception classique du droit naturel au sens où ces positions

> *« s'édifient toutes, semble-t-il, sur une conviction originaire analogue, celle-ci pouvant cependant se fonder soit sur l'observation et la raison, soit sur une révélation et une foi religieuse, soit sur les deux modes de connaissance à la fois. Selon cette conviction, le monde, qu'elle désigne d'ailleurs de façon très différente comme Cosmos, comme Nature ou comme Création, est régi par des lois préexistantes à l'activité humaine, et, en ce sens, non positives mais naturelles »*[1863].

[1857] N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, *op. cit.*, p. 47-48. V. aussi A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes/ Fayard, 2015, p. 78-79.
[1858] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », art. cit., p. 44 et s.
[1859] V. not. le très précis article d'Y. LE GALL : « De quelques droits sacrés sous la Révolutions (et au-delà) », in *La religiosité du droit,* textes réunis par J. HOAREAU-DODINAU et G. METAIRIE, Cahiers de l'Institut d'Anthropologique Juridique, n° 35, éd. Pulim, 2013, p. 233.
[1860] H. BATIFFOL, *La philosophie du droit,* Que sais-je ?, PUF, 8e éd., 1989, p. 56.
[1861] Ce qui n'empêche pas que leur « fondamentalité » conduise à des interrogations importantes quant à leur impact sur l'ordre juridique : É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA,* 1998, p. 23. Spec. sur l'indétermination du contenu de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme v. Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles*,* 1990, p. 480 et s.
[1862] M.-J. BERTINI écrit ainsi « *Même si l'idée d'une Raison régulatrice universelle fabrique les conditions de sa propre transcendance à travers la mythologie révolutionnaire et le mythe du citoyen abstrait universel, celle-ci n'équivaut pas pour autant au sacré des croyances passées. Son caractère princeps provient de la commune acceptation de se soumettre volontairement à une loi identique pour tous d'une part (contrat social) ; il repose sur un pari fondateur d'autre part : celui d'une humanité raisonnacle possédant l'universelle faculté de la pensée critique et argumentative* » : « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, n° 48.
[1863] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », art. cit., p. 41.

Que les « lois » en cause soient issues de la biologie, déduites d'une dignité transcendante de la personne, transposées des connaissances anthropologiques ou psychanalytiques ou encore issues de l'« *observation de cas singuliers* »[1864], elles conduisent nécessairement à une vision contrainte de la *liberté, de la volonté individuelle,* comme du droit. Le droit naturel « *se donne nécessairement comme transcendant du Sujet* […] [et] *est réputé fondé objectivement et causalement les choix humains* »[1865].

485. Pour autant, que l'« Ordre » extérieur soit *nécessairement* constitué par un rejet de tout contrôle de la reproduction, une inviolabilité du corps mort, son traitement par des rituels traditionnels, voire l'hétérosexualité du couple et de la procréation, reste, comme nous l'avons vu, à démontrer. Dès lors, il faut avancer l'hypothèse que cette démarche ne soit que discours scientificisé dont se pare une dogmatique hostile, par principe ou par foi, à ces évolutions. Cette supposition ne peut être vérifiée dans la mesure où elle relèverait d'une enquête psychologique. On peut cependant noter, comme le fait David LE BRETON, que la « naturalisation » de certains principes exclut l'individu de tout pouvoir de décision sur son corps[1866], soumis à un pouvoir extérieur qu'il ne peut contester. Eleni VARIKAS avertit ainsi : la naturalisation des liens sociaux, et notamment des catégories de personne, en particulier au moyen de la science, est historiquement un mode de « *resacralisation du pouvoir* » face à une sécularisation qui

[1864] M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droi*t, coll. La nuit surveillée, éd. du Cerf, 2014, p. 267. L'auteur fait ici référence à la Somme théologique qu'il considère comme « *l'analyse la plus fouillée que nous possédions de cette procédure de recherche* [le droit naturel] ». Ce rapport du droit naturel à l'observation des cas particuliers est très bien éclairé par M. HURTADO-BAUTISTA in « Le droit et la nature de chose dans la philosophie du droit espagnole », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XII, 1964, p. 184 : « *Pour tracer les lignes directrices d'une synthèse entre le droit naturel concret et l'idée de la nature des choses, il faudrait relever, tout d'abord, que cette idée, du point de vue d'une position jusnaturaliste, n'a pas d'autre signification que celle d'un ensemble de structure ou de complexes structurels unitaires, à caractère individuel, concret, qui constituent les termes constants dans la réalité de la vie sociale elle-même et qui apparaissent immédiatement pénétrés ou informés par des principes de droit naturel dont ils ne sont que l'application* ». Pour une reprise de l'idée d'objectivité et une critique du jusnaturalisme villeyien v. D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit*, Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, not. p. 585.

[1865] D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 581.

[1866] D. LE BRETON, « Corps et personne : quelle(s) anthropologie(s) pour le droit ? », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 18 : « *Un courant conservateur fortement marqué de croyances religieuses selon lesquelles tout bouleversement de l'ordre biologique traditionnel (toujours pourtant culturel mais naturalisé) est perçu comme une atteinte à la souveraineté de Dieu ou au principe d'une nature intangible, voire même d'une prétendue Loi Symbolique, comme certains psychanalystes l'ont prétendu lors des récents débats autour du mariage pour tous. Dans ce contexte, si le corps est une propriété c'est moins à l'individu qu'il appartient qu'à Dieu ou à la nature* ». Notons cependant que cet auteur ne semble pas hostile à une conception anthropologique du droit.

« *minait* […] *le caractère sacré de l'obéissance* »[1867]. Précisons ici qu'il ne s'agit alors pas seulement, pour ces auteurs, d'opter pour une position qui soit hostile à l'idée de laisser aux individus une liberté de mœurs, mais, plus largement, d'une position qui refuse la possibilité d'une décision *par la voie législative* sur cette question : le droit devant être contraint par nature[1868]. Marie-Joseph BERTINI voit ainsi dans cette approche, et notamment dans l'idée d'ordre symbolique, une

> *« confusion entre ce qui relève de l'éthique* […] *c'est-à-dire d'une approche particulière et personnelle de la réalité et ce qui relève* […] *du droit* […]*, à savoir d'une approche collective et acceptable par tous, conciliant ainsi droits fondamentaux de la personne et exigence du fonctionnement social politique »*[1869].

On comprend dès lors l'existence de points de convergences entre les différents courants doctrinaux que nous avons identifiés.

486. Une position commune : la marginalisation du transgressif. Une conception téléologique du droit, conçu comme l'instrument de sauvegarde d'un ordre, symbolique, psychique ou anthropologique – inscrit cette partie de la doctrine dans un courant de pensée très classique, dans le sens où « *la modernité juridique s'est toute entière construite autour de l'idée d'*autonomise*r la sphère juridique, de la dissocier de tous les autres ordres normatifs* »[1870]. Dans tous les cas, il ne s'agit pas pour les auteurs de nier *l'existence* de phénomènes contraires à leurs positions – ce qui serait absurde car « *il nous est possible de prouver la possibilité de s'affranchir de ces catégories en les contestant* »[1871] – mais d'en exiger la « juste » prise en compte au regard de leur référentiel.

Ainsi, lorsqu'elle considère que le droit *doit* reconnaître l'embryon comme personne humaine en raison de sa dignité intrinsèque, Aude MIRKOVIC ne s'oppose pas nécessairement à l'avortement, considérant que le droit peut – et a pu – autoriser la libre disposition d'une personne, par l'institution de l'esclavage notamment. Il s'agit alors « simplement » d'exiger du

---

[1867] E. VARIKAS, « Naturalisation de la domination et pouvoir légitime dans la théorie politique classique », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 105.

[1868] Ainsi lorsque Pierre LEGENDRE affirme que « *instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service du fantasme* », il pose clairement que le pouvoir législatif trouve une limite à sa liberté hors de lui-même (c'est-à-dire en plus des limites qu'il se serait donné à lui-même, pas l'adoption de règles de droit positif supralégislative). Cité par D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 68.

[1869] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », art. cit., n° 40.

[1870] D. de BÉCHILLON, supplément *JCP G* janvier 2016, p. 35.

[1871] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », art. cit., n° 19.

droit l'enregistrement d'une « réalité », celle de la nature humaine – car digne – de l'embryon[1872]. Dans une même démarche, lorsqu'Hélène POPU s'insurge contre la pratique funéraire de dévoration, elle ne nie pas son existence[1873] mais refuse son « enregistrement » par le droit, en raison de la *nature* sacrée du cadavre, de la violation que constituerait cette pratique à l'égard de « *sa destination* normale*, prévue par la loi et consacrée par les mœurs* »[1874]. C'est sans doute une position similaire qui pousse Rémy LIBCHABER, reprenant la pensée de Michel VILLEY, à admettre que l'on pourrait penser un système où l'avortement serait interdit par principe mais pratiqué discrètement « *pour autant que le besoin s'en fît sentir* »[1875]. Il exprime alors une option pour un système où la loi exprime « *les valeurs d'ensemble* » tout en admettant que la pratique puisse adapter ces principes à la réalité[1876]. On retrouve ici la place historique qu'a pu avoir la notion de détresse sur l'acceptation de l'avortement[1877].

487. Cette compassion pour la souffrance d'autrui se retrouve de façon identique chez des auteurs qui, tout en refusant tout statut pour les couples homosexuels[1878] ou tout changement de l'état civil des personnes transsexuelles, acceptent de chercher des solutions à leurs

---

[1872] A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 791 et s.

[1873] Sur cette pratique v. *infra* n° 839.

[1874] H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, n° 432. L'auteure considère que la pratique de dévoration est « *inspirée par des considérations immorales, indéfendables* ».

[1875] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 416. Le texte de R. LIBCHABER peut sembler ambigu dans un premier temps. En effet, il affirme rechercher ce qu'aurait pu être la pensée de M. VILLEY si sa réflexion initiale sur l'avortement était prolongée ; il énonce même « *peu importe ici la question de l'avortement, que la loi Veil a tranchée dans un sens que nul ou presque ne regrette aujourd'hui* ». Pour autant, il affirme en note de bas de page d'une part que le système imaginé ne serait pas tenable car, *« hélas, dans notre société de droits individuels, il y aura toujours une association pour dénoncer ces zones de tolérance de sorte à stigmatiser l'hypocrisie d'un État aussitôt sommé d'étendre et de généraliser ce qui n'avait été admis que du bout des lèvres* » et, d'autre part, affirme que « *en raisonnant en principe, en liant un problème social à une conquête féministe, la loi Veil a abouti à ce médiocre résultat de faire de l'avortement un mode de contraception parmi d'autres* ». Sa position sur l'IVG est donc claire et il est symptomatique que les deux autres exemples choisis pour illustrer l'idée de « désordre nécessaire » dans l'ordre juridique soient l'euthanasie et la faible répression des mutilations sexuelles (p. 415 et s., not. nbp 179 à 181)

[1876] Pour une position similaire en ce qui concerne la possibilité de modifier l'état civil d'une personne transsexuelle : G. CORNU, *Droit civil. Les personnes,* Domat droit privé, Montchrestien, 13e éd., 2007, p. 106, n° 4.

[1877] V. *Supra* nbp 1266 et S. GARCIA, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants*, coll. Textes à l'appui / genre et sexualité, La Découverte, 2011, p. 183 : « *La loi* [Veil] *constitue un compromis historique entre le corps médical, les forces hostiles à l'avortement, les différences forces luttant pour la libéralisation. Elle sauve, grâce à la notion de "détresse", le principe de la liberté des femmes à décider elles-mêmes, argument qu'il n'est pas possible d'avancer comme tel dans les débats législatifs étant donné le rapport de force* ».

[1878] Sur cette position de « tolérance » par des auteurs historiquement opposés au PaCS v. D. BORILLO, « Fantasme des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 175 et s.

« souffrances » et à leurs difficultés[1879]. Le transgressif n'est donc pas *nié* mais *marginalisé*, à la fois comme une concession nécessaire au principe de réalité et comme une *confirmation* de ce que la sauvegarde de l'Ordre, de l'Objectivité, ne passe que par le droit. Gérard CORNU affirme ainsi que le transsexualisme est la « *marginalité qui confirme la norme* », celle du caractère biologique, naturel, de la détermination du sexe[1880]. Ce constat rappelle celui de Judith BUTLER[1881] et Didier ÉRIBON[1882] : le transgressif, l'exceptionnel[1883], ne sont intellectuellement admis que dans leur dimension *confirmative* de la norme. Cette position peut d'ailleurs conduire ces auteurs très loin dans la « prévision » des conséquences d'une violation de l'« ordre » préconisé, quelle qu'en soit la nature.

488. Des positions justifiées par la sauvegarde d'un ordre social. Dans la mesure où les auteurs ici étudiés considèrent que la sauvegarde d'un ordre extérieur au droit est un impératif social structurant, ils peuvent estimer que la « dérive » du droit conduirait à une déstructuration globale de la société, à un mouvement de glissement vers « *la folie et le meurtre* »[1884]. On trouve des manifestations diverses de cette crainte.

[1879] I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit,* 1997/10, p. 187 (sur la possibilité d'accorder des droits de successions dans les couples homosexuels) ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 108 (sur le lien entre le sexe juridique et le « soin » des personnes « *souffrant d'hermaphrodisme* ») ; X. DIJON, *La raison du corps*, coll. Droit et religion, Bruylant, Bruxelles, 2012 (sur la souffrance des personnes transsexuelles).

[1880] G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 8e éd, Domat droit privé, Montchrestien, 1997, n°535 en particulier nbp 5. V. également Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, not p. 590-591 et p. 612 (« *il n'est pas nécessaire que tous les comportements coïncident avec l'ordre symbolique. Il est même habituel qu'il y ait un écart* »).

[1881] J. BUTLER, *Antigone : la parenté entre vie et mort*, trad. G. LE GAUFEY, éd. EPEL, 2003, p. 84-85 : *« nous sommes tous supposés être satisfaits avec ce geste en apparence généreux par lequel le pervers est dit essentiel à la norme. Le problème, tel que je le vois aujourd'hui, c'est que le pervers reste enseveli, précisément là, comme un trait essentiel et négatif delà norme, et la relation entre les deux reste statique, ne donnant lieu à aucune réarticulation de la norme elle-même »*

[1882] D. ÉRIBON, *De la subversion. Droit, norme et politique*, éd. Cartouche, 2010, p. 30 : « *car il s'agissait, bien sûr, dans tous ces éloges de la subversion gay, de rejeter des revendications qu'on accusait dans le même temps de vouloir subvertir le droit, et les fondements même de l'ordre social et de la civilisation. Et tous ces gens demandaient donc aux gays, aux lesbiennes, aux transgenres, de rester, comme cela fut écrit, le "négatif" de la société.* »

[1883] Par ex., sur la compatibilité de l'affirmation selon laquelle « quand l'être humain sort du ventre maternel, il n'est pas tout à fait né. Il va lui falloir naître une seconde fois. C'est à cela que sert la généalogie, à rendre possible cette seconde naissance afin qu'il accède à la parole », avec le fait que notre droit connaisse des personnes sans filiation : C. MOIROUD, « La reproduction de la vie et les institutions. Instituer et transmettre », in L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 51, nbp n° 46.

[1884] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 14 : « *Le sens de la ne gît pas dans nos organes, mais procède nécessairement d'une Référence qui nous est extérieure. Refuser de le comprendre, identifier la raison à l'explication scientifique ou le droit à la régulation biologique ne peut qu'ouvrir les vannes de la folie et du meurtre.* ». V. aussi R. DRAI, *« Le plus grand mensonge du monde ». Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann philosophie, 2010, p. 149 (à propos du transsexualisme ; la position personnelle de l'auteur n'est cependant pas clairement exprimée).

L'avortement, l'utilisation scientifique de l'embryon ou la pratique des AMP sont au premier rang des pratiques à même de conduire à un basculement social global ou à une forme de faillite morale. Ce fait se comprend dans la mesure où, par « *la condition juridique de l'embryon et du fœtus* […] *il devient évident que l'enjeu essentiel* [du] *système législatif concerne la définition même de l'humanité et l'obligation à laquelle se tient notre société de lutter contre ce qu'elle considère comme une atteinte structurelle à la vie par le moyen d'une réification rendue possible par les technologies du vivant* »[1885]. À titre d'exemple, Daniel VIGNEAU écrit : « *mépriser cet infiniment petit que nous avons tous été leur ouvre grand les portes mais ferme nos yeux, appauvrit notre conscience et finalement ruine notre âme* »[1886]. Philippe MALAURIE va plus loin en estimant que « *si l'homme se prend pour une chose, s'il accepte qu'on le prenne pour une chose, s'il cesse de croire qu'il est un homme qui doit être respecté, il n'y a plus d'espérance, et la fin de l'espérance* c'est la fin de la civilisation*. »*[1887]. Ces positions ne sont pas sans rappeler les débats de 1975 au cours desquels l'introduction de l'IVG avait été présentée comme la porte ouverte à une sexualité sans limite[1888] ou à la pornographie[1889].

489. Cette menace de dégénérescence[1890] conduit un certain nombre d'auteurs à invoquer la figure du nazisme comme perspective ultime d'un droit qui ne se soumettrait pas à l'ordre défendu. On sait à quel point cette menace a été[1891] – et est toujours[1892] – brandie contre la

---

[1885] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *art. cit.*, n° 39.

[1886] D. VIGNEAU, « La mise à disposition de l'embryon ou du fœtus humain », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, droit médical et éthique médicale : regards contemporains*. Études coordonnées par Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 332.

[1887] cité dans D. VIGNEAU, « "Dessine-moi" un embryon », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 69 ; nous soulignons.

[1888] B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 193.

[1889] *Ibid.*, p. 128 et 152.

[1890] Le terme n'est pas choisi au hasard, il s'agit bien ici pour certains d'expliquer des phénomènes de délinquance, comme l'a fait en son temps un certain courant de la psychiatrie (Sur la notion V. la très bonne synthèse de P. DI VITTORIO, V° *Dégénérescence*, in *Lexique de biopolitique. Les pouvoirs sur vie,* R. BRANDIMARTE *et alii* (dir.), trad. P. JANOT, Érès, 2009 pour la version française, p. 106) V. ainsi Ph. MALAURIE, note sous Conseil d'État 9 oct 1996 et C. constit. 30 déc 1996, *D.* 1997, jur., p. 119 *« la loi devrait systématiquement favoriser la famille légitime, fondée sur le mariage, la plus féconde parce que la plus stable. Elle est l'institution la plus efficace et le modèle* (…) *de la vie en commun et de l'éducation. Plus que l'État, c'est elle qui est de beaucoup la mieux placée pour faire de l'enfant un homme, lui apprendre à se dominer se à se contrôler. Si vous voulez lutter contre la délinquance, pensez d'abord à la famille légitime. La famille monoparentale n'est pas un bon système éducatif* » ou encore A. SUPIOT, *Homo juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 81 : « *Une fois désinstituée la maternité, il faudra, il faut déjà, construire des prisons pour les enfants, car qui ne trouve pas de limite inscrite en lui les trouvera nécessairement hors de lui* ». Pour une position historiquement datée mais néanmoins symptomatique : M. B. TABBAH, « La nature humaine, fondement premier du droit », *Annales de la faculté de droit de Toulouse,* tome XII, 1964, p. 223. Pour une réflexion identique dans le champ des évolutions de la psychanalyse v. L. LAUFER, « La psychanalyse est-elle un féminisme manqué ? », *Nouvelle revue de psychosociologie* 2014/1 (n° 17), p. 25.

[1891] B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, *op. cit.*, p. 137, 152 et 192.

[1892] H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*,

légalisation de l'avortement – pas nécessairement par les premiers concernés[1893] – on la retrouve aujourd'hui dans la crainte d'un traitement indigne des corps morts[1894] ou pour fustiger la destruction des embryons surnuméraires[1895]. Le parallèle avec certains commentaires sur la question sexuelle est frappant : Pierre LEGENDRE est allé jusqu'à rapprocher la revendication au mariage des couples homosexuels de la pensée nazie[1896], idée que soutenait déjà Irène THÉRY, à mots couverts, lorsqu'elle affirmait que l'institution d'un contrat civil ouvert aux couples de même sexe constituerait non seulement « *la fin de l'érotisme* »[1897] mais une menace à l'égard des « *piliers du droit démocratique* »[1898]. Or, comme le note

---

l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, n° 222, p. 136 pour une utilisation du concept d'*Untermensch.*

[1893] Il faut noter que parmi les responsables religieux auditionnés par les Assemblées lors des travaux préparatoires la figure du nazisme a été évoquée principalement par les représentants catholiques mais pas par le grand rabbin de France qui adopte sur cette question une position mesurée : B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 84.

[1894] A. SUPIOT, *Homo juridicus*. *op. cit.*, p. 42 : « *L'Occident contemporain n'échappe pas à cette* règle [la vie de chaque homme s'inscrit dans une signification qui le dépasse] *et son « désenchantement » ne va pas jusqu'à répudier tout rite funéraire et traiter nos cadavres comme des déchets. Ou, plus exactement, il ne les traite ainsi – c'est l'expérience de l'univers concentrationnaire nazi – que lorsqu'il bascule dans le délire scientiste et ravale l'homme à l'état de chose.* » ; A. GAILLIARD, pour illustrer l'idée que « *négliger le rite funéraire d'un mort, c'est négliger son humanité* » cite ainsi un passage du film *Shoah,* de Cl. LANZMAN, dans lequel un ancien déporté affirme que le nazisme interdisait de qualifier de « cadavre » les corps des juifs : *Les fondements du droit des sépultures*, Th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, p. 249 ; X. LABBÉE lie quant à lui la pratique de l'incinération à la disparition du culte des morts et donc d' « *une partie de notre civilisation* » : « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197. Pour une illustration dans la pensée d'un philosophe, non sans influence sur la construction du droit car à l'époque vice-président du Comité national d'éthique du funéraire, v. D. LE GUAY, *La mort en cendres. La crémation aujourd'hui, que faut-il en penser ?,* coll. L'histoire à vif, Cerf, 2012 : p. 194 il adhère à l'idée que la crémation participe d'un « *recul de la mort* » qui « *signifierait une "fin de l'humanité"* » ; p. 178 il inscrit d'ailleurs, avec J.-Cl. MICHÉA, ce mouvement dans un « *individualisme émancipateur* » qui « *n'arrive pas à réfréner ses ardeurs de "désaliénisation" des individus jusqu'à démonter, aujourd'hui, les composantes du " socle symbolique" – jusque et y compris, avec la théorie du genre, la "différence sexuelle", considérée comme une assignation discriminatoire* ». On peut noter avec humour que c'est précisément la *différenciation* radicale des rôle féminin et masculin que Cl. LÉVI-STRAUSS rattache à l'idéologie nazie : préface à *Histoire de la famille*, t. 1, *Mondes lointains, mondes anciens,* A. BRUGUIÈRE, Chr. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et Fr. ZONABEND (dir.), Armand Colin, 1986, p. 12.

[1895] R. MARTIN, « Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115 : « *Cette destruction de l'embryon, dans la logique de l'éthique actuellement admise équivaut à un assassinat, puisque cet embryon est une personne humaine au moins en puissance. On pourrait même parler de* génocide *du peuple caché des embryons congelés* ». Nous soulignons.

[1896] Cité par D. de BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 68. V. aussi Al. SUPIOT, « La fonction anthropologique du droit. », entretien par O. MONGIN, J. ROMAN, M. THÉRY, *Esprit*, fév. 2001, p. 171-172. À titre anecdotique on peut également signaler que les auteur·es de l'ouvrage *Le mariage et la loi*, violemment hostiles au mariage entre personnes de même sexe, ont tenu à préciser, en avertissement « *depuis 1945, aucun sujet n'avait justifié une telle crainte de discrimination pour opinion différente au sein de la communauté juridique* », se comparant ainsi audacieusement aux résistants contre le nazisme (*Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 3).

[1897] Comprendre sans doute la fin de la différence des sexes. E. ROUDINESCO souligne que cette crainte avait déjà surgi avec le déclin de l'autorité patriarcale : *La famille en désordre,* Fayard, 2002, p. 222.

[1898] I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », art. cit. V. aussi M. BAUCIS, « Le droit de la filiation n'est gouverné par aucune exigence constitutionnelle », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 203, à propos de la nécessité de sauvegarder une filiation hétérosexuée : « *le rétablissement de la justice généalogique est un enjeu majeur au service de la paix civile au niveau national et international pour faire barrage à l'obscurantisme et aux formes nouvelles de barbarie nourris* [sic.], *en particulier, par l'idéologie libertaire* en Occident. ». À propos d'un risque similaire à la suite la disparition de la différence des sexes : Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, n°

Emmanuel JEULAND, « *il est regrettable qu'une pensée s'affirme en employant l'arme de la terreur et non du raisonnement* »[1899]. L'invocation de la figure totalitaire, sorte de « point Godwin »[1900] de la doctrine contemporaine, est d'ailleurs un argument récurrent des positions anti-positivistes[1901].

490. Conclusion du §1. Si l'on redéfinit la démarche jusnaturaliste comme une recherche d'objectivité extérieure au droit, il est possible de mettre en lumière la façon dont s'inscrit dans cette démarche tout le courant doctrinal justifiant la nécessité d'une protection des corps humains par leur « nature », de quelque façon qu'elle soit déterminée. On comprend alors pourquoi l'invocation de disciplines non-juridiques sert systématiquement aux auteurs à soutenir des positions conservatrices sur le plan des mœurs : fonder le droit sur un « Ordre » extérieur à lui-même conduit nécessairement à marginaliser la place de la *volonté* des personnes dans l'usage de leur corps dans le sens le plus large. Pourtant, le caractère jusnaturaliste de cette pensée est souvent nié par la doctrine elle-même.

§2. Un néo-jusnaturalisme dissimulé par un discours scientificisé

491. Une récusation apparente du jusnaturalisme. Le rattachement à une démarche jusnaturaliste est généralement rejeté par la doctrine de l'ontologie, soucieuse de ne *pas* inscrire sa pensée dans une telle conception du droit. Ce refus s'explique sans doute de deux façons, d'une part parce que cette posture ne relève pas strictement d'une conception classique du jusnaturalisme au sens où il s'agirait moins de *découvrir* le droit hors de lui-même que de *poser*, dogmatiquement, les « étalons » de définition des catégories et d'appréciation des régimes juridiques ; d'autre part parce que « *depuis plusieurs décennies, la posture doctrinale jusnaturaliste paraissait pour une large part délégitimée et désertée* »[1902]. Le recours à des

27 ; E. DHONTE-ISNARD, « Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme », *RRJ*, 2004-2, p. 1505 (parallèle avec la « révolution soviétique », référence au nazisme en nbp 109).

[1899] E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 103.

[1900] Sur cette notion v. Fr. DE SMET, *Reductio ad hitlerum. Une théorie du point Godwin,* coll. Perspectives critiques, PUF, 2014. L'auteur établit un lien entre ce concept moderne et la pensée de L. STRAUS, not. p. 98.

[1901] V. M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit, op. cit.*, p. 264. La critique n'est d'ailleurs pas sans fondement historique : D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252. V. cependant la lecture critique de cet article par M. TROPER : « La doctrine et le positivisme », *ibid.*, p. 286. Cl. FRANÇOIS nous signale également une utilisation de cet argument dans le champ du droit des contrats : L. AYNÈS, « Le contrat, loi des partie », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 17, mars 2005. Disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-loi-des-parties.51956.html [consulté le 13 nov. 2016].

[1902] *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche « Les principes fondamentaux du droit », Mission de recherche droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avr. 2004, p. 112.

notions scientifiques, au sens le plus large du terme, apparaît comme le renouvellement non-assumé d'une démarche jusnaturaliste. Comme nous l'avons montré, les transpositions de notions extra-juridiques dans le champ du droit sont très souvent sujettes à caution sur le plan épistémologique. Le recours à ces disciplines doit alors être considéré comme une façon « *d'usurper le pouvoir symbolique de la science ; de dissimuler sous son manteau la part d'arbitraire et d'imposture constitutionnellement et inévitablement inscrite au cœur de toute opération de jugement* »[1903]. Cet arbitraire s'affirme parfois comme une démarche laïque **(A)** mais apparaît le plus souvent comme la réémergence d'une pensée religieuse **(B)**.

A. L'anthropologie dogmatique : un néo-jusnaturalisme laïque ?
B. Dignité et sacralité : un néo-junaturalisme d'inspiration religieuse ?

A. L'anthropologie dogmatique : un néo-jusnaturalisme laïque

492. La dogmatique anthropologique comme recherche d'une objectivité. La position doctrinale issue de la pensée legendrienne comporte une ambiguïté : si Pierre LEGENDRE a pu affirmer que sa pensée était une pure dogmatique - comprendre une affirmation *posée*, sans besoin de fondements antérieurs ou de justification - nous avons vu qu'il construisait pourtant son argumentaire autour de nombreuses références psychanalitico-anthropologiques[1904]. Cette ambiguïté est sans doute à l'origine d'une interprétation de sa pensée comme procédant d'une *transposition* des observations de l'anthropologie et de la psychanalyse structurale dans le champ du droit. On trouve ainsi couramment Pierre LEGENDRE cité aux côtés de Claude LÉVI-STRAUSS[1905] ou de Françoise HÉRITIER[1906] dont il semblait pourtant rejeter le caractère « scientifique » de la démarche. L'« anthropologie dogmatique » est alors entendue comme « usage dogmatique de l'anthropologie » : les interdits observés par la discipline anthropologique sont enregistrés comme des *données contraignantes* dans le droit. Comme l'énonce Alain SUPIOT, le droit est bien « *une technique de l'Interdit, qui interpose, dans les rapports de chacun à autrui et au monde, un sens commun qui le dépasse et l'oblige, et fait de*

[1903] D. de BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 65.
[1904] *Supra* n° 422.
[1905] V. par ex. A. BATTEUR, « Interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, nbp 8, 18, 50 et 66. *Contra* A. SUPIOT, *Homo juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 44.
[1906] V. par ex. I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit,* 1997/10, nbp 25 et 28 ; Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 589, nbp 14, 17, 21 et 80.

lui un simple maillon de la chaîne humaine. »[1907]. Déterminée hors d'elle-même, la fonction « institutionnelle » du droit, éclairée par la psychanalyse, n'est donc pas sans contenu puisque reviennent régulièrement les impératifs d'interdit de l'inceste[1908], de différence des sexes[1909], de distinction des générations[1910], d'institution de la place du Père[1911] mais aussi, pour ce qui nous intéresse plus spécifiquement, de respect des pratiques funéraires[1912]. Or, c'est précisément cette démarche de recherche, à l'extérieur du droit, de données « objectives » à même de *juger de l'opportunité* de l'état du droit positif, que nous avons qualifiée de « néo-jusnaturaliste ». Ce qualificatif est pourtant violemment rejeté par ce courant doctrinal.

493. La réfutation d'une position jusnaturaliste. Plusieurs auteurs partisans d'une vision anthropologique du droit héritée de Pierre LEGENDRE se défendent avec vigueur contre « l'accusation » de jusnaturalisme. Muriel FABRE-MAGNAN écrit ainsi :

> *« Lorsque le droit interdit à une personne de faire quelque chose, c'est le plus souvent pour veiller à l'intérêt général, au sens le plus fort et le plus noble du terme. On ne semble plus comprendre le rôle instituant du droit, et que le tracé des interdits dessine la société qu'on se construit. Toute limite est perçue comme une atteinte à la liberté individuelle. La fonction anthropologique du droit, son rôle d'humanisation sont récusés comme un retour de la morale et du jusnaturalisme, ce qui est un complet contresens. Il ne s'agit en effet nullement de faire primer une autre règle et une autre source (religieuse, morale, etc.) sur le droit, mais d'apprécier la conséquence des règles de droit sur l'humanité des êtres humains, et en particulier sur leur raison. En réalité, avec la fonction anthropologique du droit, c'est un certain sens du bien commun et de la justice sociale qui est congédié. »*[1913]

Alain SUPIOT récuse de la même façon toute référence au droit naturel[1914], le droit ayant selon lui une capacité d'évolution temporelle et de relativité géographique[1915].

[1907] A. SUPIOT, *Homo juridicus. op. cit.*, p. 30.

[1908] M. BAUCIS, « Le droit de la filiation n'est gouverné par aucune exigence constitutionnelle », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, not. p. 202 : l'auteure cite de multiples fois Pierre LEGENDRE et rapproche l'exigence de différence des sexes et de différence des générations de l'idée de « justice » au sens du droit romain, marquant ainsi une adhésion à la pensée jusnaturaliste classique.

[1909] A. SUPIOT, *Homo juridicus*. *op. cit.*, p. 38 : « *Admettre notre nature sexuée, c'est comprendre que nous n'incarnons qu'une moitié de l'humanité, que nous avons besoin de l'autre, et c'est par là même comprendre l'idée de différenciation, et apprendre à rapporter la partie au tout* » ; Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 602 pour un rattachement de la différence des sexes à S. FREUD, p. 603 pour une reprise de la position de Pierre LEGENDRE sur la « norme » de distinction.

[1910] A. SUPIOT, *Homo juridicus. op. cit.*, p. 58 : « *Nul ne peut donc décider souverainement de sa filiation, de son sexe ou de son âge* ».

[1911] *Ibid*, p. 79 : « *Une fois désinstituée la maternité, il faudra, il faut déjà, construire des prisons pour les enfants, car qui ne trouve pas de limite inscrite en lui les trouvera nécessairement hors de lui* ».

[1912] *Ibid.*, p. 42 : « *L'Occident contemporain n'échappe par à cette règle* [selon laquelle la vie de chaque homme s'inscrit dans une signification qui le dépasse] *et son "désenchantement" ne va pas jusqu'à répudier tout rite funéraire et traiter nos cadavres comme des déchets.* ».

[1913] M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle (indisponibilité du corps humain et justice sociale)», *D.* 2008, chron., p. 31.

[1914] A. SUPIOT, *Homo juridicus. op. cit.*, p. 31.

[1915] Al. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes/ Fayard, 2015,

494. Récusation de ces arguments. Ces deux arguments doivent être récusés. Certes, il ne semble pas que ces auteurs, pas plus que Pierre LEGENDRE lui-même, adhèrent à une vision du droit naturel comme une norme intemporelle et universelle[1916]. Au contraire, nous avons noté comment Pierre LEGENDRE affirme avec vigueur que notre droit doit être lu au regard de la situation occidentale[1917]. Henri BATIFOL montre pourtant que la négation d'un droit intemporel ne saurait, à elle seule, exclure une pensée jusnaturaliste. Il fait même de cette position le trait caractéristique d'une conception moderne du jusnaturalisme :

> *« la position des adeptes contemporains du droit naturel se présente au premier abord comme une simple transaction entre le droit naturel "classique" et sa négation : on concède le caractère utopiste d'une législation modèle construite par déduction, mais on retient que le droit naturel peut tout au moins fournir des principes généraux dont les conséquences seront adaptées aux besoins des temps et des lieux »* [1918]

Or, il nous semble que cette affirmation correspond parfaitement aux conceptions legendriennes qui affirment l'existence universelle d'interdits, tout en admettant des différences locales et temporelles dans leur *expression*[1919].

495. Par ailleurs, affirmer que la démarche d'anthropologie dogmatique n'est pas jusnaturaliste au prétexte qu'elle s'appuie sur une certaine conception de l'humain et de sa raison et non sur un argument moral ou religieux est un argument fallacieux. D'une part, nous avons montré la façon dont le lien entre droit et raison pouvait légitimement être interrogé[1920]. Il y a d'ailleurs ici une certaine forme de tautologie dans la mesure où la raison est présentée comme le fondement du droit mais aussi comme l'objet que le droit doit avoir pour objectif de sauvegarder. Michel TORT y voit un raisonnement circulaire « *qui renvoie dans son fondement de la politique au droit, du droit à l'anthropologie* […], *de l'anthropologie à la psychanalyse, et de celle-ci au droit etc.* »[1921]. D'autre part, il est apparu clairement que l'invocation de l'anthropologie dans le droit – comme d'autres disciplines – conduisait systématiquement à des prises de position conservatrices sur le plan des mœurs[1922], c'est-à-dire, en réalité, conformes à

Y. SIMONIS fait même de la pensée de Pierre LEGENDRE un instrument critique à l'égard des universaux anthropologiques : « Note critique sur le droit et la généalogie chez Pierre Legendre », *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 59.

[1916] Pour une telle vision, très classique, du droit naturel v. A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 1993, p. 41 : *« d'instinct l'on sent que ce qui est de droit naturel doit être immuable : toujours et partout le même ».*

[1917] *Supra* n° 421.

[1918] H. BATIFOL, *La philosophie du droit,* Que sais-je ?, PUF, 8e éd., 1989, p. 58-59.

[1919] *Supra* n° 421.

[1920] *Supra* n° 475.

[1921] « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 176.

[1922] *Supra* n° 483.

une certaine morale, présentée comme laïque bien qu'elle puisse être reliée à des conceptions religieuses[1923].

496. Une position laïque aux résonnances religieuses. Au-delà d'une simple réfutation de la dimension jusnaturaliste du propos, ces auteurs affirment clairement que l'anthropologie dogmatique est une démarche détachée de toutes considérations religieuses. Alain SUPIOT affirme ainsi clairement que le droit est une technique laïque :

> *« son sens n'est pas enfermé dans la Lettre d'un Texte sacré et immuable, mais procède, comme celui de n'importe quel autre objet technique, de fins qui lui sont données de l'extérieur par l'Homme, de fins humaines et non pas divines »*[1924]

Comme Pierre LEGENDRE lui-même[1925], il admet cependant que la fonction actuelle du droit est héritière de la place qui fut historiquement celle de la religion[1926] : celle de la définition dogmatique de l'interdit[1927]. Le droit serait alors la manifestation contemporaine de la « place du tiers » historiquement occupée par le dogme religieux. On trouve ainsi dans l'héritage de Pierre LEGENDRE l'idée d'une « mise à l'écart » de certains objets, considérés comme sacrés, au premier rang desquels le corps humain[1928].

[1923] D. ÉRIBON note à cet égard « *les idéologues chrétiens, de droite comme de gauche, au lieu d'invoquer des arguments bibliques, qui seraient disqualifiés d'avance, peuvent se référer, pour s'opposer au mariage homosexuel, à l'homoparentalité etc., à des notions "scientifiques" comme celle d'"ordre symbolique" qui leur permettent de masquer ou d'euphémiser les fondements profondément réactionnaires de leur discours* » : *Échapper à la psychanalyse*. Variations II, éd. Léo Scheer, 2005, p. 58.

[1924] A. SUPIOT, *Homo juridicus, op.cit.*, p. 30.

[1925] P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ.* 1990, p. 640 : dans la nbp 4, il rejette la dogmatique chrétienne en elle-même mais lui reconnaît l'apport du recours à l'autorité.

[1926] A. SUPIOT reconnaît à la fois le rôle « anthropologique » que la religion a eu historiquement et son apport en tant que dogmatique : *Homo juridicus*, *op.cit.*, p. 16, 30 et 37.

[1927] « *Partout ailleurs, cette fonction anthropologique a été le lot des religions, qui, en conférant un sens commun à la vie humaine, ont jugulé le risque de voir chacun sombrer dans le délire individuel auquel nous expose l'accès au langage* » : A. SUPIOT, *Homo juridicus, op.cit.*, p. 30.

[1928] *Ibid.*, p. 65 : « *la notion de personne est ce qui nous permet de penser l'esprit et la matière dans leur unité et non pas comme deux univers radicalement séparés. Cette unité oblige a reconnaître, à la frontière des personnes et des choses, l'existence de choses sacrées (le corps, les œuvres de l'esprit) qui ne peuvent être traitées comme de purs objets à la disposition de l'Homme* ». Pour une illustration du lien explicite entre approche legendrienne et positionnement jusnaturaliste à propos du corps : C. LABRUSSE-RIOU, « Préface », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, L.-L. CHRISTIAN et alii., coll. Droit et religion Bruylant, 2008 : Dans cette préface, l'auteure rejette l'idée d'un droit naturel immuable mais affirme qu'il est « *aussi inexact de croire à la l'immuabilité du droit naturel qu'à sa non existence au cœur même du droit positif* » ; elle illustre d'ailleurs cette présence par la notion de « chose hors du commerce », reliant ainsi la notion historique de chose sacrée à la préoccupation contemporaine pour l'indisponibilité du corps humain (p. 8-9). La référence à l'« hétéronomie » legendrienne est également présente dans ce texte qui affirme que « dans le droit naturel les faces variées de l'humanité vue d'un point de vue anthropologique, ont leur part de vérité » (p. 10).

497. De fait, plusieurs auteurs ont observé la façon dont cette pensée a été accolée à une pensée classique, religieuse, du droit naturel, notamment par l'Église catholique[1929]. Brigitte FEUILLET-LIGIER et Philippe PORTIER affirment ainsi que cette dernière

> *« entend recomposer la législation autour d'une systématique de la dignité qui repose in fine sur les déterminations du droit naturel classique.* […] [elle est soutenue]*, implicitement, par le travail doctrinal que mène, depuis les années 1980, tout un courant de juristes autour de la "fonction anthropologique du droit" : trouvant ses appuis au-delà du seul milieu catholique, ce courant se retrouve pour dénoncer la conception subjectiviste de l'autonomie de la volonté et reconstruire la législation du vivant autour d'un projet d'"humanisation de la technique", lié lui-même à une conception téléologique de la liberté »*[1930].

L'anthropologie dogmatique vient alors « *au secours de l'ordre moral* »*[1931],* notamment contre le libre recours à l'avortement et l'institutionnalisation de l'homoparenté[1932]. Brigitte FEUILLET-LIGIER et Philippe PORTIER, concluent ainsi, citant Yan THOMAS, que « *le monde intellectuel enfin a fait émerger, à travers le concept d'invariant anthropologique, de "nouvelles versions du droit naturel"* »[1933]. Denys de BÉCHILLON évoque lui aussi l'idée d'une « *profonde infiltration religieuse* » de la notion de « catégorie anthropologique fondamentale » qui, « *dans l'appel qu'elle opère à une transcendance (laïque) qui ne s'avoue pas* […] *ne fait que décalquer, au prix d'adaptation mineure, la structure de l'argumentation jusnaturaliste classique* »[1934].

Ce paradoxe de l'association d'une pensée laïque, humaniste, avec des positions conservatrices était déjà souligné, en 1989, par Jean CARBONNIER qui constatait, à propos du statut de l'embryon :

> *« la question a été relancée par les progrès de la biologie.* […] *Des thèses conservatrices ont pu ainsi se donner paradoxalement comme allié le dernier cri de la science. Au nom de la science une condamnation humaniste a pu être portée :* de lege lata *sur l'interruption volontaire de grossesse »*[1935]

[1929] Pour un lien assumé par l'auteur entre dignité, « nature sexuée » de la personne, hétérosexualité du couple et de l'engendrement, ordre symbolique et théologie catholique v. X. DIJON, *La raison du corps*, coll. Droit et religion, Bruylant, 2012, not. p. 237 et s.

[1930] Br. FEUILLET-LIGIER et Ph. PORTIER, « Religion et bio-droit en France. Vers une post-sécularité juridique ? », art. cit., p. 354-355.

[1931] E. GRATTON, *L'homoparentalité au masculin*, coll. Partage du savoir, PUF, 2008, chapitre 4.

[1932] É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 99. V. aussi du même auteur, « L'inversion de la question homosexuelle », *Revue française de psychanalyse,* 2003/1 (Vol. 67), p. 266.

[1933] Br. FEUILLET-LIGIER et Ph. PORTIER, « Religion et bio-droit en France. Vers une post-sécularité juridique ? », art. cit., p. 360, citant Y. THOMAS, *Du droit de naître et de ne pas naître. À propos de l'Affaire Perruche*, Gallimard, 2002, p. 141.

[1934] D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 59.

[1935] J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *APD*, t. 34, Sirey, 1989, p. 202.

Le Doyen rejoint ainsi un constat général : la façon dont des disciplines extérieures au droit permettent de porter un discours conservateur « neutralisé » par sa prétendue scientificité.

498. Une doctrine valorisante. L'idée d'une dogmatique laïque, parée du « *pouvoir symbolique de la Science* »[1936], semble porteuse d'un certain pouvoir de séduction pour les juristes. Elle leur attribue en effet la mission fondamentale de défendre un « ordre » dont ils auraient une connaissance spécifique[1937], sans pour autant devoir exposer des choix axiologiques arbitraires. Denys de BÉCHILLON explique l'attirance de certains auteurs pour une acception dogmatique du droit par

> *« une valorisation particulière de tout ce qui, participant à une axiomatique, tend à la formulation d'une règle générale, et met en scène le principe d'un Principe,* […] *c'est-à-dire d'un point d'origine, d'un facteur isolé susceptible de rendre compte de l'ordre des causes ou des valeurs »*[1938].

Certains rejettent ainsi l'idée d'une inspiration divine du droit pour mieux embrasser l'idée d'une transposition juridique de notions anthropologiques[1939] sans interroger les relations que peuvent entretenir ces deux approches.

499. Conclusion du A. L'invocation de l'« anthropologie » apparaît de façon récurrente dans l'appréciation portée par une partie de la doctrine sur ce que *devrait être* le statut juridique des corps. Cette notion, souvent prise dans le sens de l'« anthropologie dogmatique » développée par Pierre LEGENDRE, nie toute inspiration jusnaturaliste. Pourtant, elle renvoie à une recherche des notions extra-juridiques supposément scientifiques, caractéristique principale d'un renouveau de la démarche jusnaturaliste. Cette analyse doit être étendue aux notions de dignité et de sacralité lorsqu'elles sont employées dans une démarche d'*appréciation* du droit applicable aux corps humains avant la naissance et après la mort.

[1936] D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », art. cit., p. 65. Ici encore le terme n'est pas compris au sens de « science dure » ou « naturelle » mais bien comme champ construit de connaissance.

[1937] V. P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », art. cit., p. 644 : « *les juristes, au premier rang les juges, sont sollicités de ptroduire des interprétations, qui sont autant de prises de position sur l'institution de la vie* ». Sur le point précis de la connaissance v. M. TROPER, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, 2014, n° 1, p. 64. Notons cependant que cette valorisation des juristes n'est pas l'appanage de cette doctrine : on la retrouve également sous la plume d'Al. SÉRIAUX, ouvertement jusnaturaliste : « *le juriste formule des devoir-être non pas parce que l'homme est libre* […], *mais parce que son rôle est d'indiquer aux citoyens quelle est la voie qu'ils doivent suivre pour réaliser entre eux une société au plein sens du terme »* (*Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 1993, p. 14).

[1938] D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », art. cit., p. 60.

[1939] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 28 et « Les incertitudes du sexe », *D.* 2016, p. 20, à propos de l'inscription d'un sexe neutre à l'état civil : « *On pourrait l'admettre, encore que paraisse bien menaçant le risque de rompre avec des catégories anthropologiques peut-être dépassées, mais certainement fonctionnelles. Quelle excuse aurait-on pour avoir perdu ces repères stables, sinon cette forme de légèreté propre à notre présent : le goût exclusif de la nouveauté ?* ».

B. Dignité et sacralité : un néo-junaturalisme aux fondements incertains

500. De la même façon que l'invocation de l'anthropologie permet à la doctrine de construire un discours moral scientificisé, certains auteurs usent des notions de dignité **(1)** et de sacralité **(2)** comme d'outils de « neutralisation » d'un discours axiologique voire d'inspiration religieuse. L'un comme l'autre de ces concepts participent en effet d'une vision principielle du droit, où les valeurs à l'œuvre sont subsumées sous l'idée d'un impératif universel. En tant qu'ils visent une « objectivité » pré ou extra-juridique, ces courants doctrinaux doivent également être considérés comme néo-jusnaturalistes.

1) Les deux visages de la dignité
2) Les deux faces de la sacralité

1) Les deux visages de la dignité

501. La notion de dignité est utilisée, à propos du corps humain avant la naissance et après la mort, dans deux sens apparemment distincts mais souvent intimement mélés. Peuvent ainsi être identifiées la dignité au sens ontologique, qui renverrait à *l'essence* – humaine – des corps et la dignité au sens d'*exigence*, qui ne définirait pas la *nature* des corps mais prescrirait certains *comportements* à leur l'égard : refus du partage des cendres[1940] ou de l'exposition des corps[1941], exigence de sépulture pour les embryons morts[1942], interdiction de l'utilisation de ceux-ci[1943], etc. Dans le premier cas, la dignité est le fondement d'une nécessaire reconnaissance, par le droit, de la personnalité juridique des embryons et des cadavres ou du moins de leur statut de personne humaine[1944]. Pour certains auteurs, la notion de dignité alors est explicitement d'inspiration religieuse[1945] **(b)**. Mais, dans les deux cas, le concept de dignité est utilisé pour *limiter* les possibilités du droit, contraint en-dehors de lui-même. De plus, la dignité est toujours utilisée *contre* la volonté ou l'autonomie individuelle. Ces deux attitudes semblent se référer,

[1940] Th. GARÉ, « Vers une nouvelle forme de partage judiciaire : le partage des cendres du défunt ? », *JCP G.* 1998.II.10113.
[1941] M. LAMARCHE, « De la Vénus hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », *Dr. fam*. 2009, n° 5, alerte 37.
[1942] F. GRANET, « Les droits européens et le décès périnatal », *L'esprit du temps*, Études sur la mort, 2001/1, n° 119, p. 163, n° 12.
[1943] Sur l'utilisation de la pensée kantienne dans les débats parlementaires : D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 165 et s., not. nbp. 103.
[1944] *Supra* n° 397. Pour une analyse détaillée de ces positions doctrinales v. également *ibid.*, p. 118 et s.
[1945] V. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 401 ; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les choses et les personnes à l'épreuve des procréations artificielles,* Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 75 et s.

pour une partie importante de la doctrine, à une même source : la pensée d'Emmanuel KANT[1946] **(a)**.

a) La dignité kantienne comme objectivité

502. La référence kantienne comme scientifisation du discours. Nombre d'auteurs, de façon tantôt explicite[1947], tantôt implicite[1948], s'appuient, pour justifier ce qui leur semble être le juste traitement des corps par le droit, sur une certaine lecture de deux « principes » kantiens : traiter autrui comme une fin et non comme un moyen et se comporter de telle façon que la maxime de notre action soit universalisable[1949]. Cette référence est supposée justifier, selon certains, une limitation de la liberté des personnes sur leur propre corps[1950]. Cependant, elle est parfois « sélective », les auteurs adhérant à une dimension de la dignité kantienne mais pas à l'autre[1951].

[1946] On pourrait voir un certain paradoxe à ce qu'E. KANT soit invoqué comme soutient à une pensée doctrinale peu portée vers la critique dans la mesure où il peut être lu comme un des artisans de ce mouvement. v. M. FŒSSEL, « Kant : autonomie du droit et critique du théologico-politique », in *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, B. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.). Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 133.

[1947] **Pour le premier principe** : P. SARGOS, rapp. pour AP, 29 juin 2001 : *JCP G.* 2001, p. 1434 : E. KANT est invoqué pour soutenir l'existence d'une « personne humaine », la citation est d'ailleurs légèrement modifiée puisqu'il est écrit dans ce rapport *« Agis de telle sorte que tu traites* la personne humaine*, en toi comme chez les autres, toujours en même temps comme une fin et jamais comme un simple moyen"* alors que les traductions retiennent « *Agis toujours de telle sorte que tu traites* l'humanité *aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre* […] » (E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs,* trad. V. DELBOS, Vrin, 2008, p. 143), nous soulignons ; Ph. PEDROT, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G.* 1991.I.3483, n° 14 (pour regretter l'utilisation des embryons par la AMP) ; I. PRETELLI, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée », *Rev. crit. DIP* 2015.559 (pour approuver le droit italien de garantir un équilibre entre les droits de l'enfant à naître et ceux des couples). **Pour le second principe :** M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.* 2001, p. 285 *in fine* (pour mettre en garde contre l'eugénisme qui pourrait découler de pratiques abortives individuelles) ; v. spéc. Cl. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Ph. PEDROT (dir.), Économica, 1999, not. p. 49 (l'auteur considère que l'usage qui est fait de la dignité en droit ne correspond pas à son sens philosophique).

[1948] Pour le premier principe : B. MATHIEU, sans citer explicitement E. KANT, affirme que le principe de dignité est « un parti pris ontologique sur l'homme. Il signifie et implique que chaque homme doit être traité comme un sujet et non comme un objet », in *Le droit à la vie*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 19.

[1949] Pour un résumé V. Th. E. HILL Jr., *« Kantian perspectives on the rational basis on human dignity* », in The Cambridge Handbook of Human Dignity*,* M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD et D. MIETH (ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 220 et s.

[1950] Par ex. : pour une réprobation d'un partage de cendres, Th. GARÉ, « Vers une nouvelle forme de partage judiciaire : le partage des cendres du défunt ? », art. cit., p. 1280 : « *On a du mal à croire qu'une solution aussi oublieuse de la* dignité *de la dépouille humaine puisse réellement procéder d'une interprétation de la volonté du défunt. Interpréter aurait, en effet, dû conduire le juge à donner à la volonté du mort un sens* cohérent […]. *Car il est très vraisemblable qu'Alain D. n'avait jamais imaginé, à sa mort, reposer en deux lieux différents !* », nous soulignons ; pour une réprobation du don d'ovocytes : Cl. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Ph. PEDROT (dir.), Économica, 1999, p. 49.

[1951] Par ex. R. MARTIN, « Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115, n° 9 semble rejeter la position kantienne dans la définition de la nature de l'embryon, rejetant le critère de la raison, mais écrit ensuite à propos du *régime* : « *être humain c'est participer par son essence à*

De la même façon que Denys de BÉCHILLON s'étonnait que des notions issues de la psychanalyse ou de l'anthropologie fassent « *florès dans un univers académique (les facultés de droit), où le rejet le plus vif s'est presque toujours manifesté vis à vis* [de ces] *savoirs* »[1952], on peut, avec Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, s'étonner de cette recherche systématique de fondements philosophiques au droit et il est possible de

> *« suggérer l'idée selon laquelle elle a peut-être pour vocation de donner du corps, de la consistance à un champ spécifique de la réflexion juridique (le terrain de la bioéthique), qui peut apparaître à certains aspects, comme une sous-discipline :* […] *particulièrement propice aux glissements droit-morale… La référence philosophique aura alors pour effet de la grandir »*[1953].

Une fois encore, conclure sur ce point relèverait de l'analyse psychologique. Mais l'hypothèse permet de suggérer que l'invocation de la dignité procède une fois encore d'une démarche néo-jusnaturaliste : en invoquant la pensée kantienne, les auteurs se placent manifestement dans une démarche d'objectivation de leur pensée, par référence à un champ de connaissance extérieur au droit. Cette démarche doctrinale peut être interrogée d'un point de vue épistémologique afin d'en révéler, notamment, les inspirations religieuses.

Soulignons que nous nous garderons bien de prétendre offrir une « bonne » lecture de la pensée kantienne, ce qui serait bien hors de notre portée. Il s'agit simplement ici de souligner l'absence d'*évidence* qu'il y aurait à invoquer cette pensée – construite en philosophie morale – comme instituant une *prescription* dans le champ du droit[1954].

503. La dignité comme qualité, non comme ontologie de la personne. Premier obstacle à l'utilisation de la dignité comme critère de *qualification* des corps : la dignité semble bien être, chez KANT, non pas le *critère* de désignation de la personne mais davantage la *qualité* du

l'humanité, et comme je suis homme, je me dois de respecter ma propre essence » ce qui pourrait être une référence implicite à l'un des impératifs catégoriques.

[1952] D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 61.

[1953] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah. Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.

[1954] Dans ce sens v. X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 21. Bien que ses développements soient brefs, l'auteur rapproche très clairement cette invocation de la pensée kantienne de la notion de droit naturel.

sujet autonome et raisonnable, c'est-à-dire du sujet libre et capable de choix moraux[1955]. Cette qualité ne saurait dès lors être attribuée à l'embryon ou au cadavre[1956].

Par voie de conséquence, l'impératif moral « *agis toujours de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* »[1957] ne saurait leur être appliqué. KANT précise en effet, dans l'exposé de ce principe :

> *« les êtres dont l'existence dépend* […] *non pas de notre volonté, mais de la nature, n'ont cependant, quand ce sont des êtres dépourvus de raison, qu'une valeur relative, celle de moyens, et voilà pourquoi on les nomme des choses ; au contraire, les êtres raisonnables sont appelés des personnes »*[1958].

Éventuellement, notre propre autonomie pourrait nous conduire à des choix moraux *à leur égard*, comme futurs ou anciens sujets moraux[1959]. Il s'agirait alors d'une action morale, au sens de l'impératif « *agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle* »[1960], mais ne se comprendrait pas nécessairement comme impératif *juridique*, qui s'entend avant tout en considération de la liberté d'*autres sujets moraux* : « *agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse coexister* avec la liberté de tout un chacun *suivant une loi universelle* »[1961].

504. La dignité comme obstacle à la liberté ? La seconde acception de la dignité kantienne que nous avons relevée est utilisée par la doctrine pour limiter les usages que les

---

[1955] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, op. cit.*, p. 161-162 : « *on aura maintenant pas de peine à s'expliquer comment ilse fait que bien que par le concept du devoir nous nous figurions une soumission à la loi, nous nous représentions cependant aussi par là une certaine sublimité et une* dignité *attachées à la personne qui remplit tous ses devoirs. Car ce n'est pas en tant qu'elle est* soumise *à la loi morale qu'elle a en elle de la sublimité, mais bien en tant qu'au regard de cette même loi elle est en même temps* législatrice*, et qu'elle n'y est subordonnée quà ce titre.* […] *la dignité de l'humanité consiste précisément dans cette faculté qu'elle a d'établir des lois universelles, à condition toutefois d'être en même temps soumise elle-même à cette législation* ».

[1956] C'est d'ailleurs tout l'objet d'une certaine critique de la philosophie kantienne : le risque que la qualité de personne soit déniée, par exemple, à l'*infans* ou à la personne en état végétatif : S. J. KERSTEIN, « Kantian dignity : a critique », in *The Cambridge Handbook of Human Dignity,* M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD et D. MIETH (ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 224 et s. Comme le souligne P. Le COZ, « *Un point de consensus se dégage aujourd'hui sur la base de l'éthique kantienne : la liberté et la dignité sont indissociables.* […] *Cela ne signifie pas qu'il faille rester en tout point fidèle à Kant pour espérer consolider les principes juridiques de protection du corps humain. L'éthique kantienne est marquée par un passé historique en grande partie révolu, comme l'atteste sa condamnation morale du suicide.* » : « La libre disposition de son corps par la personne : approche philosophique et éthique », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 41.

[1957] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, op.cit.*, p. 143.

[1958] *Ibid.*, p. 141.

[1959] S. J. KERSTEIN, « *Kantian dignity : a critique* », in The Cambridge Handbook of Human Dignity*,* M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD et D. MIETH (ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 222.

[1960] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 128.

[1961] E. KANT, *Doctrine du droit*, Vrin, 1979, p. 105, nous soulignons. Pour une présentation complète de l'ouvrage v. par ex. P. DUBOUCHET, « La doctrine du droit de Kant », *RRJ*, 2005-2, p. 1058.

personnes pourraient faire de leur propre corps[1962]. Or, comme l'expose Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « *on ne trouve pas trace* [chez KANT] *d'un principe de dignité de la personne qui viendrait limiter la liberté contractuelle de l'agent* »[1963], dans la mesure où la dignité découle de la nature rationnelle de l'Homme, indépendamment de son comportement effectif. En effet,

> *« la volonté, ainsi déterminée à agir uniquement par elle-même (i.e. de manière autonome, détachée de toutes considérations extérieures à l'idée du devoir) et prenant pour seul objet l'humanité, a bien pour effet d'établir une législation universelle qui produit un règne des fins – mais qui n'est pas réel mais idéel, puisqu'un tel règne ne pourrait être établi que pour autant que tous les hommes agissent aussi moralement* »[1964].

Une action sur son propre corps contraire à un impératif moral (le suicide par exemple[1965]) n'atteindrait ainsi en rien la dignité de la personne.

Par ailleurs, les lois morales sont apparemment, chez KANT, distinctes des règles juridiques[1966]. Comme le note Simone GOYARD-FABRE, il

> *« distingue la doctrine du droit et la doctrine de la vertu. Que ces deux doctrines soient, comme on aime à le répéter aujourd'hui, les deux "applications" à l'expérience des principes purs* a priori *de la raison pratique est douteux* […]. *Les lois éthiques qui gouvernent le rapport des hommes à eux-mêmes et aux autres en déterminant leurs devoirs énoncent dans l'intimité de la conscience, des fins de la raison pratique.* […]. *Les lois juridiques, quant à elles, destinées à rendre possible la coexistence des libertés, sont des règles déclarées publiquement »*[1967]

Ainsi, si la morale comme le droit trouvent leur fondement dans la raison, il s'agit bien de deux champs de la normativité[1968].

505. Dès lors, il semble qu'il puisse y avoir une difficulté épistémologique à *fonder* la qualification et le régime des corps humains avant la naissance et après la mort sur une notion kantienne de dignité. Ce constat n'empêche évidemment pas le législateur ou les juges de créer une notion strictement juridique de dignité et de déterminer ainsi qu'embryons et/ou cadavres

---

[1962] Pour des développements sur ce point v. P. CASSIA, *Dignité(s),* coll. Sens du droit, Dalloz, 2016, p. 117 et s.
[1963] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah. Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.
[1964] *Ibid.*, p. 3154.
[1965] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, op. cit.*, p. 144.
[1966] Sur leur complémentarité V. A. EBERHARDT, « La morale et le droit dans la pensée kantienne », *RRJ,* 2002-3, p. 1486 et s.
[1967] S. GOYARD-FABRE, *La philosophe du droit de Kant*, Vrin, 1996, p. 59. V. également A. TOSEL, « La fondation de la catégorie juridique chez Kant », *Cahier Eric Weil : interprétations de Kant*, Presses universitaires de Lille, 1992, p. 141 : « *si la législation juridique est celle qui détermine un impératif hypothétique prendre l'apparence d'un impératif catégorique* ».
[1968] V. également M. FŒSSEL, « Kant : autonomie du droit et critique du théologico-politique », in *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, B. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.). Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 136 et s.

seraient titulaires d'un *droit subjectif à la dignité* ou d'utiliser ce *principe de dignité* pour garantir leur protection. Il n'est pas moins possible à un auteur d'essayer de démontrer en quoi la notion *juridique* de dignité pourrait trouver son origine *historique* dans une certaine lecture de l'œuvre kantienne[1969]. Enfin, il reste possible de marquer explicitement son adhésion à la philosophie kantienne, d'en proposer une interprétation – en faisant état des controverses existantes – et d'affirmer sa conviction que telle ou telle lecture devrait s'imposer au droit car elle serait pour lui un modèle souhaitable. Mais il s'agirait alors de décisions juridiques ou de prises de position doctrinales. Ne pas marquer ce décalage entre droit, discours sur le droit et positionnement axiologique serait non seulement un « *coup de force qui consiste en le fait de faire passer Kant comme ayant une pensée univoque* »[1970] mais également une erreur épistémologique puisqu'il s'agirait de constituer la philosophie morale kantienne en une *objectivité* qui s'imposerait au droit. C'est cette démarche que nous qualifions de néo-jusnaturaliste[1971].

b) La dignité comme essence

506. L'utilisation de la notion de dignité, comprise comme un critère propre à déterminer la *nature juridique* des corps procède d'une démarche tout aussi *prescriptive* que dans l'acception précédemment évoquée mais le raisonnement tenu est alors indirect : c'est parce que les corps sont porteurs d'une certaine dignité que le droit doit leur accorder une protection contre tout agissement à même d'y porter atteinte[1972].

Certains auteurs soulignent l'origine théologique de la notion ainsi utilisée[1973] et interrogent sur la façon dont l'objectivation de la notion en fait l'héritière d'une pensée

[1969] D. FENOUILLET, « La dignité de la personne », *Juriscl. Communication*, fasc. 44, n° 2. Sur le caractère artificiel de cette démarche v. cependant P. CASSIA, *Dignité(s),* coll. Sens du droit, Dalloz, 2016, p. 63-64.
[1970] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah. Refus de soins et dignité de la personne humaine », art. cit., p. 3154.
[1971] Pour une approche historico-théologique des fondements de droit naturel de la dignité v. M.-Th. AVON-SOLETTI, « La force de la doctrine de droit naturel : pérennité à travers ses différents apports et fondement de la dignité de la personne », in *droit naturel et droits de l'Homme. Société d'histoire du droit. Journées internationales 2009,* Textes réunis par M. MATHIEU, préf. J.-M. CARABASSE, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 33.
[1972] *Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport de recherche « Les principes fondamentaux du droit », Mission de recherche droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avril 2004, p. 94. Nous pourrions d'ailleurs, avec M.-X. CATTO, souligner l'incohérence qu'il y aurait, pour les partisans d'une conception transcendantale de la dignité, à déplorer un régime juridique « indigne » dans la mesure où : « *Si la dignité en effet est une qualité intrinsèque à l'individu, rien ne saurait bafouer une dignité qu'il a.* » : in *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 895.
[1973] Sur le lien entre théologie médiévale et dignité-ontologie v. M.-X. CATTO, *Ibid.*, n° 894 et s. On peut constater, par exemple, que certains membres du clergé ont invoqué conjointement la dignité et la sacralité du

proprement religieuse[1974]. Dimitrios TSARAPATSANIS écrit ainsi à propos du lien effectué par une partie de la doctrine entre nature biologique des corps et dignité ontologique :

> *« la lecture biologique de la dignité humaine pourrait être comprise en tant que transformation du concept religieux traditionnel du caractère sacré de la vie, sous l'effet des contraintes argumentatives résultant des formes acceptables d'argumentation politique dans un espace public laïc »*[1975].

Jean-Pierre BAUD confirme cette analyse :

> *« dans la grandiloquente évocation de la dignité humaine ou derrière l'argument biologique du respect du vivant, il ne faut donc rien voir d'autre que divers signifiants correspondant à un signifié unique : la topographie du sacré. Ce que n'ont jamais pu avouer les civilistes, et d'abord à eux-mêmes, c'est que le sang leur avait révélé la vie en ce qu'elle avait de plus sublime, c'est-à-dire ce que les religions et les philosophies spiritualistes avaient appelé l'âme.* […] *En fait, le vocabulaire du biologiste a été utilisé par le juriste pour délimiter la sacralité corporelle »* [1976].

507. Ainsi, dans un mouvement de sécularisation de la pensée juridique, le sacré serait « *l'ancêtre de la dignité* »[1977]. Patrick MISTRETTA écrit par exemple à propos du cadavre qu'il y a un impératif à « *préserver la* dignité *de ce qui a constitué le support de l'être humain et ce qui l'entoure à jamais pour ce qu'il représente de* sacré »[1978]. Cette analyse est confirmée par la

---

corps pour s'opposer à des expositions de cadavres plastinés v. J. D. LANTOS, « Plastination in Historical Perspective », in *Controversial Bodies,* J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 4.

[1974] En droit égyptien, il semble que la notion de dignité soit explicitement religieuse. H. ABDELHAMID affirme ainsi : « *selon la jurisprudence musulmane, un corps vivant ou mort à la même dignité, il n'appartient pas à la personne. Il est à Dieu et retournera à Dieu* » : « Les principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : le système juridique égyptien entre la logique de la personne propriétaire de son corps et celle de la personne dépositaire de son corps », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 257.

[1975] *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 124. Pour plus de développements v. du même auteur : « Quelques remarques conceptuelles sur la personnalité potentielle des entités prénatales », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, not. p. 66-67. On évoquera aussi à titre d'anecdote parlante le fait que les mouvements religieux opposés à l'avortement fondent aujourd'hui leur position sur le patrimoine génétique humain de l'embryon. Un tract de l'association *Laissez les vivre* énonçait ainsi dans les années 1970 : « *la biologie rejoint aujourd'hui les intuitions chrétiennes* », v. B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975,* coll. U Histoire, Armand Colin, 2012 p. 105 et 203. Pour un exemple contemporain de l'utilisation de cet argument v. J.-Y. CHEVALIER, « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 128-129 qui ajoute l'argument « scientifique » à l'argument religieux pour critiquer le refus d'homicide involontaire prénatal.

[1976] J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des travaux, Seuil, 1993, p. 214. Notons cependant que cet auteur considère que le « sacré » en question est davantage « *sacralité primitive que la civilité romaine avait évacuée en censurant les corps* », qu'une stricte conception correspondant à celle de l'Église.

[1977] É. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact., Toulouse 1, 2003, p. 236. V. aussi A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 189 ; J. MESMIN d'ESTIENNE, *L'état et la mort,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, n° 111.

[1978] P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100, p. 16, nous soulignons. Dans le même sens, pour le rapprochement de l'usage *post mortem* de la dignité et de la notion de chose sacrée v. X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques », *Revue du droit public*, 2011, n° 1, p. 89. V. aussi J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 203-204 sur le rapprochement de la dignité et de la sacralité.

lecture de Bernard EDELMAN qui affirme, sans pour autant le déplorer : « *ce n'est plus l'âme qui est immortelle mais son substitut laïc, la dignité* »[1979]. Une telle affirmation n'est pas sans poser quelques difficultés que Roberto ANDORNO expose en ces termes :

> *« comment faire pour fonder la dignité de la personne sur la notion du sacré dans des sociétés marquées par une perte profonde de la notion de transcendance, comme celles des pays industrialisés dans cette fin du XX^e siècle?* [...] *Il est vrai que la position qui considère l'homme comme un "être sacré" n'est pas politiquement facile à appliquer* [...] *Elle demande d'aller à contre-courant de l'idéologie scientiste dominante, ce qui n'est pas facile pour le législateur* »[1980].

La notion de sacralité fait en effet l'objet d'une certaine suspicion en ce qu'elle peine à se détacher de ses assises religieuses.

2) Les deux faces de la sacralité

508. La notion de sacralité renvoie tantôt à une inspiration religieuse mal dissimulée (**a**), tantôt à une notion historique dont la pertinence peut être interrogée (**b**).

a) L'introuvable sacré laïc

509. Interrogation sur la notion de sacré dans ses rapports à une pensée laïcisée. Comme pour la notion de dignité, l'usage doctrinal de la notion de sacré procède d'un constant va-et-vient entre un marqueur ontologique des corps et un impératif extra-juridique s'imposant au droit[1981]. Comme nous l'avons vu, les auteurs partisans d'une consécration de la catégorie de « chose sacrée », lorsqu'ils dépassent la simple évidence, mettent un soin particulier à fonder leur qualification sur l'histoire du droit ou sur des considérations anthropologiques. Cette

---

[1979] B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009, p. 91 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX affirment également : « *le système des droits fondamentaux repose essentiellement sur une conception qui place l'homme au centre de la création et qui s'inscrit dans une laïcisation de la conception selon laquelle la dignité de l'homme tient essentiellement au fait que l'homme a été crée à l'image de Dieu* », in *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux,* LGDJ, 2002, p. 16. Al. SUPIOT est moins affirmatif puisqu'il semble, à l'inverse, faire découler la découverte de « choses sacrées » de la notion médiévale de dignité : *Homo juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005, p. 61 à 66.

[1980] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996, p. 75.

[1981] Pour une illustration v. J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 365 : l'auteur, pour lequel la protection des embryons et des cadavres relève à la fois de leur caractère biologiquement humain et de la protection de leur dignité, écrit « *par rapport aux aux êtres et choses, ils deviendront par ce qualificatif "humain", êtres et choses "sacrés", c'est-à-dire intouchable, inviolables comme l'étaient autrefois des choses "sacrées" protégées au fond du tabernacle divin, du "Saint des Saints", sous peine du sacrilège* ». Le caractère sacré de ces corps est alors une *conséquence* de leur humanité mais cette sacralité *impose* au droit de les protéger. V. aussi *supra* n° 401.

application à fonder « scientifiquement », hors du droit, leur position s'explique sans doute par la suspicion de religiosité qui entoure la notion de sacralité.

En effet, jusque dans les années 1970, le terme de « sacré », couramment utilisé par la doctrine juridique lorsqu'elle évoque le corps humain, s'inscrit sans ambiguïté dans une pensée religieuse. Roger SAINT-ALARY écrit ainsi en 1958 :

> *« le corps humain n'appartient pas à l'homme parce qu'il est l'œuvre de Dieu. Il a été reçu en dépôt et ce dépôt est sacré. D'où il résulte que toute atteinte que l'homme porterait à son propre corps serait de nature à constituer un véritable sacrilège »*[1982].

Louis SEBAG, pesant l'importance des majuscules, affirme quant à lui :

> *« les réflexions sociales, si pertinentes soient elles, ne sauraient nous faire oublier que la vie humaine est une chose sacrée, et que l'enfant conçu, c'est déjà la Vie »*[1983].

Mais aujourd'hui, comme le note Philippe MALAURIE, « *cette justification du respect de la vie par la transcendance divine ne peut plus être donnée au droit dans une société désacralisée, séculière et laïque comme l'est devenue la nôtre* »[1984]. Plusieurs auteurs font ainsi état d'une certaine suspicion à l'égard de la notion de « chose sacrée »[1985]. L'émergence nouvelle de la notion de « sacré » dans la doctrine du droit des personnes ne peut donc manquer d'étonner : pourquoi faire usage d'une notion si controversée et comment les auteurs qui utilisent ce terme s'inscrivent-ils dans une pensée juridique laïcisée ?

510. Un sacré laïc ? Les auteurs qui ont approfondi l'idée d'une *catégorie juridique* de chose sacrée se défendent couramment contre l'idée que cette notion aurait un fondement

---

[1982] R. SAINT-ALARY, « Les droits de l'homme sur son propre corps », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1958, p. 68-69.

[1983] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 47.

[1984] Ph. MALAURIE « Respecter la vie humaine : œuvre de Dieu ou œuvre de la Nature ? », *LPA*, 5 déc. 2002, n° 243, p. 35. Pour autant les écrits doctrinaux s'appuyant explicitement sur des principes religieux ne sont pas introuvables, notamment parmi la doctrine opposée aux unions de couples de même sexe. On notera par exemple la subtile exhortation d'H. LECUYER à définir le couple « *parce que Sodome réclame droit de cité* », in *La notion juridique de couple*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), Economica, 1998, p. 1. Cet exemple est cité par D. BORILLO qui recense de façon exhaustive les arguments évoqués par la doctrine privatiste contre le PaCS : on y retrouve associés les arguments religieux et naturalistes que nous avons évoqués : D. BORILLO, « Fantasme des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 161 et s.

[1985] G. BEAUSSONIE, « L'extracommercialité relative d'un fichier de clientèle », note sous Cass. com. 25 juin 2013, n° 12-17037, *D.* 2013, 1867 : « *le temps n'est plus vraiment au sacré, fut-il laïcisé* » ; M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, bien qu'adhérant à la notion, font état d'une interrogation récurrente : « *n'y a-t-il pas quelque paradoxe à donner effet à la sacralité dans un État constitutionnellement laïc ?* » (« Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 419).

religieux[1986]. La pensée de PUFENDORF est ainsi régulièrement évoquée par Xavier LABBÉE qui souhaite promouvoir, en droit, un concept de « *sacré laïc* »[1987]. Or, s'il ne s'agit pas ici de nier l'existence conceptuelle cette idée[1988], il convient de s'interroger sur les fins de son utilisation en droit.

Un tel rejet du rapprochement avec le religieux ne peut en effet manquer de rappeler la virulente réfutation du jusnaturalisme opérée par la doctrine de l'anthropologie dogmatique[1989]. Il est d'ailleurs symptomatique qu'au même titre que KANT à propos de la dignité, la figure de PUFENDORF puisse être utilisée comme « garant philosophique » d'une laïcité du propos. Ce rapprochement est d'autant plus curieux que cet auteur, même s'il a indéniablement participé à un mouvement de laïcisation du droit[1990], n'en était pas moins un penseur chrétien pour lequel « *la Loi naturelle a pour fondement prochain la nature humaine et pour fondement ultime l'intention divine* »[1991]. De fait, l'inspiration religieuse des auteurs qui préconisent l'utilisation de la notion de sacré en droit est patente.

511. L'inspiration religieuse du propos, démarche néo-jusnaturaliste. Des auteurs professant une inviolabilité du cadavre, voire la reconnaissance de son statut de sujet de droits, Jean CARBONNIER disait qu'ils procédaient d'une « *conception religieuse, mystique* »[1992]. Xavier LABBÉE lui-même concède que cette qualification « *n'est pas* […] *synonyme de "chose divine"* même si elle n'y est pas étrangère »[1993]. Claude LOMBOIS affirme quant à lui que :

[1986] Ce qui peut d'ailleurs sembler paradoxal avec l'invocation du droit romain, nous y reviendrons *infra* n° 532.
[1987] X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197 ; H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, p. 132-135. L'idée est également reprise par J.-P. GASNIER sans qu'il semble y adhérer totalement : « Questions à propos du statut juridique du cadavre », *RRJ*, 2011-4, p. 1802. L'idée de « sacré laïc » est également évoquée par J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 365.
[1988] Dans le champ historique, J.-Cl. SCHMITT note ainsi : « *on peut tenir* […] *le patriotisme ou le nationalisme pour des formes laïcisées d'un sacré contemporain* », invoquant E. KANTOROWICZ, il souligne, « *il est aisé de souligner l'insistante prégnance de ce vocabulaire religieux désignant un sacré qui, pour être d'une nature différente des formes traditionnelles du sacré, continue de démontrer son efficacité* » : « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », *Les cahiers du centre de recherche historique* [en ligne], 9/1992, mis en ligne le 18 mars 2009, n° 18. Disponible sur : https://ccrh.revues.org/2798 [consulté le 13 nov. 2016].
[1989] *Supra* n° 493.
[1990] J.-L. HALPÉRIN, V° *Pufendorf*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPÉRIN (dir.), 2e éd., Dalloz, 2010, p. 469. Spéc. sur la conception du mariage chez cet auteur v. D. YOUF, « Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale », *RRJ*, 2004-2, p. 1469.
[1991] P. LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle,* coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Librairie philosophique J. Vrin, 1982, p. 180. V. aussi S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, coll. Léviathan, PUF, 1994, not. p. 80.
[1992] J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *APD*, t. 34, Sirey, 1989, p. 202.
[1993] X. LABBÉE, « La personne, l'âme et le corps », *LPA*, déc. 2002, n° 243, p. 5, nous soulignons. L'inspiration chrétienne de ces écrits semble d'ailleurs confirmée par une étude postérieure du même auteur qui évoque cette

> *« le sacré c'est ce à quoi l'on ne touche pas ; c'est ce que profanerait le contact avec les procédés vulgaires de la logique, tout juste bonne aux débats sur questions ordinaires. Ce qui est sacré ici c'est le mystère de la genèse de l'Homme »*[1994].

La référence biblique est ici évidente et on peut douter qu'elle soit utilisée de façon anodine. Quand bien même il ne s'agirait pas directement de faire du Livre le fondement du droit contemporain, la notion de « sacré » n'est pas, ni lexicalement ni historiquement, détachée de ses racines religieuses[1995]. L'invocation de la sacralité comme *fondement* du droit[1996] ne peut se réclamer d'un positionnement positiviste : elle renvoie à une inspiration extra-juridique.

b) Un sacré historique à la réalité contestable

512. Comme nous l'avons noté, l'idée que le corps, le plus souvent le cadavre, est, ou devrait être, une chose sacrée pour le droit renvoie couramment à l'existence d'une telle notion en droit romain[1997]. Cette référence ne peut manquer d'interroger dès lors qu'elle semble invoquée comme une justification de la pensée. Une fois encore, il ne s'agit pas de nier la possibilité de construire une notion juridique de sacralité mais de questionner le fait que l'existence historique de la notion de chose sacrée légitime l'existence contemporaine d'une telle catégorie. Cet usage semble en effet relever d'une vision réductrice du droit romain et, plus largement, de la notion de sacralité.

513. Comme le remarque Christian ATIAS, l'argument historique

---

qualification dans le cadre d'un travail sur « Le corps humain, le droit et les Saintes Écritures », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, not. p. 120-121. On notera également le titre évocateur de l'un de ses commentaires : « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 9 décembre 2009 », *JCP G.* 2009, act. 34.

[1994] Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », *Mélanges Gérard Cornu,* p. 294, l'auteur évoque la qualification de « chose sacrée » pour le cadavre dans la nbp 30 de la p. 295. V. aussi pour une réflexion en deux temps A.-Bl. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexion sur le principe de gratuité en matière d'utilisation des éléments et produits du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865 : « *Toujours est-il que c'est dans son rapport au sacré,* qu'il soit laïc ou religieux*, que le principe de gratuité acquiert sa valeur fondamentale* », nous soulignons, selon cette auteure la gratuité *« se distingue par son essentialité, elle renvoie à la gratuité de la Création, aux notions de dignité, de sacralité ou encore d'humanité* ».

[1995] Dans ce sens J.-P. GASNIER, « Questions à propos du statut juridique du cadavre », *RRJ*, 2011-4, p. 1802. De fait, X. LABBÉE utilise également sa fameuse qualification de « sacré » (se référant à Portalis) pour qualifier le mariage aux couples hétérosexuels, auxquels cette terminologie devrait selon lui être réservée, par respect pour les fondements religieux de l'institution : « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G.* 2012, doct. 977. Sur le « *paradoxe laïque* » consistant à invoquer la laïcité contre la possibilité de l'évolution du droit (à propos l'union homosexuelle) v. É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 93 et s.

[1996] L'affirmation ne vaut pas nécessairement pour une qualification de « sacré » qui serait purement fonctionnelle ou descriptive du droit positif v. *supra* n° 401.

[1997] *Supra* n° 403.

> *« est bien souvent un passé reconstruit, une histoire réécrite* […] *présentés comme constitutifs d'une tradition dont les solutions actuelles seraient sorties épurées.* […] *Bien souvent, une déformation postérieure, récente et contemporaine de la naissance des règles artificiellement rattachées aux positions historiques inventées, permet seule de sauvegarder l'apparence d'une continuité* »[1998].

De fait, les auteurs qui utilisent la notion de sacré comme opératoire dans la lecture et la construction du droit se réfèrent le plus souvent à une définition qui inclut, de façon binaire, et une protection et une mise à l'écart[1999]. Outre le caractère peu opératoire, pour le droit, d'une notion qui peut expliquer à la fois la protection et l'absence de protection d'un objet, cette appréhension de la notion semble simpliste. En effet, une définition du sacré uniquement fondée sur la double idée de protection/tabou néglige d'une part la complexité qui peut être observée, dans divers champs de connaissance, entre le sacré et le profane et, d'autre part, nie la dimension historiquement construite de la notion. La réflexion des chercheurs d'autres disciplines sur ce point devrait conduire la doctrine à une plus grande attention sur l'« évidence » du sacré. Ainsi Jean-Claude SCHMITT, dans une réflexion sur le christianisme médiéval, s'interroge dès le le début de son texte sur l'utilisation de la notion de sacré :

> *« la notion de sacré et le couple sacré/profane sont chez les historiens d'un usage courant, mais pas toujours bien réfléchi. Or, ce sont des concepts qu'il faut utiliser avec prudence et après en avoir examiné l'histoire* »[2000].

En effet, comme le souligne Michel LAUWERS dans son étude sur la naissance du cimetière, « *d'usage fréquent sans les sciences sociales, cette notion* [le sacré] *n'est pas toujours définie par les chercheurs, le "sacré" passant pour une réalité évidente et pour ainsi dire acquise* »[2001].

514. Afin d'éviter ce risque, il ne s'agit pas seulement, comme y invitait déjà Émile DURKEIM, de considérer que *« le cercle des objets sacrés ne peut* […] *être déterminé une fois pour toute ; l'étendue en est infiniment variable »*[2002], mais plus largement d'envisager que la notion même de sacralité peut être construite historiquement et donc porteuse de significations diverses. Comme le rappelle Yan THOMAS, le sacré, pour peu qu'il ne soit pas uniquement envisagé comme une transcendance[2003], doit être considéré comme une

---

[1998] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 320.
[1999] Une telle définition semble inspirée de celle que donne de la notion d'É. BENVENISTE (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2 édition de Minuit, 1969) qui est d'ailleurs fréquemment cité.
[2000] J.-Cl. SCHMITT, « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », *Les cahiers du centre de recherche historique* [en ligne], 9/1992, mis en ligne le 18 mars 2009, n° 1.
[2001] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Aubier, coll. Historique, 2005, p. 15.
[2002] E. DURKEIM in *Les formes élémentaires de la vie religieuse* p. 51
[2003] Ce qui pourrait être envisageable dans une démarche purement dogmatique. Mais il n'est pas certains que tous les auteurs qui utilisent cette notion sans l'interroger le fasse consciemment. M. LAUWERS identifie un problème similaire dans le champ historique lorsqu'elle écrit : « *beaucoup d'historiens envisagent le "sacré", de manière le*

institution[2004] et donc également comme une notion traversée de sous-entendus et de stratégies sociales[2005], qu'une historicisation permet de révéler.

En effet, l'idée que l'on se fait du sort que réservaient les droits anciens aux corps est souvent plus proche de l'image d'Épinal que de la réalité. Il est en effet aisé de penser que les civilisations qui nous ont précédés respectaient « la vie » plus que nous le faisons aujourd'hui et craignaient tant les morts qu'elles leur réservaient un traitement nécessairement meilleur que le nôtre[2006]. Il est alors facile, intentionnellement ou non, d'user de ces préjugés pour fonder, historiquement, la volonté d'accentuer la protection actuellement accordée aux corps avant la naissance et après la mort. De fait, le traitement réservé aux corps particuliers que sont les embryons et les cadavres a été historiquement complexe et fragmenté. S'il est facile de dire que la notion de chose sacrée existait dès le droit romain, il est plus difficile de percevoir que la protection qu'elle accordait était truffée d'exclusions. L'historicisation de la notion comme, plus largement, de la protection accordée historiquement aux corps est donc nécessaire pour percevoir en quoi ils furent l'objet de régimes hiérarchisants, normalisants, expression de pouvoirs politiques et religieux. Comme l'énonce Marie-Joseph BERTINI, « *L'Histoire rompt avec le sacré comme avec son impossible même* »[2007] : historiciser la notion de sacralité fait apparaître qu'elle n'est nullement éternelle, ni dans sa définition ni dans son contenu : la protection des corps n'est ni une évidence ni une progression continue[2008].

515. Conclusion du 2. Recourir à la notion de sacré plutôt qu'à d'autres concepts déjà présents dans le droit positif, tels que le respect ou la protection[2009], est une stratégie

---

plus souvent implicite, comme une forme de transcendance, omniprésente mais ne se dévoilant aux yeux des hommes qu'en certaines occasions » (*Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Aubier, coll. Historique, Paris, 2005, p. 16).

[2004] Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne, la nature », *Le Débat,* 1998/3, n° 100, p. 85 sur le caractère institué du sacré.

[2005] M. LAUWERS note ainsi qu'elle essayera dans son ouvrage *« de rapporter ces énoncés* [sur la sacralité] *aux rites, aux pratiques sociales et aux évolutions de fond qui affectèrent l'organisation de l'espace : il ne s'agit plus dès lors de reconstituer un système social. Les objets et les lieux sacrés seront donc envisagés comme le résultat de constructions et de stratégies sociales »* : *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, *op. cit.*, p. 18.

[2006] X. LABBÉE, « Sacré cadavre », art. cit., p. 362, n°197.

[2007] M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia, n° 48.

[2008] V. M.-H. BOURCIER, *Queer zones. Politique des identités sexuelles et des savoirs*, Amsterdam Poche, 3e éd., 2011, p. 155 : « *s'arc-bouter contre les grands récits linéaires faits de "transitions" et de "progressions" vers un avenir plus radieux (de l'oppression à la libération par exemple) pour leur opposer, historiographiquement, le repérage des ruptures et des discontinuités, des confrontations et des exclusions.* […] *ne jamais croire à l'origine, à l'antériorité ou à la nouveauté d'une vérité mais bien déceler la logique du supplément qui est à l'œuvre dans les changements, dans les déplacements discursifs, dans la construction des oppositions binaires* ».

[2009] A. GAILLIARD s'intéresse d'ailleurs à cette question : *Les fondements du droit des sépultures*, th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT, n° 101 et s.

argumentative qui inscrit l'opinion exprimée dans une forme d'absolu. En effet, que la notion soit extraite de l'étude anthropologique ou empruntée au droit romain, elle « sort » la discussion du champ juridique. Or, passer du « constat », contestable, que le corps, le cadavre ou l'embryon *sont* « sacrés » – par essence ou par détermination d'une discipline extérieure au droit – à l'affirmation que ces objets sont ou *doivent être* sacrés *en droit* c'est éclipser une étape de la réflexion qui affirme que le droit doit, par essence, sinon se soumettre à une *objectivité* historique ou scientifique ou du moins en prendre acte. Il n'y aurait alors plus de débat juridique possible ou celui-ci se résumerait aux *modalités* de cet « enregistrement » du sacré. On retrouve ici une pensée jusnaturaliste telle que nous l'avons définie.

516. Conclusion du §2. Les auteurs partisans d'une « doctrine de l'ontologie » des corps rejettent généralement avec force tout rattachement à une démarche jusnaturaliste et, plus encore, toute inspiration religieuse de leur propos. Ce rejet s'explique sans doute par la suspicion que suscitent aujourd'hui ces deux approches, aisément considérées comme non-scientifiques et non laïques. Pourtant, pour peu que l'on s'appuie sur une définition du jusnaturalisme comme une démarche d'objectivation de choix axiologiques par un recours à des instruments extra-juridiques, on perçoit aisément la façon dont toutes les variantes de la détermination ontologique des corps procèdent de ce mode de pensée. Que la nature des corps ou leur régime soient articulés autour de leurs caractéristiques biologiques, des notions d'ordre symbolique, de dignité ou de sacralité, elle procède toujours d'une externalisation du débat politique et juridique dans une sphère difficilement accessible à la contestation.

517. Conclusion de la Section 2. Une définition de la démarche jusnaturaliste comme un phénomène *d'objectivation* de la définition des catégories juridiques et de leur régime fait apparaître qu'une partie importante de la doctrine ici étudiée peut être qualifiée de néo-jusnaturaliste. Cette position fonde, pour nombre d'auteurs, un discours d'ordre à propos des corps : rejet de toute autonomie des personnes au profit d'une détermination *objective* des régimes applicables aux embryons et des cadavres mais aussi, parallèlement, marginalisation des sexualités et des parentés non-hétérosexuelles. Les notions de dogmatique anthropologique, de dignité ou de sacralité mobilisées par la doctrine conduisent toutes à un même constat : la doctrine use de ces concepts pour refuser une conception du droit comme instrument axiologiquement indéterminé.

518. Conclusion du Chapitre 2. Face à la transposition de notions extra-juridiques – issues de la biologie, de l'anthropologie, de la psychanalyse – dans le domaine du droit, une approche critique incite à mener, sur cette démarche, une réflexion épistémologique. Il apparaît alors que ces transpositions soulèvent des interrogations à la fois de pertinence scientifique et de neutralité axiologique. Est-il possible d'extraire un concept de l'« environnement » disciplinaire dans lequel il a été forgé ? Plus largement, est-il pertinent d'appliquer à la matière juridique des mécanismes de réflexion qui lui sont étrangers, notamment en termes de causalités ? En tout état de cause, il semble que la transposition de notions d'un champ à un autre nécessite non seulement que cette démarche soit explicitée mais, au surplus, que l'on indique quel est le sens dans lequel on emploie les outils utilisés.

À défaut, il faut constater que ces démarches s'apparentent à de simples procédés rhétoriques. La scientificité du discours dissimule alors une démarche procédant d'une forme de jusnaturalisme au sens où la détermination et l'appréciation des règles de droit trouvent leurs fondements *impératifs* hors de la sphère juridique. Il est symptomatique que ce type d'argumentaire soit utilisé exclusivement dans le sens d'une vision conservatrice du droit ; les racines religieuses de cette démarche apparaissent alors nettement : dans cette perspective doctrinale, l'autonomie des personnes doit céder devant un *ordre* extérieur et immuable.

519. Conclusion du Titre 2. Face à un système juridique ambigu quant aux qualifications à appliquer aux corps humains avant la naissance et après la mort, la doctrine juridique a cherché à décrire l'état du droit en multipliant les subdivisions catégorielles et en proposant des méthodes alternatives de catégorisation. Il apparaît cependant que pour une partie des auteurs étudiés, les *critères* des qualifications proposées sont tirés de sphères extra-juridiques : nature biologique des corps, dignité intrinsèque, sacralité des corps etc. La démarche doctrinale est alors prescriptive : la nature des corps *impose* au droit de les protéger ; soit par l'attribution d'une personnalité juridique soit par des normes de droit objectif.

Cette démarche doit cependant être interrogée et nous avons exposé les instruments choisis pour cette analyse. Les rapprochements multiples opérés par les auteurs entre ce qui leur semble devoir être le « juste » traitement des embryons et des cadavres et des réflexions sur l'encadrement, selon eux nécessaire, de la sexuation et de la sexualité des personnes nous a conduit à privilégier ici les méthodes du courant critique, spécialement développées dans le champ de l'étude de la sexualité. Parce qu'elle ne considère pas le droit comme un donné mais comme un construit ; parce qu'elle ne voit pas la connaissance comme un *dévoilement* mais comme une élaboration, la démarche critique a permis de mettre en lumière les limites et les non-dits de la doctrine étudiée. Il a ainsi été pointé que l'utilisation de la biologie, de l'anthropologie ou de la psychanalyse comme des sciences porteuses d'une connaissance objective devant s'imposer au droit relevait *a minima* d'une lecture spécifique de ces disciplines – contestée dans leur propre champ – et *a maxima* d'une utilisation légère et simplificatrice de notions complexes voire indéfinies.

Bien que les auteurs s'en défendent parfois, cette démarche peut alors être considérée comme une forme de néo-jusnaturalisme au sens où cette partie de la doctrine cherche, à l'extérieur du droit, une forme d'objectivité à même d'en fonder les orientations. Les notions issues d'autres champs disciplinaires – nature humaine, ordre symbolique, dignité, sacralité etc. – servent alors de « maquillage » scientifique à un discours d'ordre, s'opposant à laisser à l'autonomie des personne la détermination de l'usage de leur corps en particuliers et des corps humains en général. La doctrine juridique devient alors gardienne d'un « ordre » extérieur au droit, révélant parfois ses inspirations religieuses.

Conclusion de la Partie 1. Pour peu que l'on prenne le droit au mot, la recherche de la qualification juridique à appliquer aux corps humains avant la naissance et après la mort se heurte très rapidement aux ambiguïtés du droit positif. Les dénominations employées par les textes sont en effet multiples et renvoient le plus souvent à des notions juridiquement indéterminées, vraisemblablement tirées du langage courant et utilisées par facilité de rédaction, si ce n'est par évitement de termes juridiques plus marqués, tels que *chose* ou *personne*. Les régimes juridiques applicables aux corps ne révèlent rien de plus. S'ils contiennent des éléments participant du régime des personnes – existence possible d'un état civil avant la naissance ou modification de celui-ci après la mort ; protection incertaine de certains droits préalablement à la venue au monde ou subsistance *post mortem* de la force de la volonté par exemple –, ils connaissent également des normes caractéristiques du traitement des choses, en particulier la faculté pour des personnes juridiques de détruire ces corps.

La jurisprudence, dont on aurait pu souhaiter qu'elle apporte à ces règles un éclairage bienvenu, ne dit rien de plus sur la qualification des corps. Parmi les quelques cinq-cents décisions analysées, seule une faible fraction attribue aux corps humains une qualification explicite. Si quelques juridictions passent par des qualifications « indirectes », appliquant aux corps le régime des choses ou des personnes sans les nommer expressément, l'immense majorité tente au contraire de trouver des éléments de motivation leur permettant de ne pas se prononcer sur la nature juridique des embryons et des cadavres. Cette attitude révèle que les juges tentent à tout prix, dans ce domaine politiquement sensible, de dissimuler leur pouvoir créateur de droit. Ont ainsi été relevées les très nombreuses occurrences par lesquelles les magistrats justifient leur interprétation par l'invocation de la volonté du législateur. Pour les juges, la détermination la catégorie juridique applicable aux embryons et aux cadavres appartient manifestement au pouvoir législatif.

La difficulté se déplace alors sur l'analyse de la *construction* des normes applicables aux corps humains avant la naissance et après la mort. Or, il apparaît rapidement que le législateur use très peu, dans ses travaux, des catégories juridiques telles que conçues par la doctrine. Le véritable enjeu de la construction du droit est bien plus l'importance symbolique et les conséquences politiques de telle ou telle norme que son inscription cohérente dans un système juridique construit sur l'articulation entre catégorie juridique et régime juridique. Or, si l'affrontement est bien ici idéologique, et si le droit n'est manifestement pas élaboré comme un ensemble harmonieusement articulé autour de qualifications claires, on ne peut que s'étonner

de l'acharnement doctrinal à construire pour ces corps des qualifications adéquates, permettant de systématiser *a posteriori* des normes apparemment sans connexion.

L'étonnement est cependant de courte durée dès lors qu'il apparaît qu'une part importante de la doctrine ne cherche manifestement pas, par la qualification, à *décrire* l'état du droit mais bien à *prescrire* un traitement des corps qui lui semble le plus en accord avec leur *nature*, alors déterminée hors du droit. Cette démarche, ici dénommée « doctrine de l'ontologie », a été analysée au moyen d'instruments théoriques issus du mouvement de la critique. Cette étude en a montré les limites épistémologiques dans la mesure où les disciplines utilisées pour *imposer* au droit un certain régime des corps n'ont pas nécessairement de visées prescriptives. Ce discours doctrinal spécifique a donc été rapproché d'une démarche jusnaturaliste dans la mesure où, sous l'apparence d'un discours scientificisé, il procède en réalité d'une volonté d'enregistrement, dans le droit, d'un ordre, supposément objectif, selon certains immuable, qui lui serait extérieur. Or, selon nous, c'est précisément le caractère objectif et immuable de cet ordre qu'il revient à la doctrine d'interroger : historiciser le traitement juridique des corps humains avant la naissance et après la mort, interroger les hiérarchies générées par les normes qui leurs sont appliquées, est sans doute la seule démarche doctrinale véritablement juridique.

Partie 2
L'indispensable étude de la hiérarchisation des corps

520. Puisque l'analyse du droit positif ne fait émerger aucune qualification incontestable pour les corps humains avant la naissance et après la mort, il convient de s'interroger sur les conditions de possibilité d'un travail doctrinal positiviste sur l'embryon et le cadavre. La démarche critique que nous avons adoptée conduit à renoncer à toute recherche de la « nature » des corps qu'il s'agirait de transcrire dans le droit[2010]. On considère ici que la lecture du droit, comme toute lecture en général, est moins un « décodage » qu'un « surcodage »[2011] : ne peut être « découverte » aucune nature des corps, ni dans ni hors du droit, dans la mesure où celle-ci ne procède que de lectures successives, avancées comme *propositions* de lecture commune. Ultimement, c'est la question du *régime* applicable au corps qui divise la doctrine et non celle de sa qualification. Il nous semble alors que, moins une quête de « vérité », le regard critique doit s'appliquer à mettre en lumière les multiples rapports de pouvoirs qui s'expriment dans et par les textes[2012]. On passe alors d'un travail classique de *qualification juridique* des corps à une interrogation sur la *catégorisation* des corps par le droit.

Par quelques grandes positions de principe, le droit positif semble en effet affirmer que les embryons d'une part, et les cadavres d'autre part, sont des objets homogènes, constituant des groupes de corps pareillement protégés par le système juridique : la loi « *garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »[2013], « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* »[2014] peut-on lire en exergue du Code civil. La réalité est évidemment bien plus

[2010] Insistons ici sur le fait qu'il ne s'agit pas de dire que toute prise de position juridique ne devrait pas être influencée par des éléments de connaissance qui lui seraient extérieurs mais bien de considérer qu'il ne s'agirait pas alors d'une démarche scientifique mais bien politique. Comme le souligne É. FASSIN, « *il ne s'agit pas de revendiquer un absurde partage entre le savant, sourd à la politique, et le politique, aveugle au savoir. Il est donc bien entendu légitime que les sociologues ou les anthropologues interviennent comme experts, pour informer la décision politique – mais non pour la fonder scientifiquement* » : « Usages de la science et sciences des usages », *L'homme, revue française d'anthropologie,* n° 154-155, avr.-sept. 2000, *Question de parenté*, p. 393.
[2011] B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 634, à propos de la démarche de M. FOUCAULT et de R. BARTHES.
[2012] Comme l'exprime M. FOUCAULT, « *si la gouvernementalisation, c'est bien ce mouvement par lequel il s'agissait dans la réalité même d'une pratique sociale d'assujettir les individus par des mécanismes de pouvoir qui se réclament d'une vérité, eh bien je dirais que la critique, c'est le mouvement par lequel le sujet se donne le droit d'interroger la vérité sur ses effets de pouvoir et le pouvoir sur ses discours de vérité* » : in Qu'est-ce que la critique ?, coll. Philosophie du présent, Vrin, 2015, p. 39..
[2013] Art. 16 C. civ.
[2014] Art. 16-1-1 C. civ.

complexe mais n'apparaît qu'en recherchant derrière ces énoncés généraux les multiples usages juridiques des corps humains avant la naissance et après la mort[2015].

521. Il convient ici de rappeler notre démarche[2016]. Selon nous, il n'existe pour le droit aucun « impératif » lié à la nature biologiquement humaine des corps étudiés. La raison pour laquelle ces corps sont pris ici comme objets unifiés tient bien au fait qu'ils sont compris comme tels par certaines normes juridiques. En revanche, il nous apparaît signifiant qu'à travers diverses normes, le droit construise, parmi ces corps, des sous-catégories particulières. Ces subdivisions ne proviennent en effet pas plus du hasard ou de la nature que toute autre catégorie. Comme nous l'avons montré dès le début de cette étude, toute catégorie procède d'un jugement de valeur et porte donc une signification. L'affirmer n'aide cependant pas à en déterminer le contenu.

522. Là encore, il s'agit moins de dévoiler une vérité cachée que de proposer des axes de lecture, des points de vue sur la construction du droit qui révèlent la façon dont les tensions à l'œuvre dans le corps social se retrouvent dans le régime des embryons et des cadavres. Or, pris que nous sommes dans le système politique produisant ces normes, il n'est pas toujours évident d'en percevoir le caractère construit. Cette difficulté est accentuée par l'usage que font parfois la doctrine juridique, et le législateur, de l'histoire du traitement corps. Qu'on loue l'âge d'or révolu du respect du corps humain ou qu'on se félicite des progrès accomplis dans la protection des corps, il est courant que l'argument historique fasse l'objet d'une simplification utile à l'argumentation[2017]. C'est pourquoi il semble nécessaire de procéder ici à une lecture historique de notre sujet. Étudier l'histoire du traitement des corps permet en effet de se détacher à la fois de l'idéalisation d'un droit passé, plus respectueux des corps, et de la glorification de notre droit présent comme instrument de progrès constant dans la protection de l'humain.

Cette historicisation montre au contraire la façon dont, en appliquant aux corps humains des régimes différenciés, le droit projette sur eux un système d'ordonnancement social dont

---

[2015] V. M. MIAILLE, « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 98 : « *alors que la science classique voyait du simple derrière du complexe, à l'inverse la science moderne voit du complexe derrière le simple. Elle tente alors de ne pas réduire le réel à ces éléments simples et de conserver le caractère global, même s'il comprend des contradictions, de la réalité étudiée* ».

[2016] V. *Supra* n° 14 et s.

[2017] Cette démarche n'est pas l'apanage de la pensée moderne, pour une invocation du droit romain pour justifier la sanction de l'avortement au XVIIe siècle v. par ex. Sur l'influence évidente de la pensée chrétienne sur la répression de l'avortement par le pouvoir séculier v. L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* t. 1, éd. Jacques Dalin, 1667, V° *Abortifs,* p. 9, 2de colonne, commentant l'édit d'Henri II : « *on a toujours remarqué que l'abortion était un argument du courroux de Dieu contre les hommes* […] *et même les payens l'on ainsi recognu. Car nous lisons en l'Histoire Romaine que* […] *».*

rien ne laisse penser qu'il ne se perpétue pas dans le droit contemporain. Par ailleurs, elle permet de montrer toute la complexité des hiérarchisations opérées par le droit entre les corps. En effet, elle souligne une fois encore un aspect de notre sujet qu'il est impossible de négliger : le lien capital entre le traitement des corps embryonnaires et celui du corps des femmes.

523. Car toute la complexité des hiérarchisations que l'on se propose ici d'étudier est qu'elle ne se limite pas strictement à la hiérarchisation des corps embryonnaires entre eux ou des cadavres entre eux. Les relations de pouvoirs qui se nouent autour de ces objets sont infiniment plus complexes. En effet, ce qui peut à première vue apparaître comme une protection généralisée des corps morts ou des embryons peut signifier indirectement d'autres hiérarchisations, qui concernent alors les personnes nées et vivantes. La détermination des pratiques funéraires autorisées ou interdites peut ainsi signifier une hiérarchisation des cultes ; une protection forte et inconditionnelle des embryons peut, quant à elle, conduire à l'assignation des femmes à un rôle de reproduction. C'est pourquoi, après avoir exposé la dimension historique de notre sujet, nous souhaitons insister sur les *effets*, sur les conséquences pratiques des normes du droit positif. Cette étude montrera toute la complexité des hiérarchies construites par le droit non seulement entre les cadavres et les embryons mais plus largement entre les groupes et les personnes auxquels ils sont liés **(Titre 1)**.

524. Il faut cependant prendre acte des critiques adressées à un tel positionnement doctrinal qui pourrait facilement limiter les juristes à un rôle d'observation et de dénonciation mais les empêcherait d'adopter une attitude prescriptive, toute norme étant considérée comme l'affirmation violente et illégitime d'une certaine normalité ; toute question étant finalement être considérée comme indécidable étant donné le caractère par nature violent du droit[2018]. Cette remarque n'est pas sans pertinence mais elle n'est pas catégorique. Partant d'une explicitation des choix axiologiques opérés, renonçant à construire artificiellement des catégories juridiques, affirmant que le droit n'est pas un outil d'enregistrement d'une nature indépassable mais qu'il émane et façonne tout à la fois son environnement, il devient possible de suggérer des évolutions normatives orientant les relations sociales vers un système plus égalitaire qu'excluant **(Titre 2)**.

Titre 1 : Identifier les hiérarchisations

Titre 2 : Remédier aux hiérarchisations

[2018] B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 640 et s.

Titre 1
Identifier les hiérarchisations

525. L'analyse du droit portant sur les corps humains avant la naissance et après la mort ne peut faire l'économie d'une approche historicisée. Non seulement cette démarche permet de se défaire du fantasme d'un passé plus « respectueux » des corps, mais elle suggère des pistes de réflexion sur le temps présent. L'histoire du traitement des corps par le droit donne ainsi à voir en quoi la *qualification* est finalement une question tout à fait secondaire pour les juristes par rapport à l'idée de *catégorisation*, de classification hiérarchisante. La distance que procure l'histoire permet de percevoir la façon dont le droit distingue *certains* corps par rapport à d'autres ; façonne la normalité autant que la marginalité ; signifie quels sont les corps dominés et où se place le pouvoir dominant. **(Chapitre 1)**. Cette étape est capitale en ce qu'elle suggère les domaines dans lesquels, dans une certaine continuité du droit, se prolongent aujourd'hui des hiérarchisations entre les corps mais aussi, indirectement, entre les personnes et entre les groupes sociaux[2019] (**Chapitre 1)**.

Chapitre 1 : Des hiérarchisations historiques

Chapitre 2 : Des hiérarchisations subsistantes

[2019] M. WITTIG rattache ce travail d'identification des valeurs véhiculées par le droit à une étude de type sémiologique : *La pensée straight,* 2e éd., éd. Amsterdam, 2013, p. 57.

Chapitre 1 Des hiérarchisations historiques

526. Limites méthodologiques et précautions. Exposer, de façon succincte, quelques éléments historiques de la protection des corps nécessite quelques précautions préalables.

Précautions personnelles tout d'abord : notre formation limitée à l'histoire du droit ainsi qu'une absence de maîtrise du latin et de l'ancien français nous condamnent nécessairement à une étude construite à partir de sources indirectes. Bien que les écrits spécifiques à nos questions ne soient pas des plus abondants, le choix de ceux-ci est déjà un biais dont nous avons conscience et que nous acceptons. Il ne s'agit pas, une fois encore, de faire émerger une « vérité » historique du traitement des cadavres et des embryons, mais bien d'évoquer des pistes de réflexion à même d'éclairer le droit contemporain.

Précaution quant aux périodes choisies ensuite. Nous avons décidé d'aborder dans un premier temps le droit romain. Ce choix s'explique par le fait que la notion de *chose sacrée* semble aujourd'hui resurgir comme fondement de la protection des corps, en particulier après la mort[2020]. La référence historique au droit romain est sous-jacente dans cet usage et il convient de s'y arrêter. Il faut cependant être conscient des limites de cette étude : le terme même de « droit romain » est déjà en lui-même fort imprécis[2021], et celui-ci nous est principalement parvenu par des compilations et commentaires bien postérieurs à l'édiction effective des normes, ce qui rend son analyse malaisée[2022].

Dans un second temps, nous avons souhaité évoquer, à grands traits, la très longue période qui s'étend de la chute de l'empire romain à la fin du XVIII^e^ siècle. Étudier dans un même mouvement une période aussi étendue peut surprendre, tant il est vrai qu'elle a connu des évolutions sociales, politiques, juridiques considérables[2023]. Une des caractéristiques de

[2020] *Supra* n° 401.

[2021] La civilisation romaine s'est développée approximativement du X^e^ siècle avant J.-C. au début du VI^e^ siècle après J.-C. Durant cette période, Rome a évolué d'un régime de royauté à un régime impérial, en passant par près de cinq cents ans de République, de 509 av. J.-C à 27 av. J-C. Par ailleurs, la civilisation romaine a connu, durant près d'un tiers de son histoire, l'émergence et le renforcement d'une nouvelle pratique religieuse : le christianisme. Au-delà du droit, c'est toute la société romaine qui a évolué durant ce quasi millénaire : ses croyances, ses traditions, ses rites, ses relations sociales se sont transformées peu à peu. Ces évolutions ne peuvent être ignorées par celui qui étudie le droit romain étant donné le lien très important qui semble unir - dans ce système - croyances populaires et règles juridiques.

[2022] Des interpositions de la part des compilateurs sont donc toujours à craindre. Pour cette délicate question, nous nous en remettrons au jugement des commentateurs spécialisés en faisant état, au besoin, de leurs dissensions.

[2023] Les premiers siècles de cette période demeurent assez opaques, dissimulés derrière la rareté des sources et la multiplicité des coutumes. Le XII^e^ et le XIII^e^ siècle constituent un premier tournant majeur qui voit la redécouverte du droit romain et l'émergence progressive du pouvoir royal. Aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles, on constate un contrôle accru des corps mais aussi, paradoxalement, l'émergence d'une réflexion théorique sur le droit pénal, l'intimité de la mort, la place sociale des femmes. Une lecture continue de cette période ne semble cependant pas totalement exclue par certains historiens, au premier rang desquels, bien entendu, J. LE GOFF : v. not. *Un long Moyen Âge,*

cette période, qui nous incite à l'étudier comme un ensemble, est la présence de l'Église. Forte, décisive, elle se déploie tant dans le champ social que juridique et exerce, sur les sujets qui nous occupent, une influence indubitable. Il ne s'agit pas ici de faire une présentation caricaturale, archaïsante de la période. Comme l'affirme Jean-Claude BOLOGNE, il est probable qu'avant la Réforme catholique, l'Église a été *« prise en sandwich entre des courants intellectuels et scientifiques qui contredisent ses dogmes et une superstition populaire qui les accepte, mais ne les respecte pas »*[2024]. Il n'en est pas moins vrai que, durant toute cette époque, le droit canonique coexiste avec le droit séculier et que ce dernier subit une influence déterminante de la pensée religieuse. Il est donc essentiel de conduire cette réflexion sur une longue période. Cette vision large nous permettant de mieux appréhender les effets des controverses religieuses sur le traitement des corps, elle nous conduit à interroger les rapports complexes de l'Église, de l'État et de la société, et leurs influences sur les rapports de hiérarchie entre les individus et les groupes sociaux.

Il semble en effet que, si les droits anciens accordaient bien une protection particulière aux embryons et aux cadavres, cette protection ne s'exerçait à proprement parler que sur *certains* d'entre eux. On peut penser que la hiérarchie qui s'établissait entre les corps reflétait celle qui traversait l'ensemble de la société des vivants. Cette constatation n'est pas toujours évidente mais elle se construit progressivement, par des lectures croisées montrant que certains corps sont manifestement occultés des textes et des récits, masqués par l'éclat des dépositaires du pouvoir : dépouilles mortelles des rois et des empereurs, corps sans vie des riches hommes libres, enfants de puissantes famille ou individus de sexe masculin, tout simplement. Le statut des corps avant la naissance et après la mort se fait le miroir de ces hiérarchies, de ces systèmes complexes de domination.

Il importe ensuite de souligner le risque qu'il peut y avoir, dans toute lecture historique, de projeter une interprétation contemporaine anachronique. Ce risque est d'autant plus réel que la période est lointaine et que le système de valeurs et de représentations de la société étudiée est éloigné du nôtre. Ainsi, il est absurde de dénoncer dans les droits anciens des atteintes à l'égalité, principe étranger au fonctionnement de sociétés extrêmement hiérarchisées. En revanche, il est possible de rechercher, dans ces systèmes, les prolongements des hiérarchies entre les personnes dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort.

Tallandier, 2004. Pour un aperçu de la pensée de l'auteur v. « "Mon Moyen Âge va de la fin du IIe siècle jusqu'au XIXe siècle" », Entretien avec Jacques Le Goff par Y. DEGUILHEM, *Journal du CNRS,* déc. 1991. Disponible sur https://lejournal.cnrs.fr/articles/le-moyen-age-selon-jacques-le-goff [consulté le 13 nov. 2016].

[2024] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 28

Il y a enfin un risque à céder à une fascination horrifiée pour des représentations caricaturales des pratiques anciennes, de la description des supplices antiques à l'immondice des cimetières médiévaux. Si nous évoquons des pratiques qui nous semblent aujourd'hui barbares ou absurdes c'est toujours en gardant à l'esprit que les anciens n'avaient pas moins de bon sens que nous : si leur sensibilité pouvait varier, leur sens pratique devait être plus ou moins similaire au nôtre. Ainsi, lorsque nous évoquons, par exemple, des peines de privation de sépulture, c'est avec la conscience que si le concept pouvait exister dans le droit, que si sa réalisation pouvait être effective, il est probable, d'une part, qu'elles restaient exceptionnelles et, d'autre part, qu'elles étaient intégrées socialement par des mécanismes régulateurs : pas plus que la nôtre les sociétés anciennes n'auraient sans doute supporté la présence de monceaux de cadavres dans les rues… Nous tenterons, autant que possible, d'interpréter les normes étudiées à la lumière du système de croyances qui leur était contemporain, mais il est possible que nous faillissions dans cette démarche et nous prierons alors les spécialistes de nous accorder leur indulgence.

527. Annonce de plan. Il a semblé pertinent de distinguer ici le traitement des cadavres de celui des embryons. En effet, ces deux catégories de corps ne font pas l'objet des mêmes investissements symboliques et donc politiques. Les cadavres, représentant pour chacun la crainte de la mort, sont tout à la fois objets de pratiques religieuses et de répression politique : par les usages qu'en fait le droit – religieux ou séculier – le pouvoir acte à la fois des inclusions et des exclusions sociales **(Section 1)**. Le traitement des embryons est différent. Étant donné qu'ils sont, historiquement, indissociables du corps des femmes, leur protection devient à la fois enjeu de contrôle de la natalité mais aussi de maîtrise des sexualités, et en particulier de la sexualité féminine. En cela, une étude de la protection des corps prénataux ne peut se faire qu'en relation avec une pensée de la relation hiérarchique entre les sexes **(Section 2)**.

Section 1 : Le régime des corps morts : outil d'exclusion
Section 2 : La protection des embryons : outil de contrôle

Section 1 Le régime des corps morts : outil d'exclusion

528. Afin de répondre aux usages contemporains de l'Histoire, il est nécessaire de distinguer deux questions. Tout d'abord, il convient d'étudier l'usage *juridique* de la notion de *sacralité* dans la protection des corps morts. Étant donné la réémergence actuelle de la notion, il semble utile de montrer qu'elle fut historiquement porteuse d'exclusions **(Sous-section 1)**.

Ensuite, de façon plus large, il faut observer la façon dont les corps morts furent pris en compte par le droit. Il apparaîtra alors que la protection qui leur a été accordée est éminemment hiérarchisante : certains cadavres étant, plus que d'autres, les outils de politiques étatiques en matière pénale et scientifique **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1 : La sacralité : entre protection et exclusion des corps
Sous-section 2 : L'utilité des corps : le cadavre outil de politique publique

Sous-section 1 La sacralité : entre protection et exclusion des corps

529. La notion de sacralité, telle que pensée dans le droit romain, doit être envisagée à l'aune des conditions très strictes qui présidaient à son utilisation. Ces conditions démontrent que le droit n'envisageait pas alors le corps mort comme une chose sacrée *en soi,* ce qui permettait de ne pas accorder à tous les corps une protection uniforme **(§1)**. La reprise de la notion par la pensée chrétienne n'a fait que renforcer son caractère excluant **(§2)**.

§ 1 La « sacralité » romaine : des conditions excluantes
§ 2 Le sacré chrétien : une notion hiérarchisante

§1. La « sacralité » romaine : des conditions excluantes

530. L'accès des sépultures à la qualification de *res religiosa* était conditionné par un certain nombre de critères qui, en creux, dessinent la réalité d'un droit très sélectif dans la protection accordée aux corps après la mort **(A)**. La grande variété de corps privés d'accès à la sépulture ne fait que renforcer le sentiment que le droit romain, loin d'être l'idéal protecteur des cadavres parfois évoqué, était bien l'instrument d'un pouvoir social sur les cadavres **(B)**.

A. Les sépultures *res religiosae* : un statut protecteur soumis à conditions
B. Exclus de fait et exclus de droit : la diversité des situations

A. Les sépultures *res religiosae* : un statut protecteur soumis à conditions

531. L'attention des auteurs contemporains pour le droit romain est principalement concentrée, en ce qui concerne le statut des cadavres, sur le statut particulier accordé aux sépultures[2025]. Il est vrai que la qualification de *res religiosae* alors attribuée aux sépultures

[2025] V. H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, coll.

donne le sentiment d'un système juridique attentif à la protection des corps après la mort **(1)**. Mais il convient de revenir sur la protection effectivement accordée aux sépultures et surtout sur les conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette protection afin d'en montrer les limites **(2)**.

1) La qualification de *res religiosae* : une protection théorique
2) Les conditions de la qualification : des exclusions pratiques

1) La qualification de *res religiosae* : une protection théorique

532. Les sépultures romaines n'étaient théoriquement pas soumises au droit des hommes, elles étaient – comme les *res sacrae* et les *res sanctae* – des *res divini juris,* choses consacrées aux dieux et, de ce fait, hors commerce[2026]. Ces *res religiosae*[2027]*,* étaient, selon l'explication de GAIUS, « *abandonnées aux Dieux Mânes* »[2028], c'est-à-dire aux morts, dont on a ainsi pu dire qu'ils étaient propriétaires de leurs propres tombes[2029]. En pratique, les morts ayant du mal à faire respecter leurs droits par eux-mêmes, les sépultures étaient soumises au *jus pontificum*[2030] et, seulement de façon marginale, au *jus civile*[2031].

533. La violation des *res religosae* était sanctionnée comme un sacrilège[2032]. Fait peu courant dans le droit romain, la protection des sépultures fut assurée non seulement par une action privée mais également, à partir du I[er] siècle avant J.-C., par une action publique[2033].

Logiques juridiques, L'Harmattan, 2009.

[2026] V. J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété.* Ellipses, 2009, n° 85 et s. ; J. GAUDEMET et E. CHEVRAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3[e] éd., 2009, p. 219 ; Br. SCHMIDLIN, *Droit privé romain. t. 1 Origines et sources. Famille Biens Succession,* Université de Génève, Bruylant, 2008. Notons bien, comme le soulignent ces auteurs, que les *res divini juris* n'étaient pas les seules choses hors commerce.

[2027] Remarquons ici que l'utilisation de la formule « *chose sacrée* » pour désigner, de façon contemporaine, le statut accordé aux tombes par le droit romain est une « traduction scélérate » puisqu'il serait plus juste de dire qu'elles étaient des « choses religieuses ».

[2028] GAIUS, *Institutes*, II, 2-14, cité par J. GAUDEMET : *Droit privé romain*, Montchrestien, 2[e] éd., 2000, p. 353.

[2029] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », *RRJ*, 2004-1, p. 462.

[2030] Droit des choses de droit divin, exercé par les Pontifes, collège de prêtres exerçant des fonctions religieuses et juridique à partir de la fin de la royauté v. J. PICON, *Organisation et compétence du collège des pontifes*, th. Poitiers, 1883 ; L. A. CORNIQUET, *Les attributions juridiques des pontifes,* th. Paris, 1894, éd. Durand et Pédone-Lauriel, p. 41 et s. ; A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes / Fayard, 2015, p. 62 et s.

[2031] Le contact entre la notion de *res religiosa* et le droit civil se trouve dans le fait que l'accession à cette notion peut être le fait d'une action privée et modifie le statut du terrain approprié sur lequel est faite l'inhumation : J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété.* Ellipses, 2009, n° 90-91.

[2032] Bien qu'à strictement parler il n'en fut pas un : F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains*, éd. Giuffré, Milan, 1963, p. 52

[2033] J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. op. cit.*, n° 93. F. de VISSCHER considère que cette action est plus tardive : *op. cit.*, p. 151 et s. L'auteur semble cependant considérer que l'action publique existait antérieurement pour les atteintes au corps lui-même.

L'action privée *de violatio sepulcri*[2034] appartenait au titulaire du *jus sepulcri,* c'est-à-dire à toute personne ayant le droit de se faire enterrer dans le tombeau considéré. Ce droit appartenait à tous les héritiers, y compris exhérédés, sauf dispositions expresses[2035]. Si personne n'était titulaire du droit, il appartenait à toute personne de l'exercer au nom de l'ordre public[2036]. Cette action permettait la réparation du préjudice subi ainsi qu'une sanction pécuniaire[2037]. L'action publique quant à elle, *crimen publicum sepulcrum*, entraînait des sanctions bien plus graves.

534. À partir du II^e^ siècle après J.C., les sanctions sont distinctes selon le statut de la personne incriminée[2038]. Les *honestiores*[2039] auraient ainsi encouru la relégation et les *humiliores*[2040] la condamnation aux mines[2041]. À partir du III^e^ siècle, l'infraction change d'objet : si l'atteinte est portée non à la sépulture mais au cadavre lui-même[2042], les peines encourues sont la déportation pour les *honestiores* et la peine de mort pour les *humiliores*[2043]. Il est difficile de cerner les raisons de ce renforcement des sanctions. Il est possible de le rapprocher de l'émergence du christianisme mais on peut penser qu'il s'agit là d'une des manifestations de la rigidification du droit pénal à l'époque impériale[2044], voire d'une réaction du droit romain face aux atteintes aux sépultures qu'entraînait la recherche de reliques par le culte chrétien[2045].

535. Protection des corps ou des tombes ? Comme le note Yan THOMAS, l'étude du droit romain tardif, « *éclaire, par contraste, les dispositifs et les enjeux du droit romain traditionnel […]. Le corps n'y est évoqué que comme la condition du régime des choses et des*

[2034] F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains*, éd. Giuffré, Milan, 1963p. 139.
[2035] P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997, p. 98 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 52.
[2036] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien », *RRJ*, 2004-1, p. 463.
[2037] P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi, op.cit.*, p. 99.
[2038] Pour la distinction *humiliores*/*honestiores* v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e^ éd., PUF, 2006, p. 54 et 72.
[2039] « *membres des ordres sénatorial et équestre, les décurions, les vétérans, les soldats et ceux qui s'adonnent au négoce »* : G. CRIFO et J.-M. CARRIÉ (trad. M. HUMBERT), V° *Honestiores/humiliores*, in *Dictionnaire de l'Antiquité,* J. LECLANT (dir.), PUF, 2^e^ éd., 2011.
[2040] « *les artisans et le petit peuple des campagne* » : *ibid*.
[2041] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien », art. cit., p. 462-463.
[2042] Y. THOMAS, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce », Micrologus, VII, 1999, p. 103.
[2043] Paul, Sent., tit. XXI, §7 ; Dig. XLXII, 12, 11 cité par A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien », art. cit, p. 464. Sur les distinctions de sanction appliquées à ces deux catégories v. G. CRIFO et J.-M. CARRIÉ (trad. M. HUMBERT), V° *Honestiores/humiliores*, in *Dictionnaire de l'Antiquité, op. cit.*
[2044] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e^ éd., PUF, 2006, p. 71 et s.
[2045] F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains, op. cit.*, p. 157 et s.

biens qu'il grève de sa présence »[2046]. La protection importante accordée par le droit romain aux tombeaux pourrait faire penser que ce système était tourné en premier lieu vers la protection des corps morts. Le fait que la première condition de l'accession à la qualification de *res religiosa* soit la présence matérielle du corps[2047] renforce encore ce sentiment[2048]. Mais l'évolution du droit nous montre que ce qui est originellement protégé par le statut de chose religieuse n'est pas le corps, mais bien la tombe qui en recueille les restes.

Selon Yan THOMAS, le dépôt du corps suffisait, en lui-même, à donner au lieu le caractère de chose religieuse[2049]. Il appuie cette argumentation sur un extrait des *Institutes* de GAIUS, repris dans le Digeste, selon lequel *« il dépend de notre volonté de* [rendre un lieu] *religieux, en enterrant un mort dans un lieu nous appartenant, à la condition que cette inhumation* [funus] *nous incombe. »*[2050] Il est vrai que GAIUS semble bien distinguer les modalités d'accession au statut de chose religieuse de celles permettant la qualification de *res sacrae*, pour laquelle l'intervention tant des autorités religieuses que des autorités civiles était nécessaire[2051]. On peut alors penser que la distinction entre le religieux et le sacré renvoyait en réalité à une différence de sphères : le sacré était nécessairement public là où le religieux pouvait être privé, ce qui correspond à l'aspect essentiellement domestique du culte romain. Comme le note John SCHEID, la désignation de l'objet sacré ne dépend pas du « choix » de l'objet par la divinité mais de sa consécration, tant par l'individu que par la collectivité[2052]. Peut-on affirmer pour autant que la qualification de chose religieuse dépendait exclusivement du dépôt des corps, sans intervention publique dans le processus ?

[2046] Y. THOMAS, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce », art. cit*.,* p. 105.

[2047] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien », *op. cit.,* p. 463 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, *op. cit.*, p. 97 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 62.

[2048] Les auteurs semblent divisés sur la possibilité pour les cénotaphes d'accéder à la protection de la chose religieuse. Pour un exposé de la controverse v. J. PICON, *Organisation et compétence du collège des pontifes*, th. Poitiers, 1883, p. 53.

[2049] Y. THOMAS, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce », art. cit., p. 79.

[2050] GAIUS, 2, 6. (trad. J. REINACH, *Institutes,* Les Belles Lettres, 1991).

[2051] « *On ne considère comme sacré que le sol qui a été consacré avec l'autorisation du peuple romain, par exemple en vertu d'une loi ou d'un sénatus-consulte*. » GAIUS, 2, 5. (trad. J. REINACH, *Institutes*, Les Belles Lettres, 1991). V. aussi J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété, op. cit.,* n° 86-87 : l'auteur décrit la cérémonie permettant l'accession au statut de *res sacrae* : « Cette cérémonie : *consecratio* ou *dedicatio*, se réalise au moyen d'une formule, la *lex dedicationis*, dont seuls les pontifes et les magistrats supérieurs ont, à l'origine, le monopole, qu'ils partagent ensuite avec un magistrat particulier, à compétences à la fois religieuses et civiles ». L'auteur cite ici les *Institutes* afin de montrer la nécessité d'une consécration publique : « *Si quelqu'un, de sa propre autorité, considère une chose comme sacrée, il ne la rend pas pour autant sacrée, mais celle-ci reste profane ».*

[2052] J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, La Découverte, 1985, p. 54 ; v. aussi M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Aubier, coll. Historique, 2005, p. 91.

536. Il nous semble que la nuance s'impose. Certes, il convient sans doute de distinguer, comme semble le faire CICÉRON, le champ du droit pontifical de celui du droit civil[2053] : il n'est pas impossible que la qualification de chose religieuse n'ait pas obéi aux mêmes conditions dans les deux corpus et qu'une sépulture pour laquelle tous les rites religieux n'avaient pas été accomplis ait pu pourtant accéder à la protection du droit civil[2054]. Il convient cependant d'observer que Yan THOMAS écarte un peu rapidement la seconde partie de la phrase de GAIUS et ne commente pas le fait que l'accession au statut de chose religieuse dépend certes principalement du dépôt du corps mais aussi du statut de la terre, de la qualité de la personne procédant aux funérailles et de la réalisation même de ces funérailles, qui était socialement règlementée. La qualification de chose religieuse ne dépend donc certes pas directement d'une consécration publique mais ce statut obéissait à un certain nombre de conditions, porteuses d'exclusions.

2) Les conditions de la qualification : des exclusions pratiques

537. Il convient tout d'abord de bien distinguer le statut de chose religieuse, en tant qu'instrument de droit civil, et le sentiment de *sacralité,* au sens de tabou, qui pouvait être éprouvé socialement face au cadavre. Comme le note Yan THOMAS :

> *« les interdits juridiques ne mettent pas en œuvre, principalement, un tabou dont les corps des défunts auraient été l'objet pour des raisons substantielles, par exemple à cause de leur impureté ou à cause d'une quelconque sacro-sainteté qui les aurait rendus intouchables – même si très répandu était le sentiment de cette impureté, avec tous les préceptes rituels et religieux qui en découlaient, à commencer par la prohibition de leur contact et donc de leur profanation* »[2055].

538. Le statut de chose religieuse : des conditions multiples. Il n'est pas impossible que toute sépulture n'ait pas été, même pour le droit civil, une chose religieuse. Cette exclusion de la protection pouvait s'expliquer diversement.

Tout d'abord, la tombe perdait son caractère de *res religiosa* si elle se retrouvait en territoire ennemi[2056] et, parallèlement, la sépulture d'un ennemi ne pouvait être chose

[2053] CICÉRON, *Leg,* II, 58.
[2054] Pour une réflexion sur le lien entre juridique et magique en droit romain v. le bref résumé de L. DE SUTTER in *Magic. Une métaphysique du lien*, PUF, 2015, p. 77.
[2055] Y. THOMAS, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce », art. cit., p. 97.
[2056] J.-Fr. BRÉGUI considère même que la sépulture ne pouvait être, à strictement parler, chose religieuse si elle était située hors des territoires romains et italiens, les fonds de provinces ne pouvant être considérés comme faisant l'objet d'une propriété : *Droit romain. Les biens et la propriété, op. cit.*, n° 90.

religieuse[2057]. Le symbole est clair : l'ennemi ne peut être de droit divin car la consécration signifie l'inclusion. La « sacralité » de la tombe est une mesure politique, non l'enregistrement d'une *ontologie* des corps.

Ensuite, la « sacralité » de la tombe exigeait le respect d'un certain nombre de conditions : que l'inhumation ait été faite avec l'accord du propriétaire du fonds, sans qu'aucun autre droit ne soit violé (tels ceux de l'usufruitier par exemple)[2058], que l'inhumation soit faite sur un terrain autorisé par le droit pontifical[2059], que la sépulture soit définitive et non provisoire et enfin que la personne ayant procédé à la cérémonie ait accompli tous les rites nécessaires et ait eu qualité pour y procéder[2060], soit qu'elle ait été désignée par testament par le défunt, soit, à défaut, qu'elle fût son héritière[2061].

539. Les conditions posées pour la protection du fonds sont aisément compréhensibles lorsque l'on sait la sévérité du régime attaché aux *res religiosae* : inaliénables, hors commerce, les sépultures sont insusceptibles de revendication, d'usucapion ou de servitudes[2062]. Il est donc cohérent que le propriétaire, et éventuellement les usufruitiers du lieu qui deviendrait *locus religiosus* par l'inhumation des restes mortels, y aient préalablement consenti[2063]. Une telle exigence conduit à s'interroger sur la situation de tous ceux qui ne possédaient pas de terrains propres à accueillir leur sépulture : s'il existait bien, dans certaines régions de l'empire, des nécropoles rassemblant les sépultures dans un même lieu[2064], l'existence de « cimetières » au sens public n'est pas avérée à l'époque romaine[2065]. Il est donc probable que le coût du terrain a

---

[2057] J. PICON, *Organisation et compétence du collège des pontifes*, th. Poitiers, 1883, p. 54 ; F. de VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Guiffré, Milan, 1963, p. 53 ; G. de ROBILLARD de BEAUREPAIRE, *Du culte des ancêtres chez les romains, dans ses rapports avec le droit privé,* th. Caen, 1890, p. 48. *Contra*, considérant que seule la sépulture *en terre ennemie* n'était pas sacrée : R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 63-64.
[2058] J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété, op. cit.*, n° 90 et s.
[2059] J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, *op. cit.*, p. 54.
[2060] GAIUS, 2, 6 (trad. J. REINACH, *Institutes,* Les Belles Lettres, 1991).
[2061] P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997, p. 97 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 64 et s.
[2062] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », art. cit., p. 463 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, *op. cit.*, p. 56 et s.
[2063] *Digeste*, XI, VII, 7.
[2064] J.-J. HATT, *La tombe gallo-romaine. Recherches sur les inscriptions et les monuments funéraires gallo-romains des trois premiers siècles de notre ère*, PUF, 1951, p. 5 ; Ch. PILET et A. LEDUC-LE BAGOUSSE, « Les vivants et les morts en Gaule romaine », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 13.
[2065] F. de VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Guiffré, Milan, 1963, p. 261 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, *op. cit*., p. 97.

été une des raisons de l'ensevelissement en fosses communes dont on ne connaît pas précisément le statut[2066].

540. Mais les conditions recelant le plus d'exclusions sont celles tenant aux cérémonies funéraires elles-mêmes. Seul l'accomplissement des rites[2067] et le caractère perpétuel de l'ensevelissement permettent de considérer la tombe comme une *res religiosa* au sens du droit pontifical[2068]. Outre le prononcé de formules rituelles, il semble qu'un des actes faisant de la sépulture une chose religieuse soit la cérémonie consistant, au neuvième jour du décès, à faire jeter par trois fois, par un prêtre, de la terre sur le tombeau[2069]. Si l'interdiction de pratiquer les rites pouvait procéder d'une sanction pénale[2070], c'est plus probablement l'*impossibilité* de les pratiquer qui devait exclure *certains* cadavres de la protection du droit.

Savoir si certains corps restaient sans sépulture par manque de moyens n'est pas chose aisée. Certains éléments tendent à nous faire penser que non. Ainsi, il semble avoir été interdit, sous peine d'amende, d'abandonner un corps à la voirie[2071]. Mais *quid* de ceux qui n'ont aucun héritier pour pratiquer les rites funéraires – parce qu'ils sont sans entourage ou parce que la personne désignée par testament a refusé cette charge – ou dont l'entourage n'aurait pas les moyens d'assurer les funérailles ? Il semble qu'il ait existé, dans ce cas, deux possibilités. La première, *l'actio funeraria* qui pouvait être exercée par celui qui, sans intention libérale, avait avancé les frais de funérailles afin d'obtenir une indemnisation de l'État, à condition cependant qu'il ait fait procéder à des funérailles dignes. La seconde, dans l'hypothèse où le défunt aurait été totalement isolé, consistait en la nomination, par les prêteurs, d'un *designator* en charge d'organiser les obsèques[2072]. Mais il y a fort à parier que seuls des corps de personnes libres ont pu bénéficier de ces dispositions.

[2066] *Infra* n° 544.

[2067] J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, *op. cit.*, p. 54-55. Sur la nécessité de ne pas distinguer, en droit romain, la forme du fond v. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes / Fayard, 2015, p. 64-65 : « *Le droit romain ignorait la claire distinction que nous établissons entre règles de fond et règles de procédure. Le* ius *mêle encore l'un et l'autre* ».

[2068] Une fois encore la question demeure de savoir si le statut s'imposait dans le champ du droit civil, du seul fait de l'inhumation définitive du corps sur un terrain privé. Un indice de ce que le rite était nécessaire, même dans ce champ, est que les auteurs semblent bien considérer que le retour de la chose dans le commerce nécessitait l'intervention pontificale : J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété, op. cit*, n° 96.

[2069] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, *op. cit.*. p. 34.

[2070] *Ibid.* p. 55-56. V. *infra* n° 549.

[2071] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 185.

[2072] R. AUDIBERT, Fun*érailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, *op. cit.*. p. 83.

B. Exclus de fait et exclus de droit : la diversité des situations

541. Les conditions nécessaires à l'accession au statut de *res religiosa* nous indiquent, *a contrario,* les cas où les corps n'accédaient pas à une telle protection. Il s'agit en premier lieu des corps de ceux et celles que leur statut social plaçait déjà, de leur vivant, à la marge de la société **(1)** mais également des corps exclus du groupe pour des raisons politiques ou religieuses **(2)**.

1) Sacralité et exclusion sociale

2) Sacralité et exclusion politique et religieuse

1) Sacralité et exclusion sociale

542. La sépulture des esclaves. Rendre compte de ce qu'étaient les sépultures des esclaves est malaisé tant ce sujet est peu abordé par la littérature. Comme le soulignent Jean ANDREAU et Raymond DESCAT, il y a *« un risque à prétendre restituer la "voix" propre des esclaves, alors qu'on a davantage de chance de restituer, en fait, des représentations que d'autres avaient d'eux »*[2073]. D'autant plus que le statut d'esclave ne signifie pas grand-chose en lui-même, tant il se décline en une infinité de conditions individuelles[2074] : quoi de commun en effet entre un esclave prisonnier de guerre, assigné au travail des mines et celui, né dans une grande famille urbaine, qui occupe un poste de précepteur ?

Il semble qu'un certain nombre d'esclaves aient reçu des sépultures individuelles[2075], parce que leurs maîtres leur portaient une certaine affection[2076] ou parce que leur fortune ou leur gloire personnelle le permettait, telles les nombreuses tombes attestées de gladiateurs[2077]. Jusqu'à la période chrétienne, les esclaves, lorsqu'ils bénéficiaient de tombes personnelles[2078], voyaient cependant leur statut clairement indiqué sur leur sépulture, une façon de « [figer] *les esclaves dans leur condition pour l'éternité* »[2079]. Pour autant, il semble bien que la peur de voir son corps jeté à la voirie après sa mort ait été une réalité parmi les esclaves, notamment à partir

[2073] J. ANDREAU et R. DESCAT, *Esclave en Grèce et à Rome*, Hachette Littératures, 2006, p. 154.
[2074] *Ibid.* p. 156 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* PUF, 1996, p. 18.
[2075] E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale. Étude épigraphique,* th. Paris IV, 2005, p. 251 et s. ; Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975, p. 41.
[2076] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 183
[2077] V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome*,* éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 48 ; E. TEYSSIER, *La mort en face. Le dossier gladiateurs*, Actes sud, 2009, p. 378 et s.
[2078] V. *Infra* n° 544.
[2079] J. SCHMIDT, *Vie et mort des esclaves dans la Rome antique*. Albin Michel, 2003. p. 241

de la période impériale[2080] et en particulier chez les esclaves de familles modestes[2081]. De fait, il est vraisemblable qu'un certain nombre d'entre eux n'ait pas reçu de véritable sépulture[2082] et ait fini dans des fosses communes[2083] dont l'existence est attestée par des fouilles archéologiques[2084]. Cette menace de la privation de sépulture est sans doute un des exemples les plus frappants de la façon dont le corps mort est saisi par le social : comme l'écrit Jean-Christian DUMONT, il s'agit ici d'un véritable *« contrôle social* [qui] *conseille qu'on ensevelisse les uns et non les autres »*[2085].

543. La réaction des esclaves et des personnes les plus pauvres à la menace sociale qui pèse sur leur cadavre est intéressante. Dès la seconde moitié du I^er^ siècle après J.-C., ces derniers se sont réunis en collèges funéraires[2086]. Véritables « contrats obsèques », ces associations garantissaient funérailles et sépultures décentes à leurs membres contre une cotisation mensuelle[2087]. Les sépultures pouvaient prendre la forme de tombes individuelles mais constituaient le plus souvent en une place en *colombaria*[2088] dont l'apparition massive date précisément de cette période[2089]. Une telle réaction collective contre un système oppressif montre combien le devenir du cadavre a investi la sphère politique dans la société romaine[2090].

Cependant, même si les personnes les plus pauvres accédaient *in fine* à une sépulture, la question demeure de leur accession à la qualification de *res religiosae*, en particulier pour les tombes des esclaves. Étant donné l'importante hiérarchisation de la société romaine, il est légitime de se demander si la protection de la tombe était une prérogative réservée aux Hommes

[2080] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », art. cit., p. 184-185.
[2081] E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale, op. cit.*, p. 251.
[2082] V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome*,* éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 69
[2083] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », art. cit., p. 184 ; E. TEYSSIER, *La mort en face. Le dossier gladiateurs*, Actes sud, 2009, p. 445.
[2084] E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale, op. cit.*, p. 252.
[2085] J.-Chr. DUMONT, « La mort de l'esclave », art. cit., p. 186.
[2086] J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2^e^ éd, 2000, p. 30 ; J.-J. HATT, *La tombe gallo-romaine. Recherches sur les inscriptions et les monuments funéraires gallo-romain des trois premiers siècles de notre ère*, PUF, 1951, p. 77.
[2087] V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome*, op. cit.*, p. 68 ; J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », art. cit., p. 184 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains,* RHD, 1924, p. 51.
[2088] E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale. op. cit.*, p. 252 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, *op. cit*. p. 40.
[2089] J. ANDREAU et R. DESCAT, *Esclave en Grèce et à Rome*, Hachette Littératures, 2006. p. 168.
[2090] Pour des échos contemporains d'une telle pratique v. *infra* n° 583, n°683, nbp 2769.

libres[2091]. Il semble que non, bien que la question ait pu faire débat parmi les juristes romains[2092]. Plusieurs sources indiquent ainsi que, une fois les rites effectués, la qualification de *res religiosa* ne dépendait pas du statut personnel de celui qui était inhumé[2093]. Ceci ne doit pas cependant masquer le problème, non spécifique aux esclaves mais qui les concernait en premier lieu, du statut des fosses communes.

544. L'imprécision du statut des fosses communes. L'inhumation en fosse commune semble pourtant avoir été le lot d'un grand nombre de Romains pauvres[2094] ainsi que d'esclaves anonymes[2095]. Cependant, les auteurs ne s'attardent pas sur le fait de savoir si ces fosses pouvaient constituer des *res religiosae*. La question, si elle est traitée, est renvoyée dans les notes de bas de pages[2096]. Rien ne semble *a priori* l'interdire puisque le fait que la sépulture soit individuelle n'est pas une condition nécessaire à la sacralisation de la tombe. Mais les pratiques rituelles pouvaient-elles être effectuées dans le cadre d'un ensevelissement collectif ?

Une controverse lexicale existe entre latinistes et entre archéologues : les fosses communes – *puticuli* – doivent-elles être considérées comme de simples sépultures collectives, réservées aux pauvres mais néanmoins dignes, ou comme des « pourrissoirs », des charniers pour ceux qui, par manque de moyens ou par sanction, n'accédaient pas à l'honneur d'une sépulture[2097] ? Selon l'interprétation retenue, les conclusions que l'on peut tirer du statut des fosses communes sont différentes : les charniers, dénués de toute protection, n'auraient pas concerné que les condamnés à morts ou les esclaves malmenés par leurs maîtres mais plus largement tous les Romains n'ayant pas les moyens de s'assurer une sépulture individuelle ou

[2091] La hiérarchie sociale était de toute façon symbolisée au-delà de la mort par la pratique, parfois observée, du regroupement des tombes des notables dans un même secteur du cimetière : Ch. PILET et A. LEDUC-LE-BAGOUSSE, « Les vivants et les morts en Gaule romaine », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 17.

[2092] Le Digeste semble ainsi retenir l'opinion d'ARISTON, sous-entendant peut-être qu'il en existait d'autres, contraires : *D*. XI, VII, 2.

[2093] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », art. cit., p. 184 ; E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale*, *op. cit.*, p. 254 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne, op. cit.*, p. 63 ; J. PICON, *Organisation et compétence du collège des pontifes*, th. Poitiers, 1883, p. 54 ; F. de VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Guiffré, Milan, 1963, p. 53 ; G. de ROBILLARD de BEAUREPAIRE, *Du culte des ancêtres chez les Romains, dans ses rapports avec le droit privé,* th. Caen, 1890, p. 47.

[2094] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne, op. cit.,* p. 38.

[2095] V. E. TEYSSIER, *La mort en face. Le dossier gladiateurs*, Actes sud, 2009, p. 445.

[2096] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, RHD, 1924, p. 51, nbp 3.

[2097] Pour un résumé de la controverse v. M. DUCROZ, « Le juriste romain et la mort », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 184, nbp 73.

une place en *columbarium*. Dans ce cas, on assisterait à une véritable exclusion *post mortem*, preuve que la qualification de *res religiosa* était loin de constituer une protection universelle.

2) Sacralité et exclusion politique et religieuse

545. La mythologie romaine nous apprend que les Romains craignaient d'être laissés sans sépulture après leur mort ; un passage de l'Énéide décrit ainsi les âmes sans sépultures, incapables de franchir le Styx[2098]. La privation de sépulture était donc à Rome une sanction particulièrement rude[2099]. Notons que par « absence de sépulture », les Romains comprenaient, comme nous l'avons déjà mentionné[2100], non seulement l'absence d'inhumation ou de crémation mais plus largement toute mise en sépulture non accompagnée des rites appropriés. Cette exclusion des corps a perduré à Rome tout au long de son histoire, pour des raisons religieuses **(a)** ou politiques **(b)**.

a) Les corps craints : exclusion « religieuse »

546. Fondements religieux de l'exclusion. Une donnée importante des croyances de la Rome païenne est que le sort des âmes n'est pas lié à la valeur des actions menées durant leur vie, conception chrétienne de la vie après la mort. Leur devenir était au contraire directement lié à la façon dont le corps était mort[2101]. Les auteurs antiques distinguent ainsi « bonne » et « mauvaise mort »[2102] cette dernière étant liée à la croyance en l'existence de la magie[2103] et en

[2098] *Ceux que tu vois chassés loin du vaisseau*
Sont les pauvres chétifs dénués de tombeau.
Ce Nocher est Caron. Ceux qu'il guide en sa nasse
Au repos du cercueil ont pris heureuse place.
Et n'est permis à lui de transporter les morts
Si leurs mânes n'ont eu l'honneur de la sépulture.
Ils errent vagabonds par le cours de cent ans
À l'entour de ces bords voletant tristement...
Énéide Livre VI – trad. Marie de Jars de Gournay - 1641
V. aussi R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne, op. cit.*, p. 7 et s. ; *Le Satyricon de T. PETRONE*, commentaire de J.N.M de GUERLE, t. 2, Bibliothèque Latine-Française, vol. 60, éd. C. L. F. Pancoucke, 1835, p. 353.
[2099] On peut voir dans cette crainte une proximité avec la civilisation grecque : le mythe d'Antigone en est une manifestation flagrante v. SOPHOCLE, *Antigone*, J. BOUSQUET et M. VACQUELIN (trad.), Librio Théâtre, 2005 ou P. MAZON (trad.), Livre de poche Classique, 1991.
[2100] *Supra* n° 540.
[2101] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, RHD, 1924, p. 40.
[2102] Sur la notion de « bonne mort », v. V.M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 54 et s.
[2103] M. LE GLAY, « La magie et la mort », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 245-248 ; J.-M. ANDRE, *La médecine à Rome*, Tallandier, 2006, p. 49 s.

la réalité des interventions divines sur Terre[2104]. Ainsi, certaines morts pouvaient paraître suspectes et entraîner une mise à l'écart des cadavres. Les morts étaient alors privés non pas de sépulture mais de « bonne sépulture », c'est-à-dire des rites funéraires. On compte parmi ces types de décès les morts violentes[2105] ou les morts qui semblent être dues à des décisions divines[2106]. Attardons-nous sur deux points : les suicides et les morts prématurées – *immaturus finis* – dans la mesure où elles sont symptomatiques des hiérarchies instaurées entre les corps.

547. La crainte des enfants morts. Les morts avant l'heure comprenaient les enfants et les femmes mortes en couches[2107]. Si nous ne possédons pas de détail sur les funérailles accordées à ces dernières[2108], le sort des enfants était en revanche clairement établi par le *jus pontificum*. Il est cependant difficile d'établir un tableau net de ce que pouvaient être les funérailles des enfants, car il semble que l'attitude de la société romaine ait sur ce sujet considérablement évolué au cours de l'Histoire, accordant progressivement une attention plus importante au décès des plus jeunes[2109].

Cependant, il semble possible de dire que, quel que soit leur âge, les enfants étaient le plus souvent inhumés[2110] de nuit[2111] et les cérémonies étaient réduites au minimum[2112]. Si l'enfant

---

[2104] E. JOBBÉ-DUVAL*, Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains, op. cit.,* p. 20

[2105] Sur les personnes assassinées : E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains, op. cit.*, p. 80 et s. Sur les soldats morts au combat et inhumés de façon collective : V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 55.

[2106] En particulier sur les foudroyés : F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains*, éd. Giuffré, Milan, 1963, p. 50 ; R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op. cit.*, p. 13 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi, op. cit.*, p. 47 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 84.

[2107] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 54 et s.

[2108] La situation était cependant courante. V. D. GOUREVITCH, « La mort de la femme en couches et dans les suites de couches », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), 1987, p. 187-193 ; P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *Latomus, Revue d'études latines*, Bruxelles, 1999, p. 15 et s.

[2109] J.-P. NERAUDAU, « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 195 et s.

[2110] Il semble que la crémation leur ait été interdite avant qu'ils aient leurs dents : P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012, p. 58 ; J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, Realia/Les Belles Lettres, 2008, p. 375 et in « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants ». In *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 196. ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 59 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, *op. cit.,* p. 47. Cependant, pour des traces archéologiques d'enfants laissés sans sépulture v. I. RODET-BELARBI et I. SEGUY, « Des humains traités comme des chiens », *Techniques & Culture* [En ligne], 2013-60, mis en ligne le 19 juin 2016. Disponible sur : http://tc.revues.org/6864 [consulté le 13 nov. 2016].

[2111] F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains*, éd. Giuffré, Milan, 1963, p. 35.

[2112] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 59 ; J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 186 ; J.-P.-NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, Realia/Les Belles Lettres, 2008, p. 376 et, du même auteur, « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 197 et s. ;

avait plus de neuf jours et moins de quarante, il pouvait être simplement inhumé sous l'auvent de la maison[2113], mais il est possible que cette tradition ne se soit pas prolongée très au-delà de la Loi des XII Tables, du moins dans les villes[2114]. Les corps des enfants plus grands étaient sans doute placés dans de véritables tombeaux, avec ceux des adultes[2115] (en fonction, bien sûr, du statut social de leurs parents). Les funérailles accordées aux jeunes enfants ont pu être, plus largement, appliquées aux enfants morts avant leurs parents[2116]. P. BOYANCÉ explique cette possible assimilation par le fait qu'« *ils sont, par rapport à leur père, au rang d'un esclave et que, si* [de véritables funérailles étaient pratiquées] *la famille serait souillée* »[2117]. Cette cérémonie, dite *funus acerbum,* était donc considérée comme une « *précaution destinée à éviter une souillure* »[2118], preuve d'un traitement différencié des corps morts en fonction de l'investissement social dont avaient bénéficié les vivants. C'est une logique différente qui préside au traitement des cadavres des suicidés.

548. L'ambivalence du traitement des suicidés. Les différentes écoles de pensée de la Rome antique ont porté sur le suicide des regards contrastés[2119]. Si se suicider n'était pas systématiquement un acte répréhensible, les motivations – plus ou moins « futiles » – ou la façon de procéder – plus ou moins « hygiénique »[2120] – étaient déterminantes dans l'acceptation morale de l'acte. Sur le plan juridique, les auteurs sont partagés. Certains, s'appuyant sur les *libri pontificales*, affirment que tous les suicidés étaient privés de funérailles[2121] ; d'autres considèrent qu'une distinction doit être opérée, comme le suggérait la tradition stoïcienne, entre

V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 137. Le deuil des enfants était également plus court que celui des adultes, du moins lorsque la mort était intervenue avant l'âge de dix ans : E. JOBBÉ-DUVAL, *ibid*, p. 59 ; J.-P. NERAUDAU, « La loi, la coutume et le chagrin », art. cit., p. 196-197.

[2113] J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, *op. cit.*, p. 375 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants, op. cit.*, p. 59.

[2114] J.-P. NERAUDAU, « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants », art. cit., p. 196. La pratique explique cependant probablement la sous-représentation des tombes d'enfant dans les nécropoles : Ch. PILET et A. LEDUC-LE-BAGOUSSE, « Les vivants et les morts en Gaule romaine », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, acte du colloque tenu à Caen du 20 au 22 nov. 1985, F. HINARD (dir.), *op. cit.*, p. 17

[2115] Ch. PILET et A. LEDUC-LE-BAGOUSSE, « Les vivants et les morts en Gaule romaine », art. cit., p. 17.

[2116] J.-P. NERAUDAU, « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants », art. cit., p. 200.

[2117] P. BOYANCÉ, « *Funus acerbum* », in *Études sur la religion romaine*, École Française de Rome, Rome, 1972, p. 77.

[2118] *Ibid.*, p. 79. V. cet article en général pour plus de détail sur la pratique.

[2119] P. VEYNE, *Sexe et pouvoir à Rome,* Points, 2005, p. 109 et s. ; J.-M. ANDRE, *La médecine à Rome*, Tallandier, 2006, p. 605 et s.

[2120] J.-M. ANDRE, *La médecine à Rome*, Tallandier, 2006. p. 459

[2121] A. LECA, « *Corpus defuncti*. Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », art. cit. p. 465 ; Th. MOMMSEN et J. DUQUESNE, *Le droit pénal romain*, Manuel des antiquités romaines, vol. 1., éd. A. Fontemoing, 1907 ; J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit*, éd. Larosse, 1880, p. 9.

les suicidés par désespoir, privés de sépultures, et ceux qui avaient accompli leur acte par courage[2122]. Enfin, un certain nombre d'auteurs affirment que c'est plus spécifiquement le mode d'exécution de l'acte qui déterminait le sort du corps mort[2123], les pendus, en particulier, étant privés de funérailles[2124]. Une situation cependant fait consensus entre les auteurs : celle des personnes qui se sont suicidées pour échapper à une condamnation à la peine capitale et à la confiscation des biens qui s'ensuivait[2125]. Cette pratique fut violemment réprimée, les corps de ces suicidés étant alors traités comme ceux des suppliciés[2126]. Ici, ce n'est pas tant le statut social de la personne qui est signifié dans le traitement de son corps que le jugement porté sur sa mort, comme violation d'un ordre social, religieux ou juridique. Comme pour les condamnés, le sort réservé au cadavre est alors message pour les vivants.

b) Les corps suppliciés : exclusion politique

549. Le traitement du cadavre : entre violence privée et politique publique. Priver de sépulture les condamnés à mort est une pratique qui semble avoir eu cours en Grèce[2127] autant

[2122] R. VAN der MADE, « Une page de l'histoire du droit criminel. La répression du suicide », *Revue de droit pénal et de criminologie,* 1948, p. 22-23 ; P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*. *op. cit.*, p. 97-98 ; J. JEANNEL, *Répression légale du suicide. Proposition de consacrer aux études anatomiques les cadavres des suicidés*, Librairie J-B Bailliere et fils, 1879, p. 8. Pour une illustration de la façon dont le suicide est utilisé comme alternative à la peine capitale v. J.-L. VOISIN, « Du meurtre au suicide et du suicide au meurtre : crimes et ordre moral à l'époque de Néron », in *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XX^e siècle,* B. GARNOT (dir.), Editions universitaires de Dijon, 1994, p. 129 (v. not. p. 132 sur le fait que le suicide, contrairement à l'exécution, ne conduisait pas à la privation de sépulture).

[2123] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, 2000 pour la version française, p. 129-130.

[2124] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 18 ; P. VEYNE, *Sexe et pouvoir à Rome,* Points, 2005, p. 133 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains,* RHD, 1924, p. 77-78. Cette distinction s'appuierait sur l'horreur particulière qu'aurait suscitée le fait de mourir sans contact avec la terre : E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique,* Albin Michel, 2000 pour la version française, p. 172 et s.

[2125] J.-M. ANDRÉ, *La médecine à Rome*. Tallandier, 2006, p. 521 et 605-606 ; V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 82. On en trouve la trace sous les principats de Tibère, Trajan, Hadrien (E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 79), Antonin (M. DUCROZ, « Le juriste romain et la mort », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 148) et Gordien (A. LECA, « Corpus defuncti. Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », art. cit., p. 466, not. nbp 73).

[2126] R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. op. cit.*, p. 14. Évoquant cette pratique et soulignant que le droit romain ne connaissait pas formellement de procès contre les cadavres v. aussi L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* t. 1 éd. Jacques Dalin, 1667, V° *Cadavre*, p. 407, 1^re colonne. Notant aussi l'absence de peine corporelle *post mortem* à Rome v. P. AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, éd. Jean Caffin et F. Plaignard, Lyon, 1652, p. 119-120.

[2127] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, Paris, 2000 pour la version française. p. 36.

qu'à Rome. Dans certains cas fait d'une vengeance privée, l'abandon du corps mort relevait cependant le plus souvent d'une décision de la puissance publique.

550. La vengeance était à Rome une forme de justice privée fort répandue[2128]. Si elle s'exerce sur l'auteur des faits vivant, elle peut parfois s'appliquer à son cadavre. Bien que de multiples fois interdit à partir du Bas-empire[2129], le paiement sur le cadavre de son débiteur ou la rétention du corps jusqu'au paiement de la dette peut aussi avoir existé[2130] en droit romain. Dernière possibilité : l'abandon noxal. Le *paterfamilias* ou le maître d'un esclave[2131] pouvait, au lieu de payer l'amende qu'il devait à la victime d'un délit commis par un de ses subordonnés, livrer le corps mort de celui-ci[2132].

551. Les cas de mise à mort par décision publique témoignent que la privation de sépulture pouvait constituer, pour la société romaine, un véritable outil d'exemplarité pour les vivants ou, plus symboliquement, une exclusion ostentatoire des corps du champ social. Le fait que les suppliciés soient privés de sépulture en droit romain semble faire consensus[2133]. Cette peine complémentaire à la condamnation à mort n'était pas systématiquement appliquée : il était toujours possible aux juges d'en dispenser le condamné[2134].

552. La violence sur le corps mort : peine ou exemplarité ? Il est difficile d'analyser la pratique de la privation de sépulture sans qu'interfère notre regard contemporain : le corps exposé servait-il d'exemple dissuasif ou cette privation de sépulture était-elle véritablement vue comme une peine complémentaire ? Les croyances de la Rome païenne dessinent un au-delà où les âmes conservent éternellement la forme qu'avait le corps au moment du décès[2135] : les mutilations des cadavres étaient donc particulièrement graves, non seulement parce qu'elles

---

[2128] J.-M. CARBASSE. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2e éd., PUF, 2006, p. 68 et s. ; E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome.* art. cit., p. 175.
[2129] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. ». art. cit. p. 464-465 not. nbp 55 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains,* RHD, 1924, p. 293 et s.
[2130] Bien que la possibilité de jeter le cadavre de son débiteur aux chiens ou de le découper eût été prévue par la loi des XII Tables (V. E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 289), certains auteurs émettent des doutes quant à la réalité de la pratique. V. A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », art. cit., p. 464, not. nbp 51.
[2131] Le concept existait également en droit athénien classique : L. GARET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*. Sirey, 1955, p. 156. Et en droit hellénistique : J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Droit grec d'Alexandre à Auguste*, t.1, ΜΕΛΕΤΗΜΑΤΑ 66, Athènes, 2011, p. 357.
[2132] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 69 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 312.
[2133] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 64 et s. ; A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. ». art. cit. p. 465 ;
[2134] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 69 et s.
[2135] *Ibid.*, p. 11.

empêchaient le mort de recevoir une sépulture décente mais également parce qu'elles le condamnaient à la mutilation éternelle. C'est sans doute pourquoi on trouve peu d'exemples de condamnations à des mutilations *post mortem* à Rome[2136], en dehors des corps des ennemis tués au combat[2137]. Différence notable avec la Grèce où la mutilation des corps affaiblissait, pensait-on, le pouvoir malfaisant des esprits après la mort et était donc plus régulièrement pratiquée[2138]. Il semble aussi qu'une vision duale du destin de l'âme après la mort ait représenté la personne décédée à la fois aux Enfers, en compagnie des autres âmes, et à l'intérieur de son corps mort, sensible à ce qui l'entourait ou la tourmentait[2139]. On peut donc avancer l'idée que la privation de sépulture n'avait pas uniquement une visée exemplaire. De fait, l'exemplarité n'est véritablement devenue un objectif du droit pénal qu'à partir du Bas-Empire[2140]. La peine de privation de sépulture a donc pu être à la fois peine, outil d'exclusion sociale et instrument d'exemplarité.

553. Modes d'exécution et privation de sépulture. Les types d'exécution capitale étaient fort variés en droit romain[2141] et s'il paraît acquis que la plupart des condamnés se voyaient privés de sépulture, cette pratique ne s'exprimait pas toujours de la même manière. Certaines peines s'accompagnaient systématiquement d'une exposition du cadavre. En premier lieu, la crucifixion, exécution réservée aux esclaves[2142] et, à l'époque impériale, aux *humiliores*[2143], qui disparaît avec l'avènement du christianisme[2144]. Dans ce cas, le corps est laissé à pourrir sur la croix[2145]. L'aspect politique de cette peine, appliquée uniquement aux

[2136] Sur une nuance en fonction du mode de condamnation à mort v. A. ALLÉLY, « Le traitement du cadavre de Cicéron et sa signification (La décapitation et l'amputation de la main droite) », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014, p. 100.
[2137] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique.* Albin Michel, 2000 pour la version française. p. 153 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants*. *op. cit.*, p. 45-47 et 66.
[2138] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome, op. cit.*, p. 23. V. cependant pour une nuance, sur la présentation des mutilations des cadavres des ennemis vaincus comme une pratique réservée au Barbares J.-B. BONNARD, « Le traitement du corps des ennemis vaincus chez Hérodote », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, *op. cit.*, p. 25 et, dans le même ouvrage, Y. MULLER, « La mutilation de l'ennemi en Grèce classique : pratique barbare ou préjugé grec ? », p. 41. Pour un parallèle intéressant sur l'attribution des pratiques violentes à « l'autre » v. J.-M. SEILLAN, « Le *gore* colonial. Aspects du corps supplicié dans la littérature d'aventure africaine à la fin du XIX^e^ siècle », in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 263.
[2139] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 3 ; A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », *art. cit.*, p. 464.
[2140] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 70 et s.
[2141] V. E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome, op. cit.*.
[2142] V. spéc. Th. SELLIN, « Esclavage et peines dans la Rome antique », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel,* éd. Pédone, 1980, t. 2, p. 437.
[2143] G. CRIFO et J.-M. CARRIÉ (trad. M. HUMBERT), V° *Honestiores/humiliores*, in *Dictionnaire de l'Antiquité,* J. LECLANT (dir.), PUF, 2^e^ éd., 2011.
[2144] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome, op. cit.*. p. 178 et s.
[2145] Par opposition à la tradition juive qui se manifeste dans l'épisode de la crucifixion de Jésus, v. J. SCHMIDT,

personnes de basse condition, nous incite à penser que l'humiliation de la privation de sépulture n'est pas le seul fondement de ce surplus de supplice. L'épisode historique des compagnons de Spartacus, crucifiés par centaines le long de la voie Apia[2146] autorise à penser qu'une part d'exemplarité inspirait cette exposition des corps mais aussi, comme l'écrit Jean-Christian DUMONT, qu'*« il s'agit d'une expulsion »*[2147].

Même signification dans l'exposition des corps des condamnés à l'étranglement pour des crimes politiques, exposés trois jours sur l'escalier aux Gémonies avant d'être jetés dans le Tibre[2148]. Cette pratique d'exposition des corps a, semble-t-il, été particulièrement utilisée lors de périodes politiquement troublées, notamment à l'égard des opposants au pouvoir en place[2149]. Cette idée est confortée par le fait qu'à la période impériale, les coupables de lèse-majesté pouvaient même être condamnés *post mortem*, malgré l'opposition de principe du droit romain à cette pratique[2150]. Les autres corps suppliciés, dont l'exécution n'impliquait pas une privation de sépulture spécifique, étaient semble-t-il abandonnés au champ Esquilin[2151]. C'est là, sans doute, que se servaient les médecins qui recherchaient des corps destinés à la dissection, pratique normalement prohibée à Rome[2152]. En dehors de Rome, leur sort reste flou et il y a fort à parier que, comme en Grèce[2153], ils finissaient dans les fosses communes, où ils rejoignaient les plus pauvres, marquant ainsi une double hiérarchisation des cadavres.

Vie et mort des esclaves dans la Rome antique, Albin Michel, 2003, p. 80.

[2146] Sur les origines et les conséquences de cette révolte c. E. TEYSSIER, *La mort en face. Le dossier gladiateurs*, Actes sud, 2009, p. 35 et s.

[2147] J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985, Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 182.

[2148] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 68 ; A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien », art. cit., p. 465

[2149] A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. ». *art. cit.,* p. 465 ; V. M. HOPE, *Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome*. ed. Continuum, Londres/New-York, 2009. p. 62 ; A. ALLÉLY, « Le traitement du cadavre de Cicéron et sa signification (La décapitation et l'amputation de la main droite », art. cit., p. 100.

[2150] J. BREGEAULT, « Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit », éd. Larosse, 1880, p. 9 ; A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », art. cit., p. 465. ; M. DUCROZ, « Le juriste romain et la mort ». In *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 151.

[2151] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. op. cit.*, p. 65 ; A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », *art. cit.*, p. 465.

[2152] H.C.D. de WIT, *Histoire du développement de la biologie, vol. 1*, PPUR Presses de Polytechnique, 1992, p. 95 et 105 ; les dissections humaines ont parfois été pratiquées durant l'Antiquité mais plutôt à Alexandrie : D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes,* éd. Métailié, 2008, p. 35 et s. ; R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident,* Seuil, coll. L'univers historique, 2003, p. 19 ; J. PIGEAUD, « La question du cadavre dans l'antiquité gréco-romaine », *Micrologus,* 1999, VII, p. 45.

[2153] E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. op. cit.*, p. 36 ; J.-Chr. COUVENHES, « L'exposition d'un condamné afin que mort s'ensuive : *apotympanismos* et *anastaurosis* dans le domaine militaire grec antique », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, art. cit., p. 30.

554. Conclusion du §1. La qualification de chose religieuse, apposée par le droit romain aux sépultures, et la protection que leur apportait ce statut, ne doivent pas être vues comme un enregistrement, dans le droit, d'une sacralité *du corps*. Le statut de chose sacrée est *accordé* par le droit à *certaines* sépultures. Les conditions d'accession à cette qualification indiquent non seulement une influence majeure des rites d'accession à la protection mais conduisent aussi, de fait, à ce que les distinctions sociales *entre les personnes* se prolongent dans le traitement des cadavres. Le corps mort est alors l'outil du prolongement de hiérarchies sociales : statut d'esclave, situation religieuse « inquiétante », position de condamné à mort, etc. La pensée chrétienne portera un autre regard, à la fois sur le corps mort et sur la notion de sacralité. Il ne sera pas moins porteur d'exclusions.

§2. Le sacré chrétien : une notion hiérarchisante

555. La notion de sacralité attachée aux sépultures a pu se perpétuer dans la pensée chrétienne, mais elle change de nature. La façon de considérer le corps mort se modifie considérablement à cette période **(A)**. La notion juridique de « chose sacrée » s'en trouve transformée mais n'en permet pas moins un usage hiérarchisant **(B)**.

A. La pensée chrétienne du corps mort : renouveau théorique
B. La mutation de la notion de « chose sacrée » : renouveau juridique

A. La pensée chrétienne du corps mort : renouveau théorique

556. La pensée chrétienne des premiers siècles concernant le corps mort est contre-intuitive par rapport à l'imaginaire de protection du corps induite par la notion de résurrection. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les pratiques funéraires adoptées par les premiers chrétiens, qui préférèrent l'inhumation à la crémation, n'ont pas été dictées par leur croyance en la résurrection des corps[2154]. Cet aspect est capital pour comprendre que le droit canonique ne protègera pas plus le corps pour lui-même que ne le faisait le droit romain.

[2154] *Contra* : X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 9 décembre 2009 », *JCP G.* 2009, n° 4, act. 34 : « *la disparition intégrale de toute trace de l'individu, peu compatible avec la pensée de ceux qui croient en la résurrection de la chair* » ; I. CORPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. fam.* 2009, n° 3, étude 19 : « *le respect dû aux morts, l'attente de la résurrection de la chair et le culte de la mémoire des disparus ont longtemps freiné le développement de la crémation* ».

557. Le choix de l'inhumation des corps semble avoir été en premier lieu une prise de position politique ; la chrétienté se démarquant ainsi de la société romaine. Cette pratique n'est en effet pas particulièrement préconisée par les textes bibliques[2155]. Piotr KUBERSKI estime que *« l'attachement des chrétiens à l'inhumation n'est pas fondé sur des raisons théologiques ou scriptuaires, mais sur le respect du corps »*[2156]. TERTULLIEN dénonce ainsi la crémation comme n'étant que la reproduction *post mortem* du supplice du feu souvent infligé aux esclaves. Choisir l'inhumation, c'est donc non seulement se détacher des mœurs romaines mais aussi prendre, symboliquement[2157], le parti des plus humbles[2158].

Mais ce refus de la crémation va rapidement susciter des critiques de la part des auteurs païens qui y voient un lien avec les convictions pythagoriciennes de l'époque selon lesquelles une partie de l'âme demeurait dans le corps après la mort[2159]. Ces critiques ont été d'autant plus virulentes que les Pères de l'Église ont très rapidement affirmé que la résurrection christique était une résurrection « matérielle ». En effet, contre la gnose, le docétisme et le manichéisme, les Pères de l'Église ont dû abandonner la présentation populaire de la résurrection comme une victoire du Christ sur la mort après sa descente aux Enfers[2160]. Dès le II^e^ siècle, les auteurs chrétiens affirment que le Christ est « charnellement » ressuscité, dans un corps « vraiment

[2155] Le judaïsme antique pratiquait l'inhumation le temps de la décomposition du corps puis collectait les ossements et les rassemblait dans des ossuaires. On a pu y voir la marque d'une croyance ancienne en la résurrection des corps : Cl. SETZER, Resurrection of the Body in Early Judaism and Early Christianity. Doctrine, Community and Self-Definition*,* Brill Academic Publishers. Boston/Leiden, 2004, p. 117 et s.

[2156] P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012, p. 133.

[2157] Le christianisme antique n'a jamais remis en cause le principe et la pratique de l'esclavage : R. LANE FOX, *Païens et chrétiens. La religion et la vie religieuse dans l'empire romain de la mort de Commode au concile de Nicée*, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997 pour la version française. p. 306 et s. ; J. SCHMIDT, *Vie et mort des esclaves dans la Rome antique,* Albin Michel, 2003, p. 8-9 ; P. BONNASSIE, *Les 50 mots clefs de l'Histoire médiévale*, Bibliothèque historique Privat, Toulouse, 1988, p. 73.

[2158] Sur la pratique de l'inhumation par les plus pauvres v. E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains,* RHD, 1924, p. 8-9. Plus généralement sur leurs pratiques funéraires : R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, préc. p. 38 et s. ; V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009, p. 65-66 ; J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 186 ; J.-P. NERAUDAU, « La loi, la coutume et le chagrin. Réflexions sur la mort des enfants », *ibid,* p. 204.

[2159] P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, *op. cit.*, p. 32.

[2160] R. WINLING, *La Résurrection et l'Exaltation du Christ dans la littérature de l'ère patristique,* éd. Cerf, 2000, p. 156 et s. Sur les variations doctrinales du début du christianisme v. M. de FONTETTE, « Les déviations doctrinales des deux premiers siècles de l'Église », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 193.

humain »[2161]. Les auteurs païens[2162] raillent alors l'idée de résurrection des chairs, dénoncée comme défiant la raison[2163].

558. Face à ces critiques, les auteurs chrétiens, notamment AUGUSTIN, vont affirmer leur conviction que le corps mort est dénué de toute sensation et que son accession à la résurrection est indifférente aux atteintes qui peuvent lui être portées[2164]. Ces affirmations ont un triple objectif. Un but politique tout d'abord : en affirmant que le corps est insensible après sa mort, le christianisme prend le contre-pied des croyances de la société romaine[2165]. Un but théologique ensuite : la croyance en la résurrection d'un « *corps glorieux* »[2166], débarrassé de ses difformités, indifférent à tout ce qui a pu lui être infligé, est une illustration de la toute puissance divine, qui distingue le christianisme des convictions religieuses romaines[2167]. Enfin, affirmer l'indifférence de l'état du corps dans l'accession à la résurrection pouvait apaiser les craintes des premiers chrétiens, encore imprégnés de convictions païennes, face aux supplices infligés aux martyrs et à la destruction de leurs corps[2168]. De cette conception découle une définition plus précise de la mort : la séparation de l'âme et du corps. C'est cette définition, portée par TERTULLIEN[2169], qui dominera la vision chrétienne du corps mort durant le premier millénaire du christianisme[2170].

[2161] Cl. SETZER, Resurrection of the Body in Early Judaism and Early Christianity. Doctrine, Community and Self-Definition. Brill Academic Publishers, Boston/Leiden, 2004, p. 133 et s. ; R. WINLING, *La Résurrection et l'Exaltation du Christ dans la littérature de l'ère patristique,* éd. Cerf, 2000, p. 116 et s. et 168 et s.

[2162] Cl. SETZER, Resurrection of the Body in Early Judaism and Early Christianity. Doctrine, Community and Self-Definition. *op. cit.*, p. 99 et s.

[2163] P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation, op. cit.*, p. 140 et s.

[2164] AUGUSTIN, De cura pro mortuis gerenda, cité par P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012, p. 56 ; M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Aubier, coll. Historique, 2005, p. 47 ; J. MESMIN d'ESTIENNE, *L'État et la mort,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, n° 74 : « *l'Église catholique consacre une vision duale du corps défunt* ».

[2165] V. *supra* n° 552.

[2166] B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 181.

[2167] J. SCHEID, *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, éd. Aubier, 2005, p. 279 : « *dans ce système religieux, le rôle des hommes ne réside pas dans la contemplation spirituelle du mystère de Dieu.* » ; R. LANE FOX, *Païens et chrétiens. La religion et la vie religieuse dans l'empire romain de la mort de Commode au concile de Nicée*, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997 pour la version française, p. 105.

[2168] P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation, op. cit.*, p. 160 et s. ; seul Cyrille de JÉRUSALEM semble avoir pris acte de ces croyances populaires dans ses écrits théoriques puisqu'il écrit, au IV^e^ siècle : « *Mais si, d'après toi, il n'y a pas de résurrection des morts, sur quoi te baser pour condamner les détrousseurs de cadavres ? Car si le corps est anéanti et si la résurrection est une illusion, pourquoi le détrousseur de cadavre fait-il l'objet d'un châtiment ? Tu le vois, tes lèvres ont beau la nier, il reste chez toi un sens indélébile de la résurrection.* », in *Catéchèses baptismale et mystagogiques*, traduites et présentées par J. BOUVET, éd. Soleil Levant, Namur, 1962, p. 425.

[2169] in *De anima, 51, 2*. V. P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation, op. cit.*, p. 132 ; J. PIGEAUD, « La question du cadavre dans l'antiquité gréco-romaine », *Micrologus,* 1999, VII, p. 55.

[2170] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours.* Seuil, 1975, p. 137. Cette

Ainsi, même si le « droit romain chrétien » de l'Antiquité tardive a pu conserver un temps la qualification de « chose religieuse » pour les sépultures[2171], cette qualification relevait moins de l'affirmation d'une place particulière accordée au corps mort par la nouvelle religion que de « *l'idée que les problèmes liés à l'ancrage des pratiques religieuses se situaient sur un autre champ, investi par le droit* »[2172]. Le sacré est toujours juridique, non ontologique.

B. La mutation de la notion de « chose sacrée » : renouveau juridique

559. La sacralité des sépultures est d'abord construite par le christianisme comme une notion « globale » et non plus attachée à une tombe en particulier **(1)**. Cela n'empêchera pas la reconstitution progressive de hiérarchisations sociales dans la mort **(2)**.

1) Les premiers temps du christianisme : une nouvelle perception de la sacralité

2) Le réinvestissement de la mort par l'Église : le retour des hiérarchies entre corps morts

1) Les premiers temps du christianisme : une nouvelle perception de la sacralité

560. Afin de comprendre la façon dont la nouvelle notion de chose sacrée, élaborée par le droit canonique, a conduit à la reconstitution de hiérarchies entre les corps, il faut en comprendre les écarts avec la notion romaine. La tripartition romaine chose sacrée/chose sainte/ chose religieuse, présente dans les tout premiers temps des écrits chrétiens, disparaît vers le VI^{e} siècle[2173]. Les funérailles ne sont pas immédiatement investies par l'Église[2174] qui ne prend que progressivement la place d'intermédiaire entre morts et vivants qu'elle occupera durant les siècles suivants[2175]. Cela ne signifie pas pour autant que la croyance religieuse, chrétienne, n'ait pas, bien avant cette date, tenu une place considérable dans les modes de sépulture. Comme le note Jacqueline MOREAU-DAVID, *« la mort, dans l'ancien temps, est comme aujourd'hui un phénomène inéluctable, mais c'est avant tout une étape religieuse de la vie. On ne peut dissocier*

position ne serait d'ailleurs pas sans influence sur le débat portant sur le commencement de la vie : Ph. CASPAR, *L'embryon au II^{e} siècle*, L'Harmattan, coll. religion et spiritualité, 2002. p. 98.

[2171] J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété,* Ellipses, 2009, n° 95.

[2172] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. op. cit.*, p. 95.

[2173] *Ibid.*, p. 95.

[2174] Durant les premiers siècles du christianisme, l'Église ne semble s'investir que dans l'inhumation des plus pauvres : *Ibid.*, p. 40.

[2175] D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII^{e}-XIII^{e} siècle)*, Aubier, coll. Historique, 1997, p. 196 ; P. GEARY, « Échanges et relations entre les vivants et les morts dans la société du haut Moyen-Âge », *Droit et culture*, 1986, p. 3-14, spéc. p. 11 et s. : l'auteur décrit la façon dont l'Église s'est assuré ainsi un certain pouvoir, tant « *le souci de déterminer la place des défunts dans une société donnée peut avoir pour but de préserver l'ordre et la stabilité d'un système social* ».

l'aspect juridique de l'aspect religieux »[2176]. La conception de la protection du corps mort évolue cependant très sensiblement à cette période.

561. Dès les IV^e^-V^e^ siècles, on constate que la proximité au corps d'un saint, considérée comme protectrice, revêt une importance croissante[2177] dans le choix du lieu de sépulture[2178]. Les nécropoles hors des murs des villes sont progressivement remplacées, vers le VIII^e^ siècle, par des sites plus proches des lieux de culte[2179]. Si le marquage de l'emplacement de la tombe subsiste[2180], son individualisation semble dans un premier temps disparaître[2181] : ce n'est plus nécessairement la sépulture personnelle qui est recherchée mais l'aura protectrice des reliques. Les corps s'entassent alors dans les lieux consacrés[2182], jusque dans les églises. *« On enterrait partout »* souligne Philippe ARIÈS, qui fait valoir que le concept de tombeau individuel inviolable n'a alors pas de consistance[2183] : tombes comme fosses communes sont régulièrement réutilisées, puis plus tardivement, vidées et les os recueillis dans des ossuaires[2184]. Seul importe pour le croyant que ses os demeurent dans l'enceinte sacrée de l'église[2185] puisque l'idée d'une séparation nette de l'âme et du corps n'est pas totalement admise par les fidèles durant le premier millénaire[2186]. En ce sens, on peut considérer qu'il y eut, un temps, une forme d'uniformité dans le traitement et la considération des corps morts par la pensée chrétienne.

[2176] J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D,* 2000, p. 266-1.
[2177] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière, op. cit.*, p. 27.
[2178] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, coll. Pluriel, Hachette,2010, p. 155 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente,* th. Paris, 1933, éd. Domat-Montchrestien, p. 2 ; Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours,* Seuil, 1975, p. 26.
[2179] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. op. cit.*, p. 27-28. Cette évolution ne semble pas avoir procédé d'une volonté ecclésiastique mais bien, dans un premier temps, d'un mouvement populaire : J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993, p. 226.
[2180] J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993, p. 336 et s.
[2181] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975, p. 41.
[2182] En contravention avec la loi salique qui proscrivait la superposition des tombes : J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », art. cit., p. 233 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente,* th. Paris, 1933, éd. Domat-Montchrestien, p. 33.
[2183] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière, op. cit.*, p. 9.
[2184] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours, op. cit.,* p. 27 à 29 ; D. ALEXANDRE-BIDON date les premiers ossuaires du XII^e^ siècle mais considère que ce phénomène s'accentue au XIV^e^ : *La mort au Moyen Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 160. C'est à cette époque plus tardive que J. TARDIEU en observe les premières traces dans la région rhône-alpine : « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », art. cit., p. 235.
[2185] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 29 ; M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval*, F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.). *op. cit.*, p. 245.
[2186] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 137.

562. Ce manque de considération pour la conservation matérielle du corps semble en outre indiquer que, du moins dans une première période, ce n'est ni le corps ni la tombe qui revêtent juridiquement un caractère sacré mais l'ensemble de l'espace entourant les reliques. Cette sacralité était initialement liée à la seule proximité avec le corps saint[2187], puis, à l'époque carolingienne[2188], à l'intervention et aux prières des dignitaires de l'Église[2189]. La consécration des lieux de sépulture n'est de fait attestée qu'à partir des IV^e^-V^e^ siècles et n'est due qu'à la présence de reliques, nouvel objet de culte dont la sainteté irrigue les lieux alentour[2190], les corps inhumés bénéficient alors *« de la contagion locale du sacré »*[2191] mais, par opposition à la pratique païenne, n'apportent pas par eux-mêmes un caractère sacré à la tombe[2192]. Le caractère sacré du cimetière – plus que des corps qui y sont déposés ou de la tombe[2193] – est attesté par le fait que les conséquences juridiques de la sacralité en droit canonique (le droit d'asile notamment) ne sont attachées qu'au caractère *annexe* du cimetière par rapport à l'église[2194]. Par ailleurs, c'est bien le monnayage du droit de sépulture qui sera progressivement qualifié de simonie[2195] et non la vente des cadavres[2196] ou la patrimonialisation des reliques[2197] : le sacré médiéval est dans le rite[2198], non dans la matérialité du corps. Si certains corps sont spécialement distingués ce sont ceux des saints mais, là encore, non pas par nature mais par consécration.

[2187] Qui la tient elle-même de l'épreuve du martyr : P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation,* éd. Cerf, 2012, p. 166-167.
[2188] J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », art. cit., p. 227.
[2189] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. op. cit.*, p. 46 et s. ; intervention qui n'est pas sans rappeler celle des pontifes romains. V. *supra* n° 540.
[2190] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. op. cit.*, p. 56. V. aussi *Secrets de femmes. Le genre, la génération et les origines de la dissection humaine*, trad. H. QUINIOU, Les presses du réel, 2009 pour la version française, p. 18.
[2191] D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes*, éd. Métailié, 2008, p. 60.
[2192] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 45.
[2193] J.-Cl. SCHMITT, « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », *Les cahiers du centre de recherche historique [en ligne],* 9/1992, mis en ligne le 18 mars 2009, n° 3.
[2194] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. op. cit.,* p. 11 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 52.
[2195] « *volonté réfléchie d'acheter ou de vendre à pris temporel une chose spirituelle »* : *Le Petit Robert,* 2013, V° *Simonie.* J.-M. CARBASSE définit plus précisément cette notion comme « *trafic des dignités éclésiastiques* » et note qu'elle était considérée comme hérésie dès le XII^e^ siècle (J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 177). V. surtout A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 147.
[2196] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 56.
[2197] J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des travaux, Seuil, 1993, p. 31.
[2198] J.-Cl. SCHMITT, « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », art. cit. ; M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval, op. cit.*, p. 17.

563. Cette relative[2199] égalité primitive des fidèles dans la mort est cohérente avec l'indifférence au cadavre affichée par les pères de l'Église[2200] et avec l'idée que les chrétiens forment alors une véritable communauté appelée à renaître autour du Christ[2201]. Danièle ALEXANDRE-BIDON note ainsi *« en rassemblant les morts autour de leur église* […] *le christianisme médiéval affirme fortement l'appartenance des morts à la communauté des chrétiens et assure la cohérence sociale »*[2202]. C'est précisément cette idée d'inclusion ou non dans le groupe social qui fera du refus de sépulture chrétienne l'outil majeur de la ségrégation sociale des « indésirables ». Comme le note Didier LETT :

> *« au début du Moyen-Âge, selon la conception augustinienne, le devoir de sépulture n'est pas un acte religieux et n'est donc pas une obligation pour les vivants. L'exclusion du cimetière des non-chrétiens procède donc de la sacralisation de ce lieu* […] *qui se met en place au cours de l'époque carolingienne* »[2203].

Cette conception originelle d'égalité dans la mort[2204] ne tardera d'ailleurs pas à céder la place à de nouvelles manifestations de la hiérarchie sociale.

2) Le réinvestissement de la mort par l'Église : le retour des hiérarchies entre corps morts

564. Renouveau de la hiérarchie *post mortem.* Ce n'est véritablement qu'au XIII^e^ siècle que le clergé prend place dans les cérémonies funéraires. Cette étape marque le retour et l'accentuation d'une hiérarchie sociale des corps dans la mort, notamment par une réémergence des pratiques funéraires fastueuses[2205]. Philippe ARIÈS attribue ce phénomène à l'apparition d'une conscience de « *la mort de soi* »[2206] qui conduit à un renouveau progressif de l'individualisation des tombes[2207], au premier chef pour les plus riches[2208].

[2199] J. TARDIEU note cependant dès le Haut Moyen Âge une différenciation des qualités de sépultures suivant le statut social : « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », art. cit., p. 228.
[2200] V. *Supra* n° 556.
[2201] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 33-34.
[2202] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 239.
[2203] D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII^e^-XIII^e^ siècle)*, Aubier, coll. historique, 1997, p. 211.
[2204] Sur la façon dont les exigences du christianisme primitif, et notamment le refus théorique d'inhumation dans l'église, sont repris au XVIII^e^ siècle pour justifier la politique sanitaire des cimetières v. J. THIBAULT-PAYEN, « L'exil des cimetières et des morts à la veille de 1789 : l'exemple de la primitivité de l'Église », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 509
[2205] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 81 et s.
[2206] *Ibid.*, p. 45.
[2207] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente*, th., Paris, 1933, éd. Domat-Montchrestien, p. 37 ; Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975, p. 42 et s. ; D. ALEXANDRE-BIDON nuance cette affirmation en montrant que le marquage du lieu de la tombe a existé dans les cimetières mérovingiens mais elle confirme que l'indentification de la tombe est plus tardive : *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 148.
[2208] M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993, p. 251.

Mais c'est aussi d'une évolution théologique qu'il s'agit. La « communauté » des origines cède progressivement la place à l'idée d'une responsabilité individuelle du croyant, matérialisée par l'apparition du concept de Jugement dernier au XIII^e^ siècle[2209], qui prendra un caractère véritablement personnel entre le XV^e^ et le XVII^e^ siècle[2210]. De plus, là où l'*« attitude devant la mort exprimait l'abandon au Destin et l'indifférence aux formes trop particulières et diverses de l'individualité »*[2211], l'opulence des funérailles affirme désormais que la place socialement dominante du mort correspond à la manifestation d'une volonté divine[2212]. Cette hiérarchie se manifeste aussi dans la localisation du corps dans l'enceinte du lieu consacré : si les pauvres reposent dans des zones éloignées de la sacralité de l'église[2213], voire dans des fosses communes ouvertes[2214], les personnages illustres, puis les classes les plus aisées, accèdent progressivement à l'honneur d'être inhumé à l'intérieur des églises – droit initialement réservé aux plus hauts dignitaires religieux[2215] – puis, au XVII^e^ siècle, ultime séparation, dans des chapelles de famille[2216]. *« La redistribution des corps dans le sous-sol reflète donc les distinctions sociales »*[2217].

Cette acceptation de la hiérarchie dans la mort a plusieurs conséquences tant sociales[2218] que juridiques. La plus manifeste est que la violation de sépulture est punie de peines arbitraires, ce qui est commun[2219], qui sont fonction, non de la qualité de l'accusé, mais bien de celle de la « victime »[2220], ce qui l'est moins.

[2209] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 33-34.
[2210] *Ibid.*, p. 36 ; M. VOVELLE, *Mourir autrefois*, Gallimard, 1974, p. 119.
[2211] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 73.
[2212] M. VOVELLE, *Mourir autrefois*, Gallimard, 1974, p. 96 ; Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975. p. 96.
[2213] J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993. p. 232 et s. ; M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TREFFORT (dir.). PUL, Lyon, 1993, p. 245.
[2214] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 157.
[2215] M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », art. cit., p. 245 ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2010. p. 153 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. op. cit.*, p. 17. La proximité avec les murs extérieurs est également très recherchée, notamment parce qu'elle est le lieu idéal pour recevoir l'eau lustrale qui s'écoule du toit D. ALEXANDRE-BIDON, *ibid*., p. 151 ; A. BERNARD, *ibid*., p. 35 et s.
[2216] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 138.
[2217] M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », art. cit., p. 245. Au XV^e^ siècle, dans la zone étudiée, seuls 9% des nobles se font encore enterrer dans le cimetière paroissial : *ibid*., p. 248. Les « temps de crise », telles les grandes épidémies, abolissaient évidemment pour un temps les distinctions, v. par ex., sur la grande peste de Marseille au XVIII^e^ : M. VOVELLE. *Mourir autrefois*, Gallimard, 1974, p. 33.
[2218] Accorder des funérailles aux plus pauvres devient, à partir du XIV^e^ siècle, un acte charitable, par lequel les plus « éclairés » partagent leur conscience de la mort : Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours, op. cit.*, p. 94-95.
[2219] Sur la notion de peine arbitraire v. J.-M. CARBASSE. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.*, p. 226.
[2220] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le*

565. La nouvelle conception du sacré. À la même période, le droit canon redécouvre les catégories juridiques romaines et notamment la tripartition chose sacrée/chose religieuse/ chose sainte, un moment réorganisée autour du binôme « *sacré/saint* »[2221]. Comme le note Michel LAUWERS :

> *« les catégories antiques furent "redécouvertes", adoptées et manipulées par des clercs qui étaient tout à la fois théologiens, liturgistes et juristes, et qui les utilisèrent* […] *afin de résoudre des questions relatives au statut et à la propriété des lieux funéraires. C'est qu'entre le XII^e^ et le XIII^e^ siècle, le normatif et le rituel, le droit et la liturgie se recouvraient* »[2222].

On pourrait ajouter que le caractère « divin » de la norme est alors intimement lié à l'idée de droit naturel, les deux étant perçus, comme une même source du droit. Jean GAUDEMET écrit ainsi à propose de la position de GRATIEN :

> *« le droit naturel n'ordonne que ce que Dieu veut et ne prohibe que ce qu'il interdit. Donc, ce qui est contraire à la volonté divine ou aux écrits canoniques (qui ne prescrivent pas autre chose que les lois divines) est également contraire au droit naturel. Par cette habile assimilation, les maximes chrétiennes peuvent fortifier une doctrine traditionnelle depuis l'Antiquité, qui condamnait tout droit positif (séculier ou ecclésiastique précisera Gratien) contraire au droit naturel* »[2223].

Il ne s'agissait plus alors *« de passer de la religion à l'institution, mais de fonder l'institution dans la religion »*[2224]. La sacralité est alors bien liée à la consécration des tombes et non à leur nature[2225]. La présence du corps fonde toujours le caractère « religieux » du lieu mais cette notion se collectivise : elle n'est plus à strictement parler attachée à la tombe mais au cimetière dans son ensemble. La protection que confère la notion est donc plus facilement déniée, par principe, à certaines tombes[2226], même si la représentation chrétienne du corps mort exclut que la privation de sépulture soit une condamnation *post mortem*[2227]. Comme le note Piotr KUBERSKI, *« aucune mesure punitive envers le corps ne saurait empêcher la future résurrection ».* Par conséquent, *« la privation de sépulture chrétienne n'avait pas pour fin de condamner à ne pas ressusciter. Il s'agissait plutôt de marquer, de manière ostentatoire, une exclusion de certains individus hors de la société chrétienne »*[2228]. Ceci est d'autant plus évident

---

souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli, PUAM, 1998, p. 309.

[2221] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Aubier, coll. Historique, 2005, p. 98.

[2222] *Ibid.*, p. 111.

[2223] J. GAUDEMET, « La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien », in *La formation du droit canonique médiéval*, Londres, 1980, n° VIII, p. 25.

[2224] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière, op. cit.*, p. 111.

[2225] J.-Cl. SCHMITT, « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », *Les cahiers du centre de recherche historique* [en ligne], 9/1992, mis en ligne le 18 mars 2009, n° 11 et s.

[2226] M. LAUWERS, *Naissance du cimetière, op. cit.*, p. 110.

[2227] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 113.

[2228] P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012, p. 224. Cette exclusion sociale était également

que, jusqu'au XVII[e] siècle, le refus de sépulture chrétienne peut être synonyme d'un refus de sépulture tout court, le corps de l'excommunié pouvant être jeté à la voirie[2229]. Les motifs d'exclusion de la sépulture chrétienne révèlent le rôle politique de l'Église.

566. Motifs religieux d'exclusion. La possibilité d'accéder à une sépulture chrétienne tient d'abord au fait d'être entré dans la communauté chrétienne ; les personnes non baptisées ne peuvent donc y être admises[2230]. Ainsi, dès les X[e]-XII[e] siècles, période à laquelle le cimetière devient juridiquement un lieu sacré, vont être exclus de la sépulture chrétienne les *infans* morts sans baptême[2231]. L'intransigeance de la règle suscite l'apparition de la notion de limbes, sans doute pour atténuer la douleur de la perte[2232]. Le concile de Trente admettra l'inhumation de ces

une exclusion religieuse pour certains d'entre eux puisque longtemps l'Église a refusé les sacrements aux condamnés à morts : F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd du Céfal, Liège, 2005, p. 139. En revanche, l'inclusion dans la communauté chrétienne comprend également celle des esclaves, auxquels le Code noir, dans son article 14, prescrit d'offrir une sépulture en terre chrétienne s'ils sont baptisés ; cependant, leur inhumation, lorsqu'elle était effective, n'empêchait pas que leurs tombes – voire leurs cimetières – soient distingués de ceux des Blancs : L. SALA-MOLINS, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan,* PUF, 5[e] éd., 2012, p. 112-113. J. RICHARD adhère à cette lecture : « Du Code noir de 1685 au projet de 1829 : de la semi-réification à l'humanisation de l'esclave noir », in *Esclavage et droit. Du Code noir à nos jours,* T. LE MARC'HADOUR et M. CARIUS (dir.), Artois Presses Université, Arras, 2010, p. 59. Pour un exemple de fouille de tels cimetières, existant jusqu'à l'abolition en 1848 v. MINISTÈRE de la CULTURE et de la COMMUNICATION / MINISTÈRE de l'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE/ INRAP/ RÉGION GUADELOUPE, *Mémoire de fouilles. Guadeloupe, une histoire retrouvée*, mai 2015, p. 34.

[2229] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 124 et s. ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle*, Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 265. À titre anecdotique, on soulignera que l'on trouve pourtant, dans des enclos funéraires du IV[e] siècle, dont on ne peut déterminer la confession, des tombes d'animaux domestiques : MINISTÈRE de la CULTURE et de la COMMUNICATION / MINISTÈRE de l'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE/ INRAP/ VILLE de POITIERS, *Mémoire de fouilles. Poitiers antique. Quarante ans d'archéologie,* oct. 2014, p. 27.

[2230] L'article 14 du Code noir prescrivait que les esclaves morts sans baptême soient enterrés « *la nuit dans quelques champs voisins du lieu où ils seront décédés* ». On remarque une fois encore la filiation avec les *funus acerbum* (v. *Supra* n° 538) mais l'on note que la disposition interdit, *a contrario*, que le corps soit laissé strictement sans sépulture. V. aussi, sur cette supériorité, J. RICHARD, « Du Code noir de 1685 au projet de 1829 : de la semi-réification à l'humanisation de l'esclave noir », in *Esclavage et droit. Du Code noir à nos jours,* T. LE MARC'HADOUR et M. CARIUS (dir.), Artois Presses Université, Arras, 2010, p. 57.

[2231] D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII[e]-XIII[e] siècle)*, Aubier, coll. Historique, 1997, p. 211 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 116. Cette exclusion pourrait être une explication à leur sous-représentation dans les cimetières médiévaux : E. PEREZ, « Les enfants dans les cimetières médiévaux (VII[e]-XI[e] siècle) : observations et hypothèses à propos de quelques données archéologiques. », in *Le corps des anges. Actes de la journée d'étude sur les pratiques funéraires autour de l'enfant mort au Moyen-Âge*, M.-Cl. COSTE (dir.), Silvana Editoriale, Milan, 2011, p. 58. Avant le VIII[e] siècle, il est possible que les très jeunes enfants aient été enterrés près des lieux d'habitation, comme cela se faisait d'ailleurs à l'époque romaine : D. ALEXANDRE-BIDON et D. LETT, *Les enfants au Moyen-Âge. V[e]-XV[e] siècles*, Hachette, 1997, p. 56-57.

[2232] D. LETT, « De l'errance au deuil. Les enfants morts sans baptême et la naissance de *limbus puerorum* aux XII[e]-XII[e] siècles », in *La petite enfance dans l'Europe médiévale et moderne,* R. FOSSIER (dir.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997, p. 77-92 ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle*, coll. Pluriel, Hachette, 2010, p. 262 ; M. VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 254. On peut sans doute rapprocher cette évolution de celle de l'apparition de l'acte d'enfant sans vie au sens où son fondement est essentiellement compassionnel, v. *infra* n° 871.

enfants dans l'enceinte du cimetière mais hors terre consacrée, *« compromis entre une exclusion nécessaire sur un plan théologique et une intégration utile pour la mémoire parentale »*[2233].

La présence de cet être non-baptisé fait que le corps de la femme décédée enceinte ou durant les couches est l'objet de toutes les craintes[2234]. Dans les premiers siècles du christianisme, on constate donc la persistance de pratiques connues du monde antique : le refus de funérailles chrétiennes à la femme morte en couches[2235], ou l'enterrement de son corps transpercé d'un pieu[2236] comme pour empêcher son retour parmi les vivants[2237]. Ces refus de sépulture sont condamnés par l'Église à partir du XI^e^ siècle[2238] mais sont le signe de la méfiance qui entoure à cette période le corps des femmes[2239].

567. Motifs socio-religieux. Le refus de sépulture religieuse pour les pécheurs impénitents montre bien comment l'Église fut, durant toute la période qui nous intéresse ici, un acteur majeur de régulation des relations sociales et l'auxiliaire du pouvoir judiciaire séculier. En qualifiant de « pécheurs »[2240] les incendiaires, les personnes adultères[2241], les comédiens[2242], les usuriers publics[2243], les suicidés[2244], l'Église contribue fortement à imposer des normes de comportement. Il en est de même lorsque sont considérées comme excommuniées les personnes

[2233] D. LETT, L'enfant des miracles, *op. cit.*, p. 212.
[2234] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e^ -XV^e^ siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 140.
[2235] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.,* p. 117.
[2236] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge, op. cit.*, p. 140.
[2237] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français, in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 296. Cette pratique du transpercement existe également dans les exécutions de femmes : F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 24.
[2238] Canon 9 du Concile de Rouen de 1074 : S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e^ –XV^e^ siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 227 ; D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII^e^-XIII^e^ siècle)*, *op. cit.*, p. 211 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 117.
[2239] *Infra* n° 598 et s.
[2240] N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 38-39.
[2241] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 121.
[2242] J. MOREAU-DAVID « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, p. 266-1.
[2243] Canon 25 du troisième concile de Latran en 1179 et canon 26 du deuxième concile de Lyon en 1274 ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 267.
[2244] À condition que leur jugement n'ait pas été altéré au moment de l'acte : A. PORTEAU-BITKER, « Une réflexion sur le suicide dans le droit pénal laïque des XIII^e^ et XIV^e^ siècles », in *Nonnagesimo Anno, Mélanges Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 305 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 335 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. op. cit.*, p. 118. Les duellistes sont progressivement assimilés aux suicidés, sans doute pour assurer l'effectivité de l'interdiction des duels à mort : D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle, op. cit.*, p. 263 et s. ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 119.

mortes sans avoir payé leurs dettes[2245] ou *ab intestat* – considérées comme mortes sans confession[2246]. Une évidence : ces condamnations ne s'exercent quasiment que sur des personnes de basse condition sociale[2247]. La privation de « bonne » sépulture, comme à Rome, est avant tout un outil politique.

568. Motifs politico-religieux. Les apostats, schismatiques, hérétiques et fauteurs d'hérésie étaient tous excommuniés et ne pouvaient accéder à la sépulture chrétienne[2248]. Cette large catégorie du droit canonique inclut les protestants et les juifs, parfaits exemples de la façon dont tant l'Église que l'État firent de la privation de sépulture chrétienne un outil politique[2249]. L'attitude de l'État envers les juifs fut ainsi une alternance constante de tolérance et de répression : tantôt le pouvoir royal intervint pour permettre l'ouverture de cimetières privés, tantôt il en exigea la fermeture, voire la destruction[2250]. Les sépultures protestantes sont également l'objet de réglementations changeantes qui montrent l'influence grandissante de l'État, face à l'Église, dans le traitement des sépultures[2251] : le décret d'Ambroise de 1553 impose que les fidèles de la Religion réformée soient inhumés dans les cimetières paroissiaux mais que leurs funérailles aient lieu de nuit, sans pompe et uniquement accompagnées des sergents de ville, pour éviter tout scandale[2252]. Plus tard, à Paris, le cimetière de la Trinité leur sera réservé mais, symbole supplémentaire de l'exclusion sociale dont ils faisaient l'objet, ce lieu sera également celui de l'inhumation des pestiférés et autres victimes d'épidémies[2253]. À l'inverse, la justice séculière interviendra parfois pour contraindre les familles protestantes à

[2245] A. BERNARD date la fin de cette pratique au XVI^e^ siècle : *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 127 et s.
[2246] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, *op. cit.*, p. 70 ; Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 134 ; A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 122.
[2247] R. BERTRAND, « Que faire des restes des exécutés ? », in *Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI^e^-XX^e^ siècle.* R. BERTRAND et A. CAROL (dir.), PUP, Aix-en-Provence, 2003, p. 45.
[2248] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 130-131.
[2249] Sur la façon dont, aux Antilles, les corps des non-chrétiens sont relégués, au XIX^e^ siècle, dans les cimetières des anciens esclaves v. MINISTÈRE de la CULTURE et de la COMMUNICATION / MINISTÈRE de l'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE/ INRAP/ RÉGION GUADELOUPE, *Mémoire de fouilles. Guadeloupe, une histoire retrouvée*, mai 2015, p. 34.
[2250] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 42 et s. ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, *op. cit.*, p. 259 ; N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), art. cit., p. 38.
[2251] N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », art. cit., p. 40 et s.
[2252] S. MOLINIER-POTENCIER, *La sépulture des protestants de l'édit de Fontainebleau à l'édit de tolérance (1685 – 1792),* th., Paris II, 1996, p. 38. Cette pratique rappelle une fois encore celle des *funus acerbum* et celle des inhumations de condamnés à mort de la même période, lorsqu'elles avaient été accordées aux condamnés.
[2253] J. PANNIER, « Les cimetières des protestants de Paris, près de l'hôpital de la Trinité », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, tome LVII, p. 257.

inhumer leurs enfants de moins de sept ans en terre chrétienne[2254]. Avant l'âge de raison, ces enfants sont en effet considérés comme baptisés mais n'ayant pas encore eu l'intention d'embrasser la Religion réformée. L'inhumation en terre chrétienne vise donc ici à les inclure de force dans la communauté chrétienne et donc *ispo facto* à diviser les familles protestantes.

La période étudiée voit ainsi apparaître des interventions de plus en plus fréquentes de l'État dans l'organisation des funérailles, dans le but de contraindre l'Église à abandonner des pratiques non conformes aux objectifs étatiques du moment. Antoine BERNARD constate ainsi que *« peu à peu, la sépulture cesse d'être un acte purement religieux. La philosophie du XVIII^e^, mortelle à l'influence religieuse, contribuera à retirer les pleins pouvoirs à l'Église »*[2255]. Le pouvoir séculier sur les corps n'est cependant pas moins excluant que le pouvoir religieux même s'il ne recourt pas directement à la notion de sacralité.

569. Conclusion du §2. L'utilisation de la notion de « lieu sacré » par le christianisme pour désigner les cimetières aurait pu faire penser à une continuité historique avec la notion de chose religieuse romaine. Une observation un peu plus poussée révèle cependant un léger décalage de la notion qui n'est plus attachée à la tombe particulière mais à la collectivité rassemblée autour des reliques et des rites ecclésiastiques. Les funérailles redeviennent alors instruments d'inclusion sociale mais donc aussi d'éviction : l'indifférence manifestée dans un premier temps par l'Église à l'égard des corps morts cède progressivement la place à une hiérarchisation sociale des sépultures et à un usage excluant de certains corps. Tout le monde n'est pas admis dans l'enceinte sacrée.

570. Conclusion de la Sous-section 1. Une étude rapide de l'utilisation de la notion de sacralité tant en droit romain qu'en droit canonique montre que, loin d'apporter une protection égale et universelle au corps mort, la « sacralité » permet surtout un double niveau de discours sur la mort. Le système juridique, attaché à des pratiques religieuses, propose, certes, par l'intermédiaire de la « sacralité » de la tombe, un statut très protecteur des corps ;

[2254] S. MOLINIER-POTENCIER, *La sépulture des protestants de l'édit de Fontainebleau à l'édit de tolérance, op. cit.*, p. 290.

[2255] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 198. En effet, si la déclaration du 9 avril 1736 institue une procédure d'inhumation laïque (v. S. MOLINIER-POTENCIER, *La sépulture des protestants de l'édit de Fontainebleau à l'édit de tolérance, op. cit.*), la possibilité, pour les non-catholiques, d'être inhumés dans les parties non-bénites du cimetière, aux côtés des suicidés, est implicitement conservée par l'article 15 du décret de prairial. Cette possibilité restera en vigueur jusqu'à la loi de 1881 sur la liberté des funérailles (V. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 205 et s.). Sur la façon dont l'idéal des pratiques funéraires du christianisme primitif a été invoqué par l'Église elle-même dans le cadre de la réorganisation des cimetières au XVIII^e^ v. J. THIBAUL-PAYEN, « L'exil des cimetières et des morts à la veille de 1789 : l'exemple de la primitivité de l'Église », in *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 509.

mais, en accordant cette sacralité non pas au cadavre, par nature, mais au lieu, par le rite puis par la proximité du saint, il induit une hiérarchisation sociale des corps, exprime *post mortem* des exclusions multiples.

On se souvient que certains auteurs contemporains se réfèrent à la notion de « sacralité » du droit romain pour revendiquer une protection contemporaine du corps mort[2256]. Une fois la notion replacée dans son contexte historique, on ne peut qu'interroger cette démarche. Au sacré rituel romain a succédé un sacré chrétien « contaminant ». À la protection individuelle de la tombe à succédé une protection collective du cimetière. L'attention pour la matérialité des corps a, durant ces périodes, considérablement varié, passant d'une préoccupation inquiète à un dédain d'inspiration théologique. Au fil du temps, des contingences politiques et des croyances religieuses, la liste des corps rejetés hors de la sacralité a constamment évolué. Mais le principe même d'un sacré incluant/excluant est resté présent. Vouloir reprendre ce terme dans le droit contemporain comme s'il rendait aux corps morts leur « nature historique » est donc un non-sens. De plus, cette démarche introduit implicitement dans le droit la possibilité d'un « non-sacré » qui ne serait pas seulement un profane mais un indigne de protection. Le parallèle s'impose avec la mise en garde que formulait Dominique THOUVENIN à propos de la notion contemporaine de dignité :

> *« introduire la dignité comme concept juridique c'est rendre possible l'introduction de l'indignité dans un sens juridique ; or, dans la mesure où ce terme renvoie à des critères d'attribution du mérite, il porte en lui une potentialité d'exclusion pour tous ceux qui n'y répondent pas »*[2257].

Penser que l'on pourrait concevoir, aujourd'hui, un sacré parfaitement incluant et égalitaire, parce qu'il relèverait de la nature des corps et non de l'attribution de cette qualité par le droit est, à notre sens, une erreur. Comme le dit clairement Christian ATIAS :

> *« chaque mot, même s'il est présenté comme technique et défini, comme une qualification, a une histoire. Il ne peut en sortir indemne. Ce qui émerge n'est pas un seul sens pur, précisément arrêté, clairement dégagé des déterminations et hésitations antérieures. Quelque chose des expériences, idéologies et influences passées demeure »*[2258].

De fait, force est de constater que le droit séculier, même lorsqu'il affirmait une identité de traitement des corps, a lui aussi été porteur d'exclusions.

[2256] *Supra* n° 401 et n° 512.
[2257] D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 161.
[2258] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, p. 87, n° 143.

Sous-section 2 L'utilité des corps : le cadavre outil de politique publique

571. Après l'examen des différents types de traitements du cadavre par le droit romain et le droit canonique médiéval, s'impose celui du traitement des corps morts par le droit séculier, de la période médiévale à la période contemporaine. Si la multiplicité des coutumes locales rend impossible, dans le cadre de cette étude, de dresser un panorama précis et détaillé du statut des corps morts sur l'ensemble du territoire, il est possible de présenter les éléments significatifs permettant de montrer que le cadavre est l'objet d'une véritable gestion politique des corps morts.

572. La mort et la personnalité des morts : absence de réflexions théoriques. Notons en préalable que le statut des morts ne semble pas, jusqu'à récemment, avoir fait l'objet d'une réflexion juridique approfondie. Si les représentations sociales de la mort ont fortement évolué au cours de la période qui nous intéresse[2259], sa définition n'a, semble-t-il, pas été interrogée par les auteurs juristes[2260]. La mort « *apparaît comme un fait d'évidence et qui, comme son antagonisme la vie, n'a pas besoin d'être défini* »[2261]. Lorsqu'au XVII[e] siècle le juriste séculier se prête à l'exercice, il reprend encore manifestement la définition canoniste, donnée par TERTULLIEN au III[e] siècle : la mort est la séparation de l'âme et du corps[2262]. Comme le note Jacqueline MOREAU-DAVID, ce sont essentiellement les conséquences de la mort (successions, funérailles, sanctions *post mortem*) qui vont être l'objet de l'Ancien droit, tout comme du droit canonique[2263]. Sur ces points, la doctrine n'apportera pas d'éléments de réflexion majeurs. Concernant les sépultures, Antoine BERNARD note ainsi *« l'apport doctrinal, pour considérable qu'il soit, ne présente guère d'originalité. C'est que les textes législatifs prêtent fort peu à controverse et prévoient une réglementation très détaillée ; ainsi s'explique que la doctrine n'ait pas un rôle créateur* »[2264].

[2259] P. BONNASSIÉ croit ainsi voir dans l'apparition des grandes épidémies le facteur principal d'une transformation de la vision de la mort non plus comme un passage mais comme une souffrance : *Les 50 mots clefs de l'Histoire médiévale*, Bibliothèque historique Privat, Toulouse, 1988, p. 166.

[2260] La médecine s'est davantage intéressée à la recherche de signe précis du décès, notamment par peur des enterrements vivants. Elle a isolé le pouls comme indicateur pertinent dès le VII[e] siècle : D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle,* Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 97 s.

[2261] J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, p. 266-1.

[2262] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 293 ; J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, p. 266-1.

[2263] J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *art. cit*.

[2264] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente*, th. Paris, 1933, Domat-Montchrestien, p. 196.

De la même façon, Jacqueline MOREAU-DAVID affirme qu'on ne trouve pas dans l'Ancien droit « *la question qui retient aujourd'hui les juristes,* […] *de la personnalité juridique des morts, car si personnalité il y a, c'est sans doute dans d'autres domaines qu'il faudrait la chercher* »[2265]. Ainsi, même si l'idée de personnalité du mort peut sembler cohérente avec la pensée chrétienne[2266], l'analyse du droit séculier - tant dans le champ des successions[2267], que dans celui du droit pénal - montre que la mort dissout la personnalité du défunt. Ainsi, on ne trouve de procès *post mortem* que dans des cas de suicides et les suicidés eux-mêmes ne sont poursuivis que pour l'infraction d'avoir attenté à leurs jours et non pour d'autres crimes qu'ils auraient pu commettre[2268]. Ce n'est pas tant la sanction d'une *personne*, en tant que sujet de droit, qui est recherchée par les violences judiciaires exercées sur les corps morts, mais plutôt la manifestation, la matérialisation, du pouvoir de la Justice sur le corps d'un sujet du Roi **(§1)**. Mais le droit séculier n'ignore pas l'intérêt que représente le cadavre pour l'élaboration des connaissances scientifiques. Sur ce point, le droit séculier, conciliateur d'intérêts divergents, n'hésitera pas à affronter le pouvoir religieux, mais ne concèdera l'abandon que des corps les plus indésirables **(§2)**.

§ 1 Utilité pénale des cadavres : outil d'exemplarité pour les vivants

§ 2 Utilité scientifique des cadavres : entre progrès de la connaissance et exclusion sociale

§1. Utilité pénale des cadavres : outil d'exemplarité pour les vivants

573. Précision : proximité des ordres religieux et séculier. Durant la période médiévale et moderne, la distinction entre l'ordre du droit canonique et celui du droit séculier, que nous adoptons ici pour des raisons de commodité, doit être relativisée. Il existait certes deux champs de compétences distincts pour les tribunaux pénaux séculiers et ecclésiastiques, tant *ratione personae* que *ratione materiae*[2269], mais dans la définition de ses normes, le droit séculier semble alors soucieux d'éviter toute violation du domaine religieux[2270]. C'est ainsi que sont incriminées par le droit pénal laïc des infractions pourtant strictement religieuses telles que le blasphème ou

[2265] J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *art. cit*.
[2266] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », art. cit., p. 316 et s.
[2267] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. PUF, 1996, n° 46, p. 61.
[2268] J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit*, éd. Larosse, 1880, p. 15.
[2269] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2e éd., PUF, 2006, p. 168 et s.
[2270] Ainsi, si le pouvoir religieux participe largement à la définition des infractions passibles de certaines sanctions (tel que l'usage du bûcher), ce n'est pas lui qui en assure l'exécution, laissant ce domaine au pouvoir séculier : *ibid*, p. 170.

le sacrilège[2271]. L'analyse tant des actes condamnables que des modes d'exécution des peines doit donc se faire en gardant à l'esprit ce que nous savons de la pensée religieuse de l'époque. Comme l'écrit Michel BEE :

> *« l'exécution* [est] *un sacrifice ; le criminel, qui a affronté l'interdit*[2272]*, est entré par son acte dans le monde du sacré ; il est chargé d'une énergie qui rend sa présence néfaste et contagieuse ; il introduit le désordre dans la société et dans les rapports de celle-ci avec le divin ; la seule réconciliation possible du meurtrier avec la société réside alors dans le sacrifice qui le délie de sa tâche, lui fait expier, au sens étymologique, son crime par son sang versé »*[2273].

574. Peine de mort et usages du cadavre. Jusqu'au XVIII[e] siècle, la peine de mort comme forme de répression pénale ne fut jamais remise en question. Comme le note Freddy JORIS, nous abordons ici

> *« des siècles entiers pendant lesquels tous les discours officiels, religieux ou privés sur la peine de mort n'ont porté que sur les règles, les circonstances et les leçons de la mort du supplicié lui-même mais jamais sur le caractère injuste, inutile, excessif ou inacceptable de celle-ci, que personne ne songeait à contester»*[2274].

Pour autant, elle ne fut pas uniformément appliquée[2275] et notamment dans ce qui nous intéresse ici : le traitement du corps du supplicié après sa mort. Les méthodes d'exécution des condamnés ont en effet beaucoup varié durant la période considérée. La tendance a cependant été à l'uniformisation des techniques de mise à mort. Du magma des atrocités du haut Moyen-Âge (écrasement, ébouillantement[2276], emmurement, éviscération…)[2277] émerge progressivement, à partir du XIV[e] siècle, un nombre plus réduit de supplices, non moins atroces mais qui ont le mérite de tendre à l'harmonisation de la justice pénale sur le territoire : la pendaison, la décapitation, le bûcher, la roue, l'écartèlement et l'enfouissement ou la noyade[2278]. Ces

---

[2271] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 22.
[2272] L'auteur évoque ici le meurtre.
[2273] M. BEE, « La société traditionnelle et la mort », *XVII[e] siècle*, p. 93 : cité par F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 7.
[2274] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 6-7.
[2275] Il convient ici ne souligner que le nombre important d'incriminations pouvant conduire à une condamnation à mort ne doit pas faire penser que les exécutions étaient banalisées. Les auteurs soulignent que, longtemps, les juges ont pu permettre une forme de négociation sur la peine, par le biais d'amende, de réparation, de bannissements etc. v. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 42 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. op. cit.*, p. 26 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 269.
[2276] L'ébouillantement est cependant pratiqué jusqu'au XVI[e] siècle à l'encontre des faux-monnayeurs : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 288 ; D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle*, coll. Pluriel, Hachette, 2010, p. 54 ; A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII[e] et XIV[e] siècles », *Revue historique de droit français et étranger,* 1980, n° 1, p. 53-54.
[2277] Pour quelques descriptions, romancées mais parlantes, lire par ex. J. TEULÉ, *Je, François Villon*, Julliard, 2006.
[2278] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 13 et s.

supplices définissent socialement des catégories d'individus : l'exécution marque le statut social du condamné d'une part[2279] et la nature de la règle violée d'autre part. Ce qui nous intéresse au premier chef est la façon dont la transgression est ici imprimée sur le corps après la mort. L'effet recherché par la peine est moins la sanction *post mortem* que la manifestation collective d'un pouvoir sur les sujets **(A)**. C'est précisément la violence de cette exemplarité qui deviendra progressivement difficile à tenir pour le pouvoir. Le corps mort sera alors délaissé par le droit pénal **(B)**.

A. Le droit pénal ancien : marquer les corps

B. Le droit pénal contemporain : l'abandon des corps morts

A. Le droit pénal ancien : marquer les corps

575. Pratique du *retentum.* Les descriptions des exécutions, telles qu'elles étaient pratiquées jusqu'au XVIII[e] siècle, sont à peine supportables pour le lecteur contemporain. On conçoit en effet difficilement comment la société de l'époque pouvait tolérer l'exposition régulière d'un tel niveau de souffrance. Il convient cependant de noter que le plus souvent, une grande partie du supplice n'était pas pratiquée sur le condamné vivant mais sur son cadavre[2280]. Cette pratique, dite du *retentum*[2281]*,* démontre bien que l'objectif recherché par les supplices n'était pas tant l'expiation par la douleur que l'affirmation du pouvoir public sur le corps[2282], l'exemplarité de la peine[2283] et peut-être, comme nous l'avons vu, l'expression d'une vengeance collective sur le corps, en forme de catharsis.

Paradoxalement, cette pratique visait peut-être également à rendre plus acceptable aux yeux du public le principe même du supplice. Il semble en effet que l'atrocité grandissante des exécutions à partir du XV[e] siècle ait parfois provoqué chez les participants une réaction de rejet[2284]. La pratique du *retentum*, comme une forme d'adoucissement de la peine, a pu ainsi, avec la diminution progressive des condamnations, faciliter l'acceptation du pouvoir par le

[2279] A. LEBIGRE, « Inégalités sociales et droit pénal », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 357.
[2280] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 62.
[2281] « Délibération secrète de la cour ajoutée au bas de l'arrêt d'exécution » et qui prévoit que le condamné sera tué avant l'exécution du supplice ou à un moment donné de celui-ci. V. *Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI[e]-XX[e] siècle,* R. BERTRAND et A. CAROL (dir.), PUP, Aix-en-Provence, 2003, *Avant-propos*, p. 11.
[2282] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 60 et s. ; Spéc. sur la sanction du crime de lèse-majesté : *Histoire du corps,* A. CORBIN, J.-J. COURTINE, G. VIGARELLO (dir.), Seuil, 2005, t. 1, p. 405-406.
[2283] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*. p. 279 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 26 et s.
[2284] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 62-63 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 27.

peuple : la souffrance n'étant que simulée l'exécution pouvait reprendre sa place à mi-chemin entre manifestation de la puissance publique sur les corps et spectacle populaire. Le cadavre, le plus souvent laissé sans sépulture, est alors le rappel visible de la puissance du pouvoir, qui marque certains corps pour rappeler son emprise sur tous les autres.

576. Le principe de la privation de sépulture des condamnés. Jusqu'au XVII[e] siècle, la privation de sépulture chrétienne a été la conséquence[2285] de l'exécution de la peine capitale[2286]. Si la qualité de criminel n'interdisait pas, en droit canonique, que la personne puisse être inhumée en terre consacrée[2287], la soumission de l'Église au pouvoir répressif séculier commandait que l'on obtînt préalablement l'accord des juges pour procéder à l'inhumation[2288]. Ainsi, *« l'État n'a, en principe, pas à se préoccuper du sort de la dépouille mortelle car les funérailles sont de l'ordre du rite et concernent l'Église, mais il va contrôler l'Église dont relèvent non seulement les funérailles mais aussi les sépultures. »*[2289]

Les funérailles autorisées avaient lieu de nuit[2290], ce qui n'est pas sans rappeler la pratique du *funus acerbum* romain[2291]. *« En pratique, le criminel exécuté n'était donc pas systématiquement rejeté de la communauté des morts, pourvu qu'il réponde aux conditions exigées pour tout chrétien »*[2292]. Si l'autorisation d'inhumer n'était pas accordée, les restes étaient probablement, jusqu'au XVIII[e] siècle, jetés « à la voirie », c'est-à-dire sur le lieu où sont rassemblés les déchets d'équarrissage[2293], à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une exposition[2294].

[2285] La privation de sépulture peut parfois être une conséquence *de fait* de l'application de la peine, en particulier pour les exécutions par le feu, dont M. FOUCAULT affirme : *« la dissymétrie, l'irréversible déséquilibre des forces faisaient partie des fonctions du supplice. Un corps effacé, réduit en poussière et jeté au vent, un corps détruit pièce à pièce par l'infini du pouvoir constitue la limite non seulement idéale mais réelle du châtiment »* : *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 62. R. BERTRAND note qu'il est possible que le corps n'ait pas toujours été entièrement détruit, en raison de l'importante quantité de bois qui aurait alors été nécessaire : « Que faire des restes des exécutés ? », in *Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI[e]-XX[e] siècle*, R. BERTRAND et A. CAROL (dir.), PUP, Aix-en-Provence, 2003, p. 47.

[2286] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 54. La question se pose cependant de savoir si la privation de sépulture concernait tous les condamnés à mort ou uniquement les peines aggravées. Il semble que jusqu'au XVII[e] siècle au moins, la pratique de la privation de sépulture ait été systématique : R. BERTRAND, « Que faire des restes des exécutés ? », in *Exécution capitale. art. cit.*, p. 46.

[2287] R. BERTRAND, « Que faire des restes des exécutés ? », art.cit., p. 46 et 48 ; N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 38.

[2288] A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique, op. cit.*, p. 114-115 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 54 et 56 ; A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 319.

[2289] J. MOREAU-DAVID « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, p. 266-1.

[2290] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle*, Hachette, coll. Pluriel, 2010, p. 266 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 52.

[2291] V. *supra* n° 547.

[2292] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 56.

[2293] R. BERTRAND, « Que faire des restes des exécutés ? », art. cit., p. 46.

[2294] Sur les traces archéologiques de ces corps v. I. RODET-BELARBI et I. SEGUY, « Des humains traités comme

577. Finalité de l'exposition. L'exposition des corps – ou de certaines de leurs parties – sur le lieu de l'exécution de la peine ou aux fourches patibulaires a été une pratique systématique en France jusqu'au XVII[e] siècle[2295]. Les corps pouvaient être laissés à pourrir durant plusieurs années à la vue des passants[2296]. Contrairement à l'idée que se faisait le droit romain de la prolongation de la peine après la mort[2297], l'exposition des corps n'avait pas ici pour but de perpétuer le supplice du condamné – puisque la croyance en une sensibilité des cadavres n'existe plus[2298] – mais bien de dissuader le spectateur tout en affirmant la force du pouvoir royal ou seigneurial sur les corps[2299]. Selon Michel FOUCAULT :

> *« le supplice a donc une fonction juridico-politique. Il s'agit d'un cérémonial pour reconstituer la souveraineté un instant blessée.* […] *Son but est moins de rétablir un équilibre que de faire jouer, jusqu'à son point extrême, la dissymétrie entre le sujet qui a osé violer la loi, et le souverain tout puissant qui fait valoir sa force* »[2300].

Régis BERTRAND et Anne CAROL parlent ainsi de « *choc visuel volontariste* »[2301].

L'exposition était cependant épargnée à deux catégories de personnes : celles que les juges avaient exemptées, parfois par corruption – comprendre donc les personnes les plus

---

des chiens », *Techniques & Culture* [En ligne], 2013-60, mis en ligne le 19 juin 2016 : http://tc.revues.org/6864 [consulté le 13 nov. 2016].

[2295] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 55 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 51 et s.

[2296] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII[e]-XVI[e] siècle*, *op. cit.*, p. 54. La description faite par Fr. VILLON dans sa *Ballade des pendus* (titre initial *Autre ballade,* éd. Antoine Vérard, 1501) vient immédiatement à l'esprit :

« […] *La pluie nous a lessivés et lavés*
Et le soleil nous a séchés et noircis ;
Pies, corbeaux nous ont crevé les yeux,
Et arraché la barbe et les sourcils.
Jamais un seul instant nous ne sommes assis ;
De ci de là, selon que le vent tourne, Il ne cesse de nous ballotter à son gré,
Plus becquetés d'oiseaux que dés à coudre.
Ne soyez donc de notre confrérie,
Mais priez Dieu que tous nous veuille absoudre ! […] »

Transcription en français contemporain, in *Le 16[e]siècle,* Manuel de l'élève, coll Lagarde et Michard, éd Bordas, 1993.

[2297] V. *Supra* n° 552.

[2298] V. *Supra* n° 556.

[2299] V. MENES, « L'histoire du droit et le corps de la personne décédée ». Communication lors de la conférence *À corps perdus ? Visions croisées sur le corps de la personne décédée,* Paris 1, 11 avr. 2012, non publié.

[2300] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 59-60.

[2301] *Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI[e]-XX[e] siècle,* R. BERTRAND et A. CAROL (dir.). PUP, Aix-en-Provence, 2003, Avant-propos, p. 6.

aisées[2302] – et les femmes[2303]. Les raisons de cette indulgence particulière ne sont pas développées par les auteurs mais on peut supposer qu'elle répondait à un souci de pudeur[2304].

On a pu douter que l'exposition des corps n'ait qu'une visée exemplaire dans la mesure où le Moyen-Âge a connu des procès de cadavres, avec exécution de la peine sur le corps[2305]. Certains auteurs parlent ainsi de l'« ambivalence du droit criminel » et notent les difficultés d'interprétation de ces pratiques au regard de la personnalité juridique du défunt[2306]. Cependant, si peine il y eut, elle fut essentiellement l'œuvre du droit canonique et consistait surtout en la privation de sépulture. Les « exécutions » de cadavres pratiquées par le droit pénal séculier à partir de la fin du X^e^ siècle[2307] le sont plutôt en considération de l'énormité du crime commis (suicide, lèse-majesté…) qu'en raison de la seule poursuite de l'action *post mortem*[2308] ; ce qui tendrait à faire penser que l'objectif recherché est bien plus l'effroi du témoin que le châtiment du condamné[2309]. Selon certains auteurs du XVII^e^ siècle, c'est bien la violation grave de l'ordre social ou divin qui est en jeu et donc sanctionnée, et non la faute seule d'un individu particulier[2310]. Il arrive même que ce soit un pantin ou une image qui subisse l'exécution et non

---

[2302] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 53 et s. En général, sur la question des « privilèges » sociaux dans le droit pénal, v. A. LEBIGRE, « Inégalités sociales et droit pénal », in *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 357.

[2303] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud, op. cit.*, p. 54 ; J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit, éd. Larosse*, 1880. p. 25 ; A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français, in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 320, nbp 195.

[2304] On pourrait peut-être y voir également une résistance à la représentation érotisée de la mort qui apparaît à partir du XVI^e^ siècle : Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours.* Seuil, Paris 1975. p. 105 et s.

[2305] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 315 et s. ; J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit, op. cit.,* p. 54 et s.

[2306] N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », art. cit., p. 49.

[2307] J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit*, *op. cit.*, p. 10.

[2308] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », art. cit., p. 318 et s.

[2309] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 61.

[2310] V. not. L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* t. 1 éd. Jacques Dalin, 1667, V° *Cadavre*, p. 407 et s. : l'auteur souligne que les procès contre les cadavres concernent surtout les actes les plus graves (il le conseille dans trois cas : lorsque le suspect est tué durant sa capture ; lorsqu'il s'est donné la mort pour éviter son procès et, si la mort est intervenue naturellement avant la condamnation, uniquement pour des cas de trahison, de parricide ou « *de cas très-grief et très-énorme* »). Selon lui, la pratique consistant à nommer un curateur au cadavre ou à la mémoire pour le procès au lieu de faire comparaître les héritiers est commandée par la volonté d'accélérer le procès, ce qu'il déplore : « *j'aimerais mieux faire poudrer et farder le corps, attendant partie légitime, que de lui bailer un défenseur imaginaire, plus pour la forme que pour le fonds. Mais universellement j'aimerais mieux le laisser ensevelir sans pompes, et enfin, si le défunt se trouvait coupable le punir par effigie* […] *ou si le crime était de lèse-majesté divine ou humaine, déterrer les os et le brûler, que de précipiter les preuves et les jugements pour faire un exemple aujourd'hui qui demain ne pourrait plus être ».* La position de l'auteur est cependant ambiguë dans la mesure où son exposé commence ainsi : « *si nous disons avec Platon qu'il demeure en* lui [le cadavre] *quelques reliquats de sentiment, qui font qu'il reconnaît et accuse aucunement son meurtrier* [référence à la coutume voulant que le corps homicidé se remet à saigner en présence de son assassin], *y a-t-il plus d'absurdité de dire qu'il reste quelque sujet susceptible de punition et d'exemple* » (sur la notion de lèse-majesté divine v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 177 : la notion englobait « *tous les délits religieux : hérésie, blasphème, sorcellerie, suicide, considérés*

le cadavre réel, preuve que la force du symbole est ici prédominante[2311] : le pouvoir sur tous se matérialise sur certains corps. Or, c'est précisément à compter du moment où la pratique de maltraitance des corps se retourne contre le pouvoir que les relations du droit aux corps morts se modifient.

B. Le droit pénal contemporain : l'abandon des corps morts

578. Le droit pénal du XVIII[e] siècle se caractérise par une disparition progressive des maltraitances sur le corps mort. Le droit pénal est toujours construit vers l'exemplarité[2312] mais la sensibilité sociale au traitement des corps entraîne une disparition progressive de l'usage pénal du cadavre. Selon Philippe ARIÈS, le XVIII[e] siècle voit en effet se développer une conscience très personnelle de la mort qui conduit, notamment, à une individualisation toujours plus importante des pratiques funéraires[2313]. Antoine LECA relie cette évolution de la perception sociale de la mort à la disparition progressive de certaines pratiques, telle que la peine de la claie[2314], mais aussi à la disparition progressive des refus de sépulture pour les condamnés[2315] ; refus qui sont, selon Freddy JORIS, de plus en plus considérés comme des aggravations de la sanction pénale[2316].

579. Pour autant, ce serait une erreur de penser que l'évolution des pratiques pénales procède uniquement d'une humanisation du droit guidée par le principe de Raison. Comme le

---

comme "lésant la Majesté de Dieu" ») ; P. AYRAULT, bien que traitant avant tout du droit romain, est plus affirmatif quant au caractère exemplaire des procès contre les cadavres *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, éd. Jean Caffin et F. Plaignard, Lyon, 1652, p. 117 : « *quand on fait les procès aux morts, aux bêtes brutes : et qui plus est, selon la loi de Draco, aux choses inanimées* […]. *L'exemple est bien véritablement cause de tels procès : et pour cette occasion suppose-t'on quelque fois toutes choses être capables d'être, et d'ester en jugement. Mais à la vérité, il n'y a en telles accusations ni crime ni accusé* ».

[2311] S. CASSAGNES-BROUQUET, « Punir l'image. Peintures infamantes et exécutions d'effigies en France et en Italie à la fin du Moyen Âge », in *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XX[e] siècles*, B. GARNOT (dir.), Éditions de l'université de Dijon, 1994, p. 391 (spéc. p. 396 : « *exécuter l'effigie, c'est réaffirmer l'efficacité du pouvoir judiciaire par un biais sensationnel et légal* ») V. aussi A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français, in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 321 ; A. PORTEAU-BITKER « Une réflexion sur le suicide en droit pénal laïque des XIII[e] et XIV[e] siècles », in *Nonagesimo anno*. *Mélanges Jean Gaudemet.,* PUF, 1999, p. 312-313 ; J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit, op. cit.*, p. 24. V. aussi L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* t. 1 éd. Jacques Dalin, 1667, V° *Cadavre,* p. 408, 1[re] colonne, qui affirme que cette pratique concerne avant tout les absents et condamnés par contumace.

[2312] J.-M. CARBASSE fait même de l'exemplarité l'axe principal de l'ordonnance pénale de 1670 : *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 274 et s.

[2313] Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 54.

[2314] La peine de la claie consistait à traîner le corps du condamné à travers les rues : A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 321.

[2315] A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », art. cit., p. 322.

[2316] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 52.

souligne Michel FOUCAULT, la disparition des supplices publics procède avant tout d'une intolérance émergente de la population, qui faisait des exécutions, et des maltraitances du cadavre qui pouvaient s'ensuivre, des occasions de contestation du pouvoir[2317]. De la disparition des supplices par l'instauration de la décapitation comme peine unique[2318] puis par la suppression des exécutions publiques[2319], on ne doit pas déduire que le droit pénal renonce totalement à son pouvoir d'exclusion sur les cadavres. Le Code pénal de 1810 contient ainsi toujours, en son article 14, la disposition suivante : « *Les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles, si elles les réclament, à la charge par elles de les faire inhumer sans aucun appareil* ». Cette « dissimulation » des corps des condamnés, qui rappelle une fois encore le *funus acerbum*[2320], vise sans doute à éviter que le faste des funérailles ne vienne amoindrir l'autorité d'une décision de justice[2321] : une fois encore le traitement du corps mort est un enjeu d'autorité du pouvoir. La disposition ne sera abrogée qu'en 1980, en cohérence avec la suppression de la peine de mort[2322]. Pour autant, l'atténuation du caractère spectaculaire du pouvoir pénal sur le cadavre ne doit pas faire oublier l'émergence d'un nouvel outil de régulation sociale des corps : le pouvoir médical.

§2. Utilité scientifique des cadavres : entre progrès de la connaissance et exclusion sociale

580. Une vision simplifiée du rapport entre l'Église et le pouvoir médical a pu faire penser que la première régnait sans partage sur le royaume des morts. L'historiographie récente nous révèle qu'au nom du progrès de la connaissance, les corps les moins protégés étaient exposés à la dissection **(A)**. L'expérimentation médicale remplace alors, à la période moderne, l'exclusion autrefois pratiquée par le pouvoir religieux ou par le droit pénal **(B)**.

[2317] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 76. Pour une évocation des troubles pouvant être provoqués par les sanctions sur les corps v. L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* éd. Jacques Dalin, 1667, V° Cadavre, p. 407, 1re colonne : « *Quoi donc ? S'il y eut là du tumulte et de la précipitation populaire, et ici de la colère et de la faction des Sergens, il ne s'en suit pas qu'à procéder légitimement, il n'y fallut apporter de la Justice, c'est à dire de la formalité et de l'ordre ».*

[2318] V. art. 3 C. pén. 1871. Il ne s'agit pas, bien sûr, de considérer que la peine de mort n'est pas en elle-même un « supplice » au sens d'une peine cruelle (Lire bien sûr V. HUGO, *Le dernier jour d'un condamné,* Librio Littérature, 2012) mais nous la distinguons des peines antérieures qui conduisaient à une torture corporelle antérieurement à la mort. L'art. 2 du C. pén. De 1791 énonçait d'ailleurs : « *La peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercée aucune torture envers les condamnés* ».

[2319] Sur l'histoire de cette suppression v. E. TAÏEB, « Le débat sur la publicité des exécutions capitales. Usages et enjeux du questionnaire de 1885 », *Genèses,* 1/2004 (n° 54), p. 130 et s.

[2320] *Supra* n° 547.

[2321] V. par ex. J.-A. ROGNON, *Code pénal expliqué,* imprimerie de H. Plon, 1865, p. 8 : « *il ne fallait pas que l'inhumation d'un homme tombé sous le glaive de la vindicte publique fût telle qu'elle ne pût paraître une insulte aux arrêts de la justice* ».

[2322] L. n° 81-908 du 9 oct. 1981 portant abolition de la peine de mort : JORF du 10 oct. 1981, p. 2759. Art. 4.

A. La dissection : admission précoce d'un usage scientifique des corps marginaux

B. L'expérimentation : la mise à disposition des « corps vils » par le droit

A. La dissection : admission précoce d'un usage scientifique des corps marginaux

581. Michel FOUCAULT note, dans sa *Naissance de la Clinique*, que l'évolution de la dissection a fait l'objet d'une reconstruction *« historiquement fausse »*[2323] : la religion se serait, jusqu'à récemment, opposée à cette pratique. Or, ni l'éthique médicale, ni le dogme religieux n'ont fait obstacle à la réapparition des dissections à partir du XIII^e^ siècle en Europe du sud[2324]. Cette pratique se répand entre le XIV^e^ et le XV^e^ siècle[2325] ; la première dissection officiellement pratiquée à Paris serait ainsi datée de 1407[2326].

S'il existe une résistance morale à ces dissections, elle provient de la population, offusquée qu'étudiants et praticiens, en mal de corps disponibles, viennent dérober les cadavres dans les tombes fraichement fermées[2327]. Rafael MANDRESSI avance l'hypothèse suivante : la répugnance de la population devant les examens anatomiques ne serait pas directement liée à des dogmes religieux mais à des *« attitudes que le christianisme a absorbées, élaborées et transmises »*[2328], c'est-à-dire à une attitude de respect du corps qui, si elle n'était pas directement portée par le dogme[2329], imprégnait la pensée médiévale héritière des comportements antiques. Ceci explique que les dissections soient pratiquées avant tout sur les corps d'hommes[2330]

[2323] M. FOUCAULT, *La naissance de la clinique : une archéologie du regard médical*, PUF, 1963, p. 176.

[2324] K. PARK, « The criminal and the Saintly Body : Autopsy and Dissection in Renaissance Italy », *Renaissance Quaterly*, 1994, 47 (I), 1-33 et aussi, de la même auteure *Secrets de femmes. Le genre, la génération et les origines de la dissection humaine*, trad. H. QUINIOU, Les presses du réel, 2009 pour la version française, not. p. 10 et s. pour une conception large de la dissection ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge,* éd. Olivier Orban, 1988, p. 38 ; M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 160.

[2325] D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^e^-XVI^e^ siècle*, coll. Pluriel, Hachette, 2010, p. 190 et s. Pour une vision romancée et fantastique de la question des recherches anatomiques au XVI^e^ siècle et de leurs liens avec l'Église v. la belle bande-dessinée *La licorne* : M. GABELLA et A. JEAN, t. 1 à 4, 2006-2012, Delcourt.

[2326] D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes*, éd. Métailié, 2008, p. 66.

[2327] R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident*, Seuil, coll. L'univers historique, 2003. p. 177 ; D. LE BRETON, *La chair à vif, op. cit.*, p. 68 puis 120 et s.

[2328] R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste, op. cit.*, p. 35

[2329] V. *Supra* n° 556.

[2330] Il semble que les dissections aient d'abord eu lieu sur les hommes avant d'être autorisées sur les femmes. C'est du moins ce qui fut le cas aux Pays-Bas où les femmes ne furent disséquées qu'à la fin du XVII^e^ siècle. Cette différence de traitement était sans doute due à des considérations de décence, comme ce fut le cas pour les expositions de corps (*supra* n° 577), mais conduisit également à ce que le corps de la femme soit plus tardivement connu. J. D. LANTOS, « *Plastination in Historical Perspective* », in Controversial Bodies*,* J. D. LANTOS (dir.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 8. Pour une vision plus nuancée en ce qui concerne l'Italie du nord v. K. PARK, *Secrets de femmes. Le genre, la génération et les origines de la dissection humaine*, trad. H. QUINIOU, Les presses du réel, 2009 pour la version française.

étrangers[2331] à la cité ou, le plus souvent, exécutés[2332], que les praticiens aillent « se servir » sur les corps exposés, ou que ces corps leur soient directement attribués par les autorités séculières[2333], avec l'approbation de l'Église[2334].

L'Église adopte donc une position relativement neutre par rapport à ces pratiques : *« point de belligérance formelle, point d'encouragement manifeste »*[2335], cherchant avant tout à encadrer les dissections pour s'assurer qu'elles se limitent à des objectifs de recherche et d'enseignement[2336]. Cette attitude est facilitée si les opérations ont lieu sur des suppliciés :

> *« le criminel, ou celui qui est proclamé comme tel, n'est plus tout à fait un homme aux yeux de la communauté ; les verrous moraux sont levés en ce qui concerne son sort.* […] *le condamné à mort figure comme* […] *objet obligé d'un cynisme social qui donne sans scrupule toute licence d'agir sur lui à volonté »*[2337].

La dissection n'est alors pas conçue juridiquement comme une peine[2338] mais plutôt comme une alternative à l'exposition qui peut ensuite conduire à l'inhumation des restes[2339]. Le corps n'est plus qu'un matériau, laissé par commodité à l'usage scientifique. La dissection – en particulier la dissection publique[2340] – est cependant perçue comme très infâmante et, sous prétexte d'un intérêt scientifique, l'abandon du corps mort participe donc d'une politique d'exclusion

---

[2331] M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 162.

[2332] Sur les difficultés scientifiques dues à cette limitation v. R. BROCAS, *Le droit d'autopsie. Étude historique et juridique*, th. Pairs, 1938, imprimerie Louis Jean, p. 40 et s. Pour un exemple historique d'écrit dans lequel l'auteur réclame que l'on laisse les corps des condamnés à la dissection pour éviter l'usage de corps exhumés (en l'occurrence celui d'une jeune fille) v. RESTIF de la BRETONNE, *Les nuits de Paris*, Londres-Paris, 1788-94, Fragment de la 32e nuit : *« que ne donne-t-on des criminels aux étudiants »* (cité par M. VOVELLE. *Mourir autrefois*, Gallimard, 1974, p. 212).

[2333] Louis d'Anjou, au XIVe siècle, accorde ainsi un corps par an à la faculté de Montpellier : R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident,* Seuil, coll. L'univers historique, 2003, p. 43. Les cadavres étaient parfois directement vendus par le bourreau : D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes,* Métailié, 2008, p. 133 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 56.

[2334] Sixte IV autorise ainsi, en 1472, l'université de Tübingen à disséquer les corps des condamnés. Clément VII accorde également ce type d'autorisations : R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident,* Seuil, coll. L'univers historique, 2003, p. 41 ; D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes,* éd. Métailié, 2008, p. 66.

[2335] R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident*, Seuil, coll. L'univers historique, 2003, p. 42.

[2336] D. LE BRETON, *La chair à vif, op. cit.*, p. 63.

[2337] *Ibid.*, p. 38-39.

[2338] Du moins en Europe du sud et à cette période : M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *art. cit.*, p. 163.

[2339] Y. KNIBIEHLER et C. FOUQUET, *La femme et les médecins. Analyse historique,* Hachette, 1983. p. 54 ; J. D. LANTOS, « *Plastination in Historical Perspective* », in Controversial Bodies*,* J.D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 9.

[2340] Le XVIIIe siècle connaît une pratique importante de la dissection privée v. Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours,* Seuil, 1975, p. 107.

sociale[2341]. Ce phénomène va progressivement évoluer à partir du XVIII[e] siècle, l'association entre le pouvoir médical et le pouvoir juridique venant légitimer l'abandon de certains corps.

B. L'expérimentation : la mise à disposition des « corps vils »[2342] par le droit

582. Dans toute l'Europe, le XVIII[e] siècle voit véritablement s'institutionnaliser l'abandon des corps des suppliciés à l'expérimentation scientifique[2343]. En France, un édit de 1707 ordonne au pouvoir judiciaire de fournir en corps les professeurs d'anatomie mais sous réserve de l'absence d'opposition des familles[2344] et uniquement s'il s'agit de personnes de vile condition, « *preuve s'il en est que l'échafaud ne gommait pas les inégalités de classes* »[2345]. La véritable évolution de cette période n'est pas tant l'existence d'expérimentations sur les corps « marginaux » que l'évolution de sa représentation.

L'opinion, de plus en plus hostile aux supplices publics[2346], s'oppose également à l'emprise de l'Université[2347] sur les corps suppliciés[2348]. L'enjeu est alors de faire évoluer la perception de la dissection, de l'infamie[2349] vers la rédemption. Le discours philosophique comme le discours politique vont donc progressivement évoluer vers l'idée de l'utilité publique de l'expérimentation *post mortem* : l'obscurantisme et la superstition populaire doivent reculer devant les progrès de la science[2350]. Cependant, le discours utilitariste d'un BENTHAM, et son

---

[2341] Sur cette différence entre la dissection médicale, infâmante et d'autres modes d'ouverture des corps, réservés au contraire à une élite sociale v. *Secrets de femmes. Le genre, la génération et les origines de la dissection humaine*, trad. H. QUINIOU, Les presses du réel, 2009 pour la version française, p. 14.

[2342] Le titre est bien sûr emprunté à Gr. CHAMAYOU, qui en explique l'usage dans l'introduction de son ouvrage : *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII[e] et XIX[e] siècles*, coll. Les empêcheurs de penser en rond, La Découverte, 2008, not. p. 8 et s.

[2343] V. par ex. pour des aperçus rapides : J. D. LANTOS, « Plastination in Historical Perspective », in *Controversial Bodies,* J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 1 et, dans le même ouvrage C. F. ROSS « The history and potential of public anatomy », p. 63.

[2344] R. BROCAS, *Le droit d'autopsie. Étude historique et juridique*, th. Paris, 1938, imprimerie Louis Jean, p. 97 ; D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes*, éd. Métailié, 2008, p. 136 ; Gr. CHAMAYOU, *Les corps vils, op. cit.*, p. 28.

[2345] F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 57.

[2346] *Supra* n° 578.

[2347] Entendu dans un sens large dans la mesure où les dissections se pratiquèrent très largement dans des lieux privés. Sur la réglementation de ces lieux au début du XIX[e] siècle v. R. BROCAS, *Le droit d'autopsie, op. cit.*, p. 96 et s. ; M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 164.

[2348] Gr. CHAMAYOU, *Les corps vils, op. cit.*, p. 24 et s.

[2349] En Angleterre, à partir du XVII[e] siècle, la dissection est véritablement conçue comme une « double peine » : M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 163.

[2350] V. en particulier sur l'œuvre de DIDEROT : R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste, op. cit.*, p. 185 et s. Sur le rapport de DIDEROT à l'anatomie v ; aussi M. JOLY, « L'obsession du « dessous » : Diderot et l'image anatomique », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie* [en ligne], 43, oct. 2008, mis en ligne le 29 oct. 2010,

geste de legs de son corps à la dissection, n'empêchent pas que l'expérimentation reste confinée aux corps « marginaux », « *hors normalité* »[2351]. Par l'association entre le bourreau et le chirurgien[2352], la dissection, comme l'expérimentation deviennent alors

> *« rites de réparation après l'outrage, comme pour réinsérer dans la communauté le supplicié* […] *ayant racheté ses méfaits* […] *en faisant douloureusement progresser les connaissances anatomiques* »[2353].

583. Cette appropriation des corps condamnés subsiste tardivement[2354] voire, pour certaines expérimentations, peut-être jusqu'à la suppression de la peine de mort[2355]. L'essentiel du cortège des disséqués provient cependant des hospices publics[2356] qui, jusqu'au début du XX^e^ siècle, considèrent l'abandon des corps des plus pauvres[2357] comme une forme de rétribution des soins prodigués[2358], notamment dans la vieillesse[2359]. Les personnes laissées à la science, issues de classes populaires, vont progressivement s'organiser pour résister à cet abandon social. Ils constituent des groupes qui constituent une forme d'assurance décès et dont les membres veillaient mutuellement à ce que les cadavres des uns et des autres soient traités selon de vœu

---

disponible sur : http:// rde.revues.org/3502 [consulté le 13 nov. 2016].

[2351] S. MENENTEAU souligne parfaitement la façon dont la dissection fut historiquement réservée aux « *dépouilles des individus hors normes* », elle note que les quelques cas exceptionnels où la dissection était une distinction (corps religieux, corps de grands hommes d'État) ne doit pas masquer que « *l'ouverture cadavérique traîne une mauvaise image car elle concerne principalement trois catégories d'individus qui, d'une manière ou d'une autre, sont mis au ban de la communauté : les criminels, les suicidés et les indigents* » : *L'autopsie judiciaire. Histoire d'une pratique ordinaire au XIX^e^ siècle,* PUR, 2013, p. 263.

[2352] Sur ce mélange des genres et sa conséquence sur l'aversion générale du public à l'égard des professionnels de la mort v. S. MEMENTEAU, « Le corps autopsié à l'épreuve du XIX^e^ siècle » in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 33 et s.

[2353] D. LE BRETON, *La chair à vif, op. cit.*, p. 70-71.

[2354] Gr. CHAMAYOU, *Les corps vils, op. cit.*, p. 48 et s. Pour un ex. d'écrit de la fin du XIX^e^ siècle approuvant les expérimentations sur les condamnés et souhaitant leur extension aux suicidés, au nom d'un « ordre universel » v. J. JEANNEL, *Répression légale du suicide. Proposition de consacrer aux études anatomiques les cadavres des suicidés*, Librairie J-B Bailliere et fils, 1879. Pour un ex. de pratique d'expérimentation sur les corps des condamnés en Suisse avant la suppression de la peine de mort en 1871 v. L. MAUGUÉ, « Supplice judiciaire et rituel politique : le corps du guillotiné à Genève au XIX^e^ siècle, in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 207 et s.

[2355] M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 191.

[2356] Sur la situation en Angleterre à cette période v. M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 165.

[2357] Pour une comparaison des règlementations de 1802 puis 1815 v. Chr. PATIN, « Les vies *post mortem* de Saartjie Baartman. Muséologie et économies sociales », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 75. On note une fois encore la mention que le transport des corps devra être fait de nuit, comp. *supra* n° 547 et n°576.

[2358] Ce qui explique sans doute que les autopsies ne sont autorisées que sur les personnes décédées à l'hôpital v. R. BROCAS, *Le droit d'autopsie, op. cit.*, p. 107 et s.

[2359] M. ROSSIGNEUX-MEHEUST, « Négocier sa mort. Le combat des vieillards en institution à Paris au XIX^e^ siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2014/3 (n° 61-3), p. 109 et s. Pour la reproduction du courrier du Ministre de l'Intérieur au préfet de la Seine, en 1841, s'expliquant sur sa décision d'autoriser les autopsies d'indigents dont les corps ne seraient pas explicitement et formellement réclamés v. R. BROCAS, *Le droit d'autopsie. Étude historique et juridique*, *op. cit.*, p. 101 et s.

de chacun[2360]. Le parallèle s'impose ici avec la réaction des esclaves romains à la menace de privation de sépulture[2361] : la prise de conscience et l'organisation collective permettant de résister à un système social marginalisant. Si, faute de matériau, les expérimentations *post mortem* vont progressivement céder le terrain à l'expérimentation *in vivo*[2362], la trace de cette évolution du discours se retrouvera aujourd'hui[2363].

584. Conclusion de la Section 1. Dès l'Antiquité, le corps mort est saisi par le droit. Il l'est cependant de façon médiée, par la protection qu'accorde le droit, principalement le droit religieux, aux sépultures. La protection des cadavres ne dépend pas tant de leur nature que du statut attribué par les rites au lieu de sépulture. Cet écard conceptuel fait de la réglementation des funérailles un outil d'inclusion et d'exclusion des corps du groupe religieux et donc également du groupe social. Se créent alors des hiérarchisations multiples qui font des corps des marqueurs de la position sociale des personnes et des groupes auxquels elles appartiennent. Le droit séculier investit pareillement le traitement des corps morts en en faisant les instruments de sa politique pénale : le cadavre devient progressivement outil d'exemplarité mais plus largement objet de concrétisation du pouvoir étatique sur les corps. Par la suite, l'exclusion des corps des indésirables se manifestera plutôt par l'abandon, abandon à la science principalement, pouvoir émergent de contrôle des corps. Le cadavre n'est alors qu'un objet métonymique : son traitement par le droit est avant tout le symbole d'un contrôle des corps des vivants ; sa protection différenciée la marque d'une assignation des places des personnes. Il en est de même pour l'embryon, dont la protection révèle, en creux, la gestion juridique du corps des femmes.

Section 2 La protection des embryons : outil de contrôle

585. Précaution méthodologique : accepter l'accès difficile à la pratique. Une remarque préliminaire s'impose lorsqu'il s'agit d'étudier un sujet qui concerne en premier lieu l'intimité des femmes. La difficulté d'une recherche sur des phénomènes, sinon marginaux du moins marginalisés, tient à la rareté et à la partialité des sources. Sylvie LAURENT note, à propos de la maternité médiévale :

> *« reflet d'un milieu restreint, socialement favorisé et culturellement dominant, l'image perçue de la femme médiévale enceinte ne pourra donc être*

[2360] M. ROSSIGNEUX-MEHEUST, « Négocier sa mort. Le combat des vieillards en institution à Paris au XIX^e^ siècle », *art. cit.* (n° 61-3), not. p. 117.
[2361] *Supra* n° 543.
[2362] Sur les origines historiques de l'idée d'expérimentation sur le vivant : R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste, op. cit.*, p. 191 et s.
[2363] *Infra* n° 635 et s.

> *tout à fait exacte. Que pourra-t-on savoir, notamment, de la femme pauvre du monde rural ? Quant aux témoignages des femmes sur elles-mêmes, ils sont d'une extrême rareté* »[2364].

Cette remarque dit bien la difficulté principale : la version principale de l'Histoire est celle des catégories dominantes. Même si nous croiserons le chemin de quelques femmes riches[2365], c'est bien dans un monde peuplé d'hommes que nous pénétrons.

À cette difficulté s'en ajoute une autre : la pratique de l'avortement, parce qu'elle concentre des questions théoriques et politiques majeures, a fait l'objet d'affrontements intellectuels importants au cours de l'Histoire. Or, une partie de la représentation historique qui nous est parvenue provient d'une relecture du passé par des auteurs qui projettent sur l'Histoire des problématiques contemporaines à leurs écrits[2366]. Ce phénomène n'est, bien sûr, pas propre à l'étude de l'avortement et aucun chercheur ne peut prétendre y échapper totalement, mais cela doit nous inciter à la prudence. Il est ainsi aisé de rattacher à la République romaine « décadente » une pratique courante de l'avortement, là où des mœurs impériales plus contrôlées auraient cherché, vainement, à rétablir les femmes dans leur rôle reproducteur[2367]. Jean-Claude BOLOGNE nous met ainsi en garde : notre vision archaïsante de l'Histoire, et notamment de l'époque médiévale nous conduit souvent à nous concentrer sur la lettre d'un droit vite considéré comme « barbare » et à en ignorer l'application véritable[2368].

586. Annonce de plan. La protection juridique de la vie prénatale a essentiellement été saisie par le droit sous l'angle de la sanction pénale de l'atteinte à l'enfant *in utero*. L'application de certaines règles civiles à l'enfant simplement conçu a également occupé les

---

[2364] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e - XV^e siècles)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 2.

[2365] La réalité des pratiques abortives, mais surtout de leur perception par les consciences, est d'autant plus difficile à appréhender quand il s'agit des femmes pauvres. Ainsi, s'il peut être dit que l'avortement était surtout pratiqué, à Rome, par les classes les plus aisées, en quoi ce phénomène, s'il était avéré, est-il lié à une différence de perception morale de l'acte ou au fait que le risque était beaucoup plus important pour les femmes pauvres, qui ne pouvaient avoir recours à un médecin ? V. P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *Latomus, Revue d'études latines*, Bruxelles, 1999, p. 63 ; K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, Duckworth, Londres, 2002, p. 163. ; J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, Realia/Les Belles Lettres, 2008, p. 188

[2366] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 201.

[2367] V. not. E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les romains*, éd. Masson, 1917 ; F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu,* th. Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1894. De la même façon, dans quelle mesure l'idée que les plus riches avortaient facilement n'est-elle pas liée à une vision des classes dirigeantes comme nécessairement dégénérées ? v. P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 63.

[2368] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge, op. cit.*, p. 15-16. Il affirme ainsi que les procès pour avortement ont été relativement exceptionnels, ce que confirme J. ROSSIAUD, affirmant qu'il a pu y avoir, au XV^e siècle, une certaine indulgence à l'égard des avorteuses et avortées : *Amours vénales. La prostitution en Occident, XII^e-XVI^e siècle,* Flammarion, coll. Aubier, 2010, p. 196.

juristes à toute époque mais, contrairement à l'atteinte physique à l'embryon, elle n'a pas suscité de débats majeurs ; c'est donc principalement à la première question que nous allons nous attacher. Le droit romain manifeste une relative indifférence théorique au statut juridique prénatal, la protection de la vie étant principalement renvoyée à des pratiques privées **(§1)**. La pensée chrétienne sur le corps a constitué, à cet égard, un tournant théorique majeur, même si la répression de l'avortement a toujours été motivée, dans les faits, par la volonté de contrôler le corps et la sexualité des femmes **(§2)**.

§1 La protection de l'embryon en droit romain : pragmatisme et contrôle social

§ 2 La protection de l'embryon aux périodes médiévale et moderne : renouvellement du contrôle des corps

§1. La protection de l'embryon en droit romain : entre pragmatisme et contrôle social

587. La pensée théorique romaine sur la vie anténatale est relativement restreinte et distingue les interrogations relatives à l'application d'*infans conceptus* de celles relatives à l'avortement. On perçoit alors une pensée juridique, mais aussi philosophique, orientée vers la pratique **(A)**. Mais si l'avortement semble relativement accepté par le droit romain, les conditions qui entourent cette pratique indiquent une autre forme de hiérarchisation des corps : le contrôle des hommes sur les corps féminins **(B)**.

A. Des interrogations théoriques sans grandes conséquences

B. Une pratique de l'avortement tournée vers le contrôle des femmes

A. Des interrogations théoriques sans grandes conséquences

588. Deux courants théoriques. La réflexion théorique romaine sur l'embryon ne porte pas directement sur la notion de personnalité. Le débat se concentre plutôt sur le caractère « vivant » du *pars*. Sur cette question, la pensée antique est, globalement, partagée en deux courants[2369].

[2369] Pour davantage de détails : V. BOUDON-MILLOT, « La naissance de la vie dans la théorie médicale et philosophique de Galien », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 81.

Le courant majoritaire est issu de la pensée stoïcienne sur le corps[2370]. Représenté par les auteurs revêtus de la plus grande autorité[2371], tel ULPIEN[2372] ou PAPINIEN[2373], il affirme que l'enfant ne peut être tenu pour vivant qu'à compter de sa naissance, autrement dit de sa séparation d'avec la femme : lorsque l'âme se glisse dans le corps par la première inspiration[2374]. Avant, il n'est, selon la formule de JUSTINIEN, qu'un « espoir d'homme » ; *pars vicerum matris*, plus proche de la plante – ou plutôt du fruit – que de l'animal[2375]. Dans ce courant de pensée, le débat se concentre autour de la notion de naissance vivante : Proculiens et Sabiniens s'affrontent alors, les premiers considérant que le cri est la manifestation de la vie, là où les seconds admettent qu'un simple mouvement peut en être le signe[2376].

Un courant minoritaire[2377], qui ne connaîtra son heure de gloire que tardivement, rejoint ARISTOTE pour considérer que le fœtus n'est « *à plein titre une substance vivante* »[2378] qu'à compter de son animation, généralement[2379] datée au quarantième jour après la conception pour un individu de sexe masculin, au quatre-vingtième ou quatre-vingt-dixième jour pour un individu de sexe féminin[2380]. L'enfant est alors « en puissance »[2381], « *être dépendant et imparfait »* mais qui « *possède en lui-même un principe propre de développement* »[2382]. Cette

---

[2370] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, éd. Brill. Leiden/Boston, 2008, p. 54-55.
[2371] J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, 4e éd., 2006, p. 295.
[2372] *Digeste* 25, 4, 1, 1.
[2373] *Digeste* 35, 2, 9, 1.
[2374] J.-B. GOURINAT, « L'embryon végétatif et la formation de l'âme selon les stoïciens », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008. p. 59-60 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd. Laboratoire du Searle, 1977. p. 35 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974. p. 284 ; L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th., Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 28-29.
[2375] J.-B. GOURINAT, « L'embryon végétatif et la formation de l'âme selon les stoïciens », art. cit., p. 68.
[2376] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 56 ; Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », *Le genre humain*, 1986, p. 215.
[2377] Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », *Le genre humain*, 1986, p. 14.
[2378] P.-M. MOREL, « Aristote contre Démocrite, sur l'embryon », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), *op. cit.*. p. 57.
[2379] M. VAN DER LUGT attribue les différences entre les « datations » à des écrits postérieurs à AUGUSTIN : « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), *op. cit.*, p. 238. Pour d'autres positions v. J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge,* éd. Olivier Orban, 1988, p. 53.
[2380] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 54.
[2381] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th., Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 28.
[2382] P.-M. MOREL, « Aristote contre Démocrite, sur l'embryon », art. cit., p. 45.

pensée établit une double hiérarchie des corps. D'une part, en distinguant les fœtus suivant leur sexe, on attribue de fait une protection moindre aux corps féminins dont l'animation plus tardive semble bien signifier une différence de qualité. D'autre part, en tant que réceptacle d'une vie distincte de la leur, le corps des femmes est vu avant tout comme indispensable à la reproduction d'une société tout entière. L'avortement n'est pas évoqué comme une décision familiale ni, évidemment, personnelle, mais bien comme une méthode de régulation de la population globale[2383]. Dans cette mesure, le corps des femmes est « publicisé ». Cette position fut celle de GALIEN[2384] et d'HIPPOCRATE[2385].

589. La position des médecins de cette période est un élément important de compréhension de la représentation antique de l'embryon : sous l'influence de la pensée hippocratique, les médecins romains étaient, semble-t-il, plutôt opposés à l'avortement[2386]. Mais leur pensée pragmatique leur faisait prendre en compte davantage les risques pour la femme enceinte[2387] que l'atteinte portée au fœtus : c'est pourquoi sont surtout condamnées les potions abortives, trop proches de pratiques magiques[2388], alors que l'avortement propre à sauver la vie de la femme, ne sera pas systématiquement exclu[2389]. On a ainsi pu avancer que la limite de l'« animation » était avant tout fondée sur le danger qu'il y aurait pour la femme à interrompre une grossesse avancée[2390].

Cependant, il faut se garder de l'anachronisme consistant à penser que la question du début de la vie était déterminante dans la position des théoriciens sur l'avortement. Ainsi, la

---

[2383] ARISTOTE considérait également ce geste comme nécessaire à la maîtrise de la surpopulation : *Politique*, 7, 16, 1335 b. Cité par J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, trad. M. JOSSUA, éd. Cerf, 1969, p. 28 et Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », *Le genre humain*, 1986, p. 214.

[2384] V. BOUDON-MILLOT, « La naissance de la vie dans la théorie médicale et philosophique de Galien », art. cit., p. 94.

[2385] Cette prise de position conduit parfois à une mauvaise interprétation de l'interdiction, par le fameux serment, de procurer l'avortement : HIPPOCRATE lui-même semble en avoir pratiqué mais avant l'animation, considérant ce geste davantage comme un mode de contraception tardif que comme une atteinte à la vie : J.-Cl. BOLOGNE. *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge,* éd. Olivier Orban, 1988, p. 18 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd. Laboratoire du Searle, 1977, p. 57 et s.

[2386] K. KAPPARIS, *Abortion in the Ancient World*. Duckworth, Londres, 2002, p. 53 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 281-282 ; P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 53-54 pour la question de l'animation.

[2387] M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 67

[2388] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *art. cit.*, p. 39 et s. Cette méfiance pour les « médicaments » sera d'ailleurs reprise par la pensée chrétienne ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 56

[2389] M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 282

[2390] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, *op. cit.*, p. 53.

position des Stoïciens, datant l'apparition de l'âme chez l'embryon après sa naissance, ne les empêchait pas d'être réticents aux méthodes de contraception et d'avortement. Ces pratiques empêchaient en effet, selon eux, de conserver dans l'activité sexuelle une certaine mesure et une visée procréative[2391]. Cette position correspond à une période où *« la morale sexuelle varie selon le statut social, ou plutôt politique, des individus »*[2392].

590. Une interrogation théorique à visée pratique. Le débat sur l'instant de l'apparition de la vie ne se limite pas à un débat rhétorique : la question est fondamentale à la mise en œuvre du mécanisme *infans conceptus*[2393]. L'interrogation centrale n'est pas, à proprement parler, celle de la *nature* de l'embryon mais de son statut social, pris entre des impératifs politiques, familiaux et sanitaires.

Ainsi, dans un traité *médical* sur « ce qui est dans la matrice », un pseudo-Galien affirme que l'embryon est vivant car il est déjà un héritier et que l'avortement est interdit par les lois. Le droit est alors placé avant la médecine dans sa démonstration ce qui fait dire à Yan THOMAS qu'alors « *la nature se prouve par la loi* »[2394]. La réflexion sur le début de la vie mobilise alors aussi la technique juridique, orientée vers la sauvegarde d'intérêts politiques et financiers[2395] : les divers outils de protection de l'enfant conçu et du nouveau-né sont alors conçus comme des sauvegardes des droits du père et du mari et non comme des techniques de protection de la vie pour elle-même[2396]. Cet ordonnancement de la pensée peut aujourd'hui surprendre mais il n'est pas illogique dans un monde pour lequel l'ordre social est un impératif supérieur à la conformité du droit à une réalité biologique, bien obscure à cette époque. Bien plus qu'une protection de la vie pour elle-même, c'est une police des corps et de la sexualité qui est à l'œuvre dans la contrainte des corps féminins[2397].

B. Une pratique de l'avortement tournée vers le contrôle des femmes

591. La question du statut prénatal se posait en droit romain dans des termes bien différents d'aujourd'hui[2398]. Non seulement parce que l'état des connaissances scientifiques et

[2391] M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 44-45.
[2392] P. VEYNE, *Sexe et pouvoir à Rome,* Points, 2005, p. 180.
[2393] Pour un regard critique sur l'élaboration de cette notion V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*. *op. cit.,* p. 53-54.
[2394] Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », art. cit., p. 217.
[2395] Y. THOMAS « L'enfant à naître et l'"héritier sien", Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/1, not. p. 33-35.
[2396] M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 34 et s.
[2397] Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », art. cit., p. 219.
[2398] L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*. Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 28 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études*

techniques ne permettait pas d'appréhender l'embryon comme un objet indépendant du corps de sa mère[2399] ; mais aussi parce que le concept même d'enfant était bien différent. Comme le note Émile JOBBÉ-DUVAL, à Rome, *« la naissance se réalise en plusieurs fois, semblable en cela à la mort »*[2400]. De la même façon que le repos d'un mort ne lui est réellement accordé qu'après l'accomplissement de l'ensemble des cérémonies funéraires[2401], la venue au monde de l'enfant n'est pleinement acquise qu'à l'issue de multiples rites de passage dont le premier est l'attribution du *cognomen*, au huitième ou neuvième jour de la vie[2402]. Cette cérémonie est accompagnée d'un rite de purification qui s'explique par le fait que l'embryon, comme le cadavre, suscitent chez les Romains une forme d'horreur[2403] : significative association, dans l'esprit romain, entre la mort et la venue au monde. Ceci explique pourquoi la disparition des enfants avant leur complète introduction dans le monde, et *a fortiori* avant l'attribution du *cognomen*, n'était pas mise au même rang que le décès des adultes[2404].

En toute rigueur, il serait donc restrictif de limiter l'étude du statut de l'« embryon » à celui de l'enfant *in utero*[2405] et il faudrait y inclure tous les enfants qui ne sont pas encore, aux yeux de la société romaine, pleinement entrés dans le monde[2406]. Il s'agirait alors d'étudier à la fois l'avortement, l'infanticide et l'exposition d'enfant. De nombreux auteurs rapprochent d'ailleurs ces trois pratiques comme étant les principales méthodes de limitation des naissances dans le monde romain[2407]. Cependant, par souci de concision, nous limiterons notre étude à ce que nous *percevons* aujourd'hui comme avortement, à savoir l'interruption provoquée d'une grossesse. Si la réalité de la réglementation entourant cette pratique est difficile à percevoir **(1)**,

---

offertes à Alfred Jauffret, PUAM, 1974, p. 285. V. aussi A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* PUF, 1996, p. 58-59.

[2399] K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, Duckworth, Londres, 2002, p. 35.

[2400] E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures, d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, RHD, 1924, p. 55.

[2401] *Supra* n° 545.

[2402] Suivant le sexe de l'enfant : J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, Realia/Les Belles Lettres, 2008, p. 277 ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants, op. cit.*, p. 55-56.

[2403] J.-M. MATHIEU affirme ainsi que la conception et la naissance se voient attribuer par les auteurs de la fin de l'Empire *« tous les qualificatifs de déshonneur, de saleté, de mauvaise odeur, tous ces traits sensibles qui font reculer devant le corps en décomposition »* : « Horreur du cadavre et philosophie dans le monde romain. Le cas de la paristique grecque du IV^e^ siècle », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 316.

[2404] *Supra* n° 547.

[2405] M.-Th. FONTANILLE note ainsi que le peu de cas que l'on pouvait faire de l'embryon dans la médecine gréco-romaine était une position cohérente avec la relative indifférence de cette période quant à la vie des nouveau-nés : *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 23.

[2406] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 57 : « *tant que l'exposition demeure une pratique légitime, l'intégration à la famille reste, sauf pour l'enfant posthume, la clé de l'accès à la personnalité juridique du nouveau-né* ».

[2407] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine ». *Latomus, Revue d'études latines*, Bruxelles, 1999 ; K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 154 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 270.

elle révèle cependant une double hiérarchie : entre hommes et femmes d'une part, et entre femmes d'autre part **(2)**.

1) Autorisation ou répression de l'avortement : une réalité difficile à percevoir

2) La répression de l'avortement et la hiérarchie des corps

1) Autorisation ou répression de l'avortement : une réalité difficile à percevoir

592. Il est malaisé d'évaluer quelle était la fréquence des avortements dans la Rome antique, mais il serait facile de penser que les périodes où ces pratiques ont été, sinon interdites, du moins réglementées correspondraient à celles où elles étaient courantes et que, symétriquement, elles étaient plus rares dans les périodes où les textes restent silencieux sur ce point[2408]. Cette conception nous paraît réductrice dans le contexte du droit romain[2409] qui, du moins dans sa période primitive, mettait tellement l'accent sur la justice privée que le silence des textes « publics » parvenus à notre connaissance ne signifie pas pour autant que l'avortement n'était pas réprouvé par les mœurs[2410] ou sévèrement puni par la justice domestique[2411].

593. L'avortement ne semble avoir fait l'objet d'aucune réglementation particulière avant la fin de la République. Jusqu'à cette période, l'enfant *in utero* n'est pas spécifiquement protégé par le droit. Pour autant, les femmes ne sont pas maîtresses des décisions qui le concernent : l'embryon est certes partie du corps de la femme, mais c'est bien le mari qui possède tout

---

[2408] E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les Romains*, éd. Masson, 1917, p. 8-9.

[2409] La méthode n'est pas nécessairement mauvaise dans l'absolu. Comme l'exprime le romancier : « *Pour savoir quels crimes fleurissaient à une période donnée, les chercheurs en sciences sociales examinent le code légal de la période en question. Pour le Professeur, la nécessité de raisonner à l'envers –partir de l'interdiction pour arriver au comportement – est un principe fondamental. Les lois spécifiques* […] *nous disent quelles activités anti-sociales sont les plus susceptibles d'attirer, à une période donnée, tel ou tel individu, homme ou femme, irresponsable, avide, apeuré, mentalement déséquilibré ou simplement faible* » : R. BANKS, *Lointain souvenir de la peau*, trad. P. FURLAN, Actes sud, 2012, p. 171.

[2410] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *Latomus, Revue d'études latines*, Bruxelles, 1999, p. 58 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 281 et s.

[2411] Certains auteurs considèrent que s'il était pratiqué sans son consentement, l'avortement était pour le mari une raison suffisante pour chasser sa femme (E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les Romains*, éd. Masson, 1917, p. 9 ; P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 51-52 et 66 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 271 et s. ; J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, *op. cit.*, p. 188) voire pour la tuer (E. CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique,* Albin Michel, 2000 pour la version française, p. 120-121). L'exercice par le mari d'une vengeance sur les éventuels complices a été évoqué (F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu,* th. Paris, 1894, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 15) mais est sujette à caution (M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit, p. 274).

pouvoir sur ce corps au nom de sa *manus*[2412]. Ce n'est donc pas ici la « vie »[2413] ou l'« enfant »[2414] qui sont protégés mais le pouvoir de l'homme de décider du sort de l'enfant, porté par une femme qui est sous son pouvoir[2415].

Cette idée n'est pas démentie par les réglementations postérieures. À partir du III^e^ siècle, l'avortement entre dans le champ du droit pénal romain, mais nulle trace dans ces règles de l'idée que l'avortement serait un meurtre[2416] : l'action reste aux mains du mari et l'échelle des peines appliquées en cas d'avortement « illicite » est caractéristique des comportements que le législateur d'alors souhaite sanctionner. Sous SÉVÈRE et ANTONIN, les femmes encourent l'exil si elles avortent contre l'avis de leur mari ou par « haine » de celui-ci[2417] mais risquent la mort si elles ont pratiqué l'avortement pour des raisons financières[2418], c'est-à-dire pour avoir une chance plus importante d'hériter de leur époux[2419]. L'avortement reste donc dans une certaine mesure un crime privé : sanctionné par l'État, il ne l'est cependant que dans la mesure où la décision de la femme atteint les intérêts du mari[2420]. Le respect des prérogatives du mari expliquerait pourquoi la baisse de la fécondité constatée à la fin de la République n'a pas été l'occasion de criminaliser l'avortement mais plutôt d'encourager la procréation[2421].

[2412]P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 52 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art ; cit., p. 270 ; L. BELIN, *Des droits du mari sur la personne et sur les biens de sa femme. Droit romain.* Th. Nancy, 1871.

[2413] M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 37-38.

[2414] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 51 et 62 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 58.

[2415] P. VEYNE, *Sexe et pouvoir à Rome.* Points, 2005. p. 180-181 ; K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 138 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 289. ; J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, *op. cit.*, p. 188 ; M. VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 251. Il est donc possible que le mari ait pu contraindre sa femme à avorter : M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 274 ; F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu, op. cit.*, p. 15.

[2416] K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World. *op. cit.*, p. 176 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 290 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 58. *Contra* Th. MOMMSEN, J. DUQUESNE, *Le droit pénal romain*, in *Manuel des antiquités grecque et romaine*, éd. A. Fontemoing, 1907, p. 353.

[2417] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *art. cit.*, p. 69 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 289 ; F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu, op. cit.*, p. 21 ; E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les Romains*, *op. cit.*, p. 58.

[2418] E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu*, th, Toulouse, 1876. p. 9.

[2419] Sur ce point V. K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 120 et s.

[2420] M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 277. Pour une interprétation légèrement différente : K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 184. L'interdiction de la vente de produits abortifs au I^er^ siècle avant JC aurait pu être considérée comme une norme prohibant l'avortement mais il est probable qu'elle ne concerne en réalité que la protection de la santé publique, étant donnée la dangerosité de ces produits : P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *art. cit.*, p. 69

[2421] Sur les lois matrimoniales d'Auguste v. M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 278 et surtout E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les romains*, *op. cit.*, p. 16 et s. Sur l'encouragement étatique à la procréation v. J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, *op. cit.*. p. 179 et s. et 202 et s. Ces dispositions s'expliquent peut-être aussi par le fait que la contraception était une pratique finalement plus courante que l'avortement : P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 27 et s.

594. L'avortement reste donc une pratique courante mais l'on blâme pourtant les femmes de l'utiliser pour des motifs triviaux : sauvegarde de leur beauté[2422] ou intérêts financiers. C'est par méfiance envers les femmes enceintes divorcées ou récemment veuves, soupçonnées de vouloir éliminer le produit de ces relations légitimes, que le droit romain mit en place cette institution qui trouva tant d'écho en droit français contemporain : la curatelle au ventre[2423]. Évoqué dans des rescrits de MARC-AURÈLE et de LUCIUS VERIUS[2424], le dispositif semble bien être de création prétorienne[2425]. La description qui en est faite montre que la femme était véritablement considérée comme un outil de reproduction dont l'accouchement pouvait sans gêne être observé par autant de témoins que nécessaire[2426].

2) La répression de l'avortement et la hiérarchie des corps

595. Cet aperçu de la législation romaine sur la protection, ou plutôt sur l'absence de protection, de la vie de l'enfant *in utero* montre l'entrelacs des hiérarchies entre les corps.

596. En premier lieu, la place prédominante de la volonté des hommes dans la pratique de l'avortement manifeste quelle est la valeur du corps des femmes par rapport à celle des enfants qu'elles portent ; une valeur entièrement déterminée par des hommes. Bien plus que la « vie », c'est donc bien un certain rapport de pouvoir entre les sexes qui est protégé par la législation romaine sur l'avortement. Comme le note Jean-Claude BOLOGNE : « *la tolérance dont semble jouir alors l'avortement est loin d'être une victoire de la femme mais plutôt de l'homme et de la société* »[2427].

597. Un second rapport hiérarchique apparaît également dans cette réglementation : entre les femmes dont un homme était à même de contrôler la fécondité et les autres. Ainsi, aucun texte ne sanctionne les avortements de femmes célibataires, prostituées[2428] ou depuis longtemps veuves : leurs enfants, illégitimes, encombrants ou n'« appartenant » pas à un homme clairement désigné ne semblaient pas devoir faire l'objet d'une protection particulière[2429] et

[2422] K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World. *op. cit.*, p. 113 et s. ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 28.
[2423] V. *supra* n° 112.
[2424] E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les Romains*, *op. cit.*, p. 59.
[2425] M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 286 ; F. MONTIER, *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu,* th. Paris, 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 75 et s.
[2426] E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu*, th. Toulouse, 1876, p. 57 et s.
[2427] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 276.
[2428] Sur l'avortement des femmes prostituées : K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 107 et s.
[2429] Il est ainsi établi que l'exposition d'enfant - et donc le décès ou la condition d'esclave qui en résultait le plus

l'absence de sanction de ces avortements semble indiquer que nul n'aurait songé à regretter que ces femmes suppriment leur descendance : l'avortement leur était probablement permis[2430].

Ceci montre en quoi le débat sur les corps n'est pas, en droit romain, un débat relatif à la personnalité juridique mais bien une question de catégorie de personnes, de *statut des personnes* entendu ici au sens le plus strict[2431]. Apportant une vision nouvelle sur le statut de l'embryon, la pensée chrétienne va révolutionner non seulement la représentation des limites de la vie mais également l'ordre social qu'elle sous-tendait.

§2. La protection de l'embryon aux périodes médiévale et moderne : renouvellement du contrôle des corps.

598. Se détachant des représentations païennes de la vie prénatale, la réflexion des penseurs chrétiens constitue une véritable révolution théorique en la matière. Leurs écrits, qui fonderont largement l'esprit du droit canonique, défendent une protection inconditionnelle de la vie **(A)**. La mise en pratique de cette pensée sera plus ambivalente même si les femmes vont subir une double contrainte : de l'Église et du droit séculier **(B)**.

A. La révolution théorique de la pensée chrétienne

B. Le contrôle juridique des corps féminins

A. La révolution théorique de la pensée chrétienne

599. Pour la pensée chrétienne, la protection de la vie est d'abord un impératif de droit naturel **(1)** puis, à partir du XIII^{e} siècle, une obligation liée à la protection de l'enfant en tant qu'être fragile **(2)**.

---

souvent - concernait principalement les individus de sexe féminin (P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », *art. cit.*, p. 83 et s. ; K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, *op. cit.*, p. 154 ; J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*. *op. cit.*, p. 199) et les enfants des « classes inférieures » (P. SALMON, "La limitation des naissances dans la société romaine", art. cit., p. 82 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 48.). Il faut d'ailleurs noter que si l'empereur Constantin prohibe la vente d'enfants, il réserve cette possibilité aux plus pauvres (P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 81, nbp 13), manifestant ainsi que la protection de l'État ne concerne pas directement les enfants les plus « indésirables » (J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, éd. Cerf, 1969, trad. M. JOSSUA, p. 115) qui fournissaient alors l'essentiel du contingent d'esclaves, notamment prostitué·es (J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, *op. cit.*, p. 199 ; Ph. CASPAR, *L'embryon au II^{e} siècle*. L'Harmattan, coll. religion et spiritualité, 2002, p. 27 et 91). De façon anecdotique, sur la prolongation de l'esclavage sexuel v. Al. STELLA, « Des esclaves pour la liberté sexuelle de leurs maîtres », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [en ligne], 5/1997, mis en ligne le 1er janv. 2005, disponible sur : http://clio.revues.org/419 [consulté le 13 nov. 2016].

[2430] P. SALMON, « La limitation des naissances dans la société romaine », art. cit., p. 78

[2431] *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Capitant, Quadrige, PUF, 11^{e} éd., 2016, V° *Statut.* V. aussi *supra* n° 14.

1) La protection de l'embryon comme impératif de droit naturel

2) La protection due à l'embryon comme être faible

1) La protection de l'embryon comme impératif de droit naturel

600. Deux courants théoriques. Selon John T. NOONAN, la pensée chrétienne sur l'embryon s'est initialement construite en opposition à la pensée du monde gréco-romain et notamment à son « *indifférence à l'égard de la préservation de la vie embryonnaire et infantile* »[2432]. Dès le premier siècle, l'Église rejette vivement l'avortement[2433], sans pour autant que la réflexion des Pères de l'Église s'articule autour du « statut de l'embryon »[2434]. La position des auteurs s'affine progressivement à partir du II^e^ siècle et on voit apparaître deux opinions au sein de la jeune doctrine chrétienne.

Une partie des auteurs, rejetant la théorie stoïcienne, trouve dans la Bible des *Septantes*, traduction grecque de la version hébraïque, un support textuel à la théorie de l'animation prénatale. L'*Exode* fournit en effet un exemple de sanction d'une atteinte à un embryon *in utero* : les versets 22 et 23, rapportent le cas d'une femme enceinte qui perd son fœtus après avoir été frappée lors d'une rixe. Le texte grec énonce que l'homme ayant porté les coups sera puni d'une amende si le fœtus n'était pas formé et subira la loi du talion dans le cas contraire, sous-entendant ainsi que l'atteinte mortelle au fœtus formé est un homicide. La particularité de ce texte est que la traduction grecque trahit la version d'origine qui distinguait les cas où la femme avait simplement avorté ou avait été blessée ou tuée[2435]. C'est cependant ce texte altéré, empreint de théorie aristotélicienne[2436], qui aura un impact majeur sur la patristique et notamment sur AUGUSTIN[2437] dont l'influence prépondérante sur la doctrine chrétienne occidentale ne s'exercera que plus tardivement.

[2432] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, *op. cit.*, p. 77.

[2433] M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 293 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 29.

[2434] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e^ siècle*, coll. religion et spiritualité, L'Harmattan, 2002, p. 27 et 39 s.

[2435] B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologique », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 169 ; J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, *op. cit.*, p. 120 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 292.

[2436] B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologique », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, not. p. 168 s.

[2437] Cité par M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 293.

Un second courant affirme que le fœtus est vivant dès la conception. C'est notamment la position adoptée au III^e siècle par TERTULLIEN[2438]. Selon Philippe CARPAR, la pensée de cet auteur sur l'apparition de la vie se construit en miroir avec sa réflexion sur la mort. Il relève ainsi cette réflexion dans *De anima* :

> *« c'est à partir du dernier instant de la vie qu'il faut réfléchir sur le premier : si la mort ne peut être définie autrement que comme la disjonction du corps et de l'âme, le contraire de la mort, la vie, n'aura d'autre définition que la jonction du corps et de l'âme. Si la disjonction se produit en même temps pour l'une et l'autre substance par la mort, indiscutablement il nous est signifié que la règle de la jonction y est semblable : l'une et l'autre substance viennent à la vie en même temps »* [2439].

Cette théorie prévaudra dans l'Église d'Orient, notamment au travers des écrits de Basile de CÉSARÉ[2440] et de Grégoire de NYSSE[2441].

601. Une position commune contre l'avortement. Hormis ces divergences sur la date de l'animation, la particularité de la pensée chrétienne est alors d'être radicalement opposée à l'avortement[2442], que les auteurs qualifient rapidement d'homicide[2443], voire de parricide[2444]. Ceci résulte de plusieurs facteurs. Tout d'abord de la nécessité, pour les chrétiens de l'époque, de se démarquer de la position païenne sur la question et de renverser les accusations de sauvagerie dont ils faisaient parfois l'objet[2445] : attitude politique donc, visant à refuser « *l'attitude romaine courante à l'égard de la vie fœtale et infantile* [qui] *était celle d'une indifférence absolue.* »[2446] La condamnation de l'avortement est donc initialement une condamnation morale et non

[2438] *De anima* 25. 2 ; 25.5 ; 36.2. M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 293. B. POUDERON note cependant que Tertullien hésite sur le statut à accorder à l'embryon : v. « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 158-183.
[2439] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e siècle*, coll. religion et spiritualité, L'Harmattan, 2002, p. 98.
[2440] *Ibid.*, p. 90 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd. Laboratoire du Searle, 1977, p. 46.
[2441] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, éd. Brill, Leiden/Boston, 2008, p. 58.
[2442] B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », art. cit., p. 168 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 58 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 294.
[2443] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e siècle*, *op. cit.*, p. 63.
[2444] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 117 puis 121 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 294 et s.
[2445] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e siècle*, *op. cit.*, p. 63 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 294
[2446] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 114.

juridique[2447] : dès la conception, l'embryon est un *« être sur lequel s'étend* [la] *providence »* de Dieu[2448]. Pour John T. NOONAN :

> *« lorsque les chrétiens des II^e^ et III^e^ siècles se servaient du terme " parricide ", ils le faisaient avec la volonté d'élargir le sens légal afin de condamner ce qu'ils tenaient pour moralement mauvais* […] *La qualification n'est ni biologique ni légale, mais morale. »*[2449]

La dénonciation de l'avortement est donc également une condamnation des mœurs romaines, prétendument corrompues[2450]. La position des Pères sur l'avortement est par ailleurs dictée par la volonté théologique de ne pas distinguer sexualité et procréation[2451]. En ce sens, l'étude des positions chrétiennes sur l'avortement peut difficilement être distinguée, du moins dans un premier temps, de la réflexion menée sur la contraception, même si « *l'avortement a pu paraître un mal plus facile à attaquer, eût-on une prévention aussi grande contre la contraception* »[2452].

602. Une position fondée sur le droit naturel. Apparaît alors dans le discours théorique la notion de *nature*, non pas pour fonder la protection de la vie mais pour justifier de la finalité procréatrice de l'Homme. L'Ancien comme le Nouveau Testament valorisent davantage la virginité que la procréation[2453], « *il fallut donc faire reposer principalement les arguments sur la loi de la nature* »[2454], mais « *l'accent mis sur l'intention procréatrice du commerce charnel n'était pas issu d'une valorisation particulière de l'accroissement de la population* »[2455]. D'où une condamnation de l'avortement pour lui-même et non pour ses conséquences démographiques.

La reproduction est alors comprise comme naturelle au sens où elle est conforme à la *fonction* des organes sexuels. Pour John T. NOONAN :

> *« l'analyse d'une fonction avait tendance à être isolée de toute considération de l'organe dans ses rapports avec le tout de la personne. Ce qui est naturel*

[2447] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e^ siècle*, *op. cit.*, p. 27 ; M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 29.
[2448] B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », art. cit. p. 175.
[2449] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage,, op. cit.*, p. 121.
[2450] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e^ siècle*. *op. cit.*, p. 41 et s. ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 295.
[2451] P. SALMON, "La limitation des naissances dans la société romaine", art. cit., p. 66 ; M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 297.
[2452] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, , op. cit.*, p. 139.
[2453] R. LANE FOX, *Païens et chrétiens. La religion et la vie religieuse dans l'empire romain de la mort de Commode au concile de Nicée*. Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997 pour la version française, p. 366 et s. Sur l'élaboration juridique du mariage malgré l'exaltation de la virginité v. M. MADERO, *La loi de la chair. Le droit au corps du conjoint dans l'œuvre des canonistes (XII^e^-XV^e^ siècle)*, Publication de la Sorbonne, 2015, not. p. 16.
[2454] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage*, *op. cit.*, p. 99-100.
[2455] *Ibid.*, p. 108.

> *pour un organe était tenu pour évident de soi, aucune démonstration n'était tentée ni tenue pour nécessaire »* [2456].

L'auteur relève également deux autres sens du terme de « nature ». Le premier est purement théologique et consiste en un phénomène exempt du péché originel ; le second se rapporte au comportement animal en tant qu'il serait la manifestation d'un modèle universel, d'une continuité entre l'homme et l'animal[2457]. Le rapprochement de ces trois acceptions est important : il montre en quoi la pensée chrétienne établit, dans ces premiers temps, un lien entre naturalité, pensée finaliste, transcendance et ordre[2458] : une fois la procréation affirmée comme « naturelle »[2459], la sauvegarde de l'embryon était évidemment constituée en « loi naturelle », garante d'un ordre universel. John T. NOONAN conclut ainsi :

> *« faire appel à une "nature" donnée était une méthode d'enseignement. L'invocation de la "nature" renforçait les positions déjà prises. Le "naturel" était distingué du "pas naturel" par des considérations souvent informulées, d'un caractère philosophique ou religieux plus général. Dire d'un acte qu'il est naturel c'était exprimer ce que l'homme devait être, non ce que les animaux faisaient ou ce que certains organes pouvaient accomplir. Toutefois, chez les auteurs chrétiens des premiers siècles de même que chez leurs prédécesseurs stoïciens, la fonction pédagogique de la "nature" n'était pas nettement différenciée, elle était invoquée comme un modèle que l'on a trouvé, un argument qui va de soi. »*

Ce constat peut être mis en parallèle avec ce qu'écrit d'Etienne PICARD sur l'usage historique de la notion de droit naturel :

> *« le droit naturel a été invoqué dans l'histoire comme fondement d'un droit positif dans toutes les hypothèses où il s'est agi soit de justifier, en son principe ou en son contenu, tel droit positif – au sens de droit voulu ou posé par une volonté humaine -, soit de le contrer d'une façon ou d'une autre. L'unité principielle du droit naturel se tient d'abord dans cette fonction »*[2460].

Cette assimilation de la protection de la vie au respect des finalités reproductives rend difficile la distinction entre prohibition de l'avortement et opposition à la contraception : l'une et l'autre conçues comme des violations d'une loi naturelle, du moins jusqu'au XV^{e} siècle. On le voit, la réflexion sur le statut de l'embryon n'est alors qu'un élément de la réflexion sur l'encadrement de la sexualité puisque THOMAS fait également appel à la loi naturelle quand

---

[2456] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage,, op. cit.*, p. 101.
[2457] *Ibid..*, p. 100.
[2458] Pour de tels rapprochement dans la pensée juridique contemporaine v. *supra* n° 414.
[2459] M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, *op. cit.*, p. 46 et s. On note ici que si la pensée chrétienne pouvait se détacher des conceptions stoïciennes du début de la vie, elle s'en rapprochait par sa volonté d'affirmer l'existence d'une morale de la modération, d'une morale « naturelle ». L'auteure parle de « distorsion » de la pensée stoïcienne.
[2460] É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 60.

il s'agit d'identifier les positions sexuelles autorisées.[2461]. L'avortement est ainsi rattaché à une sexualité « vicieuse », souvent pratiquée hors mariage, qui cherche le plaisir en refusant la procréation[2462] : atteinte, selon THOMAS, tant à la « nature animale » de l'Homme qu'à l'amour de Dieu[2463].

De fait, les deux pratiques sont rapprochées dans les pénitentiels dès le VIII[e] siècle[2464], signe de l'assimilation *juridique* établie entre atteinte à la vie et atteinte à la conception. Comme le souligne Michel FOUCAULT, « *les prohibitions portant sur le sexe étaient* [alors] *fondamentalement de nature juridique. La "nature" sur laquelle il arrivait qu'on les appuie était encore une forme de droit* »[2465].

603. Une pensée influençant la sexualité en général. De la loi naturelle à la loi positive il y a cependant un pas, et il semble que les auteurs chrétiens n'aient pas eu une influence immédiate sur l'élaboration d'un droit séculier véritablement protecteur de l'embryon. Certes, les conciles des premiers siècles du christianisme établissent des peines d'excommunication lourdes pour les femmes ayant avorté[2466], mais ces peines, pour importantes qu'elles aient été pour les personnes, n'étaient pas reprises par le droit séculier[2467]. Ainsi, le droit de JUSTINIEN ne modifie pas substantiellement la réglementation de l'avortement qui demeure orientée par une vision stoïcienne de la vie prénatale[2468].

En revanche, une autre partie de la société romaine tardive fit les frais de cette nouvelle représentation de la reproduction : les personnes ayant des relations homosexuelles, en particulier les hommes. Jusque-là tolérées par le droit romain[2469] les relations sexuelles entre hommes sont fortement réprimées à partir du IV[e] siècle : THEODOSE I[er] condamne tout d'abord la prostitution masculine homosexuelle passive et THEODOSE II étend cette

[2461] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 306.
[2462] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 203 et s.
[2463] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 307.
[2464] *Ibid.*., p. 200. Sur le rapprochement dans les pénitentiels du XVIII[e] siècle : J. GUYADER, « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIREAU (dir.), PUF, 1997, p. 107.
[2465] M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 53.
[2466] Excommunication perpétuelle pour le Concile d'Elvire en 300 ; dix ans d'excommunication pour le Concile d'Ancyre en 314.
[2467] V. « La place de la tradition dans les sources canoniques (II[e]-V[e] siècle) » in *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'Antiquité à l'âge classique,* J. GAUDEMET, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, p. 55-68.
[2468] M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », art. cit., p. 297 et s. ; l'influence du christianisme est sans doute plus importante en ce qui concerne la répression de l'infanticide et de l'exposition : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 59.
[2469] J. GAUDEMET et E. CHEVRAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3[e] éd., 2009, p. 39-40.

répression à l'ensemble des actes homosexuels passifs, dont les auteurs encourent la peine du bûcher. La répression est encore accentuée par JUSTINIEN qui condamne tout acte homosexuel, actif ou passif[2470]. Ce rapprochement du traitement de l'embryon et de l'homosexualité est loin d'être anecdotique : c'est parce que l'acte sexuel devient, selon la pensée chrétienne de la reproduction, un acte inscrit dans la loi naturelle, que l'on peut alors penser comme acte contre nature celui qui ne vise pas la procréation. Ce n'est d'ailleurs pas la personne qui est condamnée[2471] mais bien l'acte. Ainsi PAUL ne distingue-t-il pas les rapports sexuels anaux suivant qu'ils sont pratiqués entre hommes ou dans un couple marié : également contre-nature car impropres à la reproduction, ces actes sont pareillement condamnables[2472]. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que la condamnation des relations homosexuelles apparaît avec le christianisme[2473] mais il est certain que la pensée chrétienne conduit à un déplacement de la notion de transgression. Les relations homosexuelles interdites étaient jusque-là celles qui transgressaient un ordre social bien établi : prostitution[2474], relation avec un enfant[2475], position « passive » de l'homme libre[2476] ou de l'homme le plus âgé[2477]. Avec l'arrivée d'une pensée de la reproduction comme loi naturelle, c'est toute relation impropre à la reproduction qui devient transgressive : l'ordre social est naturalisé. Comme le note John T. NOONAN :

> *« Lactance traite les homosexuels de parricides, et entend dire par là qu'ils détruisent des humains en puissance (Institutions divine, 6, 23, 10). On est tout à fait dans la ligne de cette perspective quand on traite les utilisateurs de contraceptifs et d'abortifs d'homicides* »[2478].

[2470] E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi. Bisexualité dans le monde antique,* trad. M.-D. PORCHERON, la Découverte, 1991 pour l'édition française, p. 253 et s. ; J.-M. CARBASSE. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2e éd., PUF, 2006, p. 71 et s. ; C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, trad. O. SULMON, éd. Le Pré au clerc, 1998 pour l'éd. française, p. 84 ; E. CANTARELLA, *Les peines de morts en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Albin Michel, 2000 pour la version française, p. 207 et s.

[2471] Le concept d'« homosexualité », comme qualité personnelle et invariante d'un individu n'est pas pensé avant le XIXe siècle : M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité op. cit.*, p. 59.

[2472] *Romains*, 1, 24-27. Cité par J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ? op. cit.*, p. 59-60.

[2473] Sur la perception de l'homosexualité le judaïsme antique : J. T. NOONAN, *Contraception et mariage*, *op. cit.*, p. 68 et s. ; C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, trad. O. SULMON, éd. Le Pré au clerc, 1998 pour l'éd. française, p. 58 et s. ; E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi, op. cit.,* p. 281 et s.

[2474] En Grèce : E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi. Bisexualité dans le monde antique,* trad. M.-D. PORCHERON, La Découverte, 1991 pour l'édition française, p. 79 et s. ; C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, trad. O. SULMON, éd. Le Pré au clerc, 1998 pour l'éd. française, p. 53 et s.

[2475] E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi, op. cit.*, p. 71 et s.

[2476] En Grèce : C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, *op. cit.*, p. 52 et s. À Rome : E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi, op. cit.*, p. 150 et s. ; C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, *op. cit.*, p. 77.

[2477] E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi, op. cit.*, p. 73 et s.

[2478] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage*, *op. cit.*, p. 121.

Le vocabulaire employé dans les *Institutions* de JUSTINEN apporte des éléments en ce sens : l'homosexualité y est à la fois qualifiée d'acte contre-nature et de crime contre l'ordre religieux[2479]. Ce changement de perspective est capital : avec lui s'effectue le passage intellectuel de la protection de la création de la vie, à la répression de certaines catégories d'actes, et, bientôt, de personnes[2480].

2) La protection due à l'embryon comme être faible

604. À partir du XIII^e^ siècle, l'idée émerge que la protection de l'enfant ne peut se limiter à une protection corporelle mais doit également s'étendre à une dimension spirituelle. Ce mouvement, qui s'accentue en particulier entre le XV^e^ et le XVII^e^ siècle, a conduit à une intensification de la réflexion théorique sur le baptême[2481] mais surtout une réprobation accrue de l'avortement, position vue comme protectrice de la santé de l'enfant.

À cette période, la pensée sur « l'animation » de l'embryon se modifie : après une longue prééminence de la représentation immédiate de l'animation[2482], la redécouverte des textes aristotéliciens sur l'embryon a réactualisé l'idée d'une animation progressive[2483], vraisemblablement par rejet d'une préexistence de l'âme au corps[2484]. Cette position devient officiellement celle de l'Église en 1234 par une Décrétale de GRÉGOIRE IX et le restera jusqu'au XVIII^e^ siècle[2485]. À cette même période, les théories chrétiennes de la sexualité tendent

---

[2479] E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi, op. cit.*, p. 264 et s. puis p. 299 et s.

[2480] Sur la justification doctrinale contemporaine de la réprobation de l'homosexualité comme de l'avortement par le recours à une conception finaliste de la biologie v. *supra* n° 414.

[2481] Sur cette passionnante question, non sans lien avec la réflexion sur l'accession à la personnalité juridique, v. not. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*. p. 10 puis 60 et s. ainsi que « Baptême et nom de baptême. Notes sur l'ondoiement », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 365 ; S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e^–XV^e^ siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 62 ; D. ALEXANDRE-BIDON et D. LETT, *Les enfants au Moyen-Âge. V^e^-XV^e^ siècles,* Hachette, 1997. p. 48 et s. ; D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII^e^-XIII^e^ siècle)*, coll. Historique, Aubier, 1997, p. 207 et s. ; M. VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 237.

[2482] *Supra* n°600.

[2483] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 53-54. La sensibilité des Pères de l'Église aux théories aristotéliciennes les conduit à considérer, malgré la protection qu'ils accordent à l'embryon, que celui-ci reste un être humain « en puissance » et non « en acte », amené à se développer encore : B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 175 et s.

[2484] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite*, *op. cit.*, p. 54-55 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 47.

[2485] J. GUYADER, « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIREAU (dir.), PUF, 1997, p. 107.

à évoluer : la finalité reproductrice n'est plus le seul motif légitime de l'acte sexuel et l'amour qui unit les époux devient alors une valeur en soi, comme peut l'être le bien-être social et économique de l'enfant, qui peut justifier une limitation de la fécondité. C'est ainsi que, selon John T. NOONAN, *« les actes et les organes sexuels de l'homme ne furent plus tenus pour des réalités sacrées devant être protégées contre toute atteinte, pour des valeurs absolues »* [2486].

605. Paradoxalement, ce mouvement, qui aurait pu réduire la pression reproductrice pesant sur la femme, va au contraire renforcer le contrôle exercé sur son corps ; contrôle justifié par une préoccupation grandissante pour la santé de l'enfant, y compris *in utero* : la médecine surveille, le droit canonique encadre. Sylvie LAURENT voit dans cette période une situation où « *la femme tout au long de la grossesse reste sous l'emprise de son enfant* » et où « *sous couvert de protéger la santé de la femme, les médecins ne pensent en fait qu'à préserver la vie de l'embryon* »[2487]. Elle relie cet état à la pensée religieuse du moment :

> *« l'antiféminisme profond des hommes d'Église de ce temps, sous-tendu par les courants de pensée ambiants (et que symbolise, au XIII^e^ siècle, un Thomas d'Aquin), ne peut que renforcer la misogynie foncière qui imprègne le discours médical : par essence inférieure à l'homme, la femme est réduite, dans sa fonction reproductrice, à un simple abri pour le fœtus* »[2488].

De fait, la répression de l'avortement s'accentue au fur et à mesure que grandit l'attention portée au bien-être de l'enfant ; les arguments moraux opposés à l'avortement évoluent : si la santé de la femme est principalement mise en avant à la période médiévale, l'accusation faite aux femmes d'avorter pour préserver leur beauté réapparaît au XVIII^e^ siècle[2489]. La protection de l'embryon se construit alors contre les femmes, considérées comme trop superficielles pour garantir la protection de la vie qu'elles portent.

606. Conclusion du A. La pensée chrétienne sur la protection de l'embryon marque clairement une rupture avec les conceptions païennes antérieures. La sauvegarde de la vie n'est plus liée à la défense des prérogatives maritales mais bien à un impératif de droit naturel, intimement lié à la conception de la sexualité, ainsi qu'à une considération générale pour la fragilité de l'« enfant ». Cette conception, outre ses conséquences sur la hiérarchisation des

---

[2486] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, trad. M. JOSSUA, éd. Cerf, 1969, p. 432-433.
[2487] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e^-XV^e^ siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 132.
[2488] *Ibid.*, p. 237. A. LEFEBVRE-TEILLARD note d'ailleurs le tournant majeur que constitue le XVI^e^ siècle pour les femmes, cette période voyant le renforcement d'une posture de suspicion à l'encontre des femmes et de leur sexualité : *Introduction historique au droit des personnes et de la famille.* PUF, 1996, n° 238 et s.
[2489] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 202.

actes sexuels, conduit à un contrôle grandissant du corps des femmes, considéré avant tout dans sa dimension reproductive. Ce contrôle sera le fait tant du droit canonique que séculier.

B. Le contrôle juridique des corps féminins

607. Comme dans d'autres matières, la répression de l'avortement sera exercée, jusqu'au XVIII[e] siècle, tant par les autorités séculières que religieuses[2490]. L'étude des sanctions portées par le droit canonique est alors essentielle pour comprendre la pratique de la répression de l'avortement. D'abord en raison de la collaboration qui existait alors entre les deux systèmes juridiques[2491] mais surtout pour comprendre la réalité vécue de la coercition. Comme l'écrit Jean-Claude BOLOGNE :

> *« il y a une* […] *dimension qui nous échappera toujours, à une époque où l'avortement est doublement coupable, parce que conséquence interdite d'un acte interdit. C'est l'aspect humain, individuel ou social : la femme seule face à son corps meurtri, la famille renfermée sur une honte bien défendue, la communauté solidaire d'un acte répréhensible »*[2492].

Pour comprendre comment s'effectue le contrôle des corps à cette période, il faut considérer la répression religieuse de l'avortement. Même si les sanctions morales encourues peuvent nous paraître aujourd'hui anecdotiques, l'effectivité de la sanction, comme le souligne John T. NOONAN, tient alors moins à l'application de ces règles par les tribunaux qu'à leur *« acceptation par les cœurs »*[2493]. Tenter de se représenter la réalité de la pression sociale exercée sur les femmes nécessite de comprendre qu'à la peur de l'acte d'avorter lui-même s'ajoutaient la peur de la répression collective ou juridique et celle de la sanction éternelle de l'âme, par-delà la mort[2494] **(1)**. Quant à la répression par le droit séculier, son évolution montre non seulement un parallèle avec les positions religieuses mais surtout une préoccupation marquée pour la question de la natalité **(2)**.

1) Une répression constante du droit canonique

2) Une répression grandissante du pouvoir séculier

[2490] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2[e] éd., PUF, 2006, p. 101.
[2491] *Infra* n° 617.
[2492] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 42-43.
[2493] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 340.
[2494] Il est possible que, pour certaines personnes, la sanction religieuse de l'avortement par le droit canonique actuel soit toujours un élément déterminant de leur comportement. Nous n'étudierons cependant pas en détails les positions actuelles de l'Église à ce sujet, d'une part parce que la claire séparation des ordres juridiques à l'époque contemporaine justifie que le droit canonique ne soit plus considéré comme du « droit positif » et, d'autre part parce que le recul des convictions religieuses et leur éclatement dans la France d'aujourd'hui conduit à ce que les sanctions religieuses, en particulier de l'Église catholique aient de nos jours une place sociale marginale.

1) Une répression constante du droit canonique

608. La particularité de la pensée chrétienne sur la protection de la vie prénatale est de lier explicitement le respect de la vie et le respect des normes sexuelles non pas uniquement à la perpétuation d'un ordre social mais aussi à celle d'un ordre religieux. Sylvie LAURENT affirme ainsi :

> *« l'enfantement permet en fait de donner la vie à des membres de l'Église chrétienne. Derrière cette doctrine, on retrouve bien entendu des motifs économiques et sociaux ; mais c'est surtout cette image qui imprègne la mentalité des hommes du Moyen-Âge. Toute la fonction procréatrice de la race humaine est subordonnée à la religion chrétienne et à ses principes. Derrière la procréation se profilent donc différentes valeurs qui sont toutes étroitement associées. Aussi apparaît-il difficile de permettre le refus de ces valeurs, ce qui entrainerait une remise en cause de l'ordre religieux et donc de la société* »[2495].

La qualification d'homicide, attribuée dès l'origine à l'avortement par l'Église[2496], ne sera jamais démentie. Mais les conditions de cette qualification et surtout les peines qui y seront attachées ont varié dans le temps : dans un premier temps, la prohibition de l'avortement n'est pas clairement distincte d'autres pratiques contraceptives **(a)**, à partir du XII[e] siècle, la qualification se précise avec la redécouverte de la théorie de l'animation **(b)**.

a) Les premiers temps de la répression : uniformité théorique, hiérarchies pratiques

609. Sanction uniforme de l'avortement. Dans les premiers siècles du droit canonique, la condamnation de l'avortement n'est pas liée à la date à laquelle il est effectué. Si la pratique est considérée théoriquement comme un homicide, c'est toujours par référence au rejet de la contraception : la prohibition de l'avortement est donc souvent rapprochée de celle des potions contraceptives et stérilisantes[2497]. Cependant ces actes sont bien distingués, dans les pénitentiels appliqués entre le VI[e] et le XI[e] siècle, de l'homicide sur une personne née pour lequel les peines sont bien plus sévères[2498]. Si la sanction de l'avortement est alors indifférente au caractère animé ou non animé[2499], le ratio des peines a considérablement varié au cours de la période. Entre le IV[e] et le IX[e] siècle, la position des conciles variera plusieurs fois[2500]. Le droit canonique

[2495] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII[e] - XV[e] siècles)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 27-28.
[2496] V. *Supra* n° 599.
[2497] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, éd. Cerf, 1969, trad. M. JOSSUA. p. 200.
[2498] Pour un détail de ces peines v. not. J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 212-215.
[2499] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. op. cit.*, p. 73
[2500] L'exclusion de la communion, perpétuelle depuis le concile d'Elvire en 305, est ramenée à dix ans puis sept ans par les conciles d'Ancire et de Lérida (314 et 524). Le concile de Constantinople, en 692, prendra une position

distingue donc bien l'embryon des personnes nées mais il n'établit théoriquement aucune hiérarchie entre les corps en fonction de leur maturité.

610. Une hiérarchie des pratiques. Cette relative sévérité du droit canonique ne doit pas faire oublier que les peines de pénitence étaient cependant, à cette époque, diminuées de moitié pour les femmes indigentes[2501]. Ce constat suggère deux conclusions différentes. Tout d'abord, il est possible de considérer que l'Église fait preuve de réalisme, admettant que l'avortement peut être guidé par des considérations matérielles qui ne sont pas les mêmes pour toutes les femmes ; ce qui pourrait témoigner de la volonté de l'Église de sanctionner non pas seulement les actes mais leur motivation[2502]. Mais cette lecture conduit également à ce que, tout en affirmant théoriquement l'égale valeur de tous les Hommes[2503], l'Église concède déjà, sur le plan pratique, une forme de hiérarchisation des corps. Car, déclarer que les femmes indigentes sont par principe moins sanctionnées que les autres pour avoir avorté, c'est reconnaître une inégale protection de l'embryon en fonction de la condition sociale des parents ; ce qu'envisageait déjà le droit romain[2504]

Ceci étant, John T. NOONAN doute que les peines de pénitence établies à l'époque aient été appliquées avec rigueur[2505] et il reste difficile de percevoir comment les sanctions pénitentielles de l'Église s'articulaient avec la complexité du droit coutumier. La situation se clarifie considérablement à partir du XII^{e} siècle.

b) Les variations de la place de l'animation et le renforcement de la répression

611. La redécouverte de l'animation et le renforcement de la répression. Le décret de GRATIEN marque une étape dans la sanction de l'avortement par le droit canonique puisqu'il introduit l'animation du fœtus comme condition de la qualification d'homicide[2506]. Cette

bien plus radicale, considérant l'avortement comme un homicide passible de la peine de mort (F. MONTIER, *Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 39). L'Église reviendra à sa position précédente en 847, lors du concile de Mayence[2500] (S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. op. cit.*, p. 152-153).

[2501] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage*, *op. cit.*, p. 206. Cette indulgence semblait acquise même pour BURCHARD de WORM (X^{e} siècle) qui considérait pourtant que la pénitence de l'avortement devait être équivalente à celle subie par les assassins v. S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge, op. cit.*, p. 155.

[2502] Sur la pauvreté comme « circonstance atténuante » dans l'ancien droit et l'évolution de cette position v. A. LEBIGRE, « Inégalités sociales et droit pénal », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, not. p. 361.

[2503] *Supra* n° 556.

[2504] *Supra* n° 597.

[2505] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage,, op. cit.*, p. 210.

[2506] Aliquando 1140 ; V. S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^{e}–XV^{e} siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 152 ; J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?,* éd. Cerf, 1969, trad. M. JOSSUA, p. 226.

distinction, est reprise par Innocent III à la fin du XII[e] siècle[2507] puis par Grégoire IX au début du XIII[e] siècle[2508]. La réémergence de cette notion est cohérente avec la redécouverte de la pensée aristotélicienne[2509] mais elle n'est pas exempte de considérations politiques. John T. NOONAN voit dans ces interventions papales une réaction politique contre l'amour courtois et le catharisme, dont le point commun était un rejet de la procréation[2510]. La réaffirmation du caractère homicide est avant tout une façon de réaffirmer que la procréation s'inscrit dans le respect d'un ordre social et religieux : la sanction est alors générale, quel que soit le rang ou la fortune. On aurait pu penser qu'avec la réactualisation de l'idée d'animation progressive, la pression subie par les femmes durant leur grossesse se soit réduite. Tel ne fut pas le cas, bien au contraire : si le droit canonique protège désormais les embryons de façon distincte en fonction de leur développement, la sanction de l'avortement est rapprochée de l'homicide en général.

De la qualification d'homicide en droit canonique on ne doit pas déduire que l'Église appliquait, de fait, la peine de mort : ce pouvoir revenait aux autorités civiles sans que l'Église pût l'y contraindre[2511]. De plus, ce n'est qu'à la seconde occurrence de l'infraction que les récidivistes pouvaient être remises à la justice séculière[2512]. À la première occurrence, la condamnation consistait en des peines de pénitence, d'interdiction de communier, voire d'excommunication. Ces sanctions vont cependant s'accentuer au cours des siècles[2513]. Parallèlement – ou conséquemment ? – on voit réapparaître dès le XV[e] siècle, des modulations dans l'application de la règle en fonction de la condition de fortune des femmes[2514].

[2507] *Sicut est* : v. S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII[e]–XV[e] siècle), op. cit.*, p. 153.
[2508] *Si Aliquis* : v. D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII[e]-XIII[e] siècle)*. coll. Historique, Aubier, 1997, p. 20 ; S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge, op. cit.*, p. 153 ; J. T. NOONAN, *Contraception et mariage*, *op. cit.,* p. 226-230.
[2509] *Supra* n° 604.
[2510] J.T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.,* p. 233 et s.
[2511] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 71.
[2512] F. MONTIER, *Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris, 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 40. Selon J. GUYADER « *lorsque le coupable refuse de se repentir* » : « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIREAU (dir.), PUF, 1997, p. 106.
[2513] Au concile de Mayence, en 1310, il est décidé que l'absolution pour avortement ne peut être donnée que par un évêque ; position réaffirmée en 1454 dans les statuts synodaux d'Amiens (S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII[e]-XV[e] siècle)*, éd. Le léopard d'or, 1989, p. 154).
[2514] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 282 ; S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge, op. cit.*, p. 153.

612. Le retour à une répression unique de l'avortement : l'embryon contre les femmes. Le XVI[e] siècle est une période charnière pour la sanction de l'avortement par le droit canonique avec le retour, très progressif, de l'idée de protection immédiate de l'embryon. Par une bulle du 29 octobre 1588, SIXTE Quint établit que l'avortement est, quelle que soit l'ancienneté de la grossesse, passible à la fois de sanctions canoniques et de sanctions pénales, par la justice séculière. L'excommunication alors prononcée ne peut être relevée que par le pape[2515]. Cette sévérité a été attribuée à la personnalité particulière de ce pape et, peut-être, à la recrudescence des avortements en Italie durant cette période[2516]. GRÉGOIRE XIV reviendra sur cette décision en réintroduisant la condition d'animation, les peines, quant à elles, ne seront pas adoucies[2517]. Cet épisode annonce une nouvelle transformation du droit canonique qui, suivant l'évolution de la pensée médicale sur la conception, tendra progressivement à penser l'animation comme concomitante à la conception, ou du moins comme plus immédiate que graduelle. L'embryon est alors uniformément protégé mais le contrôle sur le corps des femmes, assignées à leur fonction procréative, est de fait renforcé.

Cette position se confirme au XVII[e] siècle avec la découverte des spermatozoïdes[2518] et du processus d'ovulation[2519] qui modifie les représentations antérieures de la conception. John T. NOONAN montre que l'idée d'une animation immédiate est la position commune des médecins au XVIII[e] siècle et qu'elle est alors reprise par certains théologiens[2520]. La condamnation des atteintes portées au fœtus ira en s'accentuant. L'idée que l'animation ait lieu dès la conception rigidifie la position de l'Église, notamment à propos des avortements en cas de danger pour la vie de la mère. Parfois pratiqués avec l'assentiment silencieux de l'Église[2521], ils seront explicitement prohibés par certains auteurs ecclésiastiques à partir du XVIII[e] siècle[2522]. Cependant, la sécularisation du droit à cette période a pour conséquence une perte d'influence du droit canonique.

[2515] Bulle Effraenatam : v. J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 451 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 73.
[2516] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.,* p. 462.
[2517] *Sedes Apostolica* : J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 463.
[2518] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, *p. 465.*
[2519] D. LETT*, L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII[e]-XIII[e] siècle),* coll. Historique, Aubier, 1997, p. 20-21.
[2520] J. T. NOONAN, *Contraception et mariage, op. cit.*, p. 465.
[2521] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.,* p. 208.
[2522] *Ibid.*., p. 209.

2) Une répression grandissante du pouvoir séculier

613. L'Ancien droit distingue apparemment difficilement la protection de la vie avant ou après sa naissance : l'atteinte à l'une comme l'autre étant sanctionnée comme homicide[2523]. Comme le souligne Jean-Marie CARBASSE :

> *« l'ancien droit pénal était avant tout pratique : les magistrats ne se souciaient pas plus de classifications nettes que de définitions précises ; à trop rechercher aujourd'hui les unes ou les autres, on risque de commettre ce pêché majeur de l'historien qu'est l'anachronisme »*[2524].

L'avortement au sens contemporain, n'est pas toujours clairement distingué de l'encis[2525], terme qui renvoie au fait de porter des coups à une femme enceinte, provoquant ainsi l'interruption de la grossesse[2526]. Par ailleurs, si l'infanticide semble avoir été rapidement distingué de l'encis[2527], il se différencie parfois mal de l'avortement[2528]. En tout état de cause, les trois pratiques ont été également réprimées comme des variantes de l'homicide[2529] ce qui justifie que l'on en étudie indistinctement les régimes.

La répression de l'atteinte à la vie prénatale est déjà sévère dans le droit pénal coutumier mais le système de sanctions est alors désordonné **(a)**. L'émergence d'un droit pénal plus unifié à compter du XII^{e} siècle va conduire à l'émergence d'un système harmonisé de sanctions de l'atteinte à l'embryon mais aussi de prévention de ces atteintes par la mise en place d'une surveillance des grossesses **(b)**.

[2523] M. VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 251.

[2524] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{e} éd., PUF, 2006, p. 325.

[2525] S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge, op. cit.*, p. 151.

[2526] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 69. L'incrimination renvoie aux versets de l'Exode qui décrivent le cas d'une femme enceinte prise dans une rixe (*Exode* 22, 23). La distinction entre les deux notions est d'autant moins évidente que porter des coups au ventre de la femme a été une des modalités de l'avortement : J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 44 ; Y.-B. BRISSAUD, « L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression », *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, n° 50, p. 230.

[2527] J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 69.

[2528] Y.-B. BRISSAUD, « L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression », *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, n° 50, p. 230-231. ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.*, p. 353.

[2529] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 353 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 69 ; Y.-B. BRISSAUD, « L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression », *art. cit.*, p. 230 ; J. GUYADER, « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIREAU (dir.), PUF, 1997, p. 107.

a) La répression sévère mais désordonnée de l'avortement avant le XII^e siècle

614. Une réalité des pratiques difficile d'accès. L'éclatement des coutumes rend délicate l'étude de la protection pénale de l'embryon avant le XII^e siècle. La compréhension du système répressif est d'autant plus délicate que, comme nous l'avons souligné, il est souvent difficile de savoir si la répression de l'infanticide ne s'exerçait que si l'enfant déjà né ou si cette qualification concernait également à l'acte de la femme qui avait provoqué son avortement.

615. En tout état de cause, le principe est alors que les peines pénales sont arbitraires en toute matière. La peine encourue semble avoir été principalement la mort pour homicide. Les modes d'exécution de l'époque invitent à penser que les hommes devaient être pendus, quand les femmes étaient probablement enterrées vivantes[2530]. L'héritage des droits barbares conduit cependant à ce que des transactions se substituent couramment aux sanctions corporelles[2531]. Les lois barbares prévoient, semble-t-il, uniquement des peines pécuniaires en cas d'atteinte portée à la femme enceinte : c'est davantage l'atteinte à la capacité de procréation qui est protégée que la vie de l'embryon lui-même[2532] car la peine est plus grande si la grossesse est avancée. Cette graduation peut cependant s'expliquer par la possibilité de distinguer le sexe de l'embryon : la sanction est en effet plus importante pour un fœtus féminin. Cette distinction pourrait suggérer une valorisation sociale des femmes mais John M. RIDDLE l'explique avant tout par la perte anticipée subie par le mari de la femme enceinte, en raison du système dotal[2533]. Une fois encore c'est avant tout l'intérêt des hommes dans leur contrôle du corps des femmes qui est protégé. Il est ainsi possible que, dans cette période encore très marquée par l'existence d'une justice familiale, la sévérité de la sanction dépende de l'homme sous l'autorité duquel se

[2530] A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII^e et XIV^e siècle ». *Revue historique de droit français et étranger,* 1980, n° 1, p. 52 ; F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime*, éd. du Céfal, Liège, 2005, p. 24. P. BONNASSIE affirme par ailleurs que l'avortement fut parfois puni d'esclavage jusqu'à l'an mil (*Les 50 mots clefs de l'Histoire médiévale*. Bibliothèque historique Privat, Toulouse, 1988, p. 71). Y.-B. BRISSAUT indique enfin que *Li livre de jostice et de plet*, coutumier rédigé à la fin du XIII^e siècle, contenait encore, comme sanction de l'infanticide, la référence à la « peine du sac » romaine (consistant à jeter à l'eau la personne condamnée après l'avoir enfermée dans un sac contenant un coq, un serpent et un singe). Il doute cependant que cette peine ait été effectivement appliquée aussi tardivement (Y.-B. BRISSAUD, « L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression », art. cit., p. 246). V. cependant, à propos de cette pratique en matière de sorcellerie : J.-P. POLY, « Le sac de cuir, la crise de l'an mil et la première renaissance du droit romain », in *droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e-XV^e siècles),* J. KRYNEN et Al. RIGAUDIERE (dir.), Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 39.

[2531] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 104. Sur la composition pécuniaire dans les droits barbares v. J. GUYADER, « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », art. cit., p. 89-90.

[2532] D. ALEXANDRE-BIDON et D. LETT, *Les enfants au Moyen-Âge. V^e-XV^e siècles.* Hachette, 1997, p. 23.

[2533] J. M. RIDDLE, Contraception and abortion from the ancient world to the Renaissance, Havard University Press, Cambridge, 1992, p. 109.

trouve la femme enceinte, père ou mari : c'est sa décision qui permettra à la femme de poursuivre un tiers ou qui autorisera qu'elle puisse être sanctionnée pour ses actes[2534]. La prohibition des atteintes à l'enfant *in utero* est surtout une question de pouvoir sur le corps des femmes.

b) L'apparition d'un système public de contrôle des grossesses

616. Sanction sévère de la mort prénatale par l'Ancien droit. À partir du XII^e^ siècle, apparaît incontestablement une plus grande homogénéité dans le droit pénal, notamment grâce à l'intervention du pouvoir royal dans les coutumes[2535]. L'arbitraire qui gouvernait la fixation des peines pénales disparaît ainsi pour les cas d'homicide, les juges ayant alors une compétence liée devant conduire au prononcé de la peine de mort, seul le roi pouvant accorder sa grâce[2536]. Ce principe a été appliqué aux cas d'avortements ou d'encis, ces derniers étant qualifiés d'homicides[2537]. Cette atteinte à la vie prénatale était un cas de haute justice, puni de peines infâmantes : les hommes encouraient la pendaison, les femmes sans doute le bûcher[2538].

Cette période voit aussi l'institutionnalisation de mesures coutumières visant à préserver la vie de l'embryon pour elle-même. Ainsi, les femmes enceintes sont protégées de la question et de l'exécution de la peine de mort, voire des peines mutilantes[2539]. Une disposition qui subsistera d'ailleurs dans notre droit jusqu'à l'abolition de la peine capitale. Le corps des femmes n'est alors protégé que comme un réceptacle.

617. Une protection graduée, une répression complexe. Vraisemblablement sous l'influence de la redécouverte des textes antiques[2540] et de l'évolution de la position de l'Église[2541], la répression de l'avortement par les autorités séculières suppose cependant que le

---

[2534] A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII^e^ et XIV^e^ siècle ». *art. cit.*, p.16 et s.
[2535] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 135 et s.
[2536] *Ibid.*, p. 241-242.
[2537] *Ibid.*, p. 287 et 353 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988, p. 69.
[2538] A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII^e^ et XIV^e^ siècle », art. cit., p. 53 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge, op. cit.,* p. 69-70. ; P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012, p. 205.
[2539] A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII^e^ et XIV^e^ siècle ». *art. cit.*, p. 27 et 54.
[2540] J.-P. POLY avance que la redécouverte du droit romain se pressent dès de X^e^ siècle. Il souligne les fondements politiques de cette redécouverte, notamment dans des mesures anti-juifs : « Le sac de cuir la crise de l'an mil et la première renaissance du droit romain », in *droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ siècles),* J. KRYNEN et Al. RIGAUDIERE (dir.), Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 39.
[2541] *Supra* n° 604.

fœtus ait été animé[2542] et que la femme enceinte ait volontairement interrompu sa grossesse. Les éléments constitutifs de l'infraction sont donc difficiles à réunir dans une période marquée par les mauvaises conditions sanitaires qui entourent la vie périnatale. Les autorités publiques vont alors progressivement mettre en place un système de surveillance des grossesses.

618. La déclaration de grossesse : contrôle des corps féminins et surveillance des classes populaires. La fin du XVI^e^ siècle ouvre une période de contrôle renforcé du pouvoir étatique sur le corps féminin[2543], période qui se prolongera jusqu'à nos jours. Ainsi, en 1556, un édit d'Henri II dispose que la femme qui n'aura pas déclaré sa grossesse sera présumée infanticide si elle perd l'enfant et ne lui donne ni baptême ni sépulture chrétienne. Réitérée en 1586 puis reprise par Louis XV en 1735, cette réglementation modifie la destination initiale des déclarations de grossesse, utilisées par les femmes pour obtenir du géniteur une participation aux frais afférents à la grossesse et à l'arrivée de l'enfant[2544]. Anne LEFEVBRE-TEILLARD voit ainsi dans l'édit de 1556 le signe d'une méfiance accrue à l'égard des femmes, jusqu'ici plutôt protégées contre leurs « séducteurs ». Mais toutes les femmes ne sont pas également soupçonnées de vouloir tirer parti de leur grossesse et l'auteure montre qu'il existe dans ce domaine une sorte de hiérarchie de crédibilités : plus la femme est de basse extraction, plus elle est considérée comme luxurieuse et donc indigne de la protection de la société[2545]. Situation paradoxale : les femmes de fait les plus victimes de séduction et d'abandon sont alors moins bien protégées, et, en conséquence, plus poussées à vouloir interrompre leur grossesse ou à se débarrasser de l'enfant. Or, si cet édit n'instaure pas pour les femmes enceintes une obligation de déclarer leur état, elles y sont incitées, de fait, par la crainte d'être accusées d'infanticide en cas d'accident durant la grossesse[2546]. Jean-Marie CARBASSE voit dans cette norme la première cause de condamnation à mort des femmes dans la seconde moitié du XVI^e^ siècle[2547]

[2542] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 353 ; J. ROSSIAUD, *Amour vénales. La prostitution en Occident, XII^e^-XVI^e^ siècle*, coll. Aubier, éd. Flammarion, 2010, p. 196. *Contra* : F. MONTIER, *Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer*, th. Paris, 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 40.

[2543] Sur l'influence évidente de la pensée chrétienne sur la répression de l'avortement par le pouvoir séculier v. L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* t. 1 éd. Jacques Dalin, 1667, V° *Abortifs,* p. 9, 2^de^ colonne, commentant l'édit d'Henri II : « *comme c'est une bénédiction de Dieu de ne point avorter pour les femmes ainsi qu'il appert en l'Exode* […] *ainsi on a toujours remarqué que l'abortion était un argument de courroux de Dieu contre les hommes ».*

[2544] M.-Cl. PHAN, « Les déclarations grossesses en France (XVI^e^-XVII^e^) : essai institutionnel », *RHMC*, 1975, p. 66 et s.

[2545] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 258 et s., not. p. 313.

[2546] M.-Cl. PHAN, « Les déclarations de grossesses en France (XVI^e^-XVII^e^) : essai institutionnel », art. cit., p. 77 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 72.

[2547] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 355.

mais son application va progressivement rencontrer des difficultés de preuve, d'où une répression beaucoup plus souple au XVIII[e] siècle[2548]. Cependant, l'application de cette disposition montre bien que la répression des atteintes à la vie périnatale fut une question de rapports de pouvoir entre classes.

De fait, cet édit facilite l'exercice des sanctions pénales à l'égard des femmes des classes les plus populaires. Méconnaissant le droit, elles considéraient bien souvent les déclarations de grossesses comme obligatoires[2549] : on constate effectivement que ces déclarations viennent uniquement de milieux pauvres. Ces femmes subissent donc seules le contrôle social afférent à ces dispositions[2550] : car si la déclaration de naissance supprime la présomption d'homicide en cas d'interruption accidentelle de la grossesse, elle n'empêche pas cette qualification en cas d'avortement ; or la preuve de celui-ci est évidemment facilitée par la déclaration antérieure[2551].

Contrairement à ce que l'on avait pu constater dans la société romaine[2552], le contrôle des grossesses et la répression de l'avortement sont donc principalement dirigés contre les milieux les moins aisés, les autres restant relativement en dehors de la répression, bien que le contrôle des naissances y fût également pratiqué. Cet écart entre théorie et pratique subsistera dans notre droit jusqu'à la légalisation de l'avortement[2553].

619. Conclusion de la section 2. Les fondements théoriques de la protection de l'embryon ont considérablement évolué entre la période romaine et la fin du XVIII[e] siècle. D'une relative indifférence de la réflexion théorique, concomitante à un système juridique public négligeant la protection de la vie pour elle-même, le droit est passé à un système répressif fondé sur une pensée religieuse très attachée à la protection du corps prénatal pour lui-même, bien qu'appliquant cette protection tantôt dès la conception tantôt plus tardivement. Cependant,

---

[2548] M.-Cl. PHAN, « Les déclarations grossesses en France (XVI[e]-XVII[e]) : essai institutionnel », art. cit., p. 83 ; J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 72 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 355 : selon cet auteur la peine de mort évolue progressivement en des peines de fustigation ou de bannissement.

[2549] J-M. CARBASSE note, pour la période seigneuriale, que le principe accusatoire n'était pas du tout respecté à l'encontre du « bas-peuple », les poursuites étant engagées de la seule volonté du seigneur local : *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. *op. cit.*, p. 110.

[2550] M.-Cl. PHAN, « Les déclarations grossesses en France (XVI[e]-XVII[e]) : essai institutionnel », art. cit., p. 61.

[2551] La sanction de l'homicide nécessite en effet que la grossesse fût établie et le corps de l'embryon retrouvé : J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite, op. cit.*, p. 72.

[2552] *Supra* n° 597.

[2553] Pour un écho anecdotique, mais parlant, de cette position dans les conclusion d'un avocat général au XIXe siècle v. CA Dijon, 16 déc. 1868 (*S.* 1869.2.165) : affirme que l'infraction pénale de suppression d'enfant, constituée lorsque le corps d'un enfant mort-né n'est pas présenté vise les « *filles débauchées* » qui sont les seules à ne pas présenter les corps. Rejettant de la condition de viabilité de l'enfant dans la constitution de l'infraction, il affirme : « *ne serait-il pas indigne de notre civilisation de laisser de perpétuer ces agissements qui ne sont honteux quand ils ne sont pas criminels* ».

la mise en œuvre de la prohibition de l'avortement met en évidence deux invariants de la protection de l'embryon.

D'une part, il est constant que la prohibition des atteintes à la grossesse est pensée dans un système de relations familiales et sexuelles : le contrôle des grossesses est un élément de conservation d'un ordre social autant que religieux. Que la protection porte sur le contrôle du mari, la vie ou l'âme de l'embryon, le droit organise un système de contrôle des corps indifférent à la protection du corps et, *a fortiori,* de la volonté des femmes. D'autre part, tant en théorie qu'en pratique, l'appréciation des atteintes portées à l'embryon, par la femme ou par des tiers, diffère considérablement en fonction du statut social des femmes. Ce constat n'est sans doute pas propre à la protection de l'embryon mais fait apparaître qu'alors même que la protection de « la vie » s'affiche parfois comme un principe absolu, la réalité du droit est plus nuancée. L'étude du droit contemporain ne pourra que confirmer ce constat historique[2554].

[2554] *Infra* n° 705 et s.

620. Conclusion du Chapitre 2. Une approche historique du traitement des corps humains avant la naissance et après la mort fait apparaître la façon dont la protection du droit fut toujours partielle, sélective, et donc aussi outil d'exclusion de *certains* corps. Les cadavres tout d'abord, protégés par le statut des tombes et non pour eux-mêmes, furent les instruments des pouvoirs religieux et séculier. Ils en firent des symboles du contrôle des vivants mais surtout des outils de la manifestation des hiérarchies sociales entre les personnes et les groupes : corps des esclaves, corps des juifs, corps des pauvres, corps des condamnés à morts, etc. furent ainsi, au gré des évolutions de l'Histoire, les voies d'expression de l'inclusion ou de l'exclusion des individus dans la communauté. La notion de sacralité en particulier prend alors un tout autre sens que celui que voudrait lui donner la doctrine contemporaine dans la mesure où elle dessine nettement, en creux, le domaine du non-sacré, c'est à dire la masse considérable des corps que le droit, alors d'inspiration religieuse, écarte de sa protection. Progressivement cependant, le droit a moins fait preuve de *violence* que de *délaissement* à l'égard de ces corps. Cédant au pouvoir scientifique il aménagea l'abandon de *certains* cadavres, ceux des individus marginalisés, au pouvoir médical. L'étude de la condition historique de l'embryon conduit à un constat proche mais centré alors sur le contrôle du corps des femmes. Contrairement aux corps morts, les corps humains avant la naissance furent, avec l'apparition de la pensée chrétienne, protégés *pour eux-mêmes*. Cependant, cette protection, qu'elle trouve son fondement dans l'idée de sauvegarde de l'âme ou dans celle de défense de la vulnérabilité, négligea toujours le lien que l'embryon entretient avec le corps des femmes qui le portent. Au contraire, la protection du droit semble, depuis l'Antiquité, s'être inscrite dans un système plus vaste de contrôle de la sexualité en général et de la sexualité des femmes en particulier. En ce sens, la protection des corps humains avant la naissance s'inscrit dans une logique proche de celle de la protection des cadavres : elle marque en réalité la place sociale de *certains corps* en l'occurrence le corps des femmes, réduits à leur fonction reproductive.

Cet aperçu historique est d'une grande richesse pour l'analyse du droit contemporain. Ayant constaté que l'usage historique des corps humains avant la naissance et après la mort exprime tour à tour inclusion ou exclusion dans le corps social, contrôle ou liberté des personnes, protection ou abandon de leurs corps, on est tentée d'interroger la façon dont le droit contemporain peut prolonger cette dynamique. Il s'agit alors d'examiner la manière dont le droit intègre des catégories sous-jacentes de l'organisation sociale et les prolonge dans le traitement des corps. Cette lecture permet de mettre en lumière les hiérarchies qui parcourent encore le droit applicable aux corps humains avant la naissance et après la mort.

Chapitre 2 Des hiérarchisations persistantes

621. Chercher, comme peut parfois le faire la doctrine, les « incohérences » du droit positif afin d'en proposer une réorganisation harmonieuse autour de qualifications claires ne dit rien sur la façon dont le droit positif prolonge un mouvement historique plus large de hiérarchisation des corps. Les hiatus, exceptions, pratiques, qui constituent le réseau complexe de normes tissé autour des corps avant la naissance et après la mort, ne doivent pas être considérés comme des *défaillances* du droit mais, dans un premier temps, comme les manifestations des pouvoirs qui s'exercent sur eux. Comme le souligne Liora ISRAËL, « *la recherche de l'écart ne doit être considérée, ni comme la mise en évidence d'une erreur à corriger par la sanction ou la réforme légale, ni comme une fin en soi à établir, tant il est évident que droit et pratiques ne coïncident jamais exactement* »[2555]. Il est sans doute plus pertinent d'étudier la façon dont le droit produit en pratique des *catégories* de corps, plus ou moins protégés, plus ou moins mis en valeur, et d'en inférer les hiérarchies qu'il effectue ainsi, indirectement, entre différentes catégories de personnes ou de groupes. Ces écarts sont parfois difficilement perceptibles, soit qu'ils se dissimulent dans des normes méconnues, soit, plus simplement, qu'ils nous apparaissent à première vue, d'une grande normalité. Il faut donc prendre au sérieux l'affirmation de Danièle LOCHAK :

> *« les classifications et les catégorisations* […] *n'ont pas un but purement taxinomique, consistant à classer, à affecter des êtres à des catégories, mais* […] *poursuivent d'autres visées. Les questions posées ne le sont jamais de façon abstraite, mais au regard d'un certain nombre d'enjeux et d'objectifs variés : enjeux et objectifs qui vont des plus pragmatiques aux plus idéologiques, car si le droit a pour fonction de régir les comportements et conduites, il véhicule aussi des valeurs – celles-là mêmes qui ont présidé à l'édiction des normes en vigueur* »[2556].

Ces enjeux et ces valeurs ne sont, on l'a vu, pas identiques en ce qui concerne les deux objets de notre étude. Si le traitement des cadavres manifeste le pouvoir sanctionnateur de l'État et prolonge dans la mort les hiérarchies existant entre les vivants **(Section 1)**, le régime de l'embryon révèle davantage les orientations de l'État en termes de contrôle de la reproduction et de la sexualité **(Section 2).**

Section 1 La mort : prolongement des hiérarchies entre vivants

Section 2 La protection de la vie : prétexte au contrôle des corps

[2555] L. ISRAËL, « Question(s) de méthode. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et société*, 2008/2 n° 69-70, p. 381.
[2556] D. LOCHAK, « Introduction », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 22.

Section 1 La mort : prolongement des hiérarchies entre vivants

622. Il est facile de penser, persuadé de la progression de notre droit vers un système respectueux de l'intégrité des personnes, que les manifestations historiques du pouvoir de l'État sur les cadavres sont aujourd'hui de simples archaïsmes. S'il est indéniable que la plupart de ces pratiques ont aujourd'hui disparu, elles doivent cependant nous guider dans la lecture du droit positif[2557]. De fait, on constate que la hiérarchisation entre les corps morts historiquement pratiquée subsiste encore, de façon plus ou moins marquée, dans notre droit funéraire et médical.

Il faut cependant, comme nous y invite Michel FOUCAULT, prendre conscience que les exclusions d'aujourd'hui ne se manifestent plus comme les exclusions d'hier. Ainsi,

> *« s'il est vrai que le juridique a pu servir à représenter de façon sans doute non exhaustive, un pouvoir essentiellement centré sur le prélèvement et la mort, il est absolument hétérogène aux nouveaux procédés de pouvoir qui fonctionnent non pas au droit mais à la technique, non pas à la loi mais à la normalisation, non pas aux châtiments mais au contrôle, et qui s'exercent à des niveaux et dans des formes qui débordent l'État et ses appareils »*[2558].

La hiérarchisation des corps opérée aujourd'hui n'est plus une exclusion violente des corps condamnés ; elle n'est plus vraiment une utilisation méprisante des corps vils. L'absence de protection de certains corps s'est uniformisée : elle n'est plus systématiquement le prolongement *post mortem* d'un mépris de la personne vivante. Pour autant, les exclusions subsistent encore à la marge, justifiées, parfois avec facilité, par des considérations de santé publique **(§1)**. Par ailleurs, la réglementation actuelle concernant les sépultures laisse perdurer des situations d'exclusion de fait, voire en crée progressivement de nouvelles, davantage fondées sur l'idée de normalité **(§2)**.

§1 Mutations des atteintes aux corps morts

§2 Subsistance de hiérarchies dans les pratiques funéraires

[2557] Ainsi, si nous pouvons dire avec B. EDELMAN que le traitement des cadavres peut « *devenir un indice pertinent de la démocratie* » (« Mort à crédit », *D.* 2009, n° 7 et s.), nous réfutons l'idée que le traitement égal des corps morts soit un « banc d'essai » ou une étape accomplie : il nous semble que la sensibilité au destin du corps *post mortem* est le reflet d'affrontements qui existent en dehors de ces questions.

[2558] M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 117-118.

§1. Mutations des atteintes aux corps morts

623. La disparition de l'emprise éclatante du droit pénal sur les cadavres ne doit pas occulter la subsistance de normes marginales et de pratiques sociales qui perpétuent une forme de contrôle et d'exclusion des corps par le pouvoir répressif **(A)**. Dans un déplacement historique du contrôle des corps d'un pouvoir strictement répressif à un pouvoir médico-normatif, les corps morts sont également saisis par le droit dans un souci de santé publique **(B)**.

A. Le renoncement apparent aux usages répressifs des corps
B. L'impératif de santé publique : argument d'un pouvoir généralisé sur les corps morts

A. Le renoncement apparent aux usages répressifs des corps

624. L'atteinte au corps mort a disparu de la panoplie répressive du droit pénal. L'usage peu respectueux du corps mort dans la procédure pénale reste cependant une réalité bien qu'elle ne distingue pas alors le corps coupable du corps victime **(1)**. Certaines pratiques, couvertes par les insuffisances du droit, laissent subsister des formes de sanctions *post mortem* **(2)**.

1) Uniformisation des usages pénaux du corps
2) Subsistance de fait d'un usage répressif des corps

1) Uniformisation des usages pénaux du corps

625. Dans une certaine mesure, il est possible de considérer que la fin du pouvoir pénal sur les corps morts ne cesse, en France, qu'avec la disparition de la peine de mort[2559]. D'une part parce que l'interdiction de procéder à des funérailles « fastueuses » subsiste jusqu'à cette date[2560] ; d'autre part parce que les deux modes d'exécution de la peine – par décapitation en principe et par fusillade par exception[2561] – marquent à l'évidence les corps condamnés par rapport aux autres.

626. Le droit pénal et la procédure pénale conservent cependant un certain pouvoir sur les cadavres, pouvoir qui ne consiste plus à sanctionner mais à réguler. L'atteinte au corps mort –

[2559] L. n° 81-908 du 9 oct. 1981 sur l'abolition de la peine de mort : JORF du 10 oct. 1981, p. 2759.
[2560] V. *supra* n° 579.
[2561] En cas d'impossibilité (décret du 20 mars 1792) mais surtout pour les crimes contre la sûreté de l'État, relevant du Code militaire, la peine devait être exécutée par fusillade (Ord. du 3 mars 1944 : JORF du 9 mars 1944, p. 191 et Ord. du 29 nov. 1944 : JORF du 30 nov. 1944, p. 1556).

qu'il soit celui d'une victime[2562] ou d'une personne qui aurait pu être mise en cause mais qui a trouvé la mort dans l'accomplissement de l'infraction – reste en effet autorisée pour l'investigation judiciaire. Les autopsies judiciaires[2563], dont le régime a été revu en 2011[2564], font partie des rares cas où aucune opposition, ni de la personne de son vivant, ni de ses proches, ne peut faire obstacle à l'atteinte sur le corps[2565]. Ceci s'explique par l'importance de l'acte dans l'administration de la justice : qu'il soit celui de la victime ou de l'auteur, le corps échappe à la sphère privée pour devenir objet public, objet de politique pénale[2566].

627. Même si obligation est faite de restaurer au mieux le corps après les opérations[2567], la question subsiste de l'usage des prélèvements effectués lors de l'autopsie. Comme nous l'avons vu, plusieurs affaires ont déjà concerné des demandes de restitutions présentées par des familles à l'issu de procédures judiciaires. Ces demandes, visant à la reconstitution complète du corps, ont toujours été rejetées[2568]. L'article 230-30 du Code de procédure pénale, créé à la suite des premières décisions, entérine cette position mais y apporte une nuance : la restitution est possible, sauf impératif de santé publique, uniquement dans le cas où les prélèvements « *constituent les seuls éléments ayant permis l'identification du défunt* » ; c'est-à-dire lorsqu'il

[2562] Sur l'usage et l'exposition très élargis des restes humains de la victime comme preuve dans le procès pénal jusqu'au milieu du XX^e^ siècle v. Fr. CHAUVAUD, « Les pièces anatomiques exhibées. De la scène du crime à la table des pièces à conviction (1811-1940) », in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 91.

[2563] Pour un aperçu historique v. S. MENENTEAU, *L'autopsie judiciaire. Histoire d'une pratique ordinaire au XIX^e^ siècle,* PUR, 2013.

[2564] L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537. Art. 147.

[2565] Art. L.1211-2 CSP *in fine, a contrario.* Sur la question du consentement dans les autopsies scientifiques v. TA Nantes, 6 janv. 2000, *Mme D. c/ Centre hospitalier régional universitaire de Nantes* : *JCP G.* 2000.II.10396, note St. PRIEUR.

[2566] Il serait possible de dire objet de politique tout court : on note ainsi que les recommandations internationales liée aux autopsies font mention de l'importance de l'acte dans la lutte contre les pratiques d'États autoritaires. L'analyse du corps devient alors enjeux diplomatiques. V. CONSEIL de l'EUROPE, recommandation 1159 (1991) relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie, points 4 et 5. UE, recommandation n° r(99)3 du Comité des ministres aux États membres, relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale, adoptée par le Comité des ministres le 2 févr. 1999, p. 1.

[2567] Art. 230-29 al. 2 C. proc. pén. La restauration s'impose lorsque l'on prend conscience de l'étendue de l'atteinte que peut signifier une autopsie complète v. par ex. l'ouvrage richement illustré : M. DURIGON, *Pratique médico-légale,* Masson, 1999, not. p. 17 et s. Sur l'émergence d'une préoccupation pour l'apparence et l'intégrité du corps après l'autopsie au XIX^e^ siècle v. S. MEMENTEAU, « Le corps autopsié à l'épreuve du XIX^e^ siècle » in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 36.

[2568] Crim., 3 avr. 2002, n° 01-81.592 : *Bull. crim.* 2008, n° 75 ; *JCP G.* 2002.IV.1898. CA Toulouse 28 avr. 2009, jurisdata n° 2009-377243 : *JCP G.* 2009, n° 340, obs. G. BEAUSSONIE. Civ 1^re^, 3 févr. 2010, n°09-83468 : *D.* 2010. 583 ; *RTD civ.* 2010. 298, note J. HAUSER. Crim. 18 janv. 2011, n° 10-83386. Sur les motivations de ces décisions v. *supra* n° 150.

ne reste presque rien du corps. Dans les autres cas, l'incinération des prélèvements[2569] peut être ordonnée par l'autorité judiciaire.

628. Ainsi, si cette nouvelle réglementation a permis, par l'encadrement de la restitution du corps aux proches[2570], une forme d'apaisement des pratiques funéraires pour les corps autopsiés[2571], elle ne répond pas à l'ensemble des demandes, qui ont parfois un fondement religieux. Pourtant, Guillaume BEAUSSONIE s'interrogeait déjà en 2009 sur la possibilité d'accorder aux proches la possibilité d'assister à la crémation des restes[2572]. L 'absence de dispositions dans ce sens est moins due à un impératif de santé qu'à une forme de facilité pratique adjointe à un manque de considération pour des cas finalement marginaux. L'effort est consenti pour le cas, on l'imagine particulièrement douloureux, où le corps n'existe presque plus, mais cette démarche ne s'étend pas à l'ensemble des demandes. L'absence d'investissement des pouvoirs publics est ici manifeste : la Charte des bonnes pratiques d'autopsies, prévue par la loi de 2011[2573] n'a toujours pas, à notre connaissance, été publiée[2574]. Cette subsistance, certes marginale, d'une forme d'emprise du droit pénal sur le corps mort s'applique théoriquement de façon uniforme pour les victimes et les « coupables ». Ce n'est pas le cas de pratiques de fait qui manifestent toujours un mépris des « corps ennemis ».

2) Subsistance de fait d'un usage répressif des corps

629. La diffusion non-sanctionnée des images du cadavre. Une pratique contemporaine en particulier pourrait être qualifiée de de néo-exposition[2575] : la diffusion par des autorités

[2569] En application de l'art. R. 1335-11 CSP.
[2570] Au-delà de la restitution, la réforme a consacré la possibilité pour les proches de voir le corps avant la mise en bière (art. 230-29 al. 2 C. proc. pén.). La France se conforme ainsi à une recommandation européenne datant de 1999 : recommandation n° r(99)3 du Comité des ministres aux États membres, relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale, adoptée par le Comité des ministres le 2 févr. 1999, p. 6.
[2571] L'initiative de la réforme a été prise en raison de plaintes relatives notamment aux délais de rétention des corps : v. L. MARTIN, « Autopsies judiciaires : sortir du flou », *Le Panorama du médecin,* 2010, n° 5201, p. 12 ; D. DUTRIEUX, « Simplification et amélioration de la qualité du droit : les apports à la législation funéraire », *JCP A.* 2011, 2228, n° 12-13. Délais pour lesquels la France avait d'ailleurs été condamnée par la Cour EDH : 30 oct. 2001, n° 37794/97, *Pannullo et Forte c. France* : *Rec. CEDH* 2001. Dans une réponse à une question écrite de J.-P. SUEUR, le Ministère de la Justice a précisé que, dans le cas particulier de la remise du corps après une autopsie, les opérations funéraires devaient être autorisées par le parquet et non, par exception à l'art. L.2223-42 CGCT, par la délivrance d'un certificat médical : Question n° 19952, JO Sénat du 29 déc. 2011, p. 3346.
[2572] *JCP G.* 2009, n° 340, obs. sous CA Toulouse 28 avr. 2009, jurisdata n° 2009-377243.
[2573] Art. 230-29 al. 3 C. proc. pén.
[2574] En 2014, le gouvernement, dans une réponse à une question écrite de M. WARSMAN, annonçait que cette Charte était toujours en cours d'élaboration : Question n° 18881, JO du 18 fév. 2014, p. 1617.
[2575] Sur l'exposition des corps historiquement v. *supra* n° 549 et 575. Nous proposons ce qualificatif parce qu'il nous semble que la pratique de diffusion des images des corps morts remplit les fonctions autrefois attribuées à l'exposition du corps lui-même : affirmation du pouvoir public sur les corps et exemplarité. Il est vrai que cette diffusion vise sans doute un objectif nouveau : celui de la preuve de la mort, même si cette dernière fonction est

publiques, des photographies des corps ennemis. Parmi les cas les plus connus, la diffusion des images du corps du CHE GUEVARA[2576], des exécutions de Saddam HUSSEIN ou du couple CEAUCESCU[2577]. Et nous ne sommes pas ici face à l'« étranger exotique » : la police française a également fait, en son temps, un usage contestable du cadavre de Jacques MESRINE et de ses photographies. Bruno BERTHERAT considère ainsi que la décision de laisser longuement le corps sur le lieu de sa mort et d'avoir permis la diffusion des images qui en ont été prises, n'est rien d'autre que « *le relai moderne d'une pratique archaïque* »[2578]. Ces pratiques, selon lui rarissimes, « *peuvent être rapprochées de celle qui consiste à montrer les cadavres de l'ennemi en temps de guerre. L'exposition du cadavre est une façon d'affirmer une victoire et de décrédibiliser la victime* »[2579]. Le droit français pêche ici si ce n'est par son incomplétude ou son imprécision, du moins par les hiérarchies qu'il organise.

630. Il n'existe pas dans le droit positif d'incrimination *pénale* générale visant la diffusion de l'image d'un cadavre. L'article 225-17 du Code pénal n'incrimine que les atteintes à l'*intégrité* du cadavre, qui supposent une atteinte matérielle[2580]. L'incrimination d'atteinte à la vie privée aurait pu être envisagée, si la photo du corps avait été prise dans un lieu privé[2581], mais elle se heurterait alors à l'incertitude de la qualification de « personne » *post mortem*. En tout état de cause, la disposition ne serait pas applicable au corps mort présent sur la voie publique. En outre, on l'a vu, les infractions de presse visant la protection des personnes contre une diffusion dégradante de leur image sont d'application incertaine en ce qui concerne les personnes décédées[2582]. Ce premier constat interroge : pourquoi la diffusion de telles images n'a-t-elle jamais été considérée comme un trouble à l'ordre public à même de justifier une

aujourd'hui de plus en plus défaillante.

[2576] Pour un récit de la mort du CHE GUEVARA et des premiers actes sur son corps v. R. GOTT, « Le corps du Che », *Le Monde diplomatique,* août 2005, p. 14-15. Disponible sur : https://www.monde-diplomatique.fr/2005/08/GOTT/12432 [consulté le 13 nov. 2016]. Sur les multiples questions ayant entouré ses funérailles et les conséquences politiques de l'identification de ses restes v. G. BAUDIN, « Che Guevara, mythe jusqu'à l'os. Les restes du légendaire guérillero formellement identifiés le 7 juillet en Bolivie », *Libération,* 11 juillet 1997. Disponible sur : http://www.liberation.fr/planete/1997/07/11/che-guevara-mythe-jusqu-a-l-os-les-restes-du-legendaire-guerillero-formellement-identifies-le-7-juil_210978 [consulté le 13 nov. 2016].

[2577] La nouvelle télévision roumaine a fourni des images de l'exécution et de l'enterrement du couple, reprises dans le monde entier. Disponible sur : http://www.ina.fr/video/CAG06043891 [consulté le 13 nov. 2016].

[2578] Br. BERTHERAT, « Cadavre à la "une". La télévision et la mort de Jacques Mesrine, ennemi public n° 1 (1979) », *Le temps des médias,* 2003/1, n° 1, p. 129.

[2579] *Ibid.*, p. 128.

[2580] Dans l'affaire jugée par le TGI d'Arras le 27 oct. 1998 (*D.* 1999, p. 511, note X. LABBÉE), l'infraction n'était pas constituée uniquement par le fait d'avoir pris en photo le cadavre d'une jeune fille, mais aussi par le fait que la tombe avait été ouverte et les jambes déplacées.

[2581] L'atteinte pénale à la vie privée n'étant constituée, aux termes de l'article 226-1 C. pén., que par le fait de fixer « *l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ».

[2582] *Supra* n° 119.

incrimination pénale ? Une réponse possible serait qu'une semblable diffusion a toujours été sanctionnée par la justice civile[2583]. Mais on perçoit alors la hiérarchie des protections : la dignité d'un préfet de la République trouvant toujours plus de porte-paroles que celle d'un sans-abri isolé.

631. Cependant, même si l'on envisageait l'application *post mortem* de l'infraction prévue à l'article 35 *quater* de la loi du 29 juillet 1881[2584], il faut souligner la façon dont le droit français distingue les corps victimes des corps coupables. La disposition n'interdit la diffusion des circonstances d'un crime ou d'un délit que « *lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une* victime ». Ce terme est intéressant. D'une part, il suppose que la détermination de la qualité de victime est facilement identifiable avant même toute procédure judiciaire et, d'autre part, il distingue la protection des victimes de l'infraction de celle de l'auteur décédé au cours de l'infraction. Ce sujet est pourtant d'une importance majeure avec l'accroissement de la menace d'attentats pour lesquels les auteurs sont indifférents à leur mort. Le cadavre du terroriste-kamikaze serait alors moins protégé que celui de ses victimes. Plus largement, la diffusion de l'image du corps de l'auteur d'une infraction, abattu par les forces de l'ordre, ne serait pas protégée par le droit pénal. Comment juger ensuite la situation où l'usage de la force serait considéré, *a posteriori*, comme disproportionné ? L'auteur de l'infraction, tué, deviendrait victime d'une nouvelle infraction. La temporalité de la justice pénale générale entre ici en conflit avec celle de la justice pénale de la presse.

632. La privation de sépulture. L'usage destructeur ou du moins irrespectueux des corps ennemis est courant dans l'histoire ancienne[2585] mais aussi dans l'histoire contemporaine[2586]. Les guerres de masse ont donné lieu à des pratiques particulièrement extrêmes[2587] mais des conflits

---

[2583] Sur l'évolution des fondements invoqués v. *Supra* n° 287. Br. BERTHERAT souligne cependant que lors de la création de cette infraction, le ministère de la Justice avait envisagé son application *post mortem* ce qui avait inquiété la presse : « Cadavre à la "une". La télévision et la mort de Jacques Mesrine, ennemi public n° 1 (1979) », art. cit., p. 135. L'argument de la place de la justice civile avait d'ailleurs été invoqué lors des débats parlementaires à l'encontre de la création de cette disposition : AN, CRI 3e séance du 25 mars 1999, p. 2949, intervention de P. ALBERTINI.

[2584] Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse : JORF du 30 juill. 1881, p. 4201. Application dont on rappelle qu'elle avait été envisagée par le gouvernement : SÉNAT, séance du 25 juin 1999, discussion sous l'article 26, intervention d'É. GUIGOU, Garde des Sceaux.

[2585] *Supra* n° 552.

[2586] Sur l'évolution récente de cette question v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIXe-XXe siècle)*, Payot, 2002, p. 113 et s.

[2587] L'expression artistique et l'écriture fictionnelle viennent ici, sans doute, au secours de l'expression scientifique. Pour la première guerre mondiale on admirera avec horreur les œuvres d'Otto DIX et particulièrement son triptyque *La Guerre*. Pour la seconde, on lira, patiemment, J. LITTEL, *Les bienveillantes,* NRF, Gallimard, 2006. Pour un récit spécifiquement lié à l'usage des corps v. Shl. VENEZIA, *Sonderkommando. Dans l'enfer des chambres à gaz,* Albin Michel, 2007.

civils, plus discrets, n'ont pas ignoré la pratique de la terreur par l'usage du corps mort[2588]. L'usage pénal du corps de l'ennemi ou du coupable reste inscrit dans le droit positif de certains États tel que l'Égypte[2589] ou encore la Russie[2590]. Notre droit ne l'ignore pas : bien que les cas soient marginaux, le droit militaire prévoit toujours que certaines condamnations conduisent à ce que le corps des anciens combattants ou des victimes de la guerre ne soient pas restitués aux familles[2591].

Le lieu de sépulture de l'ennemi reste politiquement signifiant. L'histoire récente nous en donne de multiples exemples. L'inhumation du corps du maréchal PÉTAIN à l'île d'Yeu et non à Verdun a provoqué des incidents importants[2592] ; le destin du corps embaumé d'Eva PERON après la révolution argentine de 1955 a fait l'objet de tractations internationales[2593]. Plus près de nous, le gouvernement américain a choisi d'immerger le corps d'Oussama BEN LADEN[2594] alors que la dépouille de Mouammar KADHAFI, un temps offerte à la vue du public, était inhumée dans un lieu tenu secret[2595]. Ces quelques illustrations nous

[2588] Sur l'usage de la disparition par le régime argentin v. M. LEFEUVRE-DÉOTTE, « La mort dissoute. Un cas : l'Argentine », *Quasimodo*, 2006, n° 9 *Corps en guerre. Imaginaires, idéologies, destructions*, t. 2 : « *La technique de la disparition ne s'attaque pas seulement à la vie d'un ennemi supposé, elle lui ôte même sa mort, la dissout et la pulvérise.* […] *Cette arme est terriblement efficace : elle soustrait les cadavres, efface les preuves du crime, terrorise la population* […] *Ne pas voir le cadavre, conforte "follement" le déni de la mort.* […] *L'effacement des traces ouvre à un nouveau rapport au corps de l'ennemi : ce dernier n'est plus exposé comme trophée ou réduit à l'état de charogne, il est tout simplement nié dans la mort elle-même. Par cet acte, on quitte l'humanité, déjà en refusant une inscription (rituel funéraire, récit), à ceux qui sont devenus des "*superflus*" au sens d'Hannah Arendt et basculent* ipso facto *dans le rien*. » (p. 99). V. aussi L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts, op. cit.*, p. 149 et s.

[2589] À propos du prélèvement de cornées sur les condamnés à mort : H. ABDELHAMID, « Les principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : le système juridique égyptien entre la logique de la personne propriétaire de son corps et celle de la personne dépositaire de son corps », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 254.

[2590] Pour une condamnation de la Russie par la Cour EDH pour la non-restitution des corps de personnes considérées comme terroristes v. Cour EDH 6 juin 2013, *Sabanchiyeva et autres c. Russie,* req. n° 38450/05 Pour un écho historique de cette pratique dans la dispersion des cendres des dignitaires nazis condamnés à Nuremberg v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts, op. cit.*, p. 58.

[2591] Art. D. 404 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415). Lu en parallèle avec l'article D. 402 la disposition ne semble s'appliquer qu'aux corps des personnes décédées durant la seconde guerre mondiale.

[2592] En 1973, un groupe de militants pétainistes exhume le cercueil du Maréchal PÉTAIN, enterré à l'Île d'Yeu, lieu de sa dernière incarcération, dans le but de l'enterrer à Verdun. Un documentaire a été réalisé sur ce fait divers : *On a volé le maréchal !*, C. CONDON et J.-Y. LE NAOUR, France, 2011. La tombe du Maréchal est cependant orientée vers l'est, vers Verdun, alors que, par tradition insulaire, toutes les tombes du cimetière sont orientées à l'ouest.

[2593] Cette anecdote a fait l'objet d'un film très tourné vers la symbolique du corps, notamment dans le processus d'embaumement : *Eva ne dort pas,* P. AGÜERO, Argentine, 2016.

[2594] V. par ex. J. CHALIER, « Questions sur la mort de Ben Laden », *Études* 2013/4 (t. 418), p. 458 et s. L'immersion est, en islam, une pratique funéraire à proscrire, sauf en cas d'extrême nécessité (M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulman. Entre Textes et contextes », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, p. 44) : il s'agissait là, manifestement, d'une pratique vexatoire.

[2595] G. KEPEL, « Journal de Libye », *Le Débat* 2012/4 (n° 171), p. 191-192.

montrent que l'idée de refuser une sépulture aux corps haïs ou du moins de leur imposer une sépulture conforme aux objectifs politiques de l'État est une tentation qui concerne tous les États, y compris considérés comme démocratiques. La France n'y échappe pas. Les funérailles des terroristes des attentats de janvier et novembre 2015, ainsi que des assassinats de Saint-Étienne-du-Rouvray et de Magnanville, ont fait l'objet de débats animés. La presse rapporte ainsi que plusieurs communes ont refusé leur inhumation sur leur territoire[2596].

633. Si ces refus procédent de refus d'attribution de concessions, leur validité pourrait être soumise à contrôle. En effet, même lorsque le défunt n'appartient pas à l'une des catégories de personnes bénéficiant d'un « droit à inhumation » selon l'article L. 2223-2 du Code général des collectivités territoriales, la décision communale de ne pas attribuer de concession est normalement appréciée au regard des places disponibles : la compétence des municipalités n'est pas ici totalement discrétionnaire[2597]. Mais en admettant même que ces refus puissent être exceptionnellement justifiés par des motifs d'ordre public, qu'en serait-il de ceux opposés par l'une des communes textuellement contrainte d'accueillir les corps ?

L'article L. 2223-4 du CGCT résout théoriquement toute difficulté puisque la sépulture ne peut être refusée par la dernière commune de domicile ou par la commune de décès. Cependant, cette norme n'empêche pas les refus de fait ou, comme on a pu le voir, des funérailles pratiquées de nuit et en tombe anonyme[2598]. Ces modalités, prises non pas à l'initiative des familles mais à la demande des autorités administratives, sont pourtant en contradiction avec les dispositions de l'article L. 2213-9 du CGCT[2599]. Les circonstances ont généralement empêché, de fait, tout recours à l'encontre des autorités publiques, mais une affaire en cours pourrait conduire à une décision intéressante pour les questions qui nous

[2596] « Reims ne veut pas héberger la sépulture de Saïd Kouachi », *Le Figaro*, 14 janv. 2015, disponible sur : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/01/14/01016-20150114ARTFIG00129-a-ce-jour-pas-d-enterrements-prevus-pour-les-terroristes.php ; G. BELLAVOINE, « Enterrement d'Abdel-Malik Nabil Petitjean à Montluçon : le maire se prononce contre », *La Montagne*, 8 août 2016. Disponible sur : http://www.lamontagne.fr/auvergne/actualite/2016/08/08/enterrement-d-abdel-malik-nabil-petitjean-a-montlucon-le-maire-se-prononce-contre_12028615.html [consultés le 8 août 2016] ; « Saint-Etienne-du-Rouvray : l'un des terroristes inhumé dans le Val-d'Oise » disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/20/saint-etienne-du-rouvray-l-un-des-terroristes-inhume-dans-le-val-d-oise_4985436_3224.html.

[2597] V. CE, sect., 5 déc. 1997, *Cne Bachy c. Saluden-Laniel*, n° 112888. V. l'analyse de D. DUTRIEUX : *Jurisclasseur Collectivités territoriales, Fasc. 717 Opérations funéraires,* n° 170.

[2598] La mention du nom sur la tombe n'est pas une obligation mais une liberté accordée aux proches (art. L.2223-12 CGCT). En revanche, s'il est connu, la mention du nom sur le cercueil reste obligatoire (art. R. 2213-20 CGCT).

[2599] « *Sont soumis au pouvoir de police du maire le mode de transport des personnes décédées, le maintien de l'ordre et de la décence dans les cimetières, les inhumations et les exhumations*, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières *à raison des croyances ou du culte du défunt* ou des circonstances qui ont accompagné sa mort ». Nous soulignons.

retiennent ici. La famille du responsable du double assassinat de Magnanville conteste en effet actuellement la décision de la commune de Mantes-la Jolie, commune de résidence du défunt, d'autoriser l'inhumation du corps sur son territoire. La municipalité a soulevé, en défense, une QPC à l'encontre des articles L. 2223-3 et 2213-9 CGCT, arguant à la fois d'une violation du principe de libre administration des collectivités territoriales et du principe de liberté contractuelle[2600]. Notons ici que certains auteurs, faisant prévaloir la sauvegarde d'un ordre public – pour l'instant jamais atteint dans les faits – préconisent d'ores déjà l'incinération obligatoire de ces corps, sans noter ce que cette proposition pourrait présenter de stigmatisant[2601].

B. L'impératif de santé publique : argument d'un pouvoir généralisé sur les corps morts

634. Le souci de santé publique est aujourd'hui l'un des axes majeurs autour duquel s'organise le régime des corps morts. Cet impératif, qui irrigue tant le droit de la santé que le droit funéraire, ne permet que rarement d'écarter la volonté exprimée par les personnes avant leur mort : la période est à la participation volontaire de chacun à une démarche sanitaire collective. Pour autant, il n'est pas certain que la prévalence de la volonté individuelle conduise à une répartition uniforme de la « charge » de la santé publique **(1)**. Cette préoccupation sert également de fondement théorique à des règles explicitement excluantes **(2)**.

1) Autoriser l'atteinte de tous les corps : une politique de santé publique
2) Interdire la préparation de certains corps : les limites de la santé publique

1) Autoriser l'atteinte de tous les corps : une politique de santé publique

635. L'argument de la santé publique a progressivement conduit à une généralisation de l'accès aux cadavres par la médecine, là où les premières manifestations historiques de ce pouvoir se concentraient sur les corps des plus marginaux[2602]. Cette évolution pourrait faire penser que le pouvoir médical s'exerce aujourd'hui de façon uniforme ; impression renforcée par la place accordée à la volonté des personnes. Cette intuition résiste mal à l'analyse. D'une part le régime du don d'organes met toujours plus l'accent sur le consentement présumé,

[2600] La demande est actuellement pendante devant le Conseil d'État. Nous remercions le conseil de la municipalité d'avoir bien voulu nous communiquer ses requêtes et mémoires.
[2601] X. LABBÉE, « Le cadavre du terroriste », *JCP A*. 2016, act. 712.
[2602] *Supra* n° 581 et s.

marginalisant la place des proches **(a)** ; d'autre part le don du corps à la science pourrait toujours concerner les corps des plus pauvres **(b)**.

a) Prélèvements cadavériques et consentement : l'apparence de l'uniformité

636. Faire prévaloir la santé de certains : prélèvements thérapeutiques. Ce qu'on appelle aujourd'hui couramment « don d'organes » est historiquement conçu comme un legs : le don de cornée, passé de la pratique à la loi en 1949[2603] conditionne en effet le prélèvement à une disposition testamentaire[2604]. Le consentement donné au prélèvement est ainsi à la frontière entre un acte de disposition et une modalité de la liberté des funérailles. Les possibilités grandissantes de greffes et les espoirs qu'elles ont légitimement fait naître ont conduit à un élargissement de l'atteinte possible au corps mort : en 1976, la loi Caillavet[2605] autorise les prélèvements sur les corps morts mais abandonne la condition testamentaire[2606]. Ce passage à un régime communément désigné comme de « consentement présumé »[2607] acte une forme de publicisation des corps morts, limitée cependant par la place conservée à la volonté individuelle.

637. Faire prévaloir la santé de tous : autopsies médicales et prélèvements scientifiques. La possibilité de porter atteinte au corps mort dans l'intérêt de la santé publique est également prévue dans le cadre général des « prélèvements scientifiques »[2608]. La loi de 1994[2609], unifiant le régime des prélèvements scientifiques et thérapeutiques a consolidé un régime de consentement de principe au prélèvement[2610] : en l'absence de refus explicitement exprimé avant la mort, le prélèvement est théoriquement toujours possible. Les prélèvements

[2603] Sur la pratique antérieure et le détail de cette adoption v. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dactyl., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 222.
[2604] L. n° 49-890 du 7 juill. 1949 : JORF du 8 juill. 1949, p. 6702.
[2605] L. n° 76-1181 du 22 déc. 1976 dite Caillavet : JORF du 23 déc. 1976, p. 7365.
[2606] Comme le note pertinemment M.-X. CATTO, cette loi n'abrogeait pas les dispositions spécifiques prévues en 1949 pour les cornées mais cette articulation, mal connue, entre les deux dispositifs ne fut pas appliquée *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.,* n° 222, p. 233). Notons cependant que cette articulation fut plaidée dans le cadre de l'affaire d'Amiens, sans succès : TA Amiens, 14 déc. 2000 : *D*. 2001, p. 3310, note P. ÉGÉA.
[2607] Pour une contestation de la dénomination : Fl. BELLIVIER, *droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 209.
[2608] Sur l'intérêt médical de ces pratiques mais aussi sur leur déclin v. par ex. A. BÉCART-ROBERT, G. MOUTEL, V. HÉDOIN, C. HERVÉ, D. GOSSET, « Facteurs culturels et autopsie scientifique » in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 199. V. aussi M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, n° 196 et s.
[2609] L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 : JORF n°175 du 30 juill. 1994, p. 11060.
[2610] Le « consentement présumé » au prélèvement était déjà présent dans la loi de 1976 (L. n° 76-1181 du 22 déc. 1976 dite Caillavet : JORF du 23 déc. 1976, p. 7365) mais, contrairement au prélèvement thérapeutique, le prélèvement scientifique sur le cadavre d'un mineur ou d'un incapable était possible sans le consentement du représentant légal (art. 2), régime unifié en 1994.

scientifiques sont cependant spécifiquement encadrés puisqu'ils ne peuvent avoir lieu que dans le cadre de protocoles visés par l'Agence de la biomédecine[2611]. Le corps de chacun est donc juridiquement disponible au nom d'une conception étendue de la santé publique qui, au-delà du soin ou de la protection immédiate de l'autre, comprend également une meilleure compréhension des pathologies. Cette « publicisation » des corps se retrouve également lorsqu'il s'agit non plus de pratiquer des recherches sur le corps mais de comprendre la cause de la mort. Ces « autopsies médicales », sans doute marquées par leur histoire dégradante, sont théoriquement soumises à un consentement explicite[2612].

Ce n'est que dans les situations sanitaires les plus extrêmes que les pouvoirs publics s'autorisent des atteintes non-consenties aux corps morts. L'article L. 1211-2 du Code de la santé publique énonce ainsi qu'« *à titre exceptionnel,* [des autopsies médicales] *peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, 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* ». Cette disposition, explicitement prévue dès 1842[2613], fait prévaloir la sécurité sanitaire générale sur tout autre droit qui pourrait être attaché à l'intégrité du cadavre : liberté des funérailles du défunt, droit à la vie privée ou la liberté de conscience de ses proches. Le caractère exceptionnel de la mesure semble souligner qu'à l'inverse, la « participation » à la démarche de santé publique que constitue le « don d'organes » est, quant à elle, volontaire et uniformément répartie.

638. L'artifice du principe de consentement. Le régime contemporain des atteintes aux cadavres est théoriquement dominé par l'expression de la volonté *ante mortem*. Cette conception fait cependant débat. D'aucuns considèrent que le régime du consentement présumé, et la faible place laissée au refus[2614], constituent une véritable collectivisation des cadavres, délaissés par le droit au profit d'un pouvoir médical tout puissant[2615]. Il est incontestable que la conception du « consentement » porté par le droit de la greffe est fort éloignée de celle du droit

[2611] Art. L.1232-3 CSP. Les modalités de cet encadrement ont été fixées par le décret n° 2007-1220 du 10 août 2007 : JORF n°187 du 14 août 2007, p. 13591.
[2612] Art. L. 1211-2 CSP. Sur l'aspect culturel de la répulsion à l'égard de ces pratiques v. A. BÉCART-ROBERT, G. MOUTEL, V. HÉDOIN, C. HERVÉ, D. GOSSET, « Facteurs culturels et autopsie scientifique » in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 202.
[2613] R. BROCAS, *Le droit d'autopsie. Étude historique et juridique*, th. Paris, 1938, imprimerie Louis Jean, p. 104-105 : reproduit un décret de 1842 qui énonce la possibilité de faire pratiquer une autopsie malgré l'opposition de la famille si l'« intérêt public » est en jeu.
[2614] Le registre national des refus est mal connu. Les termes utilisés par le formulaire ne peuvent pas être considérés comme neutres à l'égard de ce choix v. Annexe 2.
[2615] V. par ex. J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 17 et s.

en général et du droit de la santé en particulier. Comme le souligne pertinemment Denis BERTHIAU,

> *« classiquement, l'autonomie doit pouvoir s'exprimer par un acte positif de volonté pour être considérée comme pleine et entière* […] *les hypothèses, en droit de la santé où l'on admet que l'autonomie s'exprime par un droit au refus, sont aussi précisément les hypothèses où l'autonomie de la personne n'est pas aussi certaine qu'il y paraît* »[2616].

L'idée d'un « consentement présumé » est donc largement artificielle au regard du droit commun[2617]. Cette place de la volonté demeure cependant, de façon diffuse, dans la faculté d'opposition explicite et formalisée du registre des refus[2618] et dans l'expression médiatisée de la volonté exprimée par les proches, largement artificielle. Ce constat permet de s'interroger sur la façon dont le texte porte, implicitement, les conditions d'une répartition inégale de la charge des prélèvements. Un mécanisme de « consentement présumé » accolé à une faculté d'opposition mal connue, conduit en effet à ce que, théoriquement, un prélèvement puisse être effectué sur le corps d'un défunt contre l'avis de son entourage, même si cette opposition est liée, par exemple, à une forte opposition religieuse. L'uniformité textuelle pourrait ainsi conduire à des inégalités dans les conséquences supportées par les proches[2619].

b) Don du corps à la science : des risques de marginalisation

639. De l'exploitation du corps au don du corps. Comme nous l'avons souligné, la pratique des dissections anatomiques pédagogiques sur les corps des patients indigents s'est prolongée tardivement dans les établissements publics malgré les oppositions grandissantes des patients[2620]. Il convient de noter que les premières limites posées à ces pratiques ne résultent pas du tout de la prise en compte de la volonté des personnes ou de leurs proches[2621] mais bien de la volonté de préserver un certain ordre politique.

[2616] L'auteur cite le mineur ou les incapables majeurs. D. BERTHIAU, « Redéfinir le principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Proposition de révision de certains aspects de la loi bioéthique de 6 août 2004 en la matière », *Médecine et droit,* 2010, n° 104, p. 152, 2e colonne.

[2617] D. THOUVENIN, « Don et/ou prélèvement d'organes », *Rev. Sc. Soc. et santé,* 1997, vol. 15, p. 75. Sur le caractère exorbitant de droit commun du principe v. St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le consentement présumé du défunt aux prélèvements d'organes : un principe exorbitant mais incontesté », *RRJ,* 2001-1, p. 183.

[2618] Les dispositions règlementaires prévoient cependant depuis peu la possibilité d'une expression écrite du refus : décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès : JORF 14 août 2016.

[2619] Ce d'autant plus que la faculté même d'opposition est régulièrement remise en question. Nous aurons l'occasion de nous prononcer sur ces dispositions *infra* n° 811 et 864.

[2620] *Supra* n° 583.

[2621] Sur la tentative, en 1841, de permettre aux familles de s'opposer à l'opération v. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, p. 204.

Ainsi, en 1927, une circulaire prohibe les dissections effectuées sur les corps des personnes de confession musulmane[2622]. Loin de faire valoir ici le respect de la sensibilité des personnes en elles-mêmes, le texte précise :

> *« au moment où le nombre des nord-africains en résidence à Paris s'accroît de jour en jour il est évidemment nécessaire d'observer rigoureusement ces prescriptions si nous voulons éviter des incidents de nature à avoir une fâcheuse répercussion , non seulement à Paris mais aussi dans les colonies françaises* »[2623].

Dans un contexte où la présence musulmane en France a été rendue visible par l'engagement des troupes coloniales dans la première guerre mondiale, le traitement des corps des musulmans est donc moins une question de considération pour le corps des hommes qu'un problème de cohésion du corps social[2624]. Comme la disparition de la publicité des exécutions, la dissection systématique des corps abandonnés est remise en cause moins en raison d'une considération pour le corps même que par crainte du scandale public[2625]. Le statut des corps des anciens combattants est, quant à lui, plus ambivalent. La place « glorieuse » qui leur est accordée après les combats de 14-18[2626] conduit à modérer leur mise à disposition sociale par la dissection. Mais, là encore, le pouvoir militaire n'est pas loin : la circulaire de 1930 interdit les autopsies sur les réformés de guerre « *non seulement par respect mais encore en raison des interventions ultérieures de l'autorité militaire auxquelles le décès peut donner lieu* »[2627]. Il s'agit donc certes de ne pas traiter les anciens soldats, mêmes indigents, comme n'importe qui, mais cette déférence renvoie aussi à la volonté de conserver un matériau d'intérêt militaire. Cette particularité du domaine militaire subsiste encore marginalement dans le droit positif[2628].

Malgré tout, émerge l'idée que l'atteinte au corps devrait dépendre de la volonté des personnes et qu'il s'agit d'une démarche socialement positive[2629]. Après la tentative avortée d'inscrire explicitement dans la loi sur la liberté des funérailles la possibilité de « donner son

---

[2622] Sur les impératifs funéraires de l'islam v. *infra* n° 677.
[2623] Circ. 6 janv. 1927 : JO 19 août 1967, p. 2986, n°240. Cité par R. BROCAS : *Le droit d'autopsie, op. cit.*, p. 117.
[2624] Sur la question des sépultures de ces soldats v. *infra* n° 678.
[2625] *Supra* n° 582.
[2626] Sur la glorification des corps des soldats v. *infra* n° 652.
[2627] Circ. 28 oct. 1930 : JO 19 août 1967, p. 2986, n° 2405. Cité par R. BROCAS, *Le droit d'autopsie, op. cit.*, p. 115.
[2628] L'art. R. 2213-28 CGCT dispose ainsi : « *Pour les victimes d'accidents survenus à bord d'un avion des forces armées, sous réserve qu'il n'y ait pas de motif à refus de l'autorisation d'inhumation et après observation des formalités prescrites à l'article 81 du code civil, une déclaration de transport immédiat en vue d'autopsie à l'hôpital militaire ou à l'infirmerie de la base aérienne la plus proche est effectuée auprès du représentant de l'État dans le département où l'autopsie a lieu. L'autopsie terminée, l'autorité civile territorialement compétente du lieu d'autopsie délivre l'autorisation d'inhumation ou de crémation* ». La possibilité de s'opposer à cette autopsie ne semble pas prévue.
[2629] Sur les prémisses de cette pensée v. *Supra* n° 582.

corps à la science »[2630], la pratique se développe lentement, dans un encadrement règlementaire minimal[2631]. Selon l'IGAS, la dissection des indigents se poursuit cependant à l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris jusqu'en 1996[2632].

640. Le don du corps : pratique marginale et peu encadrée. La réalité de la pratique du « don du corps à la science » est mal connue. Le rapport dont il a fait l'objet en 2002[2633] a relevé qu'au-delà des quelques éléments règlementaires communs (don à un Centre hospitalier universitaire, nécessité du port de la carte de donateur etc.), les pratiques pouvaient largement différer localement.

Ainsi, alors que le consentement de la personne avant sa mort est un élément central du dispositif[2634], le *contenu* de ce consentement n'est pas clairement harmonisé. Si certains centres offrent une information complète aux donneurs, y compris sur le possible démembrement dont le corps pourrait faire l'objet, d'autres se contentent d'une information minimale[2635]. Cette situation souligne la particularité du traitement du consentement portant sur les pratiques *post mortem*. En la matière, le consentement donné du vivant de la personne échappe manifestement aux exigences de clarté et de liberté appliquées normalement pour les décisions touchant au corps, et notamment en matière médicale[2636]. Pour autant, contrairement aux pratiques funéraires telles que l'inhumation ou la crémation, le don du corps n'est pas un choix possible des ayants-droit ou de toute personne souhaitant prendre en charge les funérailles d'un défunt. En exigeant un consentement explicite et formalisé, le don se rapproche d'un consentement médical ou de la pratique testamentaire[2637] et échappe de toute façon au régime commun des pratiques funéraires. Pourtant, un tel choix serait probablement protégé par l'article 433-21-1

[2630] M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 205.
[2631] Aujourd'hui l'art. R. 2213-13 CGCT.
[2632] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002-009 de l'IGAS et n° 02-020 de IGENR, La documentation française, mars 2002, p. 51. M. RONGIÈRES semble considérer que cette pratique existait encore marginalement en 2005 : « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 166.
[2633] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002-009 de l'IGAS et n° 02-020 de IGENR, La documentation française, mars 2002, p. 48 et s.
[2634] La *capacité* de la personne n'est pas une condition explicitement rappelée par les dispositions du CGCT. Cependant, elle peut être déduite de l'article 3 de la loi de 1887 qui réserve la liberté de prévoir ses funérailles « *au majeur ou au mineur émancipé, en état de tester* » (L. 15 nov. 1887 : *Recueil Duvergier*, p. 451). IGAS note cependant que cette capacité n'est pas systématiquement vérifiée : *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002 009 de l'IGAS et n°02-020 de IGENR, La documentation française, mars 2002, p. 57.
[2635] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier, op. cit.*, p. 59-60.
[2636] Art. L. 1111-2 CSP et s.
[2637] Le texte évoque d'ailleurs explicitement « *le corps légué* » : art. R. 2213-13 CGCT.

du Code pénal en tant que « dernière volonté ». La pratique flotte donc entre deux régimes comme elle se fonde en réalité sur deux principes : la liberté des funérailles d'une part et l'impératif de santé publique d'autre part. Ici, la nécessité, peu contestée, d'avoir recours à la matière corporelle pour des besoins scientifiques[2638] atténue l'impératif d'information. Mais l'héritage du caractère infâmant de la dissection, le régime exorbitant du droit commun de cette pratique conduisent cependant à ce qu'un consentement explicite soit exigé.

641. La dissection n'est donc plus ni une sanction ni une exclusion sociale[2639]. Cependant, la sociologie des personnes qui pratiquent ce don est mal connue et il est possible de penser que les faits réinstaurent la hiérarchie que le droit a effacée. On apprend ainsi anecdotiquement que le nombre de dons a explosé en Espagne à la suite de la crise économique : le quotidien *El Pais* rapporte ainsi que les donataires sont en partie des personnes âgées soucieuses de ne pas faire supporter à leurs proches des frais d'obsèques importants[2640]. Étant donné l'augmentation très importante des frais funéraires constatée ces dernières années[2641], l'hypothèse que les donataires français seraient, pour certains dans la même situation serait-elle sans pertinence ?

La réglementation du don du corps n'étant en rien harmonisée, chaque établissement bénéficiaire établit ses propres normes, dont le règlement de frais par les donateurs. En effet, si certains établissements couvrent tous les frais de don, d'autres réclament au contraire un règlement compris entre 135 et 765 euros environ[2642]. À ces frais peut s'ajouter le règlement du transport du corps, parfois laissé à la charge des proches, ce qui va d'ailleurs à l'encontre de la doctrine de l'administration[2643]. Si l'IGAS note que ces frais ne semblent pas avoir d'effet

---

[2638] À la fois en termes de formation et de recherche : v. *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002 009 de l'IGAS et 02-020 de EGENR, La documentation française, mars 2002, p. 51 et s.

[2639] En droit français du moins. Le droit brésilien par exemple connaît toujours le principe de la dissection des corps non-réclamés : M.-Cl. CRESPO BRAUNER et A. CAVALCANTE LOBATO, « Le corps humain en droit brésilien : une protection qui cherche à concilier la dignité humaine et l'autonomie corporelle », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 336. Sur la situation au Maryland : M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », art. cit., p. 166.

[2640] J. GARCIA, « Donner son corps pour faire des économies », *El Pais* reproduit dans *Courrier international*, 11 janvier 2011. Disponible sur : http://www.courrierinternational.com/article/2011/01/05/donner-son-corps-pour-faire-des-economies [consulté le 13 nov. 2016].

[2641] *Infra* n° 658.

[2642] Sur la base des chiffres en francs avancés pour l'année 2000 (*Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002 009 de l'IGAS et n° 02-020 de IGENR, La documentation française, mars 2002, p. 50), actualisés pour 2015 selon les données de l'INSEE : http://www.insee.fr/fr/service/reviser/calcul-pouvoir-achat.asp [consulté le 13 nov. 2016].

[2643] Rép. minist. n° 24046 : JOAN 8 mai 1995, p. 2382 : « *L'article R. 363-10 du code des communes stipule* [sic.] *que les établissements d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche, qui acceptent un don de corps à la science, doit assurer à ses frais l'inhumation ou la crémation du corps. Par ailleurs, la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, relative à la législation funéraire a intégré par l'article L. 362-1 nouveau du code des communes, le transport avant mise en bière dans les opérations de pompes funèbres. De ce fait, le transport de corps avant mise*

dissuasif[2644], il convient de souligner qu'ils restent très inférieurs aux coûts d'obsèques ordinaires[2645] et ne sont donc pas non plus dé-incitatifs. Sur ce point, les recommandations du rapport de l'IGAS consacré à la question sont d'ailleurs conformes à l'orientation de la politique publique. Une fois établie la nécessité de conserver une pratique de don du corps, l'Inspection générale n'aborde la question du coût que dans son aspect budgétaire. Faire en sorte que le coût ne soit pas une « barrière à l'entrée » évitant que le choix du don dépende de l'argent n'est pas une possibilité évoquée. Le maintien de ces « frais de dons » est préconisé pour la seule raison que, ne faisant pas obstacle aux legs[2646], il permet d'assurer la stabilité financière des instituts d'anatomie[2647]. Les personnes choisissant de faire don de leur corps participent donc à un double titre au fonctionnement du service public d'enseignement et de recherche : une fois en numéraire et une fois « en nature ». On s'étonne alors que l'IGAS puisse conclure qu'il n'y a pas de justification « sociale » à la gratuité du don et qu'il est injustifié que les établissements receveurs se substituent aux proches pour prendre en charge les frais d'obsèques. Outre le geste véritablement désintéressé de certains, le don du corps pourrait donc bien être le mode de funérailles des ni-ni : ni assez pauvres et isolés pour voir leurs funérailles prises en charge par la commune, ni trop pauvres pour ne pas pouvoir assurer les frais du don.

642. Le don du corps : geste peu valorisé. Les corps donnés « à la science » font l'objet d'une prise en charge funéraire minimale. Les dispositions règlementaires prévoient simplement que le corps soit inhumé ou crématisé – cette seconde option étant privilégiée – aux

en bière fait partie des funérailles et doit être pris en charge par les établissements d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche. Les facultés de médecine, qui sont les principaux établissements receveurs de don du corps à la science, doivent respecter la réglementation. Toute personne qui s'estimerait lésée par les agissements des établissements recevant les dons du corps est en droit d'engager une action devant les tribunaux compétents. ». V. aussi Rep. Minist. n° 26424 du 8 mars 1999 : JOAN du 6 déc. 1999.

[2644] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier, op. cit.*, p. 60.

[2645] Sauf bien sûr prise en charge par la commune ce qui ne concerne que les personnes les plus pauvres, qui n'ont cependant pas toujours connaissance de cette possibilité : v. *infra* n° 660. Selon l'IGAS, les frais du don pourrait être pris en charge par la commune (*Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier, op. cit.*, p. 66). On peut douter de cette analyse étant donné que seule la commune de décès est tenue de ces frais et qu'à défaut de disposition spécifique on voit mal comment elle pourrait être tenue d'une part des frais « de dossier » afférents au don et, d'autre part, des frais de transport vers l'établissement hospitalier qui peut être fort éloigné du lieu de décès.

[2646] Quoique certains faits-divers puissent démentir ce fait : v. L. GUYON, « Donner son corps à la médecine, un casse-tête », *La Charente Libre,* 21 mars 2013. Disponible sur : http://www.charentelibre.fr/2013/03/21/indispensable-pour-les-etudiants-et-la-recherchedonner-son-corps-un-casse-tetele-don-du-corps-a-la-science-necessite-l-autorisation-formelle-du-donneur-celui-ci-doit-etre-majeur-et-faire-connaitre-sa-decision-par-un-acte-tes,1825768.php ; Fr. LECLERC, « À Nice, donner son corps à la science peut coûter cher », *Nice Matin,* 30 sept. 2012. Disponible sur http://archives.nicematin.com/nice/a-nice-donner-son-corps-a-la-science-peut-couter-cher.1005465.html ; A. CARRIÉ, « Il donne son corps à la médecine… qui lui réclame 409 euros », *Midi Libre.* Disponible sur : http://www.midilibre.fr/2012/10/03/aude,572224.php. [Consultés le 18 juill. 2016].

[2647] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier, op. cit.*, p. 65.

frais de l'établissement donataire, sans limite de temps. L'IGAS relève à cet égard une grande diversité de pratiques, certains établissements acceptant la remise des corps aux proches, sauf opposition du défunt, d'autres s'y refusant absolument[2648].

Hormis la question de la restitution, l'absence d'encadrement de la pratique conduit à un flou juridique quant aux procédures applicables aux corps. Un parallèle avec les dispositions concernant les autopsies en général laisse penser qu'ils doivent sans doute être, dans la mesure du possible, « réparés » après intervention[2649], mais rien ne semble explicitement imposer que les parties séparées fassent l'objet d'une opération funéraire unique[2650]. En tout état de cause, la loi ne prévoit aucune identification spécifique du lieu de dispersion ou d'inhumation, l'anonymat revendiqué, sans fondement textuel, par certains établissements supposant une cérémonie funéraire dérogatoire aux dispositions générales[2651]. En Île-de-France, les cendres des corps donnés sont dispersées au cimetière de Thiais, lieu – triste écho de l'Histoire – de l'inhumation des indigents[2652]. Le Crématorium du Père Lachaise organise cependant deux fois par ans une cérémonie du souvenir dédiée à ces personnes[2653]. Si le don du corps semble donc, en fait plus qu'en droit, porter encore de l'infamie historiquement attachée à l'autopsie, certains corps font l'objet d'une stigmatisation proprement juridique.

2) Interdire la préparation de certains corps : les limites de la santé publique

643. Les soins de thanatopraxie sont aujourd'hui réalisés dans un tiers des décès environ[2654] et cette part tend à augmenter[2655]. Cette pratique, qui consiste en un drainage des

[2648] Si Damien DUTRIEUX semble tenir pour acquis que la seule pratique conforme aux dispositions est le refus de restitution (, « Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA*, 2015, n° 32, p. 6), il ne nous semble pas que, contrairement à son argument, le seul silence des textes puisse apporter une réponse claire à cette interrogation. Sur un débat similaire concernant la cryogénisation : *infra* n° 688.

[2649] Art. L. 1232-5 CSP.

[2650] On pourrait implicitement tirer cette obligation du dernier alinéa de l'article R. 2213-13 CGCT : « *l'établissement assure à ses frais l'inhumation ou la crémation* du corps » (nous soulignons) ou, de façon bien plus incertaine, des dispositions de l'article 16-1-1 C. civ.

[2651] La mention du nom du défunt incinéré est normalement obligatoire soit sur l'urne elle-même (art. L. 2223-18-1 CGCT) ou sur un registre particulier en cas de dispersion en pleine nature (art. L. 2223-18-3 CGCT).

[2652] *Infra* n° 658. Pour une approche humoristique du destin du corps donné à la science v. P. DESPROGES : https://www.youtube.com/watch?v=zElex_b0trE [consulté le 13 nov. 2016], 8' 30''.

[2653] V. la rubrique *Crémation et don du corps* : www.crematorium-perelachaise.fr/p_cremation_et_don_du_corps_96.html [consulté le 13 nov. 2016].

[2654] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 6 ; J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation*, Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013, n° 6.

[2655] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 7 ; HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 9.

liquides et en l'injection de produits de conservation[2656], permet de préserver un temps l'apparence des corps, en vue notamment de leur exposition. Elle est très peu encadrée[2657] mais une disposition a suscité récemment des débats importants[2658] : l'interdiction du recours à cette méthode sur les corps de personnes porteuses de certaines agents pathogènes[2659] et en particulier du VIH et du VHC. Cette interdiction répond à l'évidence à une préoccupation de santé publique : limiter le risque de contamination des thanatopracteurs, de l'entourage et de la population en général. Pourtant, cet argument ne rend pas compte de la réalité de l'évolution du droit, qui perpétue plutôt une catégorisation hiérarchisante des cadavres.

644. Une interdiction stigmatisante. Étant donné l'importance croissante des soins de conservation[2660], leur interdiction pour les corps affectés de certaines pathologies est socialement très stigmatisante et prive les proches d'une part de leur liberté dans l'exercice des rites funéraires[2661]. Outre la question de la veillée des corps, cette prohibition entrave également le choix *du lieu* de sépulture, les soins de conservations étant exigés pour l'entrée du cadavre dans certains États[2662]. Les personnes étrangères malades voient donc leur liberté funéraire doublement entravée[2663]. En ce qui concerne le VIH et le VHC, l'interdiction est d'autant plus excluante que ces pathologies touchent largement des populations déjà marginalisées[2664]. C'est pourquoi plusieurs associations de malades et de familles de malades ont interpelé les pouvoirs publics sur ce point[2665].

[2656] Art. L. 2223-19-1 CGCT. Pour une description détaillée du processus v. HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie,* déc. 2012, p. 6 et s. Pour des illustrations photographiques v. M. DURIGON, *Pratique médico-légale,* Masson, 1999, p. 75.

[2657] Sur la réglementation du diplôme v. arrêté du 18 mai 2010 : JORF n° 0115 du 20 mai 2010, p. 9292. Les produits utilisés doivent également faire l'objet d'un agrément (art. R. 2213-3 CGCT) et leur élimination est soumise à la réglementation sur les déchets à risque infectieux (art. R. 1335-1 CSP). Sur le défaut d'encadrement de la pratique en termes commerciaux v. aussi IGAS, *La mort à l'hôpital*, F. LALANDE et O. VEBER, n° RM2009-124P, La documentation française, janv. 2010, p. 80 et s.

[2658] Sur les débats parlementaires sur cette question v. *supra* n° 348.

[2659] Arrêté du 20 juill. 1998 : JORF n° 192 du 21 août 1998, p. 12751.

[2660] Ce n'est pas le cas partout : un grand nombre de pays prohibent la pratique. Certaines législations montrent cependant que la façon de conserver les corps est encore une façon de hiérarchiser les personnes : les Pays-Bas n'ont ainsi autorisé les soins de conservation pour tous qu'en 2010 ; ils étaient auparavant réservés à la famille royale ou à certains hauts membres du clergé : HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie,* déc. 2012, p. 33.

[2661] CONSEIL NATIONAL du SIDA, *Note valant avis sur les opérations funéraires pour les personnes décédées infectées par le VIH*, 12 mars 2009, p. 1.

[2662] Un recensement indicatif de ces États a été effectué par l'association française d'information funéraire v. http://www.afif.asso.fr/francais/conseils/conseil35.html [consulté le 13 nov. 2016].

[2663] Sur la pratique du « rapatriement » des corps, notamment par les personnes de confession musulmane v. *infra* n° 680.

[2664] Les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes représentent 42% des dépistages positifs au VIH en 2014, les hommes ayant des relations hétérosexuelles nés à l'étranger 39% et les usagers de drogues par intraveineuse 1% : INSTITUT DE VEILLE SANITAIRE, *Infection par le VIH/SIDA et les IST. Point épidémiologique*, 23 nov. 2015.

[2665] L'association *Aides* notamment v. entretien avec Th. BRIGAND par M. BRANCOURT et

L'IGAS, dans le rapport qu'elle consacre à la thanatopraxie en 2012, utilise explicitement le terme d'*égalité* pour justifier son souhait de voir la pratique plus strictement règlementée[2666]. Égalité entre défunts et entre proches d'une part mais aussi égalité entre thanatopracteurs[2667] car la réglementation actuelle est loin de leur apporter une protection sanitaire suffisante.

645. Une méthode mal encadrée : danger pour la santé des praticiens. Dès son premier rapport sur la thanatopraxie, daté de 2009, le Haut Conseil à la Santé Publique (HCSP) notait que la conservation en l'état de la liste des pathologies prohibant les soins de conservation était due en partie, au fait que les conditions d'exercice de ces soins ne permettaient pas de garantir une protection optimale des praticiens. Environ 23% des actes en cause sont en effet réalisés à domicile[2668] ce qui peut poser d'importants problèmes sanitaires, et pas uniquement lorsque les soins sont pratiqués sur un corps contaminé[2669], dont le statut sérologique peut d'ailleurs être inconnu. La sécurité des thanatopracteurs n'est donc pas assurée, non seulement au regard du risque de contamination par différents agents pathogènes[2670] mais, plus largement, en raison de leur exposition répétée à des produits nocifs[2671]. L'obligation d'user de locaux adaptés, en vigueur dans de nombreux pays[2672], a ainsi été fortement recommandée – parmi d'autres mesures[2673] – ces dernières années[2674]. La réglementation en vigueur est largement incohérente par rapport à la réalité des contaminations subies par les thanatopracteurs : le HCSP note ainsi

J.-Fr. LAFORGERIE, 14 déc. 2015. Disponible sur : http://www.seronet.info/article/vih-lassemblee-enterre-les-soins-funeraires-73827 [consulté le 13 nov. 2016]. Cet engagement a d'ailleurs été un argument dans l'attribution d'une subvention publique par la ville de Paris : CONSEIL MUNICIPAL, débat, déc. 2015, n° 2015 DASES 68 G.

[2666] J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation,* Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013, n° 56 et s.

[2667] C'est d'ailleurs principalement à propos de la protection *des thanatopracteurs* que s'est prononcé le Défenseur des droits : DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire*, oct. 2012, p. 32 et s.

[2668] J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation,* Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013, n° 38.

[2669] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 9 et s. ; HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 15 et s.

[2670] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 8 et s. ;

[2671] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 21 et s.

[2672] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 21 et s. ; DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire*, oct. 2012, p. 32.

[2673] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 25.

[2674] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 35 ; J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation*, Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013, n° 33 et s.

que les contaminations les plus fréquentes concernent les infections pulmonaires, pour lesquelles les soins de conservation ne sont pas interdits mais seulement déconseillés[2675] et contre lesquelles aucune vaccination obligatoire n'est envisagée[2676].

Sans modification de la réglementation actuelle quant aux conditions de réalisation des actes – et notamment sans encadrement des locaux dans lesquels ils peuvent être pratiqués[2677] – il est, évidemment, inenvisageable de lever l'interdiction des soins de conservation pesant sur les corps porteurs du VIH ou du VHC. Comme le souligne le HCSP, le risque est alors trop élevé au regard du bénéfice social attendu[2678]. Pourtant, une telle modification serait sans conteste un double progrès : meilleure protection de la santé publique et diminution de la stigmatisation liée à la prohibition.

646. La possibilité avortée d'une double avancée. Nous avons précédemment exposé les raisons qui ont conduit au rejet d'un encadrement plus strict de la thanatopraxie[2679] : des considérations d'ordre religieux, ou du moins culturel, ont été avancées pour s'opposer à la mise en place de salles dédiées aux soins de conservation. Le fait de devoir procéder au transport du corps – et les frais engendrés par cette obligation – ont été considérés comme portant une atteinte trop importante à la veillée des morts à domicile. Finalement, seule la vaccination obligatoire des professionnels contre l'hépatite B a été acquise[2680], ce qui demeure insuffisant pour envisager une redéfinition des pathologies faisant obstacles aux soins de conservation[2681].

On ne peut que s'étonner de l'ampleur de la concession faite au détriment de la santé publique. La modification de la réglementation de la thanatopraxie dépasse très largement la

---

[2675] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 23.

[2676] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie*, déc. 2012, p. 37.

[2677] Un parallèle intéressant peut être fait avec l'évolution historique ayant conduit à la création de lieux spécifiques pour les autopsies judiciaires : v. S. MENENTEAU, *L'autopsie judiciaire. Histoire d'une pratique ordinaire au XIX^e siècle,* PUR, 2013, p. 133 et s.

[2678] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009, p. 18-19.

[2679] *Supra* n° 348.

[2680] L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 : JORF n° 0022 du 27 janv. 2016. Art. 214 créant l'article L. 3111-4-1 CGCT. La vaccination était auparavant obligatoire uniquement pour les personnels salariés d'une entreprise de pompes funèbres ou de transport de corps, s'ils participaient à certaines activités de service public, v. arrêté du 15 mars 1991 : JORF n° 79 du 3 avril 1991, p. 4464. Or, les thanatopracteurs peuvent être des travailleurs indépendants. De la même façon, les dispositions de luttes contre l'exposition au risque biologique ne leur sont pas applicables v. arrêté du 10 juill. 2013 : JORF n° 0202 du 31 août 2013, p. 14799.

[2681] CONSEIL NATIONAL du SIDA, *Communiqué de presse,* « Opérations funéraires : la levée de l'interdiction concernant les personnes infectées par le VIH ou par les virus des hépatites virales est désormais incertaine », 15 déc. 2015. Disponible sur : http://cns.sante.fr/communiques-de-presse/operations-funeraires-la-levee-de-linterdiction-concernant-les-personnes-infectees-par-le-vih-ou-par-les-virus-des-hepatites-virales-est-desormais-incertaine/ [consulté le 13 nov. 2016].

seule question de l'ouverture de la pratique au plus grand nombre : elle constitue un impératif de santé pour l'ensemble des travailleurs du secteur funéraire et, plus largement, de l'ensemble de la population[2682]. Un encadrement raisonné de la pratique aurait donc pu être doublement positif : plusieurs institutions ayant souligné qu'une telle évolution permettait d'envisager la suppression du VIH et du VHC de la liste des pathologies prohibant les soins de conservation[2683], ce qui est déjà le cas dans plusieurs pays[2684].

647. L'argument de la santé publique est donc, en réalité, un prétexte qui révèle la façon dont le domaine funéraire est un terrain propice aux affrontements idéologiques[2685] : l'encadrement des pratiques funéraires n'aurait sans doute pas posé tant de difficultés s'il n'était pas, indirectement, lié au traitement de populations minoritaires. L'argument du surcoût entraîné par une telle réglementation, même s'il restait peu important[2686], aurait pu s'entendre. Cependant, d'une part il reste faible au regard des enjeux sanitaires et, d'autre part, il est paradoxal d'avancer cet argument au regard de l'évolution, reconnue par les parlementaires, du secteur funéraire dans son ensemble : les inégalités sociales dans la mort ne sont pas un *risque* mais une réalité.

§2. Subsistance des hiérarchies dans les pratiques funéraires

648. Lors de la phase préparatoire à la loi de 2008 portant réforme de la législation funéraire[2687], les rapports présentés au Sénat évoquent à plusieurs reprises une préoccupation

[2682] C'est pourquoi la proposition, portée notamment par l'association catholique *Alliance Vita* de n'imposer les soins en local adapté que pour les personnes infectées n'est pas acceptable car elle ne prend pas en compte la prévalence importante de pathologies non-dépistées. V. http://www.alliancevita.org/2015/11/soins-funeraires-de-thanatopraxie-vers-une-interdiction-a-domicile/) [consultés le 20 juill. 2016].

[2683] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie,* déc. 2012, p. 38 (avis nuancé) ; J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation,* Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n° 12052/13019/01), juill. 2013, n° 56 et s. (avis favorable). De fait les autopsies à visée scientifique restent autorisées pour ces pathologies v. arrêté du 20 juill. 1998 : JORF n°192 du 21 août 1998, p. 12751, art. 2.

[2684] HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie,* déc. 2012, p. 31 et s. Notons que la question de la discrimination a d'ailleurs été soulevée à cet égard aux États-Unis (*ibid.* p. 32).

[2685] Les oppositions manifestées médiatiquement contre cette disposition ont été portées par des organisations ou des personnes connues pour leurs positions conservatrices : Chr. DE CACQUERAY (Directeur du Service Catholique des Funérailles) : « Pourra-t-on encore veiller nos morts à domicile », *Figaro Vox,* 11 nov. 2015. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/11/09/31003-20151109ARTFIG00097-pourra-t-on-encore-veiller-nos-morts-a-domicile.php ;
Association *Alliance Vita* (http://www.alliancevita.org/2015/10/interdiction-de-la-thanatopraxie-a-domicile-les-rites-funeraires-menaces/ ; http://www.alliancevita.org/2015/11/soins-funeraires-de-thanatopraxie-vers-une-interdiction-a-domicile/). [Consultés le 20 juill. 2016].

[2686] J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation,* Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013, n° 62 et s.

[2687] L. du 19 déc. 2008 n° 2008-1350 : JORF n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19538.

pour l'égalité des individus dans la mort. La création de sites funéraires privés ou la totale liberté d'ornementation des tombes sont ainsi désignées comme des pratiques susceptibles de figer dans la mort les inégalités de la vie, et en particulier les inégalités de richesse[2688]. Mais la question de l'égalité est également soulevée à propos de la création des carrés confessionnels[2689]. Dans ce cas, ce n'est pas tant le coût financier qui pose problème que la possibilité de prendre en compte, de façon égale, l'ensemble des demandes.

Il est symptomatique que la notion d'inégalité surgisse précisément sur ces deux questions. L'accès à la sépulture fait en effet apparaître la persistance de pratiques d'exclusion sociale *post mortem*. Si le droit funéraire a globalement évolué dans le sens d'un accès égal de chacun à la sépulture, la fortune des défunts influe encore profondément sur le régime du corps mort **(A)**. Par ailleurs, le traitement des restes humains reste très marqué par des héritages culturels et religieux **(B)**.

A. Accès à la sépulture : hiérarchisations sociales
B. Accès à la sépulture : hiérarchisations culturelles

A. Accès à la sépulture : hiérarchisations sociales

649. La législation funéraire a, depuis la Révolution française, incontestablement progressé vers une égalité de traitement des corps. La hiérarchisation très forte imposée par la gestion religieuse des funérailles et des cimetières[2690] n'est cependant pas abandonnée. Mais il s'agit désormais davantage de valoriser certains corps plutôt que d'exclure les corps marginaux **(1)**. Ceci étant, la fortune continue de déterminer le destin des corps **(2)**.

1) L'exclusion des corps vils et la valorisation des corps glorieux
2) L'inégalité sociale dans l'accès à la sépulture

1) L'exclusion des corps vils et la valorisation des corps glorieux

650. Le refus des exclusions religieuses. À la fin du XIX^e^ siècle, la législation funéraire se laïcise. Déjà, les lois du 13 brumaire an II et du 15 brumaire an XI avaient fait des cimetières

[2688] SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 13 juin 2006, n° 386, p. 51 et 58.
[2689] SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2008-2009, séance du 3 déc. 2008, n° 119, p. 14. Le rapport reprend ici des éléments évoqués dans le rapport de 2006 mais utilise le terme d'égalité qui n'y était alors pas présent dans les discussions d'origine.
[2690] *Supra* n° 564.

des terrains communaux mais la gestion des funérailles était restée une prérogative confessionnelle. En 1884, la loi d'organisation municipale confie la police des funérailles aux maires et leur interdit toute distinction des défunts en fonction de leur confession. La loi de 1887 portant liberté des funérailles parachève cette évolution en autorisant chacun à déterminer le caractère confessionnel ou non confessionnel de ses funérailles. Cette évolution conduit à ce que la norme religieuse ne puisse plus imposer le lieu ou les modalités de sépulture[2691]. Le droit français n'admet donc plus que les opinions, croyances ou causes de la mort d'une personne fassent que son corps soit stigmatisé par sa relégation forcée dans une partie spécifique du cimetière[2692]. C'est la fin du carré des suicidés[2693]. Mais si la République rejette la marginalisation de certains corps, elle perpétue une hiérarchisation par valorisation.

651. La glorification des corps : privilège conservé par la République. La Révolution française avait connu des épisodes de violence portant sur les corps royaux conservés à la Basilique Saint-Denis[2694]. Ces corps embaumés, conservés comme symboles du fondement de l'État[2695], deviennent la cible du mouvement d'abolition des privilèges. Pour autant, la République n'abandonne pas toute pratique de hiérarchisation des corps ; mais les bénéficiaires ont changé[2696]. Le décret de 4 avril 1791 instaure le Panthéon comme lieu de sépulture des personnalités distinguées par l'État[2697]. La glorification des corps[2698], de certains corps, se perpétue encore aujourd'hui, la « panthéonisation » devenant un passage obligé du mandat présidentiel. Cet honneur républicain ne concerne évidemment qu'un nombre infime de

[2691] Bien sûr il reste loisible à chaque confession de rejeter une demande de cérémonie religieuse en raison de ses propres critères, mais le refus vexatoire pourrait sans doute constituer une faute civile.
[2692] V. cependant l'exemple précédemment cité des funérailles des exécutés : *supra* n° 579.
[2693] Sur la conservation, jusqu'en 1940, de carrés des suicidés dans un cimetière de Moselle v. fiches n° IA57002090 et IA57002152 à l'inventaire général du patrimoine culturel. Disponible sur : http://www.culture.gouv.fr/culture/inventai/patrimoine/ [consulté le 13 nov. 2016].
[2694] C. PORTIER-KALTENBACH, *Histoires d'Os et autres illustres abattis, Morceaux choisis de l'Histoire de France*, éd. JC Lattès, 2007, p. 218 et s.
[2695] Sur Saint-Denis comme premier élément de la construction d'une mémoire de la royauté et sur la continuation de la construction de cette mémoire v. J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, PUF, 2010, p. 22
[2696] Sur l'évolution de la perception des hommes illustres au XVIII[e] siècle, notamment sur l'émergence d'une idée de mérite personnel v. J.-Cl. BONNET, *Naissance du Panthéon. Essai sur le culte des grands hommes*, coll. L'esprit de la cité, Fayard, 1998, p. 29 et s.
[2697] J.-Cl. BONNET, *Naissance du Panthéon. Essai sur le culte des grands hommes*, coll. L'esprit de la cité, Fayard, 1998, p. 255. Sur cette fondation et sa critique v. J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, PUF, 2010, p. 30 et s. Réaffecté à un usage religieux sous la restauration, le Panthéon retrouvera son usage actuel en 1885, par un décret du 26 mai (JORF du 27 mai 1885, p. 2706) visant l'inhumation de Victor Hugo.
[2698] Sur le destin des corps des « sortants » v. C. PORTIER-KALTENBACH, *Histoires d'Os et autres illustres abattis, Morceaux choisis de l'Histoire de France,* éd. JC Lattès, 2007, p. 91 et s.

corps[2699], aussi faut-il plutôt s'arrêter sur les honneurs dont bénéficient une autre catégorie de corps[2700] : ceux des militaires.

652. La glorification des corps héroïques : le statut de la sépulture militaire. Jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle, les soldats tombés au combat sont incinérés ou enterrés sur place en fosses communes[2701]. Leurs chefs les plus gradés[2702], en revanche, bénéficient depuis 1670, de leur propre « Panthéon », la chapelle des Invalides à Paris, qui a gardé cette fonction[2703]. La préoccupation de l'État pour les cadavres des simples soldats n'apparaît qu'avec la guerre de Crimée. En 1871, par une disposition du traité de Francfort[2704], la France et l'Allemagne s'engagent réciproquement à préserver les sépultures ennemies demeurées sur leur sol. Cependant, le soldat reste encore un corps anonyme et, lorsque commence la première guerre mondiale, la réglementation militaire continue de prescrire la sépulture en fosse commune[2705]. Ce n'est qu'en réponse aux pratiques des soldats eux-mêmes[2706] que l'État introduit, par une loi

[2699] Si marginal que les femmes en sont presque exclues (sur les fondements historiques de cette exclusion v. J.-Cl. BONNET, *Naissance du Panthéon, op. cit.*, p. 321 et s.). Marie CURIE et Sophie BERTHELOT y sont les seules « physiquement » présentes, la première étant la seule à y avoir été admise - avec son époux - pour son propre mérite (décret du 8 mars 1995 : JORF 14 mars 1995, p. 3945) et non en sa qualité de « femme de » (Marcellin BERTHELOT en l'occurrence). L'hommage rendu en 2015 à Germaine TILLON et Geneviève DE GAULLE ANTHONIOZ ne s'étant pas accompagné du transfert de leurs restes (décret du 7 janv. 2015 : JORF 9 janv. 2015, texte 43). Les quelques projets qui ont visé à panthéoniser de simples citoyens n'ont pas abouti. V. par ex., à propos des noms des soldats morts pendant la première guerre mondiale : A. PROST, « Les cimetières militaires de la Grande Guerre, 1914-1940 », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 140.

[2700] À titre infiniment accessoire on signalera aussi la possibilité pour les maires *« à titre d'hommage public, d'autoriser, dans l'enceinte de l'hôpital, et après avis de son conseil d'administration, la construction de monuments pour les fondateurs et bienfaiteurs de l'établissement, lorsqu'ils en ont exprimé le désir dans leurs actes de donation, de fondation ou de dernière volonté* » (art. 2223-10 CGCT).

[2701] B. KOELSCH, « Les sépultures des soldats originaires de l'Empire », in *Le sacrifice du soldat. Corps martyrisé ; corps mythifié,* Chr. BENOIT, G. BOËTSCH, A. CHAMPEAUX et É. DEROO (dir.), CNRS éditions/ECPAD, 2009, p. 168 ; L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^e^-XX^e^ siècle)*, Payot, 2002, p. 64 et s.

[2702] Sur la hiérarchisation des cérémonies funéraires militaires v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts, op. cit.*, p. 66 et s.

[2703] Contrairement à l'inhumation au Panthéon, qui relève du pouvoir règlementaire, l'accès à la sépulture aux Invalides est un *droit* attribué aux militaires les plus gradés : art. L. 522-11 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n°0301 du 29 déc. 2015, p. 24415) : « *Les maréchaux de France et les officiers généraux qui ont exercé, en temps de guerre, soit le commandement en chef, soit le commandement d'un groupe d'armées ou d'une armée, les officiers généraux de marine qui ont, soit dans le grade de vice-amiral, commandé devant l'ennemi, soit comme officier général commandant supérieur, dirigé l'action d'une force navale dans des combats particulièrement importants et été promus pour faits de guerre au grade supérieur, sont, sur leur désir exprimé par disposition testamentaire ou, à défaut, sur la demande formulée par leurs ayants-droit, inhumés à l'Hôtel national des Invalides* ».

[2704] Art. 16 du Traité. V. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts, op. cit.*, p. 67 et s. spéc. p. 70.

[2705] L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts, op. cit.*, p. 77.

[2706] B. KOELSCH, « Les sépultures des soldats originaires de l'Empire », in *Le sacrifice du soldat. Corps martyrisé ; corps mythifié,* Chr. BENOIT, G. BOËTSCH, A. CHAMPEAUX et É. DEROO (dir.), CNRS éditions/ECPAD, 2009, p. 169 ; B. MARC, « De la négation au respect du corps des soldats de la Grande Guerre », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 224. Sur ces pratiques v. Y. DESFOSSÉS, A. JACQUES et G. PRILAUX, *L'archéologie de la Grande Guerre,* Éditions Ouest-France,

du 29 décembre 1915, le principe de la sépulture individuelle et perpétuelle pour les simples soldats[2707]. Ce cas montre comment la sépulture est un enjeu politique : l'attribution et la perpétuation d'une tombe individuelle étant la reconnaissance symbolique du sacrifice[2708] mais aussi le prix payé pour la préservation de l'ordre social[2709], l'État devant faire face aux réclamations des familles[2710], au rang desquelles un traitement égal des corps[2711].

La règle de la perpétuité des sépultures militaires est toujours en vigueur aujourd'hui[2712]. L'État pourvoit non seulement à l'édification des cimetières militaires mais aussi à leur entretien[2713]. L'embellissement en est strictement encadré[2714], contrairement au principe général de liberté des mentions funéraires[2715]. Ces deux normes font de la sépulture du soldat un cas à part de la législation funéraire : seule tombe véritablement perpétuelle[2716], elle n'appartient pas tant aux proches[2717] qu'à la nation[2718].

Inrap, 2008, p. 68 et s.

[2707] A. PROST, « Les cimetières militaires de la Grande Guerre, 1914-1940 », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 136

[2708] Sur l'évolution de la perception du sacrifié, vu de plus en plus comme victime v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^e^-XX^e^ siècle)*, Payot, 2002, p. 29 et s.

[2709] Sur le caractère dérisoire des mesures, notamment de la glorification du corps du soldat inconnu, face à l'ampleur du phénomène des disparus v. Th. HARDIER et J.-Fr. JAGIELSKI, « Les corps des disparus durant la Grande Guerre, l'impossible deuil », in *Quasimodo*, n° 9, *Corps en guerre. Imaginaires, idéologies, destructions*, t. 2, printemps 2006, Montpellier, p. 92 et s. Sur l'enjeu des identifications v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^e^-XX^e^ siècle)*, Payot, 2002, p. 43 et s.

[2710] L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts*, *op. cit.*, p. 76 et s.

[2711] La question de l'égalité, et notamment en raison de la fortune, sera au cœur de la controverse sur le retour des corps aux familles à la fin de la guerre : A. PROST, « Les cimetières militaires de la Grande Guerre, 1914-1940 », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 140 et 142. Pour une étude sur l'importance du retour du corps pour les familles v. St. AUDOIN-ROUZEAU, « Corps perdus, corps retrouvés. Trois exemples de deuils de guerre », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 55^e^ année, n° 1, 2000, p. 47. Pour une version romancée de cet épisode historique des retours de corps, mais aussi de la création des monuments aux morts, lire P. LEMAITRE, *Au revoir là-haut,* Albin Michel, 2015.

[2712] Art. L. 522-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2713] Art. L. 522-2 CPM et s. dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2714] En application de l'art. A. 221 bis CPM, seules les fleurs naturelles sont autorisées pour l'ornementation des tombes militaires.

[2715] Art. L.2223-12 CGCT.

[2716] Sur la perpétuité des tombes : Al. CHEYNET de BEAUPRÉ, « La concession à perpétuité », *Dr. fam.* 2006, n° 10, étude 42.

[2717] L'État pourvoit cependant au déplacement annuel des familles : art. L. 523-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415). Singulièrement, le droit à la sépulture perpétuelle se perd par la demande de restitution du corps par les proches, comme si la perpétuité de la sépulture était la contrepartie d'une appropriation nationale de la dépouille : art. L. 521-3 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415). Cependant, les tombes portant la mention « *Mort pour la France* » bénéficient d'une procédure de reprise de concession plus favorable : art. R. 2223-22 CGCT.

[2718] Pour J. MICHEL, cette symbolique de la tombe participe de la démocratisation des politiques mémorielles, processus qui n'est pas exempt de distinctions : *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, PUF, 2010, p. 45.

653. Le renouveau de la glorification : la désignation symbolique. La célébration des corps glorieux n'est cependant plus la pratique sociale prédominante marquant la hiérarchisation sociale des morts. Hormis dans les cérémonies militaires, le corps n'est plus nécessairement présent dans les hommages nationaux[2719]. La valorisation est aujourd'hui plus symbolique et l'écrit vient souvent remplacer la glorification du corps lui-même. Il en est ainsi pour certaines personnalités symboliquement admises au Panthéon[2720] mais aussi pour les personnes distinguées par des mentions portées en marge de leur acte de naissance. Sont ainsi reconnu les morts pour la France[2721], les morts pour le service de la Nation[2722] mais aussi, de façon plus étonnante peut-être, les victimes du terrorisme[2723] et les morts en déportation[2724]. Ces mentions manifestent une double reconnaissance de l'État : gratitude et identification[2725]. L'attribution large de ce privilège est en outre symptomatique d'une certaine assimilation contemporaine, dans le champ guerrier, entre héros et victime[2726]. Cette valorisation de certains souligne d'autant plus les inégalités qui parcourent le statut des morts ordinaires.

2) L'inégalité sociale dans l'accès à la sépulture

654. Les mesures mises en place quant aux sépultures des plus pauvres dessinent un système de hiérarchisation des corps en fonction de la fortune **(a)**. Plus largement, le mécanisme d'assistance sociale aux funérailles trace les contours de mécanismes de surveillance des populations les plus démunies **(b)**.

[2719] On en veut pour exemple la cérémonie d'hommage national aux victimes des attentats du 13 novembre 2015, célébrée en l'hôtel des Invalides mais sans les corps, encore retenus pour analyses médico-légales.

[2720] Sur l'inscription dans le Panthéon remplaçant le transfert des restes mortels : décret du 21 fév. 1967 relatif à un hommage public à Henri Bergson : JORF 23 fév. 1967, p. 1915 ; décret du 16 mars 2011 décidant d'un hommage de la Nation à Aimé Césaire au Panthéon : JORF 17 mars 2011, texte 37.

[2721] Art. L.511-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2722] Art. L.513-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2723] Art. L. 514-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2724] Art. L. 512-1 CPM dans sa version postérieure à l'ord. n° 2015-1781 du 28 déc. 2015 (JORF n° 0301 du 29 déc. 2015, p. 24415).

[2725] Sur l'idée d'un « régime victimo-mémoriel » participant à la reconnaissance d'identité à la fois individuelles et collectives v. J. MICHEL, *Gouverner les mémoires, op. cit*, p. 69 et s.

[2726] Sur ce point, illustré par la mention « mort pour la France », v. L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^e^-XX^e^ siècle)*, Payot, 2002, p. 29 et s. La glorification des soldats comme victimes a cependant des limites : lors des cérémonies d'hommages du 1^er^ juillet 2016, le Secrétaire d'État aux Anciens combattants et à la Mémoire, Jean-Marc TODESCHINI, aurait refusé que soit entonnée la *Chanson de Craonne* dans laquelle les poilus se désignaient eux-mêmes comme des sacrifiés mais dénonçaient également les inégalités sociales dans la guerre, en appelant à la grève, c'est-à-dire, dans ce contexte, à la mutinerie : http://www.courrier-picard.fr/region/le-secretaire-d-etat-interdit-la-chanson-de-craonne-ia0b0n808908 et http://france3-regions.francetvinfo.fr/picardie/bataille-de-la-somme-le-chant-de-la-discorde-1039999.html [consultés le 4 juillet 2016].

a) L'exclusion des corps pauvres

655. Vers une inclusion des indigents dans le processus funéraire. Nous l'avons vu, le droit français a longtemps laissé subsister des pratiques funéraires excluantes pour les plus pauvres[2727]. La législation funéraire évolue depuis dans le sens d'une diminution des pratiques stigmatisantes des indigents. Le décret du 23 prairial en XII[2728] impose l'usage généralisé du cercueil et préconise de privilégier la tombe individuelle à la fosse commune[2729]. À Paris, cette pratique est dénoncée par un arrêté préfectoral du 14 septembre 1850 qui crée à cette occasion un nouveau cimetière à la périphérie parisienne, à Montparnasse[2730]. L'égalité dans la mort est alors un argument important du débat public[2731], en particulier face à la rotation quinquennale des sépultures en terrain commun[2732]. Au début du XIX^{e} siècle encore, le faste des funérailles n'est pas strictement une question de fortune mais bien de classe sociale, la « classe » des cérémonies et leurs horaires mêmes étant déterminés par l'identité sociale du défunt[2733]. Les sépultures des pauvres continuent d'être reléguées à la périphérie des villes[2734] et, même si les écarts sociaux de fastes funéraires se réduisent progressivement, l'attention portée par les pouvoirs publics aux demandes des classes populaires demeure principalement fondée sur la crainte de troubles sociaux[2735]. Une fois encore, la considération accordée au corps mort relève moins d'une conviction axiologique que d'un souci du maintien de l'ordre social.

[2727] *Supra* n° 582.

[2728] C'est-à-dire le 12 juin 1804.

[2729] L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^{e}-XX^{e} siècle)*, Payot, 2002, p. 65.

[2730] P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France. XIX^{e}-XX^{e} siècle*, coll. Histoire, Les belles lettres, 1999, p. 144. La pratique de la « tranchée commune » a cependant perduré à Paris, suivant les sources, jusqu'en 1976 (MAIRIE de PARIS, *Dossier de presse. Le secteur funéraire à Paris, Toussaint 2007,* p. 16) ou jusqu'en 1990 (CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débats, mai 2001, question n° 67 QOC 2001-93). L'inhumation individuelle est désormais prescrite par les articles R. 2223-3 et -4 CGCT.

[2731] Sur la façon dont l'égalité est invoquée par HAUSSMAN devant le Sénat au soutien d'un projet de nouveau cimetière en 1867 v. P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France, op. cit.*, p. 148.

[2732] Les sépultures accordées en terrain commun peuvent être reprises par la commune à l'expiration d'un délai de cinq ans. Sur les différentes durées d'inhumation v. M. LASSÈRE, « Les pauvres et la mort en milieu urbain dans la France du XIX^{e} siècle : funérailles et cimetières », *Revue d'histoire moderne et contemporaines*, 1995, t. 42, p. 112.

[2733] M. LASSÈRE, « Les pauvres et la mort en milieu urbain dans la France du XIX^{e} siècle : funérailles et cimetières », art. cit., p. 109.

[2734] J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 17.

[2735] Sur l'attention portée par les autorités publiques à la situation sanitaire du cimetière populaire de Lyon en raison des craintes suscitées par l'agitation de la classe ouvrière dans cette ville v. M. LASSÈRE, « Les pauvres et la mort en milieu urbain dans la France du XIX^{e} siècle : funérailles et cimetières », art. cit., p. 115.

656. Aujourd'hui, la législation funéraire garde la trace de cette évolution en faveur d'un « minimum funéraire » accordé à chacun, quelle que soit sa fortune[2736]. L'article L. 2223-5 du Code général des collectivités territoriales établit ainsi la liste des personnes auxquelles une commune ne peut refuser sépulture. La rédaction de ce texte permet qu'aucune personne décédée en France, quelle que soit sa nationalité ou sa situation administrative, ne soit laissée sans lieu d'inhumation ou de dépôt de ses cendres[2737]. Outre le rattachement physique du corps mort à un territoire, le droit organise la prise en charge des funérailles des personnes indigentes : le service est alors assuré gratuitement par la commune[2738] et il revient au maire de veiller à ce qu'il ait lieu dans des conditions décentes[2739]. Depuis 2008, la prise en charge des funérailles par la commune autorise le choix de la crémation[2740]. Si le choix se porte sur l'inhumation, la commune doit pourvoir à un emplacement en terrain commun[2741]. C'est par l'organisation de ce service minimal que la hiérarchisation des corps réapparait dans notre droit.

[2736] Ce qui fait dire à certains que le droit organise un véritable *droit à* la sépulture : M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions,* 6e éd., Litec, 2001, n° 59.

[2737] « *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.* ». La formulation ne fait mention d'aucune condition de nationalité ou de régularité du séjour et le manque de place dans le cimetière communal n'est pas susceptible de fonder un refus (CAA Marseille, 15 nov. 2003, req. n° 03MA00490 : *Collectivités Territoriales*, févr. 2005, n° 28, p. 21, note D. DUTRIEUX). La sépulture dans une commune où la personne possède une sépulture de famille est due y compris si celle-ci ne peut plus accueillir de corps, la municipalité ne pouvant alors rejeter la demande d'achat de concession (CE, 5 déc. 1997, *Commune de Bachy c/ Mme Salunden-Laniel* : *AJDA* 1998, p. 258, concl. PIVETEAU ; *LPA* 28 sept. 1998, p. 7, note D. DUTRIEUX). Il est interdit aux communes de monnayer l'inhumation sur leur territoire (CE 10 déc. 1969, *Commune de Neville-la-forêt* : *Rec. Lebon* 564 ; *JCP* 1970.II.16280). Des dispositions spécifiques permettent en outre le rattachement à une commune des personnes sans domiciles fixes ou nomades (qui sont de toute façon admissibles dans la commune de décès) v. L. n° 69-3 du 3 janv. 1969, JORF du 5 janv. 1969, p. 195 et L. n° 98-657 du 29 juill. 1998, JORF n° 175 du 31 juill. 1998, p. 11679. Cependant, certaines affaires montrent que les personnes sans domicile « conventionnel », et, en l'espèce, Roms, subissent parfois des attitudes discriminatoires : v. par ex. DÉFENSEUR des DROITS, Décision n° MSP-MLD-2015-012, 20 janv. 2015. Ainsi, pourraient seules être exclues légalement des personnes françaises décédées à l'étranger, non-inscrites sur les listes électorales et sans sépulture de famille sur le territoire français. En l'absence de dispositions spécifiques, on pourrait cependant s'interroger sur le caractère obligatoire de l'acceptation sur le sol français du corps d'une personne étrangère morte à l'étranger mais qui y aurait eu son dernier domicile ou y bénéficierait d'une sépulture de famille. Il serait intéressant d'apprécier alors l'influence de la régularité du séjour sur la décision des autorités.

[2738] Art. L.2223-27 CGCT.

[2739] Art. L.2213-7 CGCT. Il n'est pas certain que cette condition soit toujours respectée : le collectif *Morts de la rue* dénonce les conditions d'inhumation indignes parfois pratiquées à l'égard des personnes indigentes : « Mort des pauvres. On leur fait (parfois) payer en humiliation, faute de participation financière. », *Médiapart*, 21 fév. 2014. Disponible sur : https://blogs.mediapart.fr/edition/vivre-la-rue-tue/article/210214/mort-des-pauvres-leur-fait-parfois-payer-en-humiliation-faute-de-participation-fina [consulté le 13 nov. 2016].

[2740] Auparavant, la rédaction de l'article 2223-27 CGCT ne prévoyait que la prise en charge de l'inhumation. La loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 a ajouté à cette disposition un nouvel alinéa qui autorise la prise en charge de la crémation. À Paris, cette pratique existait antérieurement à sa consécration légale : INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 34.

[2741] La mise à disposition d'un terrain commun est théoriquement la seule obligation des communes par rapport à la mise à disposition de concessions V. CAA Nancy, 27 mars 2003, n° 98NC000275, *Lemoine* : *Collectivités* –

657. La subsistance d'une hiérarchie des sépultures. L'illusion portée par cet état du droit réside bien sûr dans le fait que la question de l'égalité ne se pose plus aujourd'hui en termes d'*accès* à la sépulture mais en termes de *modalités* d'obsèques et de sépulture[2742]. Si, en théorie, l'inhumation en terrain commun n'est pas dépendante de la fortune[2743], la pratique veut que le mode « normal » d'inhumation soit aujourd'hui la concession[2744]. Et pour cause : la particularité de l'inhumation en terrain commun étant de pouvoir, au terme d'un délai de rotation de cinq ans[2745], être reprise par la commune, les personnes qui en ont les moyens – ou leur entourage – cherchent à assurer à leur corps une protection plus étendue. L'achat d'une concession permet en effet d'envisager une sépulture perpétuelle[2746] ou du moins une sépulture de longue durée, renouvelable[2747]. Certes, depuis 2008, la loi impose la création d'ossuaires dans lesquels sont déposés les restes issus des terrains – ou columbariums – communs[2748] mais la fortune, l'intégration sociale[2749], déterminent toujours la durée de conservation des corps[2750]. En

Intercommunalité 2003, comm. 170, obs. D. DUTRIEUX).

[2742] Nous récusons ainsi le titre de F. MECHRI « *Riches et pauvres…enfin égaux dans la mort »,* in *L'humour et le droit. Un hommage rendu au doyen Jean Carbonnier,* Publisud, 2009, p. 183. Pour une illustration de la préoccupation historique particulière de la communauté juive pour la question de l'égalité dans les funérailles v. P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France. XIX^e^-XX^e^ siècle*, coll. Histoire, Les belles lettres, 1999, p. 106.

[2743] Contrairement à la prise en charge des frais d'obsèques, l'accès à un terrain commun n'est pas conditionné à l'indigence du défunt : D. DUTRIEUX, *Jurisclasseur, Fasc. 717 Opérations funéraires,* n° 160.

[2744] D. DUTRIEUX, « La gestion du terrain commun dans le cimetière : quels risques pour la commune ? », *JCP A.* 2013.2095, p. 2. À titre d'exemple le nombre d'inhumations « volontaires » en terrain commun oscille, à Paris, autour d'une quinzaine par an : INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 33.

[2745] Qui constitue un minimum, la commune pouvant décider d'un délai de reprise plus long. Paradoxalement, à une période où les cimetières de la région parisienne pratiquaient toujours des inhumations en fosse commune cette sépulture n'était pas reprise avant vingt ans. La tombe individuelle n'est donc pas nécessairement plus protectrice de la protection du corps dans la durée : v. L. DABOT, *Droit des particuliers concernant les sépultures,* éd. A. Fontenoy, 1898, p. 129

[2746] À condition que l'entretien de la tombe soit perpétué par les générations suivantes, la concession pouvant être reprise en cas d'abandon de plus de trente ans : art. L. 2223-17 CGCT.

[2747] Les communes ont la possibilité d'accorder des concessions provisoires de quinze ans au plus ou de trente ou cinquante ans ainsi que des concessions perpétuelles (art. L. 2223-14 CGCT). Si les finances permettent un achat initial de concession, le renouvellement ou la conversion en une sépulture plus longue peut constituer un aménagement de paiement, le prix initial étant imputé sur le prix nouveau (art. 2223-16 CGCT)

[2748] Ainsi que tous les restes exhumés, notamment par concession reprise : art. L. 2223-4 CGCT.

[2749] La prise en charge des frais funéraires par la commune et l'inhumation en terrain commun n'étant pas, à strictement parler, réservées aux personnes indigentes mais également aux personnes dont le corps n'a pas été réclamé (R. 1112-76 II 1° CSP). Sur ce point existe une controverse quant au manque de diligence dont peuvent faire preuve les autorités publiques dans la recherche de l'identité de la personne et de son entourage v. par ex. H. PROLONGEAU, « Enterré sous X… », *Le Monde,* 3 avr. 2007. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2007/04/03/enterres-sous-x_891234_3224.html [consulté le 13 nov. 2016].

[2750] Suggérant une attribution de la personnalité juridique *post mortem* précisément pour éviter que l'« isolement » du défunt ne dégrade la protection qui lui est accordée v. N. DEFFAINS « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 112-113.

outre, la question financière oriente aujourd'hui les modes de funérailles. La progression de la crémation est ainsi due, en partie, à son moindre coût[2751].

658. L'exemple des tarifs funéraires pratiqués par les cimetières parisiens[2752] est une parfaite illustration de la façon dont les différences de fortune créent une triple différenciation des corps : distinction du mode de funérailles, différence de durée de conservation, situation géographique de la conservation. Ainsi, une case en columbarium à Paris *intra muros*[2753] coûtera 493€ pour une conservation de dix ans alors qu'il faudrait compter 800€ pour une inhumation de la même durée. Ce tarif reste cependant faible au regard du prix d'une concession perpétuelle : 15225,57€[2754]. Concession perpétuelle impossible en columbarium où la limite est fixée à cinquante ans, pour un prix de 2490€[2755]. Mais les écarts les plus significatifs, et les plus signifiants, restent les écarts géographiques. Une concession cinquantenaire *intra muros* coûte aujourd'hui 4288€ contre 1182€ à Pantin ou à Thiais, lieu où – est-ce un hasard ? – se trouvent également les terrains communs réservés aux inhumations payées par la commune[2756]. Au-delà même du lieu et du type de funérailles, l'accent mis, depuis la Révolution, sur l'importance de la liberté des proches dans la gestion des tombes[2757] fait que la richesse s'affiche sur les sépultures elles-mêmes : malgré la possibilité pour les municipalités d'encadrer les ornementations funéraires[2758], le contraste entre la chapelle familiale et la tombe communale

[2751] MINISTÈRE de l'INTERIEUR, Rapport du Conseil national des opérations funéraires 2007-2013, août 2014, p. 20 ; N. SIOUNANDAN, « La montée de l'immatériel dans les pratiques funéraires », CREDOC, *Consommation et modes de vie*, n° 270, ISSN 0295-9976, oct. 2014, p. 2-3. Pour les personnes les plus modestes, dont une partie des frais d'obsèques est prise en charge par la ville de Paris, la motivation financière pouvait, jusqu'en 2004, conduire à un choix inverse en raison d'un manque de cohérence de la convention de délégation de service public qui prévoyait une prise en charge plus importante de l'inhumation que de la crémation : INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 53.

[2752] Disponibles sur : https://api-site.paris.fr/images/73450 et https://api-site.paris.fr/images/73370 [consulté le 13 nov. 2016].

[2753] Le cimetière du Père Lachaise mis à part, dans lequel les cases, pourtant légèrement plus grandes, sont un peu moins chères : 389 € pour dix ans.

[2754] On comprend alors la remarque de Y. CHAÏB : « *le développement de la concession est la marque de l'embourgeoisement de la France au cours du XIX^e^ »* : *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000, p 173.

[2755] On y perd finalement à ne pas choisir le renouvellement…

[2756] Art. 15 et 28 du règlement général des cimetières parisiens. Ce cimetière est également l'un de ceux qui possèdent un large « carré musulman » v. *infra* n° 678.

[2757] Art. L. 2213-11 CGCT.

[2758] Art. L. 2223-12-1 CGCT. Sur les limites de ce pouvoir v. SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 13 juin 2006, n° 386, p. 56 et s.

demeure[2759]. Notre système juridique tolère donc, sans véritablement l'interroger[2760], la persistance des différences sociales dans la mort. En quoi serait-il impossible que les concessions fussent attribuées par ordre de demandes sans considérations géographiques ? Ou à ce qu'une partie des concessions reprises *intra muros* soient converties en terrains communs ? La justification de ce maintien de l'ordre établi tient sans doute à la fois à une relative indifférence sociale pour la question et à des considérations financières. Deux axes qui ont manifestement orienté l'évolution du droit funéraire ces trente dernières années.

659. La fin du monopole communal : accentuation des inégalités. Jusqu'en 1993[2761], le service des pompes funèbres était un monopole municipal, exercé par régie ou par délégation de service public à des entreprises privées. L'ouverture de ce service à la concurrence - dont n'ont curieusement pas été victimes les consistoires qui bénéficient toujours d'un monopole pour la fourniture des « *objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration intérieure et extérieure de ces édifices* »[2762] – était supposée réguler les prix et la qualité des services. Cependant, le constat a rapidement été inverse, les tarifs pratiqués ayant connu une croissance importante[2763]. Plus de vingt ans après, ce constat se vérifie encore ; le Conseil national des opérations funéraires relevant une croissance des prix largement supérieure

[2759] À titre personnel, on interrogera la vanité qu'il peut y avoir à vouloir, pour soi-même, des funérailles ou une sépulture fastueuses. Comme le dit justement la chanson populaire, « *pour ne pas vivre seul* […] *on vit pour son argent, ses rêves, ses palaces. Mais on n'a jamais fait un cercueil à deux places* » : *Pour ne pas vivre seul*, S. BALASKO et D. FAURE, 1972, Polygram Universal Music / Barclay / Orlando Production. Sauf, bien sûr, en application de l'art. R. 2213-16 CGCT.

[2760] Ce qui a été fait historiquement, les funérailles fastueuses, ayant, un temps et sans grande efficacité, été interdites à Romes v. A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », *RRJ*, 2004-1, p. 461. Pour des interrogations contemporaines v. I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, th. Paris I, 2005, p. 390-391 et R. DEMOGUE « La notion de sujet de droit », *RTDC*, 1909, p. 639.

[2761] L. n° 93-23 du 8 janv. 1993 dite « Sueur » : JORF n° 7 du 9 janv. 1993, p. 499. Dès 1986 (L. n°86-29 du 9 janv. 1986 : JORF du 10 janv. 1986, p. 470) il était possible de choisir librement son entreprise si les funérailles nécessitaient un transport de la commune de décès à la commune d'inhumation mais la position dominante de l'entreprise Pompes funèbres générales a conduit à un élargissement des obligations : v. K. BLAIRON, « La circulation des personnes décédées dans l'Union européenne », in *La mort et le droit,* Br. PY (dir.), Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 49 et s. L'art. 2223-44 CGCT donnait alors un délai de cinq ans aux communes durant lequel elles pouvaient continuer d'exercer seules le service extérieur, le temps d'organiser la mise en concurrence. On trouve, entre 1993 et 1998, de nombreuses délibérations du Conseil de Paris poursuivant toujours des entrepreneurs privés pour violation du monopole ; pour un ex. où la pertinence de la poursuite était discutée au regard de la proximité de la date d'ouverture définitive à la concurrence : délibération du Conseil municipal, mai 1996, n° 90-1996 D. 487.

[2762] Art. L. 2223-29 CGCT.

[2763] E. BELLANGER, *La mort, une affaire publique. Histoire du syndicat intercommunal funéraire de la région parisienne,* Les éditions de l'Atelier, 2008, p. 190. La CHAMBRE RÉGIONALE des COMPTES d'ÎLE-de-France incitait elle-même, en 2006 la Société d'économie mixte à augmenter ses tarifs, notamment en raison du « prestige » du crématorium du Père-Lachaise : *Observations définitives sur la gestion de la SAEMPF,* 24 fév. 2006, n° G/130/06-0205 E, point 3.2.8.2.

à l'inflation[2764]. Les associations de consommateurs quant à elles, s'inquiètent des disparités importantes constatées dans les prestations proposées en fonction de leur coût[2765]. Malgré les tentatives d'encadrement des pratiques par l'instauration, en 2010 seulement, de l'obligation de devis détaillé[2766] – dont la publicité n'est pas parfaitement assurée[2767] – force est de constater que le domaine particulier des opérations funéraires n'est sans doute pas le lieu le plus propice à l'épanouissement des principes généraux du droit de la concurrence et de la consommation[2768]. L'augmentation des prix ne fait qu'accentuer les distinctions précédemment soulignées[2769]. On peut dès lors légitimement s'interroger sur la façon dont l'État a renoncé à une gestion entièrement publique de l'encadrement de la mort en considération du seul principe d'économie de marché ; reléguant le service public au rang de filet de sécurité pour personnes dépourvues de ressources, ce qui le conduit également à devenir un opérateur de surveillance des populations les plus démunies[2770].

b) Le domaine funéraire : prétexte à la surveillance des pauvres

660. Le service public funéraire : un service public pour « vrais pauvres ». Le service public obligatoirement assuré par la municipalité est désormais assuré par la voie de délégation de service public, après appels d'offres ou par le biais de sociétés d'économie mixte. C'est cette dernière modalité qui a été choisie par la municipalité de Paris[2771]. L'exemple parisien est intéressant car il montre comment un service public efficace est mis en place à destination des

[2764] MINISTÈRE de l'INTERIEUR, *Rapport du Conseil national des opérations funéraires 2007-2013*, août 2014, p. 29 et s.
[2765] *Enquête UFC-Que Choisir*, oct. 2014. Disponible sur : https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-pompes-funebres-les-abus-sont-toujours-bien-vivants-n13125/# [consulté le 13 nov. 2016].
[2766] Arrêté du 23 août 2010 portant définition du modèle de devis applicable aux prestations fournies par les opérateurs funéraires : JORF n° 0201 du 31 août 2010, p. 15813.
[2767] L'obligation de dépôt des devis en mairie prévue par l'article L. 2223-21-1 CGCT ne s'applique pas aux communes de moins de 5 000 habitants. La différence de traitement entre communes urbaines et communes rurales, dénoncée dans une question parlementaire, ne semble pas devoir être remise en question : Question n° 87035, Réponse Min. Int. JORF du 15 mars 2016, p. 2191.
[2768] Ne serait-ce qu'en raison des délais très courts imposés par la législation funéraire à l'accomplissement des obsèques, pour des raisons de santé publique évidentes : art. R. 2213-33 et - 35 CGCT.
[2769] L'augmentation des prix se constate également dans le champ des assurances-obsèques à tel point que l'association ATD Quart-Monde annonce qu'elle met en place une « assurance obsèque sociale » permettant aux plus démunis le financement d'obsèques minimales. Une fois encore les personnes les plus exclues du système funéraire classique se réunissent pour trouver des solutions collectives (v. *supra* n° 543 et 583). V. AFP, « ATD Quart Monde met en place un contrat obsèques pour les plus pauvres », 7 nov. 2016. Disponible sur : http://www.liberation.fr/france/2016/11/07/atd-quart-monde-met-en-place-un-contrat-obseques-pour-les-plus-pauvres_1526896 [consulté le 13 nov. 2016].
[2770] La continuité entre système social de surveillance des pauvres et traitement excluant de leur cadavre est magnifiquement illustrée par l'épilogue du film *Moi Daniel Blake,* K. LOACH, Royaume-Uni, 2016.
[2771] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, délibération n° 1997 DLTI 4, avril 1997, créant la Société des Pompes Funèbres de Paris, dont la municipalité détient 51% du capital. Pour le débat v. CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat n° 16-1997 DLTI 4, avr. 1997.

plus pauvres, mais comment ce service est sous-tendu par une logique d'encadrement de cette population.

La municipalité parisienne offre à sa population un service funéraire qui dépasse ses obligations légales. Outre le service funéraire gratuit assuré pour les personnes sans ressource et sans entourage, la commune prend en charge, pour les personnes décédées sur son territoire[2772], 80% des frais funéraires dans le cas où l'entourage du défunt rencontre d'importantes difficultés financières, voire, dans un grand nombre de cas, couvre 100% de ces frais[2773]. Ces services sont assurés par la Société des Pompes funèbres de Paris[2774] mais le service est distinct selon que la personne décédée était ou non entourée de proches[2775]. Dans le cas où le défunt est totalement isolé, le service est collectif, là où la présence de personnes susceptibles d'organiser les funérailles, même si elles ne sont pas tenues à une obligation alimentaire[2776], permet l'accès à un « convoi social » individuel[2777]. On perçoit ici comment les cérémonies funéraires sont davantage conçues comme un droit pour l'entourage que pour les défunts eux-mêmes. En ce sens, la municipalité de Paris s'acquitte indubitablement de ses obligations. L'étude de l'*accès* à ce service montre cependant que le domaine mortuaire n'est pas épargné par un mouvement général de surveillance de l'accès aux services sociaux. Le domaine funéraire est alors le prétexte à l'encadrement, pour ne pas dire la stigmatisation, des populations pauvres.

661. Jusqu'en 2005[2778], l'accès à la gratuité ou à la prise en charge partielle des funérailles était conditionné au suivi de la personne défunte par le Centre d'action sociale de la ville de

[2772] La condition est donc plus restrictive que pour les personnes admises obligatoirement dans les cimetières parisiens au regard de la loi mais l'appréciation de cette condition est parfois nuancée, par exemple pour les personnes décédées dans l'une des maisons de retraite de la ville de Paris située sur un autre territoire : INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 49.

[2773] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 35 et s. On peut voir ici une continuité historique avec le fait que donner des funérailles aux plus pauvres a été considéré, à partir du XIV^{e} siècle, comme un acte charitable important : Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours,* Seuil, 1975, p. 94-95.

[2774] Une controverse a été soulevée par la Chambre régionale des comptes à ce sujet qui estimait que les frais n'avaient pas à être supportés par la commune elle-même mais bien par la société d'économie mixte (CHAMBRE RÉGIONALE des COMPTES d'ÎLE-de-FRANCE, *Observations définitives sur la gestion de la SAEMPF,* 24 fév. 2006, n° G/130/06-0205 E, point 3.2.4) ce à quoi s'opposait la municipalité (INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 71 et s.)

[2775] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 43 et s.

[2776] Sur cette « obligation alimentaire » v. *Supra* n° 115.

[2777] V. Annexe 3.

[2778] Date d'entrée en application de la nouvelle convention entre la municipalité et la SEM, renouvelée pour six ans.

Paris (CASVP)[2779]. Suite notamment à quelques faits divers démontrant l'absurdité de la condition – certaines personnes pouvant être sans ressources sans être connues des services du CASVP[2780] – la convention a été modifiée. Notons cependant que la cause de cette modification ne réside pas uniquement dans la volonté d'une ouverture plus large de l'accès au service : dans son audit de juillet 2007, l'Inspection générale de la mairie de Paris insistait également sur la nécessité de *« construire un système de critères objectifs et un processus de recherche et de validation des ressources du défunt et de sa famille qui soient respectés par l'ensemble des partenaires »*[2781]. L'ancien système de « certificats d'indigence » établis par le CASVP étant jugé insuffisamment rigoureux dans le contrôle des ressources tant de la personne défunte que de son entourage, la nouvelle convention prévoyait un nouveau système dans lequel les travailleurs sociaux de différents services étaient les intermédiaires obligés de la demande, validée ensuite par la Mission funéraire[2782]. Si ce système semble avoir été légèrement amendé dans la convention aujourd'hui en vigueur[2783], sa mise en place initiale reste signifiante.

662. Par ce système était en effet organisé un accès au service public nécessairement médiatisé : il était impossible pour les personnes de faire seules une demande de prise en charge des obsèques et de remplir les formulaires concernant leurs ressources. Le service public funéraire est alors non seulement un service public pour pauvres mais un service public pour pauvres encadrés. Nous ne nions pas, évidemment, que l'aide des services sociaux puisse être précieuse à des personnes qui subissent un deuil et sont par ailleurs dans une situation de grande précarité, mais il faut noter cette particularité : l'accompagnement social devient outil de *contrôle* des conditions d'accès au service, de « responsabilisation »[2784]. La rhétorique paradoxale de la fraude est ici très présente. Dans son rapport, l'Inspection générale des services souligne à la fois la nécessité d'un système de contrôle plus performant et le fait que, sous l'empire de l'ancien système comme du nouveau, aucune demande n'a jamais été rejetée et qu'aucun cas de recouvrement de prise en charge considérée *a posteriori* comme indue n'a été constaté[2785]. La boucle est bouclée lorsque le rapport suggère comme explication à l'absence de

[2779] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 40 et s.
[2780] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débats, mars 2003, question n° 149 QOC 2003-224.
[2781] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 41.
[2782] *Ibid.*, p. 45 et s.
[2783] V. annexe 3. Nous ne connaissons pas les causes de la modification apportée à la nouvelle convention.
[2784] *Ibid.*, p. 58 : « *Les représentants* [des services funéraires de la ville de Paris] *estiment qu'il est sain qu'existe cette participation financière de la famille afin de la responsabiliser ».*
[2785] *Ibid.*, p. 61.

demande abusive le fait qu'un contrôle soit opéré, même s'il est jugé peu efficace. Nulle part la trace d'une autre explication possible : les personnes qui ont les moyens de payer ne serait-ce qu'une première classe de cérémonie pour accompagner leurs morts ne choisissent pas, par économie, d'abandonner les corps à des convois collectifs ; ne choisissent pas, sans y être contraintes par les circonstances, la tombe à durée limitée du terrain commun ; n'assument pas facilement devant leur entourage, de ne pas pouvoir assurer mais aussi organiser elles-mêmes, les funérailles de leurs proches décédés. Et quand bien même certains le feraient, ne pourrait-on alors s'interroger sur les raisons de cette décision et suggérer que s'exprime peut-être ici un conflit familial important ? Certes, le droit donne la possibilité à la commune de poursuivre les débiteurs de cette obligation alimentaire dont on se demande d'ailleurs si, comme les autres, elle pourrait être refusée pour indignité[2786]. Mais il est possible de s'interroger sur la pertinence sociale d'une telle action, surtout au regard des enjeux financiers en cause. L'ensemble de cette politique sociale, obligatoire et supplémentaire, coûtait à la ville de Paris environ six cent mille euros en 2007. Ce chiffre doit être rapporté aux 14,1 millions d'euros de chiffres d'affaire enregistrés par la seule Société des Pompes funèbres de Paris en 2010[2787] et aux taxes perçues par ailleurs par la ville au titre des opérations funéraires. Il n'est pas bien cher d'inhumer les pauvres.

663. Contrôler les ressources. Pourtant, il semble que l'État veille de plus en plus à donner aux communes les moyens juridiques d'éviter de prendre en charge les funérailles si le défunt avait un tant soit peu de quoi payer. Alors que le Code civil offrait déjà aux communes un privilège sur les meubles du défunt[2788] et organisait l'obligation aux frais funéraires des descendants et ascendants[2789], la loi du 26 juillet 2013 est venue organiser le prélèvement, sur les comptes du défunt et y compris par la commune, des sommes destinées à payer les obsèques[2790]. Ce même texte a également introduit l'obligation, pour les bénéficiaires d'une

[2786] V. art. 207 al. 2 C. civ. sur la notion v. par ex. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014, n° 523.
[2787] MAIRIE de PARIS, Direction des Finances, sous-direction des partenariats public-privé*, Rapport délégations de service public. Exercice 2010. Évolutions 2011-2012*, juin 2012, n° DF 12-39, p. 23.
[2788] Art. 2331 C. civ. Ce privilège n'est bien sûr pas spécifique aux communes mais s'étend à toute personne ayant réglé des frais funéraires, il vient en second rang après les créances de frais de justice. Notons qu'il existait déjà en droit romain : R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 76.
[2789] Art. 806 C. civ.
[2790] V. art. 72 de la loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (JORF n° 0173 du 27 juill. 2013, p. 12530) modifiant l'art. L. 312-1-4 C. mon. fin. Sur les modifications introduites par ce texte v. B. HÉDIN*,* « La prise en charge par la commune des frais d'obsèques des personnes décédées sur son territoire », *JCP A.* 2013.567.

assurance obsèques d'en affecter le montant à l'organisation des funérailles[2791]. Cette mesure est d'autant plus contraignante[2792] qu'elle pourrait s'articuler avec l'instauration, par la loi du 12 mai 2009[2793], d'un fichier national des contrats d'assurance obsèques. Ces dispositions pourraient être vues comme de simples mesures de préservation des finances publiques, mais on peut également y percevoir l'affirmation, comme en d'autres domaines[2794], de la primauté de la capitalisation personnelle et de la solidarité familiale sur la solidarité nationale (ou, ici, communale)[2795]. Comme de nombreuses dispositions concernant le traitement des corps morts, celle-ci semble être retombée en sommeil[2796]. La thématique obéit en effet à un agenda fluctuant[2797] ; la période 2000-2008 semble avoir été une étape importante, marquée qu'elle fut par diverses affaires médiatiques, notamment à propos des corps morts considérés comme des objets culturels.

B. Accès à la sépulture : hiérarchisations culturelles

664. Si le traitement, par le droit, du corps mort manifeste une différenciation entre classes sociales, il est aussi marqué par des données culturelles, cultuelles, pour ne pas dire raciales. La conservation des restes humains dans les collections muséales en est un exemple significatif **(1)**, mais cette dimension peut également être perçue dans les limites de la réglementation funéraire **(2)**.

1) Conservation des restes humains et données culturelles

2) Encadrement des pratiques funéraires et liberté de conscience

[2791] V. art. 73 de la loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (JORF n° 0173 du 27 juill. 2013, p. 12530) modifiant l'art. L.2223-33-1 CGCT. La disposition ne prévoit pas l'éventualité où le souscripteur aurait, finalement, choisi l'option du don du corps à la science (v. *supra* n° 639) sans résilier son assurance obsèques. Le bénéficiaire, s'il ne lui reste aucun frais à régler, se trouvera-t-il alors exclu du bénéfice de l'assurance ?

[2792] Le Défenseur des droits se contentait d'en appeler à une clarification du régime des divers contrats proposés afin que le contractant soit informé des différentes formules qui s'offrent à lui, y compris des formules permettant d'organiser soi-même ses funérailles par avance : DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire,* oct. 2012, p. 19 et s.

[2793] V. art. 25 2° de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (JORF n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920) créant l'art. L. 2223-34-2 CGCT.

[2794] Sur le passage d'une *subsidiarité* de la solidarité collective par rapport à la solidarité familiale à un rapport de *complémentarité* v. Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective,* th. Grenoble, LGDJ, 2016.

[2795] La mise en place du fichier d'assurance obsèques est ainsi considérée comme un outil d'assurance de funérailles digne par l'Observatoire de la fin de vie : OBSERVATOIRE NATIONAL de la FIN de VIE, Rapport 2014, *Fin de vie et précarité*, recommandation n° 7.

[2796] Ce service ne semble toujours pas avoir été mis en place. Pour une question écrite en ce sens au ministère des finances, restée pour l'instant sans réponse v. Question écrite n° 16374 de D. LAURENT : JO Sénat du 21 mai 2015, p. 1175.

[2797] *Infra* n° 769.

1) Conservation des restes humains et données culturelles

665. L'interrogation sur la conservation, dans des collections publiques ou privées, de restes humains considérés comme des objets culturels a beaucoup été réduite, sur le plan juridique, à la question de la qualification du corps mort. Si les auteurs non-juristes ont résumé la question juridique à une opposition sujet/objet[2798], la doctrine juridique a, quant à elle, trouvé là l'occasion d'une réflexion renouvelée sur la chose, la personne, l'humain, etc.[2799]. Deux grandes affaires ont émaillé ce début de XXI[e] siècle[2800] : la restitution de la dépouille de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud et la controverse portant sur le déclassement des têtes maories conservées dans les collections des musées de France. Il est vrai que les questions juridiques soulevées étaient passionnantes : la dignité, le respect du corps humain devaient-ils s'appliquer après la mort et, surtout, à tous les corps morts sans distinction ? Comment articuler la non-patrimonialité du corps prévue par les règles civiles et l'inaliénabilité du domaine public prévue par le Code du patrimoine et le Code de la propriété des personnes publiques[2801] ? Mais en débattant de ces questions, la doctrine juridique ne passait-elle pas à côté des véritables difficultés ? Comme le suggèrent pertinemment Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE, n'y avait-il pas là une présentation d'un « *dogmatisme a-culturel et an-historique sur le rapport entre les vivants et les morts* »[2802] ? La véritable question de ces affaires n'était-elle pas que notre droit permet un usage des corps morts très marqué par des considérations politiques, et notamment par notre histoire coloniale ? La dimension politique de la question des restitutions de restes humains est soulignée par presque tous les auteurs ayant consacré à cette question des

[2798] Pour une reprise de cette question au sein d'un article plus vaste v. I. NOVLJANIN GRIGNARD, « Les musées et leurs restes humains : différents regards et nouveaux enjeux », *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques n°3,* 2012, p. 12.
[2799] V. par ex. O. AMIEL, « La domanialité publique d'une tête maorie » *JCP A.* 2008, p. 27 ; M. CORNU, « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907 ; X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques », *Revue du droit public*, 2011, n° 1, p. 89 ;
[2800] Nous reviendrons sur l'affaire *Our Body* (*infra* n° 698). On pourrait y ajouter la conservation des collections hospitalières qui n'a pas soulevé le même type d'interrogations. Le Royaume-Uni a choisi de traiter les deux questions de façon bien distinctes : v. *Human Tissue Act*, disponible sur : www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040030.htm.
[2801] J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », *AJDA* 2008, p. 1896. Pour l'idée d'une domanialité sans propriété v. aussi M. BOUTEILLE-BRIGANT, « L'égalité des cadavres devant l'éternité et la loi », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 327. Pour un résumé v. K. BLAIRON, « La circulation des personnes décédées dans l'Union européenne », in *La mort et le droit,* Br. PY (dir.), Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 44 et s. Sur le problème de la « propriété » des restes humains au Royaume-Uni v. G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 221 et *DEPARTMENT for CULTURE, MEDIA and SPORT*, Guidance for the Care of Human Remains in Museums*,* oct. 2005, Londres, p. 12.
[2802] Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « Hadès et le contrat », *Revue des contrats,* 2011, n° 2, p. 605.

développements importants[2803]. Elle est sans doute la seule permettant d'expliquer les stratégies législatives, administratives et judiciaires qui ont été à l'œuvre dans ces affaires.

666. L'intervention symbolique du législateur. Le déclassement d'un objet présent à l'inventaire d'un Musée de France ne nécessite pas de procédure législative. Cet acte, seul à même de mettre fin à l'inaliénabilité de l'objet, ne nécessite qu'une procédure administrative comportant, depuis la loi du 4 janvier 2002[2804], la consultation obligatoire d'un Comité scientifique[2805]. Sans même respecter cette procédure, la France avait, dès 2002 et avant que la situation de Saartjie BAARTMAN soit traitée par le législateur - et la doctrine juridique - , restitué à l'Uruguay le corps de VAIMACA PERÙ, chef indien mort en France en 1833[2806]. Pourquoi dès lors passer par la voie législative pour la restitution du corps de la « Vénus hottentote » et des têtes maories ? Les rapports rédigés à l'occasion de ces lois sont éclairants : tous soulignent que la procédure législative aurait pu être évitée mais qu'elle était utile, dans le premier cas pour contrer la réticence du service de conservation du Muséum, dans l'autre pour mettre fin à une longue procédure judiciaire dans laquelle les juges administratifs s'étaient habilement retranchés derrière le non-respect de la procédure pour ne pas prendre la responsabilité de la restitution[2807]. Le législateur est ici prescripteur et agent accélérateur. Comme le souligne, et le déplore, Stéphane DUROY, l'exposé des motifs de ces deux lois «*fleure bon la repentance* ». Si la France restitue ces corps, ce n'est pas qu'elle ait brutalement pris conscience qu'il ne s'agissait pas de choses, ni même, sans doute, qu'elle n'ait pas imaginé qu'il s'agissait de choses particulières, mais parce que le contexte politique, les revendications des peuples d'origine, exercent une pression sur le droit français. Même si la qualification du corps mort peut être interrogée par ces procédures, c'est avant tout l'usage racialisé des corps et, plus largement, la question historique et contemporaine de la domination culturelle qui sont ici en jeu.

[2803] V. par ex. J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », *AJDA* 2008, p. 1896 ; Chr. FERRARI-BREEUR, « L'(in)aliénabilité : quand le politique prime sur le droit », *Juris art etc.,* 2013, n° 3, p. 43.
[2804] L. n° 2002-5 du 4 janv. 2002 relative aux musées de France : JORF du 5 janv. 2002, p. 305.
[2805] Sur ces procédures v. St. DUROY, « Le déclassement des biens meubles culturels et cultuels », *Revue du droit public* 2011, n° 1, p. 55.
[2806] M. VAN-PRAËt, « Saartjie Baartman une restitution témoin d'un contexte muséal en évolution », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 370.
[2807] CAA Douai, 24 juill. 2008, n° 08DA00405, *Ville de Rouen* : *AJDA* 2008.1570 ; *ibid*. 1896, concl. J. LEPERS ; D.2010.604, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *JCP G.* 2008.II.10181, note L. SAUJOT.

667. Le problème de la conservation : la racialisation de corps. Ainsi, la conservation de la dépouille de Saartjie BAARTMAN et des têtes maories dans les collections muséales ne pose question que parce qu'elle fait écho à un usage objectivé des *personnes vivantes* dont elles sont les restes[2808]. Comme les reliques religieuses, la conservation du crâne de DESCARTES ne fait pas débat parce que « *le montrer s'inscrit dans une démarche philosophique conforme au cartésianisme* »[2809] : ce crâne est, comme une relique, le symbole du respect pour l'homme et sa pensée personnelle là où les corps des *indigènes* ne sont pas conservés pour eux-mêmes mais pour leur intérêt anthropologique, historique, indissociable, pour l'instant du moins, de leur réduction raciale[2810]. C'est la réduction sociale des personnes, et non des cadavres, à l'état de choses qui avait, par exemple, justifié sans scandale, que soient inhumés en 1945 les corps des juifs « muséifiés » dans un établissement nazi[2811]. Si l'ensemble de ces corps peuvent être juridiquement qualifiés de façon identique, si leur conservation ou leur restitution procèdent des mêmes dispositions textuelles, des mêmes procédures, vouloir aborder ce sujet sans y intégrer l'usage politique qui a été fait de ces corps est sans intérêt car une telle démarche ne dit rien des causes et des implications des demandes de restitution. Les corps qui font aujourd'hui l'objet de demandes de restitution furent les *outils* de la racialisation scientifique des personnes et des peuples[2812], furent les prétextes de leur domination culturelle et politique : s'attacher uniquement à la qualification des corps invisibilise le fait que les demandes de restitution sont les outils politiques d'une affirmation d'égalité culturelle[2813]. À ce titre, le

[2808] Un film a d'ailleurs été fait sur la personne de Saartjie BAARTMAN : *La Vénus noire*, A. KECHICHE, France, 2010. Ce film n'est pas sans susciter de critiques scientifiques, notamment au regard de la question de l'historicisation du consentement de Saartjie BAARTMAN à sa propre exposition : Chr. PATIN, « Les vies *post mortem* de Saartjie Baartman. Muséologie et économies sociales », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 72.

[2809] Michel GUIRAUD, directeur des collections du Muséum d'histoire naturelle, cité par H. MORIN, « Anthropologie, des squelettes dans les limbes », *Le Monde science et techno,* 12 oct. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sciences/article/2015/10/12/anthropologie-des-squelettes-dans-les-limbes_4788041_1650684.html [consulté le 13 nov. 2016].

[2810] Le seul intérêt historique ne nous semble pas suffisant pour « muséifier » les corps des soldats de la première guerre mondiale : les fouilles qui sont opérées sur ces corps sont toujours succinctes et se font en coordination avec le Ministère de la Défense qui prend la responsabilité d'une ré-inhumation. L'histoire trop proche, la présence de descendants « conscients » mais aussi la proximité culturelle prévalent sur l'intérêt scientifique : Y. DESFOSSÉS, A. JACQUES et G. PRILAUX, *L'archéologie de la Grande Guerre,* Éditions Ouest-France, Inrap, 2008, p. 41-42 et 67.

[2811] M. VAN-PRAËT, « Saartjie Baartman une restitution témoin d'un contexte muséal en évolution », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 383.

[2812] Sur la façon dont l'exposition des corps et leurs dissections se répondirent dans la construction scientifique de la race : G. BOETSCH et P. BLANCHARD, « Du cabinet de curiosité à la "Vénus hottentote" : la longue histoire des exhibitions humaines », in *L'Invention de la race*, N. BANCEL *et al.*, La Découverte « Recherches », 2014, p. 215.

[2813] CCNE, Avis n° 111 sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, 7 janv. 2010, p. 9-10 et 12.

problème des restitutions de corps n'est en réalité pas très différent de celui d'autres objets culturels.

668. Restitutions et revendications politiques. Lorsque Xavier BIOY affirme à propos des demandes de restitution des têtes maories que leur « socialisation » justifie qu'elles soient traitées *comme* des personnes humaines, il pointe avec justesse l'importance de l'investissement social dans le traitement des corps. Mais en faisant de cette socialisation un *critère juridique,* à même de fonder l'application d'un principe de dignité *de la personne humaine*, il commet selon nous une erreur dans la construction de l'interrogation : faire du traitement du corps mort une problématique radicalement différente de celle du traitement d'autres types d'objets[2814]. Cette position relève, nous semble-t-il, d'une conception très ethno-centrée de la distinction chose/personne et humain/non humain ; de plus, elle disqualifie les demandes de restitution d'objets culturels (ou cultuels) comme n'étant, ne pouvant pas être traitées au regard du principe de dignité. Ne pourrait-on pas légitimement interroger ici la notion de dignité dans un sens collectif[2815] : comme outil d'affirmation de l'égalité *des peuples*[2816] ? La restitution des objets culturels, au sens large, est pourtant un élément important de la politique internationale en faveur des peuples autochtones. L'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones met ainsi sur le même plan la restitution des restes humains et la libre pratique des cultes. L'alinéa second nuance cependant ces dispositions en considérant à égalité la restitution des restes et leur libre accès. L'article 11, quant à lui, prévoit des dispositions similaires pour les objets culturels tout en envisageant d'autres formes de réparations que la restitution. Il serait certes possible de critiquer l'association automatique du statut des restes humains à la question cultuelle[2817] mais la lecture conjointe de ces deux dispositions souligne aussi le rapprochement de la restitution des biens culturels avec celle des restes humains.

669. Malgré ses réticences liées à l'indisponibilité et à l'imprescriptibilité de ses collections publiques, la France a procédé à certaines restitutions[2818] parmi lesquelles, en 2009,

[2814] X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques », *Revue du droit public*, 2011, n° 1, p. 89. Pour l'idée d'une notion de « dignité de l'humanité » utilisable pour la réflexion sur tout objet sans personnalité juridique v. G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 213.
[2815] Sur l'usage de la notion de dignité comme « droit catégoriel » par le Conseil constitutionnel v. S. CURSOUX-BRUYERE, « Les principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine », *RRJ*, 2005-3, p. 1411.
[2816] C'est d'ailleurs à la notion de « *dignité humaine de tous les peuples* » que fait référence le Code de déontologie de l'ICOM dans son article sur l'exposition des objets dits « *sensibles* » : restes humains ou objets cultuels (art. 4.3).
[2817] C'est également le choix fait par le Code de déontologie de l'ICOM : art. 2.5, 3.7, 4.3 et 4.4.
[2818] J.-M. PONTIER, « Une restitution, d'autres suivront. Des têtes maories aux manuscrits Ugigwe », *AJDA* 2010, p. 1419.

des fresques funéraires égyptiennes[2819]. Cette restitution a notamment été motivée par le caractère douteux de leur acquisition par la France. Si l'on peut voir dans ce précédent une simple mesure d'application de la Convention de l'Unesco contre le trafic des biens culturels[2820], cette décision interroge plus largement sur les procédures et les critères mis en œuvre dans le processus de décision de restitution. Si le problème n'est pas spécifiquement juridique, il le devient dès lors que le processus de consultation préalable est rendu à la fois obligatoire par la loi mais également recommandé par les instruments internationaux de *soft law* dont, par exemple le code de déontologie du Conseil international des musées (ICOM)[2821]. Par ailleurs, le choix de ces critères détermine également des catégories de corps, de peuples, auxquels il faut porter attention.

670. Les critères de la restitution : une détermination des « bonnes » demandes ? Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi en faveur de la restitution des têtes maories, la sénatrice à l'origine du texte exposait les critères qui avaient été déterminants dans la décision de Rouen : « *que le pays d'origine d'un peuple contemporain ait formulé la demande de restitution de ce bien*[2822] *; que celui-ci ne fasse pas l'objet de recherches scientifiques ; qu'il ne soit pas destiné à être exposé ni conservé dans des réserves dans le pays d'origine mais qu'il soit inhumé ; qu'il soit issu d'actes de barbarie ayant entraîné la mort* »[2823]. Ces premières pistes, dont les deux premières sont reprises par le CCNE[2824], pourraient être soumises à la critique[2825].

[2819] O. BUI-XUAN, « L'inaliénabilité des collections en question », *AJDA* 2010, p. 233.
[2820] Chr. FERRARI-BREEUR, « L'(in)aliénabilité : quand le politique prime sur le droit », *Juris art etc.,* 2013, n°3, p. 43.
[2821] Art. 4.4.
[2822] Nous reviendrons sur ce critère *infra* n° 775.
[2823] SÉNAT, Proposition de loi visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories, n° 215, enregistré le 28 fév. 2008.
[2824] CCNE, Avis n° 111 sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, 7 janv. 2010, p. 12-13.
[2825] Un critère n'est pas repris mais peut être évoqué : celui de l'« âge » des restes. Le Royaume-Uni a posé une limite de mille ans (art. 47 du *Human Tissue Act* de 2004 : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/section/47 [consulté le 13 nov. 2016]. Cette limite se comprend au regard de la difficulté pour des restes aussi anciens, de déterminer le « peuple héritier ». Cependant, elle écarte alors de toute revendication les corps réclamés non pas en tant que restes humains en eux-mêmes mais en tant que symboles de la *façon* dont ont été pillés les restes archéologiques de certains pays, notamment dans un contexte colonial. Cette sensibilité existe pourtant aujourd'hui : à titre d'exemple, les reste de Toumaï, découverts au Tchad en 2001 par une équipe franco-tchadienne, seront conservés au Tchad après étude, ce que l'un de ses découvreurs, Michel BRUNET, qualifie de « *bien normal* » : cité par cité par H. MORIN, « Anthropologie, des squelettes dans les limbes », *Le Monde science et techno,* 12 oct. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sciences/article/2015/10/12/anthropologie-des-squelettes-dans-les-limbes_4788041_1650684.html [consulté le 13 nov. 2016]. On pourrait sans doute plus pertinemment mettre en avant l'âge *de la découverte* plutôt que celui des restes.

671. Le critère de l'absence de recherches scientifiques est sans doute présenté de façon trop rigide et, en l'état, inapplicable. En effet, si l'absence de recherche *actuelle* est facile à démontrer, toute la difficulté de la restitution réside dans le fait qu'elle est susceptible d'entraver les recherches *futures*, par définition imprévisibles. S'il est certain que l'intérêt scientifique et culturel de l'objet doit être pris en considération dans la décision de retour, les lignes de conduites proposées par le Royaume-Uni nous suggèrent également que le processus de négociation peut inclure la documentation la plus complète possible avant restitution – y compris des prélèvements – voire proposer, avant ou à la place du retour, un travail scientifique conjoint entre les équipes possédant l'objet et le groupe le réclamant[2826]. À cet égard, il est tout à fait pertinent de souligner qu'après avoir été les outils d'une construction scientifique du racisme, les collections anthropologiques ont été celui de sa déconstruction, ce dont bénéficient, notamment, les peuples autochtones[2827].

672. Le critère de la mort suite à des actes de barbarie semble quant à lui bien contestable. Tout d'abord, cette qualification interroge : la « barbarie » doit-elle être entendue dans un sens individuel ou collectif ? Ainsi, faut-il différencier, parmi les têtes maories celles qui ont été constituées « traditionnellement », à partir des crânes des guerriers vaincus – et qui ne seraient pas issues d'actes de barbaries au sens où elles auraient fait l'objet d'un traitement conforme à leur culture – et celles qui, à l'époque coloniale, ont été créées « artificiellement » à partir de têtes d'esclaves tatoués à cette fin ? Ou alors doit-on estimer que la réduction de têtes, y compris dans un contexte historique et culturel différent doit être considérée comme un traitement barbare *en soi* ? On risque alors d'une part de retomber dans le jugement culturel et d'autre part d'exclure de toute restitution, par exemple, les momies. À l'inverse, doit-on considérer que le corps de Saartjie BAARTMAN ne serait pas susceptible de restitution dans la mesure où elle est morte de mort naturelle ou bien considérer que c'est le *contexte* de son décès, exilée et exposée loin de son pays, qui doit être considéré comme acte de barbarie ? Le contexte de la

[2826] *DEPARTMENT for CULTURE, MEDIA and SPORT*, Guidance for the Care of Human Remains in Museums, oct. 2005, Londres, p. 28. On regrette ainsi que dans sa suggestion de critères de restitution, le CCNE envisage la concertation de l'ensemble des directions des institutions concernées, mais pas de la concertation des musées des pays « réclamants » : CCNE, Avis n° 111 *sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, 7 janv. 2010.

[2827] V. V. THIVENT, « De têtes maories en crânes algériens », *Sciences actualités.fr,* 22 fév. 2012. Disponible sur : http://www.cite-sciences.fr/fr/ressources/science-actualites/detail/news/de-tetes-maories-en-cranes-algeriens/?tx_news_pi1[controller]=News&tx_news_pi1[action]=detail&cHash=bb278235b4016fcbaefad7fa789e0947 [consulté le 13 nov. 2016]. Plus largement, l'apport universellement bénéfique des études paléopathologiques doit être pris en compte dans la conservation de corps qui rappellent pourtant désagréablement l'idée de musée des horreurs : G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 209.

mort, mais aussi de l'entrée du corps dans la collection, a nécessairement un impact sur la motivation de la demande de restitution et doit donc être pris en compte. Ce point de vue permet également d'exclure tout critère purement temporel. En effet, si la date de la mort de la personne est sans aucun doute déterminante dans l'investissement social dont son cadavre fait l'objet, réduire cet investissement à une seule dimension interpersonnelle ne prendrait pas en compte le fait que la demande de restitution peut être motivée par la violence du contexte de *son déplacement*[2828]. Ceci étant, faire des circonstances de la mort ou du déplacement un critère déterminant risque de faire des procédures de restitution de simples outils de repentance visant à l'apaisement de la conscience des puissances dominantes et non des espaces de dialogues inter-culturels.

673. De la même façon, considérer que la demande de restitution est plus légitime, voire plus sérieuse, si elle vise à l'inhumation des restes corporels et non à leur exposition ou à leur conservation dans des collections étrangères est porteur de multiples présupposés. D'une part, ce critère vise une fois encore à la distinction arbitraire entre corps et objets culturels et cultuels, qui ne se justifie pas nécessairement. D'autre part, il suppose que la demande de restitution doit nécessairement être « ethnicisé » au sens où elle ne peut procéder à la fois d'une demande d'affirmation identitaire et d'une démarche scientifique ou culturelle. L'affaire des têtes maories est pourtant précisément le contre-exemple de cette distinction démarche ethnique / démarche scientifique : les têtes, restituées au musée *Te Papa* ont fait l'objet d'études scientifiques pour en étudier les tatouages et en permettre la restitution[2829]. Celles qui n'ont pas pu être identifiées sont conservées au Musée, dans un espace « consacré » conforme aux prescriptions rituelles. Ce critère répond sans doute à l'affirmation récurrente d'une meilleure conservation des biens culturels dans les musées occidentaux que dans les pays dont ils sont originaires[2830]. Il nous semble cependant que limiter les restitutions sur ce seul argument est contestable et que la démarche devrait alors s'accompagner d'une réflexion sur les possibles partenariats scientifiques et muséographiques, assurant une conservation bénéfique pour la

[2828] Il ne s'agit donc pas de rejeter le critère temporel pour la seule raison que le corps humain serait *ontologiquement* digne, quel que soit son « âge ». *Contra* M. BOUTEILLE-BRIGANT, « L'égalité des cadavres devant l'éternité et la loi », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 234.
[2829] Br. JACOMY, « Restes humains et peuples autochtones au musée des Confluences », *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques n° 3,* 2012, p. 10. V. aussi G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 224.
[2830] J.-M. PONTIER, « Une restitution, d'autres suivront. Des têtes maories aux manuscrits Ugigwe », *AJDA*, 2010, p. 1419. Réduire le débat à cette question serait bien illusoire. On en veut pour preuve les affrontements auxquelles les restitutions peuvent donner lieu *entre États occidentaux* comme, par exemple les tensions existant à propos de la restitution des fresques du Parthénon à la Grèce par le Royaume-Uni.

connaissance universelle[2831]. Cet exemple illustre cependant parfaitement la façon dont des critères apparemment « neutres » dessinent en réalité des catégories de corps « méritant » une plus ou moins grande considération. Ce constat se retrouve dans le traitement juridique des « corps contemporains ».

2) Encadrement des pratiques funéraires et liberté de conscience

674. L'évolution vers une liberté religieuse des funérailles. Au-delà de la possibilité d'accéder à une sépulture, l'évolution historique du droit a clairement été dans le sens d'une forme de liberté de choix de cette sépulture. La question cultuelle a été au cœur de cette évolution. Au lendemain de la Révolution française, l'évolution est à l'ouverture multiconfessionnelle. Or le quasi-monopole détenu jusque-là par l'Église dans la gestion des cimetières[2832] autorise des exclusions confessionnelles contraires à l'esprit du temps. Deux actes de 1793[2833] et 1802[2834] font des cimetières des terrains publics, bien que non-laïcs et le décret du 12 juin 1804 prévoit des emplacements confessionnels distincts dans tous les cimetières des communes dans lesquels plusieurs cultes sont professés[2835]. Mais au sein de chaque division, la mise à l'écart de certains corps relève de la responsabilité de chaque église. Un décret de 1838 interdit alors toute distinction qui ne serait pas fondée sur la confession des défunts : c'est la fin théorique des exclusions vexatoires[2836]. Ce n'est cependant qu'à la fin du XIX[e] siècle que funérailles et cimetières se laïcisent tout à fait : la loi du 14 novembre 1881 supprime toute possibilité de distinction ou de séparation des cultes au sein des cimetières et interdit la création ou l'extension des cimetières confessionnels existants[2837] ; la loi de 1887[2838] affirme enfin la liberté de chacun dans le choix du caractère confessionnel ou non-confessionnel des funérailles et ouvre la possibilité d'incinérer des corps. La séparation des Églises et de l'État parachève

[2831] V. *infra* n° 812.
[2832] *Supra* n° 564.
[2833] L. du 13 brumaire an II qui déclare propriété nationale tout l'actif affecté aux Fabriques et à l'acquit des Fondations : *Lois et actes du gouvernement,* t. 8, imprimerie nationale, 1807, p. 273.
[2834] Déc. minist. 15 brumaire an XI.
[2835] Sur cette notion v. A. VUILLEFROY, *Traité de l'administration du culte catholique : principes et règles d'administration, extraits des lois, des ordonnances royales etc.,* Joubert, Paris, 1842, p. 500, nbp c. Sur le maintien de cette disposition en droit alsacien-mosellan v. St. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA* 2007, p. 1968 et D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT* 2012, p. 298. Mais, sur l'impossibilité théorique de créer, sur ce territoire, des cimetières musulmans v. Rép. Minist. Intér., n° 1630, JOAN 8 déc. 1997, p. 4531. Pour un exemple d'ouverture d'un tel cimetière v. pourtant DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire*, oct. 2012, p. 27.
[2836] Sur ce point v. A. VUILLEFROY, *Traité de l'administration du culte catholique, op. cit.*, p. 501, nbp a.
[2837] Sur l'élaboration de cette loi v. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 205 et s.
[2838] L. du 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles : *Recueil Duvergier,* p. 451. Art. 3

cette évolution en limitant la présence des signes religieux aux sépultures elles-mêmes mais en les prohibant dans les espaces communs[2839].

675. Le choix du mode de funérailles devient alors une liberté publique protégée à plusieurs titres : la liberté spécifique des funérailles est en effet une sous-manifestation de la liberté de conscience[2840], mais aussi de la liberté de culte[2841]. La protection pénale accordée aux dernières volontés brouille l'identification du sujet de ces libertés : pour le droit français la volonté du défunt reste protégée après sa mort mais la Cour européenne des droits de l'Homme a, quant à elle, rattaché la question au respect de la vie privée des proches survivants[2842]. En tout état de cause, les pratiques mortuaires participent à l'exercice de libertés et de droits fondamentaux, actuels ou subsistants, protégés par la loi. La difficulté de les concilier avec une réglementation funéraire extrêmement précise et avec la publicisation des cimetières apparaît aujourd'hui en pleine lumière.

676. La laïcisation des funérailles et des cimetières était initialement pensée comme favorisant l'égalité entre les personnes et diminuant l'emprise des cultes sur les corps. Le paradoxe contemporain est que cette réglementation, dont les grandes lignes sont toujours en vigueur, conduit à de nouvelles formes d'exclusion : à l'égard des confessions qui étaient absentes au moment de l'élaboration de ce système, au premier rang desquelles, numériquement, l'islam **(a)**, mais aussi à l'encontre des usages extrêmement minoritaires des corps morts tel que la cryogénisation **(b)**.

a) Traitement des cadavres et laïcité : l'exemple de l'islam

677. La question de la compatibilité des normes funéraires avec certaines prescriptions religieuses se pose depuis longtemps à propos du judaïsme. Ce culte prescrit en effet une sépulture véritablement perpétuelle[2843], manifestement incompatible avec le système des concessions funéraires[2844]. Cette préoccupation, ainsi qu'une attention particulière portée par ce

[2839] L. du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État : JORF du 11 déc. 1905, p. 7205, art. 28.
[2840] Pour un rattachement historique à cette notion v. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 106 et s.
[2841] C. LACROIX note ainsi : « *Le droit, pour le défunt, d'exprimer sa volonté concernant ses funérailles découle directement de deux principes irrécusables : la liberté de conscience et l'égalité des citoyens devant la loi.* » : V° *Sépultures*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale,* n° 78.
[2842] Sur ces questions v. *supra* n° 224.
[2843] P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France. XIX^e^-XX^e^ siècle*, coll. Histoire, Les belles lettres, 1999, p.103.
[2844] *Ibid.*, p.122 et s. puis 162.

culte à l'égalité sociale dans la mort ont conduit les consistoires à organiser des sociétés de secours mutuel pour éviter, au moins, aux fidèles, les fosses communes[2845]. Mais, malgré des places de plus en plus rares, les juifs de France avaient tout de même la possibilité d'accéder à l'un des cimetières privés qui leur était historiquement réservés[2846]. Cette possibilité n'était pas ouverte aux musulmans de France.

678. La création de sépultures musulmanes en France : un fait politique. La présence musulmane en France à la fin du XIX^e^ siècle se manifeste notamment par la création, en 1857, d'un carré musulman au cimetière du Père Lachaise[2847]. Cette fondation a une portée politique importante. Comme le souligne Juliette NUNEZ :

> *« La création d'un tel enclos dans une ville où la population musulmane est alors insignifiante se comprend mieux en considérant la politique "indigénophile" de Napoléon III en Algérie, respectueuse des traditions locales et hostile à une assimilation des populations conquises – mais paradoxale et opportuniste puisqu'elle met en place le contrôle social des immigrés »*[2848].

De fait, le carré musulman du Père Lachaise subira une désaffection progressive, due à la fois au mouvement de laïcisation générale des cimetières et aux fluctuations des relations diplomatiques de la France avec les pays musulmans, notamment avec la Turquie. La première puis la seconde guerre mondiale vont remettre en cause l'attitude des autorités publiques par rapport aux funérailles des musulmans de France. Les milliers de soldats musulmans[2849], issus des troupes coloniales, qui laissent leur vie sur les champs de bataille, attirent l'attention de l'armée et, plus généralement de l'État. Comme les autres, ils bénéficieront de sépultures perpétuelles[2850] et les rites musulmans seront parfois pris en compte lors des cérémonies[2851]. En revanche, le retour des corps organisé en 1920 bénéficiera très peu à ces soldats[2852]. En 1930, dans un contexte général d'agitation coloniale, la nécessité d'un « geste » à l'égard de la population musulmane se fait sentir, tout autant que celle de garder à l'œil des individus dont

---

[2845] *Ibid.*, p. 138 et s. puis 151.
[2846] *Supra* n° 568. Un décret du 10 fév. 1806 autorise la conservation, par les consistoires, de la propriété des cimetières privés existants : 4, *Bull.* 74, n° 1314 ; *Recueil Duvergier*, t. 15, 2^e^ éd., 1836, p. 299.
[2847] Délibération du Conseil municipal de Paris 17 juin 1853 puis arrêté préfectoral 29 nov. 1956. V. J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 18 et s.
[2848] J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 19.
[2849] On estime que 5% des tombes militaires sont celles de soldats musulmans : Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000, p. 205.
[2850] *Supra* n° 652.
[2851] B. KOELSCH, « Les sépultures des soldats originaires de l'Empire », in *Le sacrifice du soldat. Corps martyrisé ; corps mythifié,* Chr. BENOIT, G. BOËTSCH, A. CHAMPEAUX et É. DEROO (dir.), CNRS éditions/ECPAD, 2009, p. 169.
[2852] *Ibid*., p. 169.

la loyauté nationale est soupçonnée[2853]. Qu'importe la loi de 1881 : un tour de passe-passe juridique permet la création, dans un lieu socialement défavorisé, d'un nouveau cimetière islamique, attaché à un hôpital destiné aux musulmans de la région parisienne : le cimetière de Bobigny[2854]. En 1957, la municipalité parisienne accède à la demande de création d'un carré confessionnel dans le tout nouveau cimetière de Thiais. Là encore, l'éloignement géographique et le fait que ce cimetière accueille également les terrains communs[2855] font dire à Juliette NUNEZ que

> *« les édiles peuvent donner l'impression d'éloigner subrepticement hors de la cité les défunts musulmans, indigents et/ou adeptes d'une confession minoritaire allogène.* […] *À Paris, une spécificité funéraire est ainsi reconnue aux défunts de la communauté musulmane, de ce fait éloignés des cimetières intra-muros et relégués comme l'avaient été, un siècle auparavant, les concessions de durée courte et les tranchées gratuites des pauvres »*[2856].

Depuis, de nombreux « carrés musulmans » sont apparus dans les cimetières de France, mais leur capacité reste très inférieure aux besoins de la population[2857]. En cela, la question des funérailles musulmanes n'est que le reflet du problème plus général de la prise en compte de l'islam – et des personnes musulmanes – par les autorités publiques.

679. Pratiques funéraires musulmanes et réglementation. Les pratiques funéraires de l'islam se caractérisent par un certain nombre de prescriptions qui n'ont pas toutes le même degré d'impérativité et dont certaines sont obligatoires envers toute personne et d'autres uniquement pour les musulmans[2858]. Listons uniquement celles qui peuvent entrer en

---

[2853] M.-A. d'ADLER, *Le cimetière musulman de Bobigny. Lieu de mémoire d'un siècle d'immigration,* coll. Français d'ailleurs, peuple d'ici, éd. Autrement, 2005, p. 63 et 72.

[2854] En étant administrativement rattaché à l'hôpital qui en assure la gestion, ce cimetière n'est pas considéré comme enfreignant la prohibition de nouveaux cimetières privés. Sur ce cimetière v. spec. M.-A. d'ADLER, *Le cimetière musulman de Bobigny. Lieu de mémoire d'un siècle d'immigration,* coll. Français d'ailleurs, peuple d'ici, éd. Autrement, 2005, p. 84. V. aussi Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000, 67 ; J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 28 et s.

[2855] *Supra* n° 658.

[2856] J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) *», art. cit.,* p. 30.

[2857] En 2011, A. AGGOUN estimait le nombre de « carrés » et de cimetières confessionnels musulmans à environ soixante-dix sur l'ensemble du territoire : « Les carrés musulmans en France : espaces religieux, espaces d'intégration », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, 168.

[2858] Sur ces rites et leurs degrés d'obligation v. A. AGGOUN, *Les musulmans face à la mort en France*, coll. Espace éthique, Vuibert, 2006, p. 20 et s. ; M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, Laval, 2011, p. 23.

contradiction avec la réglementation funéraire actuelle[2859]. L'islam prescrit que le corps soit enterré le plus vite possible là où le droit français prescrit un délai théorique de vingt-quatre heures minimum[2860] et, en pratique, conduit à un délai bien plus long. Les personnes musulmanes doivent idéalement être enterrées, en pleine terre, uniquement enveloppées dans des linceuls. Cette pratique rentre en contradiction avec l'obligation de l'usage du cercueil dans l'inhumation[2861]. Le corps, tourné vers La Mecque, doit être placé dans une sépulture véritablement perpétuelle[2862] et, autant que possible, proche de ses coreligionnaires[2863]. Ces trois dernières prescriptions sont incompatibles d'une part avec le régime des concessions et d'autre part avec l'interdiction de créer non seulement de nouveaux cimetières confessionnels mais aussi des séparations confessionnelles au sein des cimetières communaux.

680. « Rapatriement » des corps et intégration. Ces données doivent être mises en parallèle avec le constat qu'une part très importante des musulmans décédés en France choisissent de faire inhumer leur corps dans leurs pays d'origine[2864], y compris parmi les musulmans français et/ou nés en France[2865]. Que ce phénomène, relevé également en Suisse[2866] ou au Québec[2867], soit compris comme une question cultuelle ou culturelle, il pose la question de l'adéquation entre la réglementation funéraire et la politique d'intégration revendiquée par

[2859] V. dans ce sens St. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA* 2007, p. 1968. Bien entendu les pratiques funéraires d'autres religions sont également empêchées par la réglementation actuelle comme, par exemple, la conservation d'une partie d'os lors de la crémation, pratiquée par certains bouddhistes et à laquelle l'obligation de pulvérisation des cendres fait obstacle et que le législateur n'a pas souhaité aménager : v. É. AUBIN et I. SAVARIT-BOURGEOIS, « Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire », *AJDA* 2009, p. 531.

[2860] Art. R. 2213-33 CGCT.

[2861] Art. R ; 2213-15 CGCT.

[2862] Du moins jusqu'à la disparition totale des os : M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit., p. 49.

[2863] L'islam ne connaît pas d'exclusion des corps en raison du type de mort. Pour le suicide par exemple v. S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes,* L'Harmattan, 2002, p. 63 ; M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit., p. 39 et 51.

[2864] 68% des musulmans résidant en France nés hors de France souhaiteraient se faire inhumer dans leur pays d'origine : Cl. ATTIAS-DONFUT, Fr.-Ch. WOLFF, « Le lieu d'enterrement des personnes nées hors de France », *Population* 2005/5 (Vol. 60), p. 829. Le chiffre de 80% de « rapatriements » est avancé par le président du Conseil français du culte musulman cité dans SÉNAT, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, J.-P. SUEUR et J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 31 mai 2006, n° 372, p. 90.

[2865] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000, p. 242.

[2866] S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes,* L'Harmattan, 2002, p. 40 ; M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit. p. 60.

[2867] M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire, op. cit.*, p. 117.

l'État[2868]. Il est indéniable que les pratiques funéraires sont révélatrices d'une forme d'intégration des populations à un territoire et à une communauté nationale[2869], ce qui est souligné par de nombreux rapports publics[2870]. Yassine CHAÏB l'exprime de façon percutante : enterrer ses morts dans son pays d'accueil est une forme d'« *intégration par la désintégration des corps* »[2871]. Or, si l'on accepte, comme l'ont suggéré tant le Haut Conseil à l'Intégration[2872] que la Commission européenne[2873], de considérer l'intégration comme une démarche à double-sens – des individus vers l'État mais aussi de l'État vers les individus – on peut légitimement s'interroger sur les possibilités d'évolution de la réglementation funéraire pour l'ouvrir à certaines pratiques religieuses. Il serait cependant absurde de réduire la question du « rapatriement » des cadavres à sa dimension religieuse. Sa dimension culturelle est indéniable[2874] : elle existe également chez certaines communautés nationales chrétiennes[2875] et,

[2868] Sur la notion d'intégration, son élaboration et son utilisation tant dans le discours politique que dans le droit v. spéc. D. LOCHAK, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits* [En ligne], 64/hiver 2006, mis en ligne le 06 mars 2007. Disponible sur : http:// conflits.revues.org/2136 [consulté le 13 nov. 2016].

[2869] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.,* p. 58 : « *La mort en situation d'immigration et la question du choix du lieu de sépulture permettent de poser de façon inédite la question de l'intégration des immigrés à la société d'accueil, centrée sur le concept de lieu en tant que noyau de la structuration des relations sociales en la famille d'origine et ses ressortissants installés en Europe* » ; A. AGGOUN, « Les carrés musulmans en France : espaces religieux, espaces d'intégration », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire, op. cit.*, p. 187. Pour le Québec, dans le mêm ouvrage : M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », p. 135 et s.

[2870] v. par ex. SÉNAT, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, J.-P. SUEUR et J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 31 mai 2006, n° 372, p. 90 ; MINISTÈRE de l'INTÉRIEUR, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics,* J.-P. MACHELON, sept. 2006, La documentation française, p. 59.

[2871] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 175.

[2872] v. HAUT CONSEIL à L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française,* éd. 10/18, 1993, p. 8 : *« L'intégration consiste à susciter la participation active à la société toute entière de l'ensemble* [des personnes] *appelées à vivre durablement sur notre sol en acceptant sans arrière-pensées que subsistent des spécificités notamment culturelles* […]. *C'est ainsi un processus dynamique et inscrit dans le temps d'adaptation à notre société de l'étranger qui a l'intention d'y vivre. Elle postule la participation des différences à un projet commun et non, comme l'assimilation, leur suppression ou, à l'inverse, comme l'insertion, la garantie protectrice de leur pérennisation ».* Dans ce même ouvrage, l'institution écartait cependant la question des pratiques funéraires comme relevant de la pratique privée et ne semblait pas percevoir les difficultés qu'elles pouvaient susciter (p. 99). Pour une critique globale de la démarche de cette institution v. D. LOCHAK, « Le Haut Conseil à la (dés)intégration », *Plein droit,* 2011/4 (n° 91), p. 12.

[2873] Communication de la Commission, Programme commun pour l'intégration. Cadre relatif à l'intégration des ressortissants de pays tiers dans l'Union européenne (COM 2005 389 final), 1er sept. 2005, p. 5 : « *L'intégration est un processus dynamique à double sens, de compromis réciproque entre tous les immigrants et résidents des États membres* » ; « *L'intégration va de pair avec le respect des valeurs fondamentales de l'Union européenne* ».

[2874] Sur le Québec : M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », art. cit., p. 128 et s. De fait, la pratique du « rapatriement » conduit les personnes à renoncer à certaines pratiques cultuelles, telles que l'interdiction de l'embaumement : *ibid.* p. 132 et Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 51.

[2875] Y. CHAÏB relève que le « rapatriement » des corps est courant parmi les personnes portugaises installées en France : *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 66-67. Ce que confirment Cl. ATTIAS-DONFUT et Fr.-Ch. WOLFF : « Le lieu d'enterrement des personnes nées hors de France », *Population,* 2005/5 (Vol. 60), p. 827.

dans une certaine mesure, au niveau régional en France[2876]. On la retrouve même prise en charge par l'État à propos des tombes « françaises » d'Algérie[2877]. Dans ce sens, la volonté persistante d'individus résidant en France depuis longtemps, voire Français ou nés en France, de voir leurs corps inhumés dans un autre pays questionne la construction sociale, politique, d'un sentiment communautaire, mais aussi national.

681. L'ouverture du droit funéraire à certains aménagements cultuels ne se résume donc pas à un objectif d'« intégration » des populations étrangères mais interroge également la capacité du droit français laïque de construire un système dans lequel ses propres ressortissants peuvent librement exercer leur culte, mais surtout l'exercer à égalité : avec les autres cultes mais aussi entre eux, quelle que soit leur situation, notamment de fortune. Plusieurs auteurs soulignent en effet que, malgré les adaptations des pratiques funéraires auxquelles consentent les personnes et les autorités religieuses elles-mêmes[2878], l'absence de cimetières confessionnels fait partie des raisons qui conduisent au choix du rapatriement[2879], nécessairement plus coûteux que des cérémonies pratiquées en France. L'état actuel de la pratique indique clairement un malaise des autorités publiques sur cette question, prêtes au bricolage juridique pour éviter que soit remis en cause un *statu quo* précaire.

682. Les contournements juridiques. L'état actuel du droit funéraire « dur » est clair : la création tant de cimetières confessionnels privés que de rassemblements confessionnels dans les cimetières communaux est interdite[2880]. On a vu cependant que, dans certaines circonstances politiques, les autorités avaient pu contourner cette législation pour permettre la fondation du cimetière de Bobigny[2881]. De la même façon, il est tout à fait symptomatique que la première

[2876] Sur ce phénomène parmi la classe ouvrière dans les années 50 : F. A ISAMBERT, *Christianisme et classe ouvrière*, 1961, Casterman, p. 109.
[2877] Arrêté du 21 oct. 2011 modifiant l'arrêté du 23 juin 2011 relatif au regroupement de sépultures civiles françaises en Algérie : JORF n° 0250 du 27 oct. 2011, texte n° 2.
[2878] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 176 ; St. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA* 2007, p. 1968. Sur le cercueil par exemple : M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit.. Pour le Québec : M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », art. cit., p. 135 et s. Sur les concessions consenties par la communauté juive : P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France, op. cit.*, p.129. Sur celles des taoïstes : Cl. ATTIAS-DONFUT et Fr.-Ch. WOLFF : « Le lieu d'enterrement des personnes nées hors de France », *Population* 2005/5 (Vol. 60), p. 816.
[2879] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 164 ; A. AGGOUN, *Les musulmans face à la mort en France*, *op. cit.*, p. 114 ; Al. HUNTER, Retirement home ? France's migrant worker hostel and the dilemma of late-in-life return, *University of Edinburgh*, 2011, p. 226 et s. Pour le Québec : M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », art. cit., p. 135 et s.
[2880] CONSEIL d'ÉTAT, *Un siècle de laïcité,* Rapport public 2004, La Documentation française, p. 326-327.
[2881] *Supra* n° 678.

circulaire « incitant » les municipalités à la création de rassemblements de tombes musulmanes date de 1975[2882] : période de la prise en compte de la situation des Harkis algériens[2883]. D'autres circulaires suivront, en 1991[2884] puis en 2008[2885], cette dernière évoquant explicitement la question de l'intégration[2886]. Ce passage systématique par le « droit mou », au gré des actualités, souligne que, pour les autorités, il est urgent de ne rien faire !

La question de la légalité des carrés confessionnels est en effet largement connue et il a été de multiples fois souligné que l'incertitude dans laquelle se trouvent les municipalités sur ce point explique, pour partie, l'absence de généralisation de la pratique[2887]. Si le rapport MACHELON préconisait, en 2006, quelques aménagements marginaux des textes[2888], les recommandations des sénateurs Jean-Pierre SUEUR et Jean-René LECERF, préparant la réforme de 2008 étaient on ne peut plus attentistes :

> *« vos rapporteurs ne préconisent* […] *pas de modification de la législation, le respect des recommandations édictées dans les circulaires de 1975 et de 1991 leur semblant, d'une part, favoriser le règlement de cette question, d'autre part, limiter les risques contentieux. Ils pensent que seul un approfondissement du dialogue avec les maires doit permettre d'apporter une réponse à ces questions* »[2889].

Malgré quelques tentatives, la question de la « légalisation » des carrés confessionnels a d'ailleurs été soigneusement évitée lors de la loi de 2008[2890]. Face à ce relatif immobilisme des autorités, les populations ont développé des modes alternatifs de gestion des funérailles.

683. Le coût caché de la neutralité. Sans évoquer la possibilité, coûteuse, qui pourrait consister, afin de choisir l'orientation de sa sépulture, à acheter une large concession et à y

---

[2882] Circ. n° 75-603 du 28 nov. 1975, BO Minist. Intér., n° 12, déc. 1975, p. 275.
[2883] Dans ce sens St. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA,* 2007, p. 1968.
[2884] Circ. n° 91-30 du 14 févr. 1991 : v. HAUT CONSEIL à l'INTÉGRATION, *Les conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, La Documentation française, mars 1992, p. 165-168.
[2885] Circ. min. Int., 19 févr. 2008 : *JCP A.* 2008, act. 196 ; *JCP G.* 2008, act. 149.
[2886] Pour une étude de ces textes v. A. AGGOUN, « Les carrés musulmans en France : espaces religieux, espaces d'intégration », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, p. 180 et s.
[2887] O. GUILLAUMONT, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A.* 2004, 1799 ; X. LABBÉE, « L'affaire du cimetière musulman », *JCP A.* 2008, act. 415 ; D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT,* 2012, p. 298.
[2888] MINISTÈRE de l'INTÉRIEUR, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics,* J.-P. MACHELON, sept. 2006, La documentation française, p. 59 et s.
[2889] SÉNAT, *rapport d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, J.-P. SUEUR et J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 31 mai 2006, n° 372, p. 92. Dans un sens un peu similaire bien que plus ouvert v. DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire*, oct. 2012, p. 28 et s.
[2890] *Supra* n° 348.

placer le corps dans la direction voulue[2891] ou encore à acquérir un terrain apte à accueillir une sépulture privée[2892], il faut bien admettre que le flou entretenu du droit français contraint le plus souvent les personnes de confession musulmane à choisir entre renoncer à la quasi-totalité de leurs rituels d'inhumation ou exporter le corps dans un pays qui accepte ces pratiques. Outre l'incidence, déjà évoquée, de cette situation sur les objectifs d'intégration de populations étrangères et sur la liberté du culte – et la liberté des funérailles – de chacun, il faut souligner les conséquences de cet état du droit sur le secteur funéraire dans son entier.

Bien que l'ouverture à la concurrence du service des Pompes funèbres ait, semble-t-il, fait légèrement reculer le prix des transports internationaux des corps[2893], les frais afférents à une telle prestation restent importants[2894]. De nombreux auteurs constatent alors l'existence de « caisses de solidarité », ou de quêtes au sein des communautés[2895], permettant de prendre en charge ces frais. On retrouve ici le phénomène de gestion collective de l'exclusion publique rencontrée plusieurs fois dans une approche historique[2896]. Encourager indirectement de telles pratiques, qui se développent généralement hors de tout encadrement du droit des assurances, du droit de la consommation et du droit fiscal, n'est pas nécessairement pertinent. En un temps où le législateur tend à vouloir encadrer les contrats d'assurances-obsèques[2897] on peut également interroger la cohérence globale de l'orientation législative alors que de plus en plus d'établissements bancaires ou assurantiels proposent des contrats spécifiquement destinés aux personnes, en particulier de confession musulmane, souhaitant voir leur corps inhumé à l'étranger[2898] : la demande très importante de « rapatriements » conduit au développement de ce

[2891] Sur cette pratique en Suisse : M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit., p. 46.
[2892] Art. L. 2223-9 CGCT.
[2893] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.,* p. 116-117. Contrairement à l'ensemble des prestations : *supra* n° 659.
[2894] Sur les normes spécifiques établies pour le transport international des corps v. *Accords de Berlin sur le transport international des personnes décédées*, 1937 ; CONSEIL de l'EUROPE, *Accord de Strasbourg sur le transfert international des personnes décédées,* 26 déc. 1973, série des traités européens n° 80 (publication en France : décret n° 2000-1033 du 17 oct. 2000 : JORF n° 247 du 24 oct. 2000, p. 16954). Sur les difficultés posées par l'application des ces normes v. K. BLAIRON, « La circulation des personnes décédées dans l'Union européenne », in *La mort et le droit,* Br. PY (dir.), Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 59.
[2895] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.*, p. 120 et s. ; A. AGGOUN, *Les musulmans face à la mort en France*, *op. cit.*, p. 89 et s. ; Al. HUNTER, Retirement home ? France's migrant worker hostel and the dilemma of late-in-life return, *University of Edinburgh*, 2011, p. 266 et s. Pour le Québec : ; M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnements, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », art. cit., p. 133.
[2896] *Supra* n° 543 et 583, nbp 2769.
[2897] *Supra* n° 663.
[2898] Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort, op. cit.,* p. 121 et s. Al. HUNTER, Retirement home ? France's migrant worker hostel and the dilemma of late-in-life return, *University of Edinburgh*, 2011, p. 266 et s. On notera ici le paradoxe de la situation, souligné par ces auteurs : la conformité de pratiques visant à faire du profit grâce à la mort d'autrui aux normes de l'islam pouvant être interrogée.

qu'Atmane AGGOUN nomme un secteur économique « ethnique »[2899]. Ainsi, la neutralité apparente des cimetières communaux et le refus des autorités publiques de traiter cette question de façon harmonisée conduit à sortir certaines populations du parcours normal des funérailles de droit français et génère une économie funéraire parallèle. La prohibition de la création de cimetières privés – ou de l'extension des cimetières existants – interdit que cette collectivisation s'opère, par exemple, par le biais d'associations agréées à but non lucratif[2900]. Le problème est alors « privatisé » mais aussi gouverné par une logique de profits qui conditionne l'exercice de la liberté de conscience et de la liberté des funérailles à la fortune ou, du moins, à l'intégration dans un groupe à même de garantir une prise en charge collective nécessairement communautaire. Sauf, bien sûr, à être rattaché à une municipalité ayant fait le choix de carrés confessionnels : la distinction entre les personnes devient alors aussi une question géographique.

684. Laïcité et égalité des cultes : prétextes à une réglementation sélective. La prise en compte par le droit des demandes de distinction confessionnelle dans les cimetières participe du débat plus large de la définition et de l'application contemporaines du principe de laïcité[2901]. Sans rentrer de façon approfondie dans ce débat, on notera quelques différences entre le traitement de cette question et celui, par exemple, du port du voile islamique. Contrairement à l'interdiction générale qui a pu être constatée à propos du voile à l'école publique ou du voile intégral dans l'espace public, les autorités publiques adoptent, en pratique, une attitude plutôt conciliante à l'égard des pratiques funéraires. Si le législateur n'hésite pas à prescrire aux femmes leur tenue vestimentaire, les autorités publiques sont plus prudentes lorsqu'il s'agit de s'opposer frontalement aux rites mortuaires de familles en deuil.

Si le « risque communautariste » est parfois évoqué pour refuser une législation contraignante sur le partage confessionnel des cimetières[2902], il est relégué au second plan par rapport à la crainte d'une complexification excessive de la gestion des espaces publics pour les

[2899] A. AGGOUN, *Les musulmans face à la mort en France*, *op. cit.*, p. 129.
[2900] La communauté juive a un temps tenté d'acquérir collectivement des concessions « familiales » afin de s'assurer de concessions véritablement perpétuelles mais la légalité de la pratique a été contestée (P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France. XIX^e^-XX^e^ siècle*, coll. Histoire, Les belles lettres, 1999, p.122 et s). En effet, il semble admis qu'une concession ne puisse pas être acquise par une personne morale : D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT,* 2012, p. 298.
[2901] Sur la redéfinition de cette notion v. not. St. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby-Loup ou la nouvelle laïcité,* LGDJ, 2014.
[2902] A. AGGOUN, « Les carré musulmans en France : espaces religieux, espaces d'intégration », art. cit., p. 194. Pour une réflexion en Suisse, défavorable aux « regroupements » : S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes,* L'Harmattan, 2002, p. 43. X. LABBÉE invoque quant à lui le risque d'exciter la haine raciale : « L'affaire du cimetière musulman », *JCP A*. 2008, act. 415.

municipalités et, *in fine*, d'un risque d'« inégalité » entre confessions[2903]. Paradoxalement, il est également souligné que la situation actuelle crée des différences de traitements importantes entre les personnes auxquelles la loi donne droit à une sépulture dans un cimetière ayant prévu un carré confessionnel et les autres. Ce *statu quo* conduit à ce que les municipalités disposant de tels aménagements soient très sollicitées pour l'achat de « concessions confessionnelles » par des personnes étrangères à ces communes.

685. Face à ces contradictions, on comprend mal la réticence du législateur à insérer dans les textes ne serait-ce que la *possibilité* de carrés confessionnels ou, comme le suggérait la commission STASI, le principe de commissions municipales d'éthique funéraire pour débattre des difficultés éventuelles[2904]. De fait, le législateur n'hésite pas à imposer aux communes des contraintes organisationnelles importantes lorsqu'il l'estime nécessaire au respect des croyances de chacun. Ainsi la loi de 2008 a-t-elle imposé aux communes la création d'ossuaires afin de mettre fin à la dispersion totale des ossements lors de la reprise des tombes[2905]. Cette disposition, simplifiée par la loi de 2011[2906], impose de distinguer, au sein de cet ossuaire, les restes des personnes qui se sont opposées à la crémation. Présentée comme une disposition de « *conciliation* [d]*es principe de neutralité et liberté de conscience* »[2907] , la mesure vise à répondre à la fois à la préoccupation des religions juives et musulmanes pour la sépulture perpétuelle mais aussi, même si les rapports ne le disent pas explicitement, à la réticence des religions chrétiennes face à la crémation[2908]. On pourrait alors suggérer que la raison, politique,

[2903] SÉNAT, Rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2008-2009, séance du 3 déc. 2008, n° 119, p. 14, reprenant les constats de 2006.
[2904] À propos de l'usage des restes humains lors des exhumations : COMMISSION sur l'APPLICATION du PRINCIPE de LAÏCITÉ dans la RÉPUBLIQUE, *Rapport au président de la République*, 11 déc. 2003, p. 65.
[2905] Art. L. 2223-4 CGCT.
[2906] L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit **:** JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537. L'article 26 modifie l'article L2223-4 CGCT dont la rédaction passe de « *Le maire peut également faire procéder à la crémation des restes exhumés en l'absence d'opposition* connue, attestée ou présumée *du défunt* » à « *en l'absence d'opposition* connue ou attestée *du défunt* », nous soulignons. Pour un commentaire de cette évolution v. D. DUTRIEUX, « Simplification et amélioration de la qualité du droit : les apports à la législation funéraire », *JCP A*. 2011.2228, n° 24.
[2907] SÉNAT, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, J.-P. SUEUR et J.-R. LECERF, séance du 31 mai 2006, n° 372, p. 13.
[2908] Le rapport parlementaire de 2006 souligne que la crémation est admise par les religions catholique et protestante : SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 13 juin 2006, n° 386, p. 60. Pourtant, le Code de droit canonique dispose que « *L'Église recommande vivement que soit conservée la pieuse coutume d'ensevelir les corps des défunts ; cependant elle n'interdit pas l'incinération, à moins que celle-ci n'ait été choisie pour des raisons contraires à la doctrine chrétienne* » (canon 1176§3), les personnes faisant ce choix « mal fondé » étant assimilées à des apostats auxquels les funérailles ecclésiastiques doivent être refusées (canon 1183 § 1-2) ce qui, on l'admettra, constitue une acceptation plutôt nuancée. L'Église a récemment précisé sa doctrine sur la crémation, rejetant notamment la dispersion des cendres : CONGRÉGATION pour la DOCTRINE de la FOI, *Instruction* Ad resurgendum cum Christo *sur la sépulture des défunts et la conservation des cendres en cas d'incinération*, 15 août 2016. Disponible sur : http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20160815_ad-

de l'acceptation de la distinction faite dans l'ossuaire mais refusées lorsqu'il s'agit de carrés confessionnels n'est pas seulement dans le degré de difficulté organisationnelle mais surtout dans le fait que la seconde disposition concerne plusieurs confessions alors que l'orientation de la tombe ne concerne que l'islam[2909], religion à propos de laquelle on ne souhaite pas rouvrir le débat sur la laïcité. Le droit funéraire distingue bien, de fait, les pratiques funéraires selon leurs fondements religieux. Il en fait autant à propos d'usages marginaux des corps après la mort.

b) Traitement des cadavres et normalité : de quelques usages marginaux des corps

686. Confrontées à des pratiques funéraires marginales telle que la cryogénisation, les juridictions ont cherché à fonder juridiquement les restrictions de liberté qu'elles imposaient aux personnes. L'étude de cette démarche en révèle tout le caractère artificiel : il s'agit en réalité pour les juges de distinguer les « bons usages » des corps morts des autres. Cette attitude est déjà visible dans les deux affaires de cryogénisation qu'a connu le droit français **(i)** mais elle se révèle pleinement dans l'affaire *Our Body* où les juridictions furent bien en peine de refuser pour certains corps une pratique acquise pour d'autres **(ii)**.

i. Traitement des cadavres et liberté de conscience : l'exemple de la cryogénisation

687. Le refus de prendre explicitement en compte certaines pratiques religieuses dans le droit funéraire peut être fondé sur une conception particulière du principe de laïcité. Mais ce fondement trouve plus difficilement à s'appliquer en ce qui concerne la pratique de la cryogénisation, qui n'implique aucune intervention de l'État. Les rares affaires concernant ce mode de sépulture montrent que l'encadrement des funérailles est aussi une question de normalisation et d'unification des usages du corps mort.

resurgendum-cum-christo_fr.html#_ftnref4 [consulté le 13 nov. 2016].

[2909] Sur la souplesse de cette notion, pouvant être comprise de différentes façons dans le culte musulman v. M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », art. cit., p. 43.

Les juridictions françaises n'ont eu à connaître que deux affaires de cryogénisation[2910] mais celles-ci ont eu les honneurs de la doctrine. Les faits sont connus[2911] et il suffira de rappeler que dans la première affaire, les proches n'avaient invoqué à l'appui de leur demande que le fait que la cryogénisation n'était pas interdite par la législation[2912], alors que dans la seconde affaire, dans laquelle la cryogénisation était un projet longuement mûri du défunt, les arguments portaient à la fois sur la légalité du procédé et sur l'application à l'espèce tant du respect de la vie privée que de la liberté de conscience. Si aucun de ces arguments ne fut retenu par les juridictions, le raisonnement juridique tenu par les différents magistrats peina à convaincre : l'essentiel était sans doute ailleurs.

688. La cryogénisation n'est pas une inhumation : interpréter le silence des textes. La première question posée aux magistrats dans cette affaire était celle de la licéité de la cryogénisation au regard des dispositions du droit funéraire. Les premières juridictions firent sur ce point une réponse très laconique, considérant que la cryogénisation n'entrait pas dans le champ d'application des normes du Code général des collectivités territoriales[2913] ou encore que « *la conservation du corps d'une personne décédée par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation* »[2914]. Cette première approche fut contestée : il était difficile de considérer que le silence de la loi pouvait conduire à considérer la pratique comme

[2910] Ces deux affaires ont donné lieu à huit décisions. Dans l'affaire *Leroy* : TA Saint-Denis de la Réunion 21 oct. 1999, n°9900799 : *JCP G*. 2000.II.10287, note F. LEMAIRE. CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 99BX02454 : *JCP G.* 2001.I.336, n° 23, obs Chr. BYCK ; *AJDA* 2000, p. 958 et p. 896, obs. J.-L. REY ; *Dr. adm.* 2000, comm. 236, note N. EXPOSTA. CE 29 juill. 2002, n° 222180 : *D*. 2002, IR, 2583 ; *Droit et patrimoine*, 2002, n° 110, p. 85, note Gr. LOISEAU ; *JCP A*. 2002, 1072, note J. MOREAU. Dans l'affaire *Martinot* : TGI Saumur, ord. réf., 13 mars 2002 : *D*. 2002, IR, 1182 ; *LPA* 4 oct. 2002, p. 15, note B. ROLLAND ; *droit et patrimoine*, 2002, 105, obs. Gr. LOISEAU. TA Nantes, 5 sept. 2002, n° 0201396, 0201395, 0201394 et 0201756 : *JCP G*. 2003.II.10052, note S. DOUAY ; *AJDA* 2002, p. 724, note C. BIGOT. CA Angers, réf., 9 sept. 2002 : Juris-Data n° 2002-197010 ; *JCP G.* 2003.II.10052, note S. DOUAY. CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 02NT01704 : *AJDA* 2003, p. 1871 concl. J.-F. MILLET. CE 6 janv. 2006, n° 260307 : *Defrénois* 2006, p. 500, note H. POPU ; *D*. 2006, comm. 1875, note I. CORPART ; *AJDA* 2006, p. 757, note L. BURGORGUE-LARSEN ; *Dr. adm*. 2006, étude 13, note I. POIROT-MAZÈRES ; *RRJ*, 2007-3, p. 1587, note. Fr. DROMARD. V. aussi sur ces affaires : J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742 ; H. POPU, « Le respect des dernières volontés », *Defrénois*, 2005, n° 22, p. 1770 ; R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.* 2012, n° 355, p. 5.

[2911] Dans la première affaire (*Leroy*), les enfants d'une femme décédée réclamaient de pouvoir conserver son corps dans un système de cryogénisation situé à leur domicile. Il n'était pas allégué que la défunte eût spécifiquement choisi ce mode de sépulture. Dans la seconde affaire (*Martinot*) il était enjoint au fils d'un couple décédé de procéder à l'inhumation du corps de ses parents, conservés dans un système situé dans la crypte de la propriété familiale. La particularité des faits était que le corps de sa mère reposait là depuis déjà plusieurs années, son père, médecin fervent partisan de la méthode, ayant procédé lui-même à la cryogénisation de celui-ci. Il n'était pas contesté que le Dr. Martinot souhaitait vivement que son corps fasse l'objet du même traitement.

[2912] La protection de la Convention européenne des droits de l'Homme avait été invoquée trop tardivement pour que le moyen soit recevable : CE 29 juill. 2002, n° 222180, préc.

[2913] TA Saint-Denis de la Réunion 21 oct. 1999, n°9900799 : *JCP G*. 2000.II.10287, note F. LEMAIRE.

[2914] CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 99BX02454 : *JCP G.* 2001.I.336, n° 23, obs Chr. BYCK ; *AJDA,* 2000, p. 958 et p. 896, obs. J.-L. REY ; *Dr. adm.* 2000, comm. 236, note N. EXPOSTA.

« manifestement illégale »[2915]. C'est sans doute pourquoi les juges adoptèrent ensuite une argumentation plus complexe, interprétant la législation funéraire comme un tout cohérent[2916] et avançant notamment l'obligation légale de mise en bière des corps. Ces motivations furent provoquées par les parties elles-mêmes qui, dans l'affaire *Martinot*, présentèrent des moyens tendant à faire qualifier la cryogénisation de procédé de conservation au sens des articles R. 2213-2-2 et suivants du CGCT. Si le rejet de cette dernière demande ne fit pas de difficulté, la seule obligation de mise en bière pour l'enterrement ou la crémation pouvait-elle vraiment, en elle-même, conduire à considérer que tout autre mode de funérailles était illicite ?

689. Il n'est pas contestable que la législation funéraire, au temps de sa conception, n'envisageait pas la cryogénisation comme mode réaliste de conservation des corps[2917] mais, en ce sens, le silence du droit positif révélait plus l'imprévu que l'interdit[2918]. Le pouvoir réglementaire, avant même le début de cette affaire semblait cependant considérer que l'état du droit excluait bien la cryogénisation : dans une réponse ministérielle de 1994, il affirmait en effet que « *la réglementation des opérations funéraires interdit ce mode de conservation du corps, puisque le cercueil contenant le corps de la personne défunte doit être inhumé ou incinéré dans les six jours suivant le décès* »[2919]. L'argument de la mise en bière semble donc avoir été directement repris par les juridictions du pouvoir règlementaire, preuve que si l'intention initiale des rédacteurs était claire, les textes en eux-mêmes n'étaient sans doute pas si parlants.

Les exemples folkloriques furent invoqués pour contredire les affirmations généralistes des juridictions : les enfeus du sud de la France vinrent démontrer que la terre n'était pas la seule place des corps morts[2920]. Parmi les auteurs favorables à une lecture binaire des prévisions

---

[2915] V. par ex. F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287 ; N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236.

[2916] Sur les interprétations *a coherentia* en la matière v. *supra* n° 317.

[2917] Pour de nombreuses références artistiques démontrant que la cryogénisation est, de longue date, présente dans l'imaginaire collectif v. A.-Bl. CAIRE, « La cryogénisation. Entre science-fiction et science juridique », *RRJ*, 2011-4, p. 1954 et J. MICHEL, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 15-16.

[2918] Gr. LOISEAU, « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002, 110.

[2919] Rép. Minist. des affaires sociales, de la santé et de la ville, n°11071 : JOAN, 2 mai 1994, p. 2154.

[2920] Les enfeus sont des niches funéraires creusées dans un mur ou dans de la roche ; élément architectural connu dans les églises ils existent aussi traditionnellement dans certains cimetières de zones très sèches, où il est difficile de creuser la terre. Pour des invocations de cet exemple par la doctrine v. F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287 ; N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236 ; I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13 ; I. CORPART, « Feu la cryogénisation », *D.* 2006, p. 1875 ; J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de

de la loi (inhumation ou crémation), certains avancèrent alors que l'exclusion de la cryogénisation était moins explicite que semblaient l'affirmer les juridictions[2921] et devait en réalité s'entendre de *l'objectif* des textes, à savoir la disparition des corps[2922]. De l'évidence on passait déjà à l'interprétation téléologique. L'argumentation se compliqua encore lorsque les droits fondamentaux entrèrent en scène.

690. Cryogénisation et droits fondamentaux : des fondements imprécis. L'application des droits fondamentaux à l'appréciation de la légalité de la cryogénisation ne fut sollicitée que dans l'affaire *Martinot*, même si les auteurs regrettèrent qu'elle n'ait pas été invoquée dans l'affaire *Leroy*[2923]. Deux fondements furent avancés : le droit au respect de la vie privée et familiale et la liberté de conscience. Nous avons déjà souligné que la question de la titularité de ces droits ne fut pas clairement abordée dans ces affaires[2924]. La véritable interrogation n'est donc pas tant dans la *cohérence catégorielle* du droit mais plutôt dans les arguments avancés par les juridictions pour justifier ce qui devait s'analyser comme des atteintes aux droits invoqués.

691. L'application du droit au respect de la vie familiale fut contestée par certains, qui refusèrent de l'appliquer à une situation où la *relation* restait insaisissable[2925]. Mais on admit, avec les magistrats, que le droit au respect de la vie privée trouvait sûrement à s'appliquer à l'espèce, tant la Cour européenne en fait une interprétation large. Pourtant, si la Commission des droits de l'Homme avait, il est vrai, appliqué cette notion dans une affaire de choix de lieu de sépulture[2926], la Cour avait, dès 2001, admis l'application du droit au respect de la vie

---

l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742 ; R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.* 2012, n° 355, p. 5.

[2921] Le commissaire du Gouvernement J.-Fr. MILLET l'affirmait dans ses conclusions : « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA,* 2003, p. 1871.

[2922] Gr. LOISEAU, « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002.110 ; S. DOUAY, « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G.* 2003.II.10052.

[2923] *RJPF,* 2002, 12 ; J.-L. REY, « La conservation d'un corps par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation pouvant être autorisée dans une propriété privée » ; *AJDA,* 2000, p. 896. *Contra,* considérant que la liberté des funérailles n'est évidemment pas une liberté publique : J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742.

[2924] Les formulations adoptées suggéraient que l'on était bien ici dans l'appréciation des atteintes portées aux droits *du défunt,* mais ne permettaient pas l'affirmer clairement : les proches étant présents dans les deux cas, ils pouvaient être, sans conséquences sur la décision, désignés comme titulaires de ces droits : v. *supra* n° 224. V. dans ce sens S. DOUAY, « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G.* 2003.II.10052.

[2925] J.-Fr. MILLET, « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA,* 2003, p. 1871 ; I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13.

[2926] Comm. EDH, 10 mars 1981, *X c. RFA*, n° 8741/79 : *Décisions et Rapports*, n° 24, p. 137.

familiale dans une affaire concernant un corps mort[2927]. La question ne semblait donc pas déterminante[2928].

692. Second problème : l'application à l'espèce de la liberté de conscience. Deux positions s'affrontaient ici. La première, adoptée par la Cour administrative d'appel, déniait à la cryogénisation toute prétention à entrer dans le champ d'application de l'article 9 de la Convention. Cette position avait pour elle la décision de la Commission de Strasbourg qui avait, vingt-deux ans plus tôt, refusé la protection de la liberté de conscience à la volonté de voir ses cendres dispersées dans son jardin[2929]. Cette affaire fut l'occasion de revenir sur la conception extrêmement restrictive de la liberté de conscience adoptée par la Cour, pour qui les « convictions » protégées sont « *des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »[2930]. Si cette condition aurait difficilement été remplie dans l'affaire *Leroy,* dans laquelle la défunte n'avait pas exprimé de conviction particulière à propos de la cryogénisation[2931], il était malaisé, comme l'a pourtant fait la Cour administrative d'appel, de dénier ce caractère aux convictions de Raymond MARTINOT qui avait manifesté toute sa vie sa confiance en cette méthode. Si certains auteurs déniaient à cette démarche tout caractère « sérieux » ou « important »[2932] nous serions tentée, avec Frédéric DROMARD, d'interroger cette position « *à cause du caractère extrêmement vague et subjectif de chacune des deux catégories de conviction qu'elle engendre.* »[2933]. On pourrait en effet légitimement se demander en quoi être persuadé de la possibilité future d'une « réanimation » des corps morts est moins « sérieux » ou « cohérent » que la conviction qu'être inhumé plutôt qu'incinéré assure plus sûrement une résurrection des chairs au jour du Jugement dernier ou que la crémation permet plus efficacement une élévation de l'âme vers un paradis céleste. Le Conseil d'État a, semble-t-il, adhéré à cette position en acceptant l'application de l'article 9 à l'espèce. Restait

---

[2927] Cour EDH 30 oct. 2001, *Pannullo et Forte c. France*, req. n° 37794/97, § 35 : A. DEBET, *Cahiers du Credho*, 2002, n° 8, p. 153.

[2928] La distinction entre ces deux notions en ce qui concerne des relations *post mortem* fut de toute façon balayée, quelques jours après l'épilogue de l'affaire *Martinot*, par la décision Cour EDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède*, req. n° 61564/00 dans laquelle il fut affirmé : « *il n'est pas nécessaire de déterminer si un tel refus se rapporte à la notion de vie privée ou à la notion de vie familiale, telles qu'énoncées à l'article 8 de la Convention, mais partir de l'hypothèse qu'il y a eu ingérence au regard de l'article 8 § 1* » (§ 24).

[2929] Comm. EDH, 10 mars 1981, *X c. RFA*, n°8741/79 : *Décisions et Rapports*, n° 24, p. 137.

[2930] Cour EDH, 25 févr. 1982, *Campbell et Cosans c. RU,* req. n° 7511/76 et 7743/76, §36.

[2931] F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287.

[2932] J.-Fr. MILLET, « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA,* 2003, p. 1871 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA,* 2006, p. 757.

[2933] Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1592.

alors à justifier que l'application de ces deux droits fondamentaux ne permettait pas d'accéder à la cryogénisation.

693. Cryogénisation et droits fondamentaux : des limites contestables. Deux raisonnements étaient ici possibles : soit le refus de la cryogénisation ne constituait pas une ingérence dans les droits invoqués, soit l'ingérence était, en l'espèce, justifiée.

En ce qui concerne l'application de l'article 8, certains, s'appuyant toujours sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, considérèrent que l'interdiction de la cryogénisation ne constituait pas une ingérence dans la mesure où, comme l'avaient avancé les juges de Strasbourg, d'autres possibilités de funérailles étaient offertes par le droit[2934]. Or, si cet argument aurait éventuellement pu valoir en application du seul article 8 CEDH, il ne pouvait évidemment pas trouver à s'appliquer si l'on acceptait l'application de l'article 9[2935]. Les juridictions ayant connu de l'application de la convention à l'espèce ont donc plutôt cherché à démontrer le caractère justifié de l'atteinte portée aux droits en cause.

Le Tribunal administratif de Nantes énonça dans un premier temps que même si une atteinte à l'article 8 pouvait être avancée[2936], celle-ci était prévue par la loi, justifiée par l'ordre et la santé publics et proportionnée[2937]. La Cour administrative considéra quant à elle ces atteintes justifiées « *par les nécessités de la sécurité et de l'ordre public et par la protection des défunts* ». Quant au Conseil d'État, il affirma que tant l'article 8 que l'article 9 pouvaient connaître des restrictions, en l'occurrence proportionnées et liées « *à la santé publique et aux usages* ». Ces arguments n'étaient pas sans prêter le flanc à la critique.

694. Passons sur le fait, déjà souligné, qu'estimer que la restriction était prévue par la loi procédait déjà d'une lecture contestable des textes[2938]. Évoquons sans insister que l'affirmation selon laquelle l'atteinte était proportionnée ne faisait pas l'objet d'un contrôle de proportionnalité très approfondi, mais arrêtons-nous sur les fondements de l'ingérence qui furent abondamment contestés par la doctrine. La *salubrité* voire la *santé publique* tout d'abord,

---

[2934] Gr. LOISEAU, « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002, 110 ; J.-Fr. MILLET, « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA,* 2003, p. 1871.

[2935] Le fait que le droit offre des possibilités d'expression de ses convictions étrangères auxdites convictions ne saurait évidemment pas être analysé comme ne portant pas atteinte à la liberté de conscience. Raison pour laquelle la Commission avait d'ailleurs écarté l'article 9 dans l'affaire en cause et ne s'était pas engagée dans la démonstration de l'absence d'atteinte (même si la décision soulignait que le requérant n'était pas contraint d'apposer sur sa tombe des symboles religieux) : Comm. EDH, 10 mars 1981, *X c. RFA*, n° 8741/79 : *Décisions et Rapports*, n° 24, p. 137.

[2936] Selon le Tribunal les requérants n'en démontraient pas la nature.

[2937] L'application du contrôle de proportionnalité avait déjà été suggérée par N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236.

[2938] *Supra* n° 688.

semblaient des bases bien fragiles[2939]. Par définition, la cryogénisation empêchant toute putréfaction des corps, le risque sanitaire était minime[2940]. On souligna même le paradoxe : si risque il y avait, il venait surtout de la clandestinité plus ou moins imposée à la pratique, qui empêchait son encadrement[2941]. *L'ordre public,* ensuite, semblait difficilement invocable[2942], le « trouble » public ayant été provoqué par l'intervention « perturbatrice » des autorités publiques alors que Mme MARTINOT[2943] reposait déjà, sans scandale, depuis 1984 dans la crypte du château familial[2944].

Deux auteurs ont justement rapproché cette affaire de celle qui avait vu l'interdiction de l'inhumation d'un chien dans un cimetière communal. Pierre ESMEIN avait en effet écrit, à propos de cette décision :

> *« Les juristes comme les théologiens, qui ont besoin d'une autorité pour appuyer leur opinion, n'hésitent pas à la trouver dans un texte qui ne la recèle que parce qu'ils la mettent eux-mêmes, ce qui les dispense d'énoncer leurs vraies raisons de décider.* [...] *La raison de décider est le sentiment que la présence dans un cimetière du corps d'un chien est une insulte à la dignité des morts* »[2945].

Ne restait plus, en réalité, que l'ordre public immatériel. Le parallèle qu'effectue Robert HANICOTTE avec l'affaire *Our Body* semble alors tout à fait pertinent[2946] : on n'osait dire explicitement que la décision était avant tout fondée sur un argument moral[2947] ; sur une hiérarchisation implicite de ce qui constitue de bonnes et de mauvaises pratiques funéraires.

[2939] F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287 ; N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236 ; Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1595 ; Gr. LOISEAU, « Le cadavre et la loi », *droit et patrimoine*, 2002, 105.

[2940] Le préfet l'admettait lui-même dans l'affaire *Martinot* : v. CA Angers, réf., 9 sept. 2002 : Juris-Data n° 2002-197010 ; *JCP G.* 2003.II.10052, note S. DOUAY.

[2941] I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13.

[2942] Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1595.

[2943] En réalité Mme *Leroy* de son nom patronymique, curieuse coïncidence.

[2944] Quant à la réglementation funéraire sur l'inhumation privée elle n'était pas en cause, Raymond MARTINOT ayant obtenu une autorisation préfectorale d'inhumation en terrain privé. Ce point avait été soulevé par le commissaire du Gouvernement dans la première décision *Leroy* mais F. LEMAIRE soulignait dans son commentaire l'incohérence du raisonnement qui confondait la réglementation de l'inhumation en terrain privé et la réglementation d'implantation des cimetières communaux : « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287.

[2945] P. EIMEIN, *D.* 1963, jur. 459, note sous CE 17 avr. 1963.

[2946] R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.* 2012, n° 355, p. 5.

[2947] Dans ce sens : V. ORTET, « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 172.

695. Le fondement de l'interdiction : la normalité. Avant même que le Conseil d'État n'évoque, dans sa motivation, la notion d'« usages », plusieurs auteurs avaient souligné, à propos des premières décisions *Martinot*[2948]*,* le rôle qu'auraient pu jouer, ou que jouaient implicitement, les notions de dignité[2949], voire de décence et de moralité publique[2950] dans l'interdiction de la cryogénisation. Cependant, contrairement à ce qui fut fait dans l'affaire *Our Body*, il était difficile d'invoquer ici un manque de respect à l'égard des défunts, l'indécence du regard porté sur les corps ou l'immoralité de la finalité de la demande : il n'était pas contestable que l'affaire était portée par des personnes respectueuses de leurs parents, ou du moins de leurs convictions, et que la vision des corps serait réduite à un cercle très confidentiel[2951]. Comme le note Frédéric DROMARD :

> *« nous serions tenté de présumer, faute de preuves formelles, que la référence aux usages recèle avant tout une dimension morale, en ce sens qu'elle légitimerait le choix de fixer à deux seulement les modes de sépulture autorisés. Par ce biais, le Conseil a peut-être voulu suggérer que, loin d'avoir agi arbitrairement, les pouvoirs publics ont enregistré les pratiques sociales en ce domaine* »[2952].

En plus de renvoyer à la marge d'appréciation autorisée par la Cour européenne des droits de l'Homme[2953], l'invocation des « usages » du Conseil d'État révèle qu'au-delà de la protection *des défunts* ou *du public* c'est bien la sauvegarde d'une certaine conception de la mort qui justifie implicitement la prohibition de la cryogénisation[2954]. Jérôme MICHEL le souligne ainsi : « *cette décision ne peut en réalité être comprise qu'au regard de la civilisation occidentale et de son rapport historique à la mort* »[2955].

[2948] La question ne fut pas abordée à propos de l'affaire *Leroy*, les commentaires se concentrant sur la pertinence qu'il y aurait eu à invoquer les droits fondamentaux au soutien de la demande.

[2949] I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 24. Déjà dans l'affaire *Leroy* : F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287.

[2950] Notant le glissement implicite de l'ordre et de la santé publics à la décence et à la moralité : S. DOUAY, « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G.* 2003.II.10052. Approuvant ce mouvement et souhaitant qu'il soit explicité : H. POPU, « La conservation d'un défunt par cryogénisation (suite) », *Defrénois*, 2006, n° 6, p. 500.

[2951] Dans ce sens, considérant qu'il n'y a ici pas d'atteinte à la « pudeur du respect de soi » : I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 25.

[2952] Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1594.

[2953] V. *infra* n° 829.

[2954] Gr. LOISEAU suggérait déjà à propos de l'affaire *Leroy* : « *le regard de la loi, en la matière, ne se porte sans doute que sur ce qui est culturellement pratiqué dans une société* » : « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002, 110.

[2955] J. MICHEL, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 59.

696. Le non-dit : appréciation des fondements idéologiques de la cryogénisation. Un certain nombre de commentaires de ces décisions portent sur la demande de cryogénisation un jugement moral sévère qui la renvoie à l'expression d'un « individualisme forcené »[2956], à l'idée d'un refus de la mort et, donc, de la condition humaine[2957]. Ce jugement vient, semble-t-il, de ce que notre droit funéraire est perçu comme héritier d'une tradition d'inspiration religieuse et comme rempart contre une conception dangereuse de la liberté. Le retour à la poussière, référence biblique par excellence, était ainsi invoqué par le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions sur la toute première décision[2958], mais aussi dans certains commentaires[2959]. À travers une vision, sans doute largement romancée, d'une période perdue où l'homme acceptait sa mort[2960], c'est le spectre de la liberté-reine et du trans-humanisme[2961] qu'invoquent certains commentaires[2962]. Isabelle POIROT-MAZÈRES considère ainsi que le refus de l'« immortalité » promise par la cryogénisation relève de la responsabilité de chacun envers les générations futures. Invoquant au soutien de son analyse Hans JONAS et Hannah HARENDT, elle affirme que le « *droit est là pour* » rappeler à l'homme sa condition de mortel, nécessaire à la sauvegarde d'une vie vraiment humaine[2963]. Vision partagée par Jérôme MICHEL qui approuve la décision au nom de la « *fonction anthropologique du droit* »[2964]. On perçoit une vision du droit tournée vers la sauvegarde d'un ordre considéré comme immuable et l'on n'est pas loin de trouver ici l'expression d'une « néo-laïcité » où le droit devrait prohiber toute

[2956] I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 2.
[2957] *Ibid.*, n° 28 ; J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742 (« *même si l'homme n'a eu de cesse de déplorer sa condition de mortel* »).
[2958] Ce point est évoqué par F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287.
[2959] Gr. LOISEAU, « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002, 110 et « Le cadavre et la loi », *droit et patrimoine*, 2002, 105 ; I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 1.
[2960] Que la mort n'ait pas toujours eu la même place dans notre société est indéniable. Qu'il ait existé une période où l'homme acceptait sans regret sa mortalité est une idée davantage sujette à caution : la religion n'était-elle pas alors la version spirituelle de la cryogénisation ? Pour un exemple de vision assez caricaturale de l'évolution du rapport à la mort v. Chr. DUGAS de la BOISSONNY, « Quelques réflexions sur la perception de la mort du Moyen Âge à nos jours », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 115.
[2961] Pour un aperçu de ces positions mais ne concernant pas la cryogénisation : M.-A. HERMITTE, « De la question de la race à celle de l'espèce. Analyse juridique du transhumanisme », in *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine,* G. CANSELIER et S. DESMOULIN-CANSELIER (dir.), Société de législation comparée, 2011, p. 155.
[2962] Pour de longs développements sur ce point : J. MICHEL, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 62 et s.
[2963] I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 27 et s.
[2964] J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742.

manifestation de ce qui est présenté comme un nouveau culte. L'argument de la *pente glissante* est ainsi suggéré[2965] : si chacun voulait aujourd'hui se faire congeler, quel serait alors l'avenir de l'humanité[2966] ? La cryogénie n'est alors qu'un prétexte pour ces auteurs car, à bien les lire, c'est *l'immortalité* qui *doit* être prohibée par le droit. Le raisonnement serait-il le même pour un médicament miracle qui supprimerait la mort ?

Il n'est pas certain que le Conseil d'État ait voulu aller jusque-là. En contournant en quelque sorte la question posée[2967] et en évoquant sobrement « les usages » là où il eût été facile d'en appeler à la dignité humaine, la Haute juridiction a peut-être simplement voulu ne pas s'engager dans une voie qu'elle savait n'avoir pas été prévue par le législateur[2968]. Mais alors l'attitude la plus neutre eût peut-être été de le laisser intervenir, laissant le couple MARTINOT passer à travers les mailles de la jurisprudence (ce que le hasard des coupures électriques, comme on le sait, n'a de toute façon pas permis). Une telle intervention législative, si elle voulait échapper au jugement moral sur le trans-humanisme, aurait pu utilement invoquer une autre donnée de cette pratique : la question de l'égalité.

697. L'autre question possible : l'égalité entre les personnes. Un aspect de la cryogénie était évoqué par certains auteurs de façon incidente : son coût[2969]. Sans même évoquer le coût que doit représenter l'installation d'une structure « individuelle » de cryogénie, une recherche rapide des tarifs pratiqués à l'étranger apprend que faire conserver son corps par des structures privées coûte entre 28 000 et 36 000 dollars américains[2970], hors frais de transport[2971]. Le

[2965] La cryogénisation « *pourrait devenir un problème de société* » : J. MOREAU, « Le préfet ne peut que refuser l'autorisation de conserver, par cryogénisation, une personne défunte sur une propriété privée », *JCP A.* 2002.1072.
[2966] Quelques auteurs soulignèrent cependant que cette hypothèse était encore loin d'être une réalité : N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236 ; « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *droit et patrimoine*, 2002, 110 ; I. CORPART, « Feu la cryogénisation », *D.* 2006, p. 1875.
[2967] Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1597.
[2968] Sur les difficultés juridiques que pourrait poser la cryogénisation v. not. A.-Bl. CAIRE, « La cryogénisation. Entre science-fiction et science juridique », *RRJ*, 2011-4, p. 1953.
[2969] N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriétés particulières ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236 ; I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13, n° 2.
[2970] La société américaine *Cryonics* propose deux offres : une adhésion « à vie » à 1250$ qui ouvre ensuite à un prix de 28 000$ pour l'opération finale ou une adhésion « annuelle » de 75 $ plus 120$ annuels mais pour laquelle le prix final est de 35 000$ (http://www.cryonics.org/about-us/faqs [consulté le 13 nov. 2016]). La société russe *Kriorus* propose un prix unique de 36 000$ (http://www.kriorus.com/en/Human-cryopreservation [consulté le 13 nov. 2016]).
[2971] V. Annexe 4. Comme beaucoup de contrat, celui-ci recèle des « coûts cachés ». Ainsi aucune des deux sociétés ne prend en charge les premiers soins sur le corps ou son transport (pour la société *Kriorus* le transport n'est pris en charge qu'à l'intérieur de Moscou v. art. 3.2.2 du contrat annexé). Mais il est possible de réaliser de substantielles économies en ne faisant conserver que sa tête (ce qui n'est proposé que par *Kriorus* pour un prix de 18 000$) !

versement de la somme par le biais d'une assurance-vie étant bien sûr toujours possible[2972]. En résumé, comme le souligne Anne-Blandine CAIRE « *source potentielle d'immortalité,* [la cryogénisation] *peut se monnayer, constituer une entreprise lucrative et devenir un enjeu de pouvoir dans une société capitaliste et libérale* »[2973]. Aux riches l'immortalité, aux pauvres la vieillesse et la mort, aux propriétaires des cuves d'azote liquide la fortune et le pouvoir : rien de plus, finalement, qu'une version accentuée de nos sociétés libérales[2974].

Or, si la cryogénie est vraiment l'avenir de la médecine, au sens d'une méthode ultime de lutte contre la mort, pourquoi ne pas l'envisager comme nous considérons l'accès aux soins en général ? Le fondement le plus sûr de l'interdiction – actuelle – de cette méthode n'est-il pas qu'à défaut d'accepter de la financer (ou de pouvoir la financer) pour chacun nous pourrions la refuser pour tous ? Refuser que la fortune puisse déterminer l'accès à la vie est en effet, sinon une réalité, du moins un objectif du droit de la santé[2975]. Par ailleurs, un recours privé à la pratique ne pourrait-il pas – à condition qu'on accepte de se pencher sérieusement sur le problème – être interdit au nom d'un principe de précaution ? La viabilité de la méthode et ses conséquences sur les, peut-être, futurs ressuscités, mais surtout sur l'environnement tout entier, étant finalement mal connues[2976]. La problématique de la cryogénisation rappelle celle de l'accès à la procréation médicalement assistée : jusqu'où rembourser ? Sur quel fondement interdire à certains ? Doit-on autoriser un accès payant à ceux et celles qui n'entrent pas dans les conditions légales ? Quel fondement pour interdire le recours à la pratique à l'étranger ?

Une nouvelle affaire pourrait ainsi ressurgir si une personne demandait à faire effectuer, en France, des soins sur son cadavre immédiatement après sa mort afin qu'il soit cryogénisé à

[2972] Un système d'assurance-vie d'ailleurs pratiqué parfois en France pour financer le don de son corps à la science : L. GUYON, « Donner son corps à la médecine, un casse-tête », *La Charente Libre,* 21 mars 2013. Disponible sur : http://www.charentelibre.fr/2013/03/21/indispensable-pour-les-etudiants-et-la-recherchedonner-son-corps-un-casse-tetele-don-du-corps-a-la-science-necessite-l-autorisation-formelle-du-donneur-celui-ci-doit-etre-majeur-et-faire-connaitre-sa-decision-par-un-acte-tes,1825768.php. [consulté le 13 nov. 2016]. Sur cette pratique v. *Supra* n° 639.

[2973] A.-Bl. CAIRE, « La cryogénisation. Entre science-fiction et science juridique », *RRJ*, 2011-4, p. 1954.

[2974] Les écarts d'espérance de vie entre cadres et ouvriers restent très importants (plus de onze ans d'espérance de vie supplémentaire à 35 ans) et ne reculent pas depuis vingt-cinq ans : N. BLANPAIN, « L'espérance de vie s'accroît, les inégalités sociales demeurent », *Insee Première,* n°1372, oct. 2011.

[2975] Art. 1110-1 et 1110-3 CSP.

[2976] R. BARJAVEL, envisageant la découverte d'un « vaccin d'immortalité », écrit ainsi : « *Ou bien les gens au pouvoir, arguant du danger de donner l'immortalité à tout le monde, restreindraient ou interdiraient l'emploi du vaccin, c'est-à-dire se le réserveraient. Alors s'instituerait une effrayante inégalité, celle de la vie et de la mort, qui susciterait les plus sanglante révolutions. Ou bien, au nom de l'égalité et de la justice, l'humanité entière serait vaccinée en quelques années et, la non-mortalité des adultes s'ajoutant à la non-mortalité infantile, la densité de la population devriendrait telle que la mort prendrait abominablement sa revanche par la famine, l'assassinat des vieillards et des enfants, l'empoisonnement général par les déchets, et l'asphyxie* » : *Le grand secret,* Pocket-Presses de la cité, 1973, p. 157.

l'étranger[2977]. Comment se fonder sur les « usages » si la personne possède la nationalité d'un pays qui en autorise la pratique ? L'ordre public international devrait-il alors être invoqué ? Faudra-t-il considérer la cryogénie comme un traitement inhumain et dégradant interdisant à la France d'autoriser le départ du corps vers un pays où il pourrait le subir ? Au nom de la dignité, pourrait-on alors faire obstacle à la libre circulation d'une personne de nationalité française souhaitant aller mourir dans un pays permettant la conservation de son corps ? Les questions, on le voit, sont sans limites, et ne peuvent se régler simplement en invoquant le « rôle structurant » du droit face à un « postmodernisme destructeur ». Du moins, ce n'est pas plus aux juristes qu'à tout autre citoyen, et ultimement au pouvoir législatif, qu'appartiennent les réponses. C'est à cet aspect hautement politique de l'usage des corps morts que se sont confrontés les juridictions et les juristes, dans l'affaire *Our Body*.

ii. L'exposition de « corps contemporains » : au-delà de la systématisation du raisonnement judiciaire

698. L'affaire *Our Body*[2978] a défrayé la chronique juridique qui y a trouvé une occasion inespérée de réflexion sur les nouvelles dispositions introduites dans le Code civil en 2008, sur la qualification du corps mort et sur son régime. Chacun trouvait des sources de satisfaction : le sacré trouvait un nouveau souffle dans la décision du TGI de Paris et de la Cour de cassation[2979] ; la dignité devenait l'outil de l'opposition à la position de la Cour d'appel qui s'était principalement fondée sur le défaut de consentement des « plastinés »[2980] ; l'extracommercialité devenait le rempart contre un libéralisme corporel exacerbé. Était-il pour

[2977] La question pourrait bien se poser, l'entreprise américaine *Cryonics* revendiquant huit membres français : http://www.cryonics.org/ci-landing/member-statistics/ [consulté le 13 nov. 2016]. Il faudrait envisager la conformité du transport du corps avec les accords internationaux en la matière (*Accords de Berlin sur le transport international des personnes décédées*, 1937 ; CONSEIL de l'EUROPE, *Accord de Strasbourg sur le transfert international des personnes décédées,* 26 déc. 1973, série des traités européens n° 80) qui ne précisent cependant que l'épaisseur et le mode de fermeture du cercueil.

[2978] TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009 : *D.* 2009, p. 1192, note X. LABBÉE ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *AJDA* 2009. 797 ; *JCP G.* 2009, Actu. 225. CA Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315 : JurisData n° 2009-002649 ; *JCP G.* 2009, note 12, Gr. LOISEAU ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *D.* 2009. Jur. 2019, note B. EDELMAN ; *D.* 2010. pan. 604, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. BIOY ; *LPA* 23 nov. 2009, X. DAVERAT ; *Gaz Pal.* 2009, n°148, p. 2, note E. PIERROUX. Civ. 1re 16 sept. 2010, n° 09-67456 : *D.* 2010 2145, F. ROME ; *D.* 2012. 2750, obs. C. LE DOUARON ; *D.* 2010. 2750, note Gr. LOISEAU ; *D.* 2010.2754, note B. EDELMAN ; *RTD civ.* 2010.760, note J. HAUSER ; *JCP G.* 2010, note 1239, B. MARRION ; *L'essentiel pers. fam.* 2010, n° 9, p. 2, obs. Th. DOUVILLE ; *RLDI,* 2011, n° 68, act, note J. ANTIPPAS.

[2979] X. LABBÉE, « Interdiction de l'exposition "*Our Body*, à corps ouvert" », *D.* 2009, p. 1192. Évoquant la notion sans la promouvoir : Gr. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G.* 2009, n° 25, note 12 et « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750 ; F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145.

[2980] M. LAMARCHE, « De la Vénus hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37.

autant pertinent de faire de ces décisions une lecture exégétique ? Une approche réaliste permet d'en douter : on ne peut sans doute pas tirer de généralités à partir de ces décisions, profondément liées aux faits de l'espèce. Sauf peut-être que tant les juridictions que la doctrine sont bien mal à l'aise dès qu'il s'agit de refuser à certains ce que l'on admet comme normal pour d'autres.

699. Les fondements de l'interdiction : l'introuvable motivation idéale. Pour comprendre les motivations successives dans cette affaire il faut partir de l'objectif poursuivi : interdire l'exposition litigieuse sans remettre en cause l'exposition de restes humains effectuée dans les musées « traditionnels ». Partant de là, il fallait trouver la motivation adéquate : chaque juridiction s'y est essayée sans trouver de formulation incontestable.

Le juge de première instance fit feu de tout bois. Dans une prose lyrique[2981] il évoqua successivement : la « vocation » des corps morts (le cimetière ou la détention par personne morale de droit public), l'illicéité de la détention privée, la limitation de la prise en compte du consentement à la nécessité médicale, la nullité des conventions ayant pour objet la « marchandisation » du corps, l'absence de dimension artistique ou scientifique des pièces et l'absence d'« exception pédagogique » de la loi. Parmi tous ces arguments, il devait bien s'en trouver qui soient suffisants à justifier la décision. Globalement, la décision fut saluée par les commentateurs, qui se réjouirent de l'application des nouvelles dispositions de protection des cadavres et de l'apparition d'une forme d'ordre public *post mortem*. Cependant, si la solution et sa motivation étaient approuvées dans l'ensemble, chacun mit en évidence les incohérences qu'elles pouvaient présenter au regard de la réalité de l'usage du corps mort. La « vocation » du cadavre au cimetière était contestable, dans une certaine mesure au regard de l'autorisation de don du corps à la science[2982] mais surtout au regard de l'exposition culturelle et scientifique des restes humains. Or, contrairement à ce que sous-entendait la motivation, certaines de ces expositions n'étaient pas l'œuvre de personnes morales de droit public étant donné la diversité des structures culturelles en France, et notamment l'existence de musées privés[2983]. Ce constat, sans même qu'il soit besoin de s'interroger sur la possession des reliques ou les collections particulières, disqualifiait également la prétendue illicéité de la propriété privée de corps morts. L'argument de la limitation du consentement à l'atteinte au corps par la nécessité médicale ne

[2981] Argumentaire que l'on hésitera à considérer empreint de « rigueur et de clarté ». *Contra* M. LAMARCHE, « De la Vénus hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37.
[2982] Quoique, comme le souligne Gr. LOISEAU, les cendres de ces corps y finissent : « Des cadavres mais des hommes », *JCP G*. 2009, n° 25, note 12.
[2983] J. HAUSER, « La mort en ce jardin !», *RTD civ.* 2009, p. 501.

fut même pas commenté tant on sait à quel point d'autres hypothèses sont prévues par les textes[2984]. Si l'on souligna que la loi n'avait effectivement pas prévu d'« exception pédagogique » au respect du cadavre, on était bien embarrassé de dire qu'elle ne serait pas admise étant donné les dissections régulièrement pratiquées dans les universités. Enfin nul ne s'étendit sur l'appréciation de l'aspect artistique du projet, tant on sait que la définition de l'œuvre d'art est un sujet glissant[2985]. Restait, donc, la prohibition de la « marchandisation » du corps, que la Cour de cassation reprit à son compte comme unique argument, dans une formulation plus juridique de « commercialité » : l'usage commercial du cadavre serait donc contraire au respect qu'impose la loi. La doctrine se réjouit de ce retour au droit objectif après le détour qu'avait opéré la Cour d'appel par la question du consentement : conception libérale de l'usage du corps, porte ouverte à tous les abus, notamment à la cryogénisation du corps[2986].

700. Pourtant, l'argument de la commercialité de l'exposition n'était pas exempt de critiques, dont chacun avait conscience[2987]. Sans même remettre en cause l'activité de pompes funèbres qui, en pratiquant la thanatopraxie ou la crémation, font bien de l'exposition et de l'usage du cadavre une activité commerciale ; sans évoquer les droits de concessions et les taxes funéraires par lesquels la collectivité publique s'enrichit de la mort des particuliers, il serait bien audacieux de considérer que les musées qui exposent des restes humains, le font sans visée commerciale[2988] et ce, quelle que soit l'acception du terme[2989]. Certes, selon la définition du Conseil international des musées, un musée se définit par une activité sans but lucratif[2990] mais une conception plus large de la notion, couramment admise, englobe des structures privées dont certaines poursuivent un tel but[2991]. Certains établissements publics, exposant parfois des

---

[2984] Sur la dimension esthétique notamment v. J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016, n° 42 et s.
[2985] Sur ce point J. HAUSER, « La mort en ce jardin !», *RTD civ.* 2009, p. 501.
[2986] Gr. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G*. 2009, n° 25, note 12 ; B. MARRION, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », *JCP G*. 2010, p. 1239.
[2987] Pour une critique de la décision du TGI en ce sens C. LE DOUARON, « Exposition "Our Body" : confirmation de l'interdiction », *D.* 2010, p. 2750. Sur la décision de la Cour de cassation : J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de cadavres », *RLDI,* 2011, n° 68, act.
[2988] Sur le contre-exemple du musée Bargouin, ayant pris au pied de la lettre la décision de la Cour : G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 212.
[2989] Sur la distinction dans cette affaire entre le commerce et le profit : F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145.
[2990] « *Un musée est une institution permanente sans but lucratif au service de la société et de son développement, ouverte au public, qui acquiert, conserve, étudie, expose et transmet le patrimoine matériel et immatériel de l'humanité et de son environnement à des fins d'études, d'éducation et de délectation* » : art. 3 section 1, *Statuts de l'ICOM*, déc. 2007.
[2991] La Pinacothèque de Paris, structure commerciale privée placée récemment en redressement judiciaire en, est un exemple : S. CACHON, « Rien ne va plus à la Pinacothèque de Paris, placée en redressement judiciaire », *Télérama,* 28 nov. 2015. Disponible sur : http://www.telerama.fr/scenes/pinacotheque-de-paris-placee-en-

collections publiques, sont mêmes explicitement organisés en établissement public à caractère industriel et commercial[2992]. Quant à ceux qui sont organisés en établissements publics administratifs, leur objectif d'autonomie financière interdit de penser que l'exposition de pièces d'origine humaine ne participe pas à leur stratégie d'équilibre budgétaire, tant on sait à quel point ces objets attirent les publics. Que ces institutions mettent un soin particulier à la présentation de ces corps et à l'appareil de médiation culturelle qui les entoure ne fait pas de doute[2993], mais dire qu'elles ne recherchent pas là aussi une finalité pécuniaire serait naïf. Certains auteurs suggérèrent alors que ce qu'il fallait entendre ici était que la finalité *première* de l'exposition ne devait pas être commerciale[2994]. On en arrivait à une appréciation délicate de l'intention *réelle* de l'exposant : à quel niveau devrait-elle être appréciée ? Celui de l'établissement ? Des commissaires d'exposition et des conservateurs ? Par ailleurs, on souligna rapidement que cette position ne permettait pas d'interdire une même exposition si elle était gratuite[2995]. Dans cette hypothèse, des auteurs supposèrent que l'on devrait prendre en compte le consentement de la personne avant sa mort[2996] : la boucle était bouclée et l'on retombait sur le problème du consentement des momies. À la lecture de ces commentaires, une seule interrogation vient à l'esprit : mais que diable allait donc faire la doctrine dans cette galère ?

701. Interrogation sur la pertinence des interprétations doctrinales. Face à une affaire de ce type, la rigueur du raisonnement juridique atteint sans doute sa limite. Pense-t-on vraiment que la Cour d'appel de Paris, dans une logique du précédent, accueillerait une demande visant à la fin de l'exposition des écorchés de Fragonard[2997] ? La qualité et l'intérêt à agir des

---

redressement-judiciaire,134844.php [consulté le 13 nov. 2016].

[2992] La Cité des sciences et de l'industrie par exemple qui, si elle ne possède pas de collections « personnelles » peut tout à fait exposer des prêts issus de collections publiques. C'est d'ailleurs précisément cette institution qui avait sollicité le CCNE afin de recevoir un avis sur le possible accueil d'une exposition de corps plastinés (*Body Word*), preuve que le caractère d'EPIC n'est pas en soi incompatible avec une préoccupation éthique : *Cahiers du Comité consultatif national d'éthique*, n° 54/janv.-mars 2008 p. 52.

[2993] V. le dossier « Les restes humains au musée des Confluences », *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques n°3,* 2012 ou encore L. CADOT, « Les restes humains : une gageure pour les musées ? », *La Lettre de l'OCIM* [En ligne], 109/2007, mis en ligne le 17 mars 2011. Disponible sur : http://ocim.revues.org/800 [consulté le 13 nov. 2016].

[2994] Gr. LOISEAU, « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D*. 2010, p. 2750 ; B. MARRION, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », *JCP G*. 2010, p. 1239.

[2995] F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145. L'hypothèse ne serait pas aberrante : l'exposition *Our Body* était soutenue par l'organisation *Don de soi, don de vie*, en faveur du don d'organes : on pourrait dès lors parfaitement concevoir qu'une association du même type acquière un corps plastiné pour la promotion de sa cause.

[2996] B. MARRION, « Exposition Our Body : corps ouverts mais expo fermée ! », *JCP G*. 2010, p. 1239 ; Th. DOUVILLE, « "*Our Body*" au royaume de la Cour de cassation », *L'essentiel du droit des personnes et de la famille*, 2010, n° 9, p. 2. Dans le sens de deux conditions cumulatives : caractère scientifique de l'exposition et consentement *ante mortem* : J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de cadavres », *RLDI,* 2011, n° 68, act.

[2997] Que bien peu de gens étaient sans doute allés voir dans leur Musée de l'école vétérinaire de Maison Alfort mais que l'on s'empressa d'exhumer comme parfaites illustrations. Pour quelques images et explication à propos

demandeurs[2998] – que personne n'avait véritablement attaqués dans l'affaire *Our Body* – ne seraient alors pas contestés avec plus de force ? Si le critère de la commercialité est adéquat dans cette affaire ce n'est pas parce qu'il règle définitivement la question du régime des restes humains mais parce qu'il répond, socialement, à ce qui choquait une partie de l'opinion : le montant mirobolant des sommes en jeu ainsi que l'identité de l'organisateur et de sa société[2999]. Oui, ce critère, comme la kyrielle d'arguments avancés par le TGI, comprenaient une part, non explicitée par la Cour de cassation, de jugement moral sur l'exposition[3000]. Car c'était bien le *faisceau* de l'ensemble des éléments soulevés qui créait la suspicion sur cette exposition. Ce choix du jugement de valeur n'est pas nécessairement regrettable : il fait partie de la marge de manœuvre laissée aux juges par la loi, mais pourquoi alors ne pas viser explicitement l'ordre public ou les bonnes mœurs ? Peut-être parce qu'ainsi formulées les décisions se rapprochaient de la démarche qui avait été celle du CCNE dans son avis sur les expositions de restes humains : le raisonnement recevait alors l'onction éthique[3001].

702. Quant à l'argument du consentement utilisé par la Cour d'appel, on aurait pu avancer que, dans une certaine mesure, il répondait davantage à la question posée. Car c'est bien la question politique de la peine de mort, et, qui plus est, de la peine de mort en Chine, qui irrigue l'ensemble de cette affaire. Au prix d'une répartition particulière de la charge de la preuve[3002],

---

de ces œuvres v. http://musee.vet-alfort.fr/web/Musee_Fragonard/154-les-ecorches.php [consulté le 13 nov. 2016].

[2998] Dans la première affaire concernant la légalité de la cryogénisation, la section locale de la *Ligue des droits de l'Homme*, qui souhaitait faire une intervention volontaire, avait été empêchée d'agir, le tribunal ayant considéré qu'elle n'avait pas la personnalité juridique : TA Saint-Denis de la Réunion 21 oct. 1999, n°9900799 : *JCP G.* 2000.II.10287, note F. LEMAIRE.

[2999] L'organisateur de l'exposition en France, Pascal Bernardin et sa société, *Encore Events*, sont en effet plus connus pour leur organisation d'événements musicaux que d'expositions scientifiques : v. E. LAUNET, « La mort à profit », *Libération*, 14 mai 2009. Disponible sur : http://next.liberation.fr/culture/2009/05/14/la-morts-a-profit_557860 [consulté le 13 nov. 2016]. Pointant cette activité dans son commentaire de la décision de la Cour d'appel : B. EDELMAN, « Morts à crédits », *D*. 2009 p. 2019.

[3000] Sur l'idée du fondement de l'interdiction dans son caractère « choquant », renvoyant à la notion de dignité : J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de cadavres », *RLDI,* 2011, n° 68, act. Admettant la dimension morale de la décision, notamment au regard du caractère impersonnel de l'exposition : Gr. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G*. 2009, n° 25, note 12. Sur ce critère v. CCNE, Avis n° 111 *sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, 7 janv. 2010, p. 5. Dans le même sens, admettant la difficulté du critère de commercialité mais soulignant la façon dont les corps étaient exposés : J. HAUSER, « La mort en ce jardin : suite et fin », *RTD civ.* 2010, p. 760 ; admettant l'idée de refus du profit mais soulignant que le problème est essentiellement le mode d'exposition : F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145. Sur l'idée que l'interdiction était avant tout symbolique mais ne présentait pas forcément de cohérence avec l'ensemble du système juridique, notamment au regard de la protection du corps vivant v. B. EDELMAN, « Entre le corps - chose profane - et le cadavre – chose sacrée », *D.* 2010, p. 2754.

[3001] Dans ce sens C. LE DOUARON, « Exposition "Our Body" : confirmation de l'interdiction », *D.* 2010, p. 2750.

[3002] Chacune des parties présentait ici de simples attestations mais la Cour d'appel affirme, avec un peu d'audace, que la preuve de la licéité de la provenance des corps incombait à l'appelant, ce qui était d'ailleurs critiqué par le pourvoi en cassation, moyen sur lequel la Cour ne s'est pas prononcé. Pour une approbation de cette inversion de la charge de la preuve et son rattachement à l'article 9 du Code civil v. J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de

la Cour répond à la préoccupation essentielle des demandeurs initiaux[3003]. On pourrait ici considérer que la juridiction de seconde instance avait une position axiologique plus affirmée que la Cour de cassation : elle présente des attendus très fermes sur les questions artistiques et pédagogiques, prend une position très ouverte sur la relation entre démocratie et savoir mais interdit cette exposition particulière pour des raisons politiques qui sont, à n'en point douter, au cœur de l'affaire. En effet, si les corps avaient eu une origine claire et que le consentement des personnes n'avait pas été contesté, les questions n'auraient sans doute jamais été posées, *a fortiori*, on l'a vu, si la visée commerciale n'avait pas été si évidente. L'exposition aurait choqué peut-être, provoqué le débat, sans doute, mais on peut douter que le Parquet aurait tenté une action aux fondements textuels finalement bien fragiles.

703. Commenter ces décisions fait sans aucun doute partie du rôle de mise en cohérence du droit que poursuit la doctrine. Mais tenter de les systématiser, d'en tirer des conséquences pour d'autres questions ayant trait au cadavre, sans les placer dans leur contexte ne présente en réalité aucune utilité prédictive : à autre contexte, autre motivation. L'avenir nous permettra sans doute d'éprouver cette théorie : la question de la place de la volonté dans l'usage du cadavre ne manquera sans doute pas de ressurgir. Car si un jour l'État souhaite s'opposer à ce qu'une personne parfaitement consentante choisisse, en France, la plastination comme mode de sépulture, alors sans doute faudra-t-il admettre, comme pour la cryogénisation, que cette démarche procède avant tout d'un jugement sur la *normalité* des pratiques funéraires ; sur ce qu'est la version moderne de la « bonne mort »[3004], du bon usage du corps mort.

704. Conclusion de la Section 1. Le corps mort n'est plus l'objet du droit pénal qu'il fut historiquement, mais de ce constat il ne faudrait pas trop vite inférer que les corps morts ne sont plus l'objet d'aucun contrôle de l'État voire d'aucune hiérarchisation. Car non seulement subsistent des pratiques qui, de fait, stigmatisent les corps de certains criminels mais, au surplus, le droit positif donne toujours aux autorités publiques un certain pouvoir sur la détermination du traitement des corps morts. Ce pouvoir est parfois justifié par des objectifs de santé publique : la liberté de choix des funérailles et la liberté de conscience des proches sont ainsi limitées pour permettre des autopsies ou des prélèvements d'organes. Mais cet impératif apparent montre

cadavres », *RLDI,* 2011, n° 68, act.

[3003] La présidente de l'association *Ensemble contre la peine de mort* affirmait en effet n'avoir rien contre l'exposition en elle-même : cité par E. LAUNET, « La mort à profit », *Libération*, 14 mai 2009. Disponible sur : http://next.liberation.fr/culture/2009/05/14/la-morts-a-profit_557860 [consulté le 13 nov. 2016].

[3004] V. *supra* n° 546.

parfois ses limites et révèle les véritables fondements des règles positives : l'interdiction de l'accès à la thanatopraxie sur certains corps a ainsi été l'objet d'affrontements idéologiques importants et l'argument de la protection de la santé a cédé devant des considérations d'ordre culturel et religieux. Il apparaît ainsi progressivement que l'apparente neutralité des dispositions conduit en réalité à ce que tous les corps ne soient pas saisis de la même façon par le droit. La situation sociale des personnes, tout d'abord, a un impact majeur sur le traitement de leur corps. Non seulement le droit ne fait rien pour empêcher que certains choix, tel que le don du corps à la science, ne soient pas dictés par des considérations financières, mais, sous couvert d'un « service public minimum » des funérailles, il prolonge dans la mort les distinctions sociales qui existent dans la vie. Le contraste est d'autant plus frappant que le droit organise la valorisation collective de *certains* corps, notamment ceux des militaires morts dans l'exercice de leurs fonctions, mieux protégés que le commun des défunts. Mais la condition sociale est loin d'être le seul marqueur hiérarchisant entre les corps. En autorisant la conservation de certains corps dans les collections muséales et en interdisant des pratiques funéraires « inhabituelles », le droit organise un traitement différent des cadavres en fonction de présupposés raciaux et religieux. Confrontée à des problèmes nouveaux tels que l'exposition de corps plastinés ou la revendication d'un droit à la cryogénisation, la jurisprudence apporte des solutions ponctuelles qui révèlent l'aspect éminemment politique du traitement des corps : dans le silence des textes, aucun des fondements classiques n'est vraiment à même de justifier certains traitements des corps mais d'en interdire d'autres. C'est bien la « normalité » qui catégorise et hiérarchise les pratiques funéraires : le traitement juridique des corps morts devient le canal par lequel s'impose une certaine conception de la mort. Ce double niveau de lecture peut être appliqué aux règles régissant les corps embryonnaires.

Section 2 La protection de la vie : prétexte au contrôle des corps

705. L'effacement progressif du pouvoir, tant social que juridique, de l'Église a eu pour conséquence le détachement progressif de la protection de l'embryon de l'impératif religieux que constitue la sauvegarde de la vie pour elle-même[3005]. Plus exactement, les fondements de la protection de l'embryon se complexifient. D'une part, « *l'attitude chrétienne qui tendait à assurer vie et subsistance de l'enfant s'efface devant une attitude bourgeoise protectrice de la famille* »[3006] : l'opposition à l'avortement n'est plus uniquement centrée sur l'idée que l'embryon

[3005] *Supra* n° 600 et s.
[3006] M.-Cl. PHAN, « Les déclarations de grossesses en France (XVI^e^-XVIII^e^) : essai institutionnel », *Revue*

est un être faible mais, plus largement, elle s'affirme comme protectrice de la cellule familiale, de la place des parents et, en particulier, des femmes en tant que mères. D'autre part, les normes juridiques protectrices de l'embryon sont progressivement remises en cause, pour promouvoir l'autonomie corporelle et reproductrice des femmes mais aussi pour encadrer l'assistance médicale à la procréation et, parallèlement, ouvrir plus largement la recherche sur l'embryon et les cellules-souches embryonnaires.

La vie prénatale fait toujours l'objet d'un « respect » de principe, y compris lorsque la conséquence en est de limiter la liberté corporelle des femmes. La protection des corps embryonnaires porte donc en elle une double hiérarchie de valeur : l'idée que la protection de l'intégrité corporelle des femmes doit parfois céder devant la protection des corps embryonnaires et, plus implicitement, que le droit applicable aux femmes enceinte peut déroger aux orientations générales du droit des personnes et de la santé **(§1).** Cependant, cette protection s'efface parfois devant les multiples normes issues de l'affrontement d'objectifs contradictoires. Les corps embryonnaires font alors l'objet de degrés de protection variables et ainsi d'une forme de hiérarchie **(§2)**.

§ 1 Le principe de respect de la vie : justification du contrôle du corps des femmes

§ 2 Les exceptions au principe de respect de la vie : hiérarchies des corps embryonnaires

§1. Le principe de respect de la vie : justification du contrôle du corps des femmes

706. Le principe général de respect de la vie, y compris avant la naissance, a été légalement consacré en 1974, lors de la rédaction de la loi Veil[3007] et réaffirmé vingt ans plus tard par la reprise de la disposition dans le titre premier du Code civil[3008]. La rédaction des dispositions relatives à l'avortement, très peu modifiée jusqu'à aujourd'hui, fait de cette pratique une exception, dont la présentation textuelle reste négative **(A)**. Pourtant, c'est plutôt l'interdiction d'avorter librement au-delà de douze semaines de grossesse qui constitue une singularité de notre système juridique **(B)**.

A. La persistance d'une représentation négative de l'avortement

B. La réalité d'un régime d'exception

d'histoire moderne et contemporaine, n° 22, 1975, p. 74.

[3007] L. n° 75-17 du 17 janv. 1975 dite Simone Veil, relative à l'interruption volontaire de grossesse : JORF du 18 janv. 1975, p. 739.

[3008] L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain : JORF n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11056, art. 2. Sur la modification de la rédaction intervenue alors v. *supra* n° 94.

A. La persistance d'une représentation négative de l'avortement

707. Une évolution vers un accès plus ouvert à l'interruption volontaire de grossesse. Rappelons brièvement[3009] que l'atteinte à la vie de l'embryon par avortement a longtemps fait l'objet de lourdes sanctions pénales[3010]. Le droit contemporain a toujours consacré des dispositions spécifiques à cette infraction, distinctes des autres atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité corporelle d'autrui mais la sévérité de la répression n'en était pas moins importante. Ainsi le Code pénal de 1810 punissait-il la femme ayant avorté d'une peine de réclusion à perpétuité[3011]. Les médecins ou pharmaciens avorteurs encouraient quant à eux une peine de travaux forcés[3012]. Pour contourner l'indulgence des jurys[3013], ces infractions furent correctionnalisées en 1923[3014] puis aggravées en 1939[3015]. Les considérations natalistes sont alors au cœur de l'évolution du droit et influent également sur la réglementation de la contraception[3016]. En 1942, le régime de Vichy, soucieux d'accroissement démographique, fait de l'avortement un crime contre la sûreté de l'État, passible de la peine de mort[3017], disposition abrogée à la Libération. Même après la loi Veil, l'avortement reste par principe toujours passible de sanctions pénales, la loi n'introduisant alors qu'une exception liée à l'« *état de détresse* » de la femme enceinte[3018]. Ce n'est qu'en 1993 que l'auto-avortement est totalement dépénalisé à l'égard des femmes[3019]. Bien que la plupart des professionnels de santé bénéficient

[3009] Pour des développements détaillés sur la construction de l'avortement comme un régime de compromis v. not. M. MESNIL, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental,* th. dactyl., Paris Descartes/Université de Neuchâtel, dir. A. LAUDE, O. GUILLOT, 2015, n° 397 et s. et L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016]. V. aussi *supra* n° 710.

[3010] F. MONTIER note que le droit intermédiaire a brièvement supprimé les peines visant les femmes, mais non les personnes qui leur fournissaient les moyens d'avorter : F. MONTIER, *Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 42-43. La possibilité d'avorter pour des raisons thérapeutiques, notamment en cas de danger pour la vie de la femme enceinte, est acquise depuis 1852. V. X. BIOY, V° *Avortement*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008, p. 78. L'auteur propose un bref rappel historique.

[3011] Art. 317 al. 2 C. pén. 1810. Sur les débats relatifs à cette peine v. F. MONTIER, *Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 42 et s.

[3012] Art. 317 al. C. pén. 1810.

[3013] V. J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIXe XXe siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003, p. 137 et s.

[3014] L. du 27 mars 1923 dite Barthou : JORF 29 mars 1923, p. 3122 ; *D.* 1923.IV.200.

[3015] Décret-loi du 29 juill. 1939 relatif à la famille et à la natalité française : JORF du 30 juill. 1939, p. 9607.

[3016] Ch. DEROBERT-RATEL « Le néo-malthusianisme en France et sa répression (1895-1920) », *RRJ*, 2005, 1re partie, vol. 3, p. 1707 / 2de partie, vol. 4, p. 2601.

[3017] L. n° 300 du 15 fév. 1942 relative à la répression de l'avortement : JORF 7 mars 1942, p. 938.

[3018] Art. L. 2212-1 CSP dans sa version antérieure à la L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949). La disposition avait déjà été proposée en 2001 : SÉNAT, CRI 28 mars 2001, amendement n° 44.

[3019] L. n° 93-121 du 27 janv. 1993 portant diverses mesures d'ordre social : JORF n° 25 du 30 janv.1993, p. 1576.

toujours d'une clause de conscience pour cet acte[3020], les établissements publics possédant un service de chirurgie ou d'obstétrique sont aujourd'hui astreints à une obligation de service public[3021], les personnes à la tête d'un service hospitalier ne pouvant désormais plus refuser que des avortements y soient pratiqués[3022].

La tendance du droit est donc clairement de faciliter l'accès à l'avortement et en particulier à l'IVG. En témoignent notamment la simplification de cette procédure et en particulier la suppression, pour les majeures, de l'entretien social obligatoire[3023] qui, de l'aveu même du commissaire du gouvernement GENEVOIS, était *« inspiré par un souci de dissuasion »*[3024]. Le remboursement total de l'acte[3025] et la suppression du délai de réflexion auparavant imposé[3026], participent de cette ouverture de l'accès à l'IVG. Pourtant, il faut

---

Sur les conséquences de cette modification du droit sur la *qualification* de l'embryon v. *supra* n° 94.

[3020] L'article L. 2212-8 CSP prévoit une clause de conscience pour les médecins, les infirmiers, les sages-femmes et les « *auxiliaires médicaux* » c'est-à-dire les masseurs-kinésithérapeutes, les pédicures-podologues, les ergothérapeutes et psychomotriciens, les orthophonistes et orthoptistes, les manipulateurs d'électrographie médicale et techniciens de laboratoire médical, les audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes pour l'appareillage des personnes handicapées, diététiciens, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers. Curieusement absents de cette liste, les pharmaciens. Sur ce point v. G. MEMETEAU, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *JCP G,* 1990.I.3443 ; É. FOUASSIER, « Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine ? », *RDSS,* 2003, p. 43 ainsi que notre contribution « IVG et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in *La loi et le genre,* St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014, p. 113. Le débat sur la clause de conscience des pharmaciens a ressurgi récemment à l'occasion de la nouvelle rédaction du Code de déontologie de la profession : v. ORDRE NATIONAL des PHARMACIENS, *Communiqué de presse,* 21 juill. 2016. Disponible sur : http://www.ordre.pharmacien.fr/content/download/284646/1482086/version/1/file/CP+code+d%C3%A9onto+Vdef.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

[3021] Art. L. 2212-8 et R. 2212-4 CSP. La circulaire DH/DGS/DREES/SEDF n° 99-628 du 17 nov. 1999 relative à l'organisation et à la prise en charge des interruptions volontaires de grossesse (IVG) dans les établissements de santé publics et privés (NOR : MESH9930567C. Bull 99/48) qualifie ainsi l'avortement de « *droit imprescriptible* » en relation avec l'accès au service public.

[3022] L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : JORF n°156 du 7 juill. 2001, p. 10823. Art. 8.

[3023] Bien que peu de femmes le demande, cet entretien devrait toujours leur être proposé, ce qui n'est pas le cas dans un certain nombre d'établissements : IGAS, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, Cl. AUBIN et D. JOURDAIN MENNINGER, oct. 2009, n° RM2009-098A, p. 24.

[3024] Conclusions du commissaire du gouvernement GENEVOIS pour CE 31 oct. 1980 : *D.* 1981, jurispr. p. 38. A.-M. DEVREUX affirmait ainsi à propos de cet entretien obligatoire : *« l'appel aux travailleurs sociaux, et en particulier à un corps de spécialistes des troubles du comportement parental et familial officialise l'avortement comme une anormalité, comme une déviance »,* in « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3. p. 470. Sur la façon dont le dispositif médical était initialement conçu comme instrument de dissuasion : D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales,* 2011/1 (n° 1), p. 30.

[3025] Le remboursement à 100% de l'IVG a été acquis par la loi n° 2012-1404 du 17 déc. 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 (JORF n° 0294 du 18 déc. 2012, p.19821. Art. 50), complétée par le décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale pour les frais liés à une IVG et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures (JORF du 27 mars 2013, p. 5133). Cependant, le remboursement de tous les actes afférents à l'IVG n'a été possible que par l'**a**rrêté du 26 févr. 2016 relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse (JORF n°0057 du 8 mars 2016, texte n° 30).

[3026] L. n° 2016-41du 26 janv. 2016 réformant le système de santé : JORF n°0022 du 27 janv. 2016, texte n° 1. Art. 82. V. nos obs. *D.* 2016.921.

souligner que le nombre d'IVG est resté globalement stable depuis son autorisation[3027] : l'assouplissement de la procédure n'a donc pas conduit à une augmentation du nombre d'actes mais simplement à une facilitation de la procédure pour les femmes. Pour autant, il serait faux de dire que l'avortement est aujourd'hui « banalisé ». Outre sa perception sociale, qui demeure négative, le droit le présente toujours comme un acte aux conséquences globalement néfastes.

708. La représentation persistante de l'avortement comme un risque pour la natalité. Jusqu'en 2001, l'appréciation morale négative portée sur l'avortement s'exprimait par la conservation d'un délit de provocation à l'avortement, même licite, dispositions issues du sursaut nataliste des années 1920[3028]. Le délit de provocation n'existant que pour des actes d'une particulière gravité – atteinte à la sureté de l'État, crime contre l'humanité, haine raciale, meurtre, suicide –, perpétuer l'existence d'une « provocation à l'avortement » suggérait donc qu'il était un acte socialement réprouvé. La disparition de cette disposition[3029] n'a pas effacé toute perception négative de l'avortement, notamment au regard d'enjeux démographiques.

Une des dispositions préliminaires consacrées à l'avortement énonce ainsi que « l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale » ainsi que « l'éducation à la responsabilité » sont des « obligations nationales »[3030]. Ce texte sous-entend, d'une part qu'il y aurait irresponsabilité à avorter, ou à s'être trouvée dans une telle situation et, d'autre part, que les femmes qui recourent à l'IVG porteraient une part de responsabilité dans l'évolution de la démographie.

La formulation est significative car une telle « obligation nationale » n'existe en rien concernant la contraception[3031]. Au contraire, l'article L. 312-14 du Code de l'éducation énonce que *« l'enseignement des problèmes démographiques, sous leur aspect statistique et dans leurs rapports avec les questions morales et familiales, est obligatoire »*. Cet article, issu d'un décret de 1956[3032], ne se contente pas d'imposer l'enseignement des relations entre comportements sexuels, contraception, avortement et démographie, mais présente spécifiquement l'évolution démographique comme liée à des questions *morales*. La décision de ne pas procréer donc

[3027] Rapporté au nombre de femmes en âge de procréer, le chiffre est cependant en diminution depuis les années 1980 ; le phénomène le plus notable est l'augmentation des avortements multiples chez une même femme : v. M. MAZUY, L. TOULEMON, É. BARIL, « Le nombre d'IVG est stable mais moins de femmes y ont recours », *Population,* 3/2014, p. 365.
[3028] Anc. art. L. 2221-1 CSP.
[3029] L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : JORF n°156 du 7 juill. 2001 page 10823. Art. 16.
[3030] Art. L. 2211-2 CSP.
[3031] Art. L. 2214-2 CSP.
[3032] Décret n° 56-149, 24 janv. 1956 : JORF 28 janv. 1956, p. 1109, art. 38. Transfert au Code de l'éducation, ord. n° 2000-549, 15 juin 2000 : JORF 22 juin 2000, p. 9343.

représentée comme liée à des enjeux collectifs. L'idée d'une « responsabilité » de l'avortement dans l'évolution démographique est confirmée par l'article L. 2214-3 du Code de la santé publique prévoyant que l'application du titre concernant l'IVG donne lieu à un rapport annuel « *rendant compte de l'évolution démographique du pays* ». Cette disposition, issue initialement de la loi autorisant la contraception[3033], montre comment l'évolution des mœurs sexuelles influe sur le droit : en 1967, c'est la contraception qui est perçue comme un risque pour la démographie nationale, elle est aujourd'hui banalisée et cet énoncé se retrouve tel quel dans les dispositions sur l'avortement. Or, il n'existe aucune disposition prévoyant l'établissement de rapports annuels sur la démographie en rapport avec d'autres données[3034] : la loi privilégie l'étude du lien entre avortement et démographie, manifestant ainsi une méfiance spécifique à l'égard de cet acte. Une telle disposition renvoie aux politiques natalistes qui ont historiquement fondé la répression de l'avortement[3035].

709. La représentation persistante de l'avortement comme un régime de concession. Jusqu'à la loi du 4 août 2014[3036], la femme ayant recours à une IVG devait toujours, textuellement, se trouver en état de « *détresse* »[3037]. Même si, selon le Conseil d'État[3038], la femme restait seule juge de cet état, cette expression indiquait que l'IVG était conçue comme une réponse compassionnelle à l'égard de personnes exprimant « *de la souffrance, de la faiblesse et de l'impuissance* »[3039]. Cette formulation avait été fort discutée au moment de l'élaboration de la loi[3040] car, symboliquement, elle faisait de l'IVG un acte marqué d'une certaine marginalité : la « normalité » étant pour les femmes de se réjouir de leur grossesse et de la poursuivre.

L'article 24 de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes[3041] modifie formellement les conditions d'accès à l'IVG : peut désormais demander à avorter non plus « *la*

[3033] L. n° 67-1176, 28 déc. 1967 : JORF du 29 déc. 1967, p. 12861, art. 8 ; M. NEUWIRTH aurait souhaité un véritable observatoire de la contraception, refusé par le Parlement : J. LAUFER et Ch. ROGERAT, « Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception », *Travail, genre et sociétés*, 2001/2, n° 6.
[3034] La contraception, les mesures en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes etc.
[3035] Sur la question démographique lors des débats de la loi Veil v. AN, CRI 2e séance 28 nov. 1974, p. 7195 ainsi que les motifs du projet de loi, p. 5.
[3036] L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949.
[3037] Cette formule existe également en droit belge : G. SCHAMPS, « L'autonomie de la femme et les interventions biomédicales sur son corps en droit belge », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 44.
[3038] CE, 31 oct. 1980, n° 13028 : *D.* 1981, jurispr., 38, concl. Br. GENEVOIS.
[3039] E. SERVERIN, « Contraception et avortement dans la presse juridique » in *La loi de 1920 et l'avortement. Stratégies de la presse et du droit au procès de Bobigny*, Lyon, Presses universitaires, 1979, p. 78.
[3040] V. par ex. intervention de Michel DEBRÉ : AN, CRI 2e séance du 27 nov. 1974, p. 7105.
[3041] L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949.

femme que son état place dans une situation de détresse » mais celle « *qui ne veut pas poursuivre une grossesse* ». Cette évolution, reprenant la première recommandation d'un rapport du Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes[3042], a été conçue comme devant affirmer un véritable *droit* des femmes à avorter[3043]. Cependant, la rédaction de l'article L. 2211-2 Code santé publique, qui concerne tous les types d'interruptions de grossesse, IVG comme IMG, est resté inchangée : l'avortement consiste toujours textuellement en une atteinte au respect de la vie, en raison d'une situation « *de nécessité* ».

L'utilisation du concept d'« état de nécessité » montre que le droit présente toujours l'avortement comme une *exception* à un principe de protection de la vie[3044], mais aussi comme une *concession* accordée aux femmes. Ce terme d'« état de nécessité » évoque ainsi, sans y correspondre conceptuellement[3045], la situation dans laquelle une personne est contrainte à un acte délictueux pour sauvegarder ses intérêts légitimes[3046]. Son utilisation sous-entend donc d'une part que l'avortement est un acte moralement répréhensible[3047] et d'autre part que cette pratique est attentatoire à des intérêts extérieurs à ceux de la femme qui s'y soumet. L'avortement est construit comme un régime imposant des limites au pouvoir des femmes sur leur propre corps, en raison d'un intérêt concurrent.

B. La réalité d'un régime d'exception

710. La représentation persistante de l'avortement comme un régime d'équilibre entre intérêts concurrents. L'affirmation textuelle d'un principe de respect de la vie était sans doute, en 1974, une rédaction de compromis[3048]. Cependant, la jurisprudence qui a suivi montre qu'une telle rédaction n'est pas sans conséquences sur la *représentation* de l'avortement en termes d'intérêts concurrents.

[3042] HAUT CONSEIL à l'ÉGALITÉ entre les FEMMES et les HOMMES, Rapport relatif à l'accès à l'IVG, n° 2013-1104-SAN-009, 7 nov. 2013, p. 11.
[3043] ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de la commission des lois n° 1663, par S. DENAJAL, 18 déc. 2013, p. 165.
[3044] En Allemagne, l'avortement reste un acte illicite par principe : Fr. FURKEL, « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 26.
[3045] Br. GENEVOIS, concl. CE 31 oct. 1980 : *D.* 1981, jurispr., 38 ; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990, p. 145. V. cependant, pour une assimilation de l'avortement thérapeutique à l'état de nécessité B. BOULOC, *Droit pénal général,* 24e éd., Dalloz, 2015, n° 430.
[3046] Art. 122-7 C. pén. V. Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHEC, *Droit pénal général,* 10e éd., Économica, 2003, n° 742 et s., spéc. p. 691.
[3047] *Contra* D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 27.
[3048] *Supra* n° 346.

Dès 1975, le Conseil constitutionnel, pour déclarer la légalisation de l'avortement conforme à la Constitution, souligne l'affirmation d'un principe de respect de la vie par le texte, comme si cette mention était déterminante dans sa décision[3049]. Cette position sera confirmée en 2001, lors de l'examen de la constitutionnalité de l'extension du délai d'IVG : le Conseil affirme alors que l'allongement du délai ne porte pas atteinte à « *l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme* »[3050]. Si, nous l'avons vu[3051], cette formulation permet de conserver une ambiguïté confortable sur l'hypothèse d'une personnalité prénatale, le Conseil promeut aussi dans cette décision une représentation de l'avortement comme un équilibre entre deux intérêts : la liberté des femmes d'une part et la dignité humaine de l'autre. Peu importe que cette dignité soit une dignité objective ou la dignité subjective de l'embryon[3052], le pouvoir des femmes sur leur propre corps cède devant un intérêt qui lui est jugé supérieur.

Cette analyse en termes d'« intérêts concurrents » a récemment été reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt, très contesté, *A., B. et C. contre Irlande*[3053]. La Cour analyse en effet le droit irlandais, très restrictif concernant l'avortement, au regard d'une part des « *idées morales profondes du peuple irlandais* » mais aussi du fait que « *les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés* […] *il faut nécessairement* […] *laisser* [aux États] *une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte* ». La Cour estime donc que, dans la mesure où l'Irlande autorise les femmes à se rendre à l'étranger pour avorter, les restrictions majeures apportées à l'avortement ne portent pas atteinte au droit au respect de la vie privée des femmes. Ce type d'analyse, surtout au regard des faits[3054], montre comment la protection de la vie prénatale – et incidemment de la natalité –

[3049] Cons. constit., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC : JORF du 16 janv. 1975, p. 671. Cons. n° 9.
[3050] Cons. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC : JORF 7 juill. 2001, p. 10828.
[3051] *Supra* n° 222.
[3052] Sur les divers usages de la dignité par le Conseil constitutionnel v S. CURSOUX-BRUYERE, « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine », *RRJ*, 1re partie 2005-3, p. 1377 ; 2de partie 2005-4, p. 2317.
[3053] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, n° 20, p. 1360 ; aussi J.-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement », *RTD civ*. 2003, p. 371.
[3054] La première était en état de dépression *post* natale*,* avait des antécédents alcooliques et déjà quatre enfants placés dont un handicapé, elle avait dû emprunter l'argent nécessaire à l'opération étant donné sa situation sociale, la deuxième craignait une grossesse extra-utérine et la troisième que sa grossesse ne la conduise à une récidive de cancer et l'empêche de suivre les traitements adaptés.

est toujours construite – dans une certaine continuité historique[3055] – comme un intérêt protégé *contre* les droits et libertés des femmes.

711. La possibilité d'une lecture de l'avortement comme restriction exceptionnelle à la liberté des femmes. Cette présentation a cependant l'avantage d'exposer juridiquement l'avortement pour ce qu'il est : non une concession généreuse faite aux femmes en détresse mais une restriction *de fait* à leur capacité, sinon à leur liberté, d'agir sur leurs corps. *De fait* car, si l'auto-avortement n'est pas une infraction, les sanctions pénales attachées au fait de procurer à une femme les moyens de le pratiquer sur elle-même[3056] empêchent la plupart les femmes d'y avoir recours librement et sans danger au-delà de douze semaines de grossesse. Or, c'est bien cette interdiction qui doit être regardée comme une exception aux orientations générales du droit des personnes et de la santé : l'interdiction de l'avortement constitue l'un des très rares cas où le droit impose à une personne de *ne pas* agir elle-même sur son corps pour la sauvegarde d'un intérêt qui lui est extérieur et où il interdit explicitement à un médecin d'agir librement s'il estime que son acte est thérapeutique[3057].

Un parallèle est cependant parlant[3058] : la sanction des mutilations volontaires commises par des militaires[3059]. Ce rapprochement est particulièrement révélateur dans la mesure où la complicité de cet acte est spécialement incriminée à l'encontre des médecins[3060] qui perdent alors leur liberté thérapeutique. Cette disposition présente alors de troublantes similitudes avec le régime de l'avortement : le corps des militaires comme le corps des femmes est alors supposé être au service d'un intérêt qui les dépasse : la sauvegarde de la vie de tiers, la pérennité des intérêts de la nation[3061].

[3055] *Supra n°* 585 et s.
[3056] Art. L. 2222-2 et s. CSP.
[3057] Reste aussi le cas du suicide, la question étant alors inversée par rapport à l'avortement puisqu'il s'agit alors pour la personne d'accéder à des moyens sûrs *de mourir* et non à des moyens d'agir sur son corps *sans mourir.*
[3058] La protection de la *santé* des personnes justifie quelques cas *interdisant* aux personnes d'agir sur leur corps, dans leur propre intérêt (l'interdiction de l'usage de drogues par exemple). Quelques cas particuliers conduisent à ce qu'une action sur son propre corps puisse être qualifiée de fraude et conduise à retirer le bénéfice de certains droits comme par exemple le fait, pour un demandeur d'asile, d'effacer ses empreintes digitales (CE 2 nov. 2009, n° 332890 ; sur la mise en œuvre de cette jurisprudence v. circ. n° NOR : IMIA1000106C du 2 avr. 2010) ; mais l'acte n'est pas explicitement pénalisé. On pourrait cependant s'interroger sur l'applicabilité de l'article 78-5 du Code de procédure pénale à ce type de mutilations volontaires (« *Seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales* […] *autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction* »).
[3059] Art. L. 321-22 Code de justice militaire.
[3060] Art. L. 321-23 CJM.
[3061] Pour une réflexion sur l'application différenciée aux hommes et aux femmes de la notion d'abnégation en droit français et notamment pour un parallèle avec le domaine militaire v. notre contribution « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée » in *L'abnégation*, séminaire de droit privé du Centre Crépeau, Université Mc. Gill, Québec, à paraître.

712. Mécaniquement, l'état du droit conduit à *imposer* aux femmes la poursuite d'une grossesse qu'elles pourraient ne pas ou ne plus désirer, même si le droit n'impose évidemment pas la grossesse elle-même[3062]. En pratique, cette situation conduit *certaines femmes*, celles qui n'ont pas les moyens de faire pratiquer cet acte à l'étranger dans des délais plus étendus, à devoir accepter – si elles ne veulent pas mettre leur vie en danger – des actes *positifs* sur leur corps : tous ceux qui sont liés au suivi de la grossesse et à l'accouchement. Cette situation est tout à fait singulière pour notre système juridique, dans lequel le fait d'imposer aux personnes des actes – en l'occurrence des actes lourds – sur leur corps *pour un intérêt tiers*, est extrêmement marginal et très fortement encadré[3063]. À cette lecture peut s'ajouter l'idée que la grossesse non désirée est déjà, en elle-même, un acte d'engagement forcé de son propre corps qui ne s'impose, de fait, qu'aux femmes.

Dans un article important intitulé « Pour une défense de l'avortement »[3064], Judith Jarvis THOMSON montre ainsi pourquoi la condamnation *morale* de l'avortement ne peut fonder sa prohibition *juridique* dans la mesure où contraindre les femmes à engager leur corps au prétexte de la sauvegarde de la vie d'un tiers est une situation inacceptable dans tout autre domaine du droit. Il est vrai que la prohibition de l'avortement libre au-delà de la douzième semaine est paradoxale si l'on considère qu'aucune disposition légale ne saurait contraindre un parent, ayant accepté la responsabilité d'un enfant en faisant établir sa filiation et en exerçant son autorité parentale, à donner ne serait-ce qu'une goutte de son sang pour sauver la vie de cet enfant si cela était nécessaire. Ce constat conduit à deux affirmations.

713. D'une part, il est indéniable que, biologiquement, les femmes sont placées dans une situation différente des hommes à l'égard de la reproduction : lors d'une grossesse, la prolongation de la vie de l'embryon est dépendante, jusqu'à présent du moins[3065], de son rattachement à leur corps. Cependant, la prise en compte de cette situation particulière ne consiste pas en une adaptation des orientations générales du système juridique. Il aurait en effet

[3062] Sur cet argument en ce qui concerne l'évolution du droit pénal v. J. GATÉ, « Genre et droit pénal : illustrations choisies », in *Ce que le genre fait au droit,* Dalloz, 2013, p. 58.
[3063] Les seuls vrais cas étant les hospitalisations psychiatriques sans consentement en raison d'un risque pour l'ordre public (art. L. 3213-1 CSP et s.), même la frontière entre les intérêts tiers et l'intérêt du patient étant ici difficile à tracer. Dans la plupart des cas, les intérêts individuels et collectifs se mêlent. C'est ainsi le cas pour les vaccinations obligatoires. De plus, dans ce dernier exemple, l'acte sur le corps ne peut être concrètement imposé même s'il l'est de fait étant donné les conséquences pratiques du refus.
[3064] Pour la version française : *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12, p. 3. Pour la version américaine : « A defense of abortion », *Philosophy and Public Affairs*, I (1), automne 1971. Pour un aperçu des critiques formulées contre cet article et une réfutation de celles-ci v. J. E. MAHON, « *Abortion and the Right to Be Pregnant* », in Philosoy and Political Engagement. Reflexion in the Public Sphere, A. FIVES et K. BREEN (éd.), éd. Palgrave McMillan, 2016, p. 57.
[3065] Sur l'hypothèse de l'utérus artificiel v. par ex. H. ATLAN, *L'utérus artificiel,* Seuil, 2005.

été possible de construire un régime juridique autorisant les femmes à accéder à un mécanisme sûr pour qu'elles puissent refuser d'engager leur intégrité corporelle au profit d'un intérêt tiers quel qu'il soit (droit à la vie de l'embryon, natalité nationale, dignité, principe général de protection de la vie etc.). C'est à l'inverse un système de limitation de leur liberté qui a été élaboré mais *présenté* comme une concession accordée aux femmes. D'autre part, on pourrait penser qu'étant donné le régime de l'interruption de grossesse, le principe de protection de la vie devrait être lu comme un principe supérieur à celui de l'intégrité corporelle et *a fortiori*, comme un principe absolu lorsque sa protection n'implique aucune atteinte au corps d'autrui. Or, force est de constater que tel n'est pas le cas. Non seulement les corps des femmes ne sont pas traités selon les mêmes principes que ceux des hommes mais les corps des embryons font eux aussi l'objet de traitement différenciés en fonction de critères multiples.

§2. Les exceptions au principe de respect de la vie : hiérarchies des corps embryonnaires

714. Dans son étude du droit belge, Philipe LARDINOIS montre que les différents régimes juridiques applicables aux embryons n'ont pas été considérés par le juge constitutionnel belge comme des ruptures du principe d'égalité dans la mesure où il n'y avait pas ici de sujet de droit à même de se prévaloir de ce mécanisme[3066]. Cette réflexion se comprend tout à fait dans une approche du droit construite autour de qualifications précises. Cependant, comme pour les cadavres, s'arrêter à cela ne permet pas de percevoir les hiérarchisations pratiques que le droit opère entre différentes catégories de corps **(A)**. Au croisement de multiples intérêts, le régime des embryons est en effet le fruit de multiples compromis **(B)**.

A. Des protections différenciées

B. Des hiérarchisations complexes

A. Des protections différenciées

Il est indéniable que le droit positif connaît des cas dans lesquels un corps humain, vivant, n'est pas protégé contre la destruction. Par ailleurs, notre système protège de façon

[3066] Ph. LARDINOIS, « L'avortement du fœtus anormal : révélateur privilégié de notre rapport à l'écart "naturel" à la "nature" ? », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 447.

différenciée les corps embryonnaires, en fonction de plusieurs critères[3067] : leur degré de développement, leur état de santé et leur qualité *in utero* ou *in vitro*.

715. Interruption médicale de grossesse. Si l'avortement en deçà de douze semaines de grossesse n'est quasiment soumis à aucune condition, sa réalisation au-delà de ce délai est théoriquement impossible. La destruction de l'embryon est à l'inverse autorisée jusqu'à la naissance en cas de grave maladie ou handicap. Mais dans ce cas, la seule volonté de la femme enceinte est impuissante à interrompre la grossesse qui ne peut l'être qu'après la validation d'un comité pluridisciplinaire[3068]. Il arrive d'ailleurs couramment que l'accès en soit refusé[3069]. Ce premier constat pourrait conduire à affirmer que les corps non-sains sont simplement traités avec moins de considération que les corps sains. Cependant, d'autres aspects du régime des corps embryonnaires conduisent à nuancer cette position.

716. Acte d'enfant sans vie. Les différences de traitement des embryons selon leur développement et leur santé se retrouvent dans le traitement réservé aux corps embryonnaires après leur mort. Ces critères vont alors influer sur l'établissement des actes d'enfant sans vie et, indirectement, sur la possibilité de fournir des funérailles au corps[3070]. C'est ici que la hiérarchisation précédemment évoquée se complexifie légèrement. Ainsi, si la possibilité de faire établir un acte d'enfant sans vie est théoriquement indifférente à la durée de la grossesse[3071], les différences de traitement entre les corps ressurgissent par le biais des dispositions règlementaires[3072]. En effet, le certificat médical annexé à l'arrêté régissant l'acte d'enfant sans

[3067] Sur l'idée d'inégalité entre les embryons en fonction de leur conservation et de leur « âge » : J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ* 1998-2, p. 449.

[3068] Art. L. 2213-1 al. 1 CSP : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic*. »

[3069] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal*, 2013, p. 2 : entre 90 et 120 refus environ chaque année entre 2009 et 2013.

[3070] La possibilité d'établir un acte d'enfant sans vie (non son établissement effectif) fait échapper le corps embryonnaire du dispositif général d'élimination des déchets d'activités de soin puisque le corps peut alors être remis aux « parents » (art. R. 1112-75 CSP) ou faire l'objet d'une crémation ou inhumation à la responsabilité de l'établissement hospitalier (art. R. 1112-76 CSP).

[3071] Sur le rejet de cette condition en tant qu'elle n'est pas prévue par la loi v. Civ 1re, 6 fév. 2008 : *D*. 2008, p. 1862, note G. ROUJOU de BOUBÉE et D. VIGNEAU ; *JCP G*. 2008.II.100045 note Gr. LOISEAU ; *Médecine et droit*, 2008, p. 121, note I. CORPART

[3072] Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 et décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil ; arrêté du 20 août 2008 modifiant l'arrêté du 1er juin 2006 fixant le modèle du livret de famille et 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. V. *Dr. fam.* 2008, alerte 67, M. LAMARCHE ; *D.* 2008, act. p. 2061, obs. L. DARGENT *; Lexbase Hebdo*, n° 316, obs. A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2008, actu 314 et 392, F. SAUVAGE ; Gr. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam*. 2008, comm. 135 ; J.-R. BINET, « Inscription à l'état civil des enfants nés sans vie », *JCP N*. 2008. 611 *;* J. HAUSER,

vie[3073] prévoit des cas précis de délivrance ou de non délivrance de l'acte. Ainsi, l'acte ne peut être délivré en cas d'IVG mais peut l'être à la suite d'une IMG. L'interruption spontanée précoce de la grossesse empêche l'établissement d'un acte d'enfant sans vie là où un « accouchement spontané » l'autorise. Ce sont ici des hiérarchisations multiples qui sont opérées par le droit.

717. Première hiérarchie : entre les « âges » des embryons. Car il ne faut pas s'y tromper, à travers les multiples renvois règlementaires c'est bien une distinction dans la durée de la grossesse que réintroduit ce certificat médical, l'opposition entre « *interruption spontanée précoce de la grossesse* » et « *accouchement spontané* » étant en réalité une appréciation médicale fondée sur un critère de durée de grossesse et de poids de l'embryon[3074]. Comme le note pertinemment Grégoire LOISEAU :

> *« Subrepticement,* […] *l'autorité réglementaire a réintroduit l'idée d'une certaine durée de gestation pour justifier la délivrance d'un acte d'enfant sans vie* […]. *Seulement, récusant toute logique de seuil, elle l'a fait de manière floue et indocile,* […]. *À tout prendre, il aurait mieux valu, certainement, garder l'utilité d'un seuil, point objectif d'articulation de la règle de droit, quitte à le rabaisser par rapport au seuil de viabilité du fœtus, ce que la Cour de cassation ne pouvait naturellement faire elle-même »*[3075].

Car c'est bien ici à une certaine subjectivité médicale que renvoie le pouvoir règlementaire sous couvert de catégories juridiques supposément établies par voie règlementaire.

718. Seconde hiérarchie : entre les causes de la mort. L'embryon ayant fait l'objet d'un avortement pour des raisons médicales ayant accès à une reconnaissance sociale plus importante que celui qui a fait l'objet d'une IVG. Cette première distinction interroge : « *que décider en cas d'interruption médicale de grossesse pratiquée dans les premières semaines d'aménorrhée ?* »[3076]. En d'autres termes, le caractère « médical » de l'interruption doit-il s'entendre au sens de la motivation de l'acte ou de la procédure suivie[3077] ? Implicitement, c'est

---

« L'acte d'enfant sans vie (suite et fin ?), ou la démission du législateur », *RTD civ.* 2008, p. 652.

[3073] CERFA n° 13773-02.

[3074] Le Collège national des gynécologues et obstétriciens français distingue ainsi les fausses couches précoces et les fausses couches tardives par un critère de durée de la grossesse : CNGOF, *Recommandation pour la pratique clinique. Les pertes de grossesse (texte court)*, 2014, p. 624. Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/data/RCP/CNGOF_2014_pertes_grossesse.pdf [consulté le 13 nov. 2016]. La circulaire afférente à cet acte évoque pudiquement un « *corps formé* » : circ. n° 2009-182 du 19 juin 2009 : *BO Santé* n° 2009/7 du 15 août 2009, p. 462, n° 1.2.1.1.

[3075] Gr. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam*. 2008, comm. 135.

[3076] *Ibid*. De fait, dans certains cas, le diagnostic est réalisé dans le délai d'IVG : en 2013, par exemple, 40% des acceptations d'IMG en raison d'anomalies géniques ont été délivrées avant 14 semaines d'aménorrhée : AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal,* 2013, p. 5.

[3077] La distinction est bien fragile car si au-delà de douze semaines toute demande d'interruption de grossesse passe par une procédure pluridisciplinaire, c'est la procédure d'IVG, plus simple et plus rapide, qui sera de toute façon

la légitimité des demandes des géniteurs qui est distinguée : l'acte d'enfant sans vie étant considéré comme plus nécessaire à certains qu'à d'autres[3078].

719. Embryons *in vitro*. Le régime des actes d'enfant sans vie intègre également une distinction implicite entre les embryons « portés » et embryons *in vitro*. En citant la grossesse dans les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie, le législateur exclut toute possibilité de faire établir cet acte pour des embryons non-implantés, quand bien même l'absence de transfert ne résulterait pas de la volonté des géniteurs. Ce constat s'inscrit dans un cadre général de protection minorée des embryons *in vitro* par rapport aux embryons *in utero*.

Sur le plan théorique, le Conseil constitutionnel a pu affirmer que le principe général de protection de la vie n'était pas applicable aux embryons *in vitro*[3079]. Sur le plan pratique, leur mort peut être provoquée non seulement par la volonté des deux personnes ayant décidé de leur conception, mais aussi par leur silence persistant ou simplement par le décès de l'un des deux[3080]. Leur destruction sans le consentement des géniteurs n'est sanctionnée ni par le droit pénal ni, en l'état de la jurisprudence, par le mécanisme de la responsabilité[3081]. Ces dispositions suggèrent manifestement une différence de protection marquée entre les embryons *in vitro* et *in utero* qui fait dire à Xavier BIOY que « *l'embryon* in vitro *se trouve* […] *en partie protégé comme "catégorie" qu'il convient de ne pas trop exploiter, mais chaque embryon, pris individuellement, n'a aucune protection* »[3082].

B. Des hiérarchisations complexes

720. Il est indéniable que le droit établit des hiérarchies multiples entre les corps embryonnaires ; hiérarchie à la fois en termes de protection et en termes de considération sociale. Les logiques de cette hiérarchisation sont diverses et porteuses d'ambiguïtés.

---

suivie par une personne souhaitant interrompre précocement sa grossesse pour des raisons médicales.

[3078] V. *infra* n° 871.

[3079] Cons. constit. n° 94-343/344 DC, 27 juill. 1994 : *D.* 1995 jur., 237 note B. MATHIEU et 299, note L. FAVOREUX et Th.-S. RENOUX ; *Annuaire français de droit international*, 1995, n° 41, p. 849, note J.-Fr. LACHAUME.

[3080] Art. L. 2141-4 CSP.

[3081] TA Amiens, 9 mars 2004 : *JCP G.* 2005.II.10003, note I. CORPART ; P. ÉGÉA, « La détérioration fautive d'embryons surnuméraires cause des troubles divers dans les conditions d'existence susceptibles de donner lieu à réparation », *RJPF*, juill.-août 2004, p. 13 ; St. HENNETTE-VAUCHEZ, « De la "chance" d'être parents », *AJDA*, 2004, p. 1546 ; X. LABBÉE, « La valeur de l'embryon congelé », *D.* 2004, p. 1051 ; *RTD civ*. 2004, 483, obs. J. HAUSER. CAA Douai, 6 déc 2005, n° 04DA00376 : *AJDA* 2006, 442, concl. J. LE GOFF ; J.-R. BINET, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr fam.,* n° 3, mars 2006, étude 14 ; *Dict. perm. bioéthique*, bull. n° 156, p. 6525.

[3082] X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 95.

721. Des hiérarchisations aux multiples fondements. La volonté des personnes, leur autonomie procréatrice entendue au sens large, sont un premier facteur de complexité dans la construction du régime de l'embryon. Cette autonomie, associée à l'idée d'un contrôle sur son propre corps, explique la possibilité pour les femmes de décider seules de l'opportunité d'interrompre leur grossesse, librement avant douze semaines, sous condition après, notamment en cas de danger pour elle-même. L'autonomie reproductrice explique également la possibilité pour les couples de détruire les embryons *in vitro* qu'ils ont engendrés. Mais dans ce cas, l'autonomie procréatrice est entendue dans un sens beaucoup plus large puisqu'il s'agit non seulement d'avoir ou de ne pas avoir des enfants, mais également de refuser que « ses » embryons soient portés et élevés par d'autres personnes ou mis à disposition de la recherche. Enfin, cette liberté dans la reproduction s'entend également du refus d'avoir un enfant gravement malade ou handicapé.

Ce dernier aspect porte, à n'en pas douter, une dimension eugéniste, non pas au sens pénal du terme[3083] mais au sens social[3084] : il est indéniable que le droit autorise à mettre fin à la vie de fœtus non-sains là où des fœtus indemnes de toute pathologie ne pourraient être avortés[3085]. Le droit pose alors une limite arbitraire[3086] de douze semaines à la protection de l'embryon : en deçà l'autonomie des femmes passe avant la protection de la vie, au-delà c'est l'inverse sauf en cas de fœtus « anormal ».

[3083] Le droit pénal ne connaît pas, à proprement parler, d'infraction d'eugénisme. Cette notion sous-tend cependant les infractions relatives à la violation des dispositions concernant le diagnostic préimplantatoire et prénatal (art. 511-20 et s. C. pén.) mais aussi les infractions relatives à la protection de l'espèce humaine (art. 511-1 et s. C. pén.) et, plus spécifiquement, certains aspects du génocide (art. 211-1 C. pén. : « *constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants :* […] *mesures visant à entraver les naissance »*). Pour un refus de la qualification de génocide en ce qui concerne l'avortement en raison de la place accordée à la volonté individuelle v. Trib. corr. Puy-en-Velay 14 mars 1995 (*Gaz. Pal.* 1995, chron. dr. crim., p. 324) : « *la décision de recourir à l'interruption volontaire de grossesse est une décision de nature individuelle qui ne peut pas par essence être assimilée à un "plan concerté"* […] *Ces deux types de décisions n'ont rien à voir – de loin ou de près – avec la notion de génocide* ».

[3084] V. par ex. B. MATHIEU, « La bioéthique, matrice des droits d'un homme nouveau », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* t. 2, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1212 et s.

[3085] Sur le « laisser-faire » eugéniste de l'État : X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique,* LGDJ, 2016, p. 110. V. aussi A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA,* 1994, n° 149, p. 29.

[3086] Sur cette limite v. *infra* n° 876.

722. La faible considération portée à certains corps embryonnaires tient sans doute aussi à leur utilité pour la recherche[3087]. Ainsi, si les embryons issus d'une interruption de grossesse[3088] ne sont plus, depuis 2004[3089], considérés à strictement parler comme des déchets d'activités de soins[3090], ils peuvent toujours faire l'objet de prélèvements scientifiques avec le seul accord de la femme[3091]. Cet accord n'est même pas nécessaire si les prélèvements sont faits pour déterminer la cause de l'interruption de la grossesse et que la femme est mineure ou incapable[3092]. Situation paradoxale dans la mesure où le corps de la femme n'est plus concerné par ces prélèvements et que le « *père* » est admis à réclamer le corps si un acte d'enfant sans vie peut être établi[3093]. On peut penser qu'il s'agit ici d'une facilité procédurale – le géniteur n'étant pas toujours aisément identifiable – mais il est possible de suggérer qu'une telle norme, même si elle bénéficie potentiellement aux femmes[3094], facilite également la mise à disposition de la matière embryonnaire à la recherche[3095]. Enfin, la possibilité pour les couples d'autoriser la mise à disposition de la recherche des embryons *in vitro* conservés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation indique que l'impératif scientifique est placé par le droit au-dessus de l'impératif de protection de la vie.

723. Des hiérarchisations critiquées. Sans reprendre ici l'ensemble des arguments avancés[3096], on rappellera que les multiples hiérarchies établies dans la protection des corps embryonnaires est un argument récurrent des auteurs qui déplorent l'évolution du droit relatif au statut du corps humain avant la naissance. Certains en tirent même des conclusions sur l'ensemble du système juridique. L'indifférence supposée du droit à l'égard de la vie prénatale

---

[3087] Rappelons que le droit français est passé, en la matière, d'une situation d'interdiction de principe à un régime d'autorisation contrôlée : L. n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : JORF n° 0182 du 7 août 2013, p. 13449.

[3088] Entendue ici largement, à la fois en tant qu'avortement et en tant que fausse couche spontanée.

[3089] L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique : JORF n°182 du 7 août 2004, p. 14040. Art. 27.

[3090] D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 37. Sur la construction de la notion de déchet d'activité de soins v. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 201 et s. Cette qualification doit cependant toujours leur être appliquée en ce qui concerne le régime de leur élimination en dehors des cas de réclamation du corps pour funérailles (art. R. 1335-1 et s. CSP).

[3091] Sur la pratique des différents types de prélèvements v. IGAS et IGAENR, *Pratique hospitalière concernant les fœtus mort-nés et nouveau-nés décédés. CHU de Paris, Lyon et Marseille. Rapport de synthèse*, avr. 2006, n° 2006-024 et 2006-016, not. p. 9 et s.

[3092] Elle ne possède alors qu'une faculté d'opposition : art. L. 1241-5 al. 2 CSP.

[3093] Art. R. 1112-75 CSP.

[3094] Les prélèvements effectués peuvent permettre d'identifier les causes d'une fausse couche et donc d'essayer de les éviter lors de grossesses postérieures.

[3095] Ces prélèvements permettent d'étendre les délais prévus pour les funérailles : art. R. 1112-76 III CSP.

[3096] *Supra* n° 387 et s.

serait ainsi la marque d'un droit indifférent aux faibles, aux malades, aux vulnérables[3097], d'un droit anti-démocratique[3098] car opérant une sélection dans la protection de l'humain. La cohérence systémique est parfois invoquée : on souligne notamment le hiatus axiologique qu'il y aurait à protéger davantage le corps mort – voire certains animaux – que l'embryon vivant[3099].

Les embryons sont certes d'autant plus protégés qu'ils sont considérés comme socialement investis et d'autant moins qu'ils peuvent être utiles à la recherche scientifique. Ce constat ne suffit pas selon nous pour affirmer que le système juridique est, structurellement, eugéniste ou indifférent aux corps vulnérables ou malades. Contrairement à ce que l'on a pu observer, par exemple, à propos des cadavres des indigents[3100], l'élimination des embryons *in utero* non-sains n'est ni automatique, ni systématique ni, *a fortiori,* obligatoire. Les demandes d'IMG font l'objet d'une délibération, et non seulement elles sont parfois refusées mais sont souvent non réalisées, les géniteurs choisissant *in fine* de mener la grossesse à terme[3101]. Il est indéniable que la seule *possibilité* d'interrompre la grossesse crée un environnement social plus hostile à la poursuite de ces gestations et que, dans le cadre du diagnostic préimplantatoire[3102] les embryons non-sains sont systématiquement détruits[3103]. Cependant, comme nous allons le

---

[3097] Ph. LARDINOIS, « L'avortement du fœtus anormal : révélateur privilégié de notre rapport à l'écart "naturel" à la "nature" ? », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GÉRARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 457 : « *aujourd'hui on a affaire à un eugénisme plus subtil, plus flou, plus lisse,* soft*. On invoque, bien sûr, l'intérêt général : les handicapés mentaux coûtent cher, ne sont pas rentables, sont gênants pour la société ; mais également l'intérêt des tiers concernés, et au premier chef, celui des parents : leur enfant handicapé sera source de souci, d'inquiétude, de souffrance morale* » ; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* PUF, 1987, p. 207.

[3098] Ph. CASPAR, *L'embryon au II^e siècle*, coll. religion et spiritualité, L'Harmattan, 2002, p. 11 ; R. DRAÏ, « Le Code civil et l'évolution du droit des personnes. Préservation du principe généalogique ? », *Cahiers de méthodologie juridique,* n° 19, n° spécial *RRJ* 2004, p. 2785 : « *Le Doyen Carbonnier n'a pas exclusivement déploré que le droit actuel fût investi par des désirs pulsionnels qui arraisonnent jusqu'à l'image des corps et jusqu'à l'identité humaine. Il a tout aussi sévèrement déploré l'apparition dans les sociétés contemporaines de non-sujets de droit dont l'existence offense le triptyque républicain, la morale biblique et ce qui y résonne dans le droit naturel.* […] *il faut se demander si ces condamnations n'ont pas pour conséquence directe de maintenir dans leur non-état civil présent des non-sujets de droit, au risque d'offenser, cette fois, la démocratie véritable.* ».

[3099] P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100 ; P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 318 et 320 ; J. HAUSER, « Nature », *JCP G.* 2015.1226 ; J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », , in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 202.

[3100] *Supra* n° 654.

[3101] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal*, 2013, p. 2. En 2013, 928 grossesses ont été poursuivies alors qu'elles auraient pu faire l'objet d'une IMG.

[3102] Des personnes ayant accédé à une procédure de diagnostic préimplantatoire pourraient difficilement réclamer que soit *in fine* implanté un embryon au hasard, voire un embryon atteint de la pathologie recherchée.

[3103] Cette démarche n'est textuellement pas obligatoire mais est automatique dans la pratique : l'article L. 2141-1 al. 4 CSP la prévoit *a contrario* puisqu'il est énoncé qu'« *un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci* sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ». Nous soulignons.

voir, il n’est pas certain que les solutions alternatives, visant à réduire ces hiérarchies, soient socialement plus acceptables.

724. Conclusion du Chapitre 2. L'étude du droit positif montre que les hiérarchisations historiquement opérées par le droit entre les corps se prolongent encore aujourd'hui. Certes, les manifestations de ces phénomènes d'exclusion se sont modifiées : le corps des condamnés n'est plus exposé à tous vents, les sanctions attachées à l'avortement ne dépendent plus du sexe de l'embryon, les femmes n'encourent plus la mort pour avoir attenté à la vie du fœtus qu'elles portaient. Cependant, d'autres hiérarchies se perpétuent ou apparaissent. L'emprise du pouvoir médical sur les corps morts, théoriquement identique pour tous, a, de fait, davantage de conséquences sur certains : que les nécessités matérielles incitent aux dons du corps à la science ou que le prélèvement d'organes entre spécialement en contradiction avec certaines convictions religieuses. De façon générale, il est manifeste que le droit ne traite pas tous les cadavres de la même façon : traçant les frontières d'une certaine normalité des corps et des comportements, il ignore, voire rejette ce qui s'en écarte. On constate alors que la fortune conditionne les conditions de sépulture ; que la « distance » culturelle détermine la possibilité d'exposition des corps morts ; que toutes les pratiques funéraires n'ont pas même droit de cité. Le droit ne distingue donc pas les corps morts selon une quelconque *nature* : il *construit*, à partir de catégories de personnes et de groupes sociaux, des normes particulières appliquées à certains cadavres.

De la même façon, les corps des embryons ne font pas l'objet d'une protection uniforme : leur degré de développement, mais aussi leur état de santé, déterminent des catégories multiples auxquelles le droit apporte des protections et des considérations distinctes. La complexité vient alors du fait qu'à travers la question des corps embryonnaires se manifeste aussi le pouvoir du droit sur les corps des femmes. Car protéger les embryons signifie bien souvent déroger, dans le traitement des corps féminin, aux orientations générales du droit des personnes et de la santé. Cet aspect ne saurait être négligé dans une réflexion plus large sur les évolutions possibles du droit.

725. Conclusion du Titre 1. Refusant d'appuyer notre réflexion sur la recherche d'une *nature* des corps qui conditionnerait leur régime juridique et conservant le positionnement critique précédemment adopté, il est apparu nécessaire d'examiner à grands traits l'évolution historique de la protection des corps humains avant la naissance et après la mort. La distance temporelle fait alors apparaître la façon dont les cadavres et les embryons furent les instruments de véritables politiques d'inclusion et d'exclusion des corps de la communauté dominante. Le traitement de ces corps est alors un levier d'assignation des personnes et des groupes à une certaine situation sociale : la marginalité de certains individus ou leur exclusion du corps social se prolongent ainsi après la mort ; l'assignation des femmes à un rôle reproducteur, la mainmise des hommes sur leurs corps et sur leur sexualité se concrétise par la protection des embryons qu'elles portent ou, du moins, par l'attribution à d'autres qu'elles-mêmes des décisions les concernant. Cet aperçu historique est alors d'une grande richesse pour l'analyse du droit contemporain ; en effet, dénaturalisant l'état actuel du droit, il permet de percevoir les domaines dans lesquels se prolongent certains processus de domination.

L'étude du droit positif concernant les embryons et les cadavres montre ainsi que notre système recèle de nombreuses exclusions et hiérarchisations : tous les corps ne sont pas traités de la même façon. Les causes de ces hiérarchies sont multiples. Exigences de santé publique parfois, compromis politiques souvent, mais aussi héritage de règles anciennes ou manifestation contemporaine des écarts de traitements entre les personnes : écarts religieux, raciaux, sociaux, genrés. Passant du descriptif au prescriptif[3104], il convient alors de se demander s'il est possible d'amoindrir ces hiérarchies tout en incluant des impératifs collectifs.

[3104] V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2014, p. 12 et s.

Titre 2 Remédier aux hiérarchisations

726. Puisque quelques énoncés normatifs indiquent que le droit conçoit, théoriquement, les embryons et les cadavres comme des objets unifiés, une première démarche doctrinale possible serait, dans une conception stricte de la « cohérence » du droit, de proposer des solutions permettant un traitement uniforme de ces corps. Toutefois, une telle démarche risque fort de manquer de légitimité et de réalisme, car des impératifs et les intérêts en jeu sont ici extrêmement nombreux **(Chapitre 1)**. Il nous semble alors que la réflexion doit se déplacer légèrement. Dans la mesure où la hiérarchisation des corps humain avant la naissance et après la mort porte, implicitement, un ordonnancement des personnes et des groupes sociaux, il est possible de se concentrer sur la façon dont le droit pourrait tendre vers un système plus respectueux des sujets de droits affectés par le traitement des embryons et des cadavres **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 Traiter uniformément les corps humains avant la naissance et après la mort : une entreprise délicate

Chapitre 2 Amoindrir les hiérarchies entre les personnes : une entreprise nécessaire

Chapitre 1
Traiter uniformément les corps humains avant la naissance et après la mort : une entreprise délicate

727. L'état actuel du droit établit indéniablement une hiérarchie entre les embryons d'une part, et entre les cadavres d'autre part. Contrairement aux affirmations principielles des articles 16 et 16-1-1 du Code civil, la vie n'est pas toujours protégée de la même façon et les cadavres ne bénéficient pas tous d'un égal respect. Ce constat a pu conduire certains auteurs, arguant d'une nécessaire « cohérence » du droit, à proposer, en particulier à propos des embryons, une uniformisation du traitement des corps[3105]. Prenons un instant cette démarche au sérieux et, saisissant nos objets comme des entités abstraites détachées de toute connexion sociale, envisageons rapidement, quelques solutions dans ce sens **(Section 1)**. On constatera bien vite que la « *rationalité apparemment parfaite de l'application du droit occulterait* […] *la réalité des choses et les véritables enjeux des rapports humains et sociaux auxquels doit répondre tout le système juridique* »[3106]. Les interdictions ou obligations qui résulteraient d'une telle mise en cohérence ne seraient pas, en effet, sans poser une autre difficulté, à laquelle les juristes ne sauraient répondre en tant que porteurs d'une connaissance sur le droit : celle de leur acceptabilité **(Section 2)**.

Section 1 La simplicité théorique d'un système homogène

Section 2 La complexité pratique d'un système homogène

Section 1 La simplicité théorique d'un système homogène

728. Cohérence ou incohérence du droit : un choix de définition. Comme nous l'avons souligné au début de cette étude[3107], la cohérence du droit n'est pas une notion univoque et peut être comprise de multiples façons. À titre d'exemple, l'état actuel du droit de l'avortement et de l'AMP peut être lu comme un système formellement cohérent : il est possible d'analyser les

[3105] V. par ex. P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100 ; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 524 (sur la distinction embryon *in vitro/in utero*) ; E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, L'Harmattan, 2004, p. 182 (sur la distinction embryon *in vitro/in utero*) ; I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé,* th. Paris I, 2005, p. 322 et s. (note l'incohérence dela jurisprudence dans le traitement du cadavre, propose une réorganisation du régime à partir de ce constat).
[3106] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 105.
[3107] *Supra* n° 14 et s.

dispositions existantes de manière à ce qu'elles s'articulent parfaitement en termes de correspondance catégorie/régime et qu'elles s'inscrivent dans une hiérarchie des normes tout à fait classique. Ainsi, si l'on considère que la personnalité juridique n'existe pas de façon prénatale, il est possible d'affirmer que les embryons ne sont titulaires d'aucun *droit* et qu'ils ne sont gouvernés que par un principe *légal* de respect du corps humain avant la naissance et un principe *constitutionnel* de respect de la dignité[3108]. Dès lors, le principe légal de protection de la vie peut parfaitement être atténué par des normes de valeur identique, ce qui est le cas des dispositions concernant l'avortement et l'AMP. Quant à la compatibilité de ces normes avec les dispositions constitutionnelles, elle a, de multiples fois, été confirmée par le Conseil. Cependant, si l'on considère que la cohérence du droit s'organise plutôt sur un plan axiologique et téléologique, il est possible de considérer à l'inverse que le système juridique ne met pas en place les mécanismes nécessaires à l'accomplissement complet des valeurs qu'il exprime : le principe de respect de la vie, comme le principe de dignité, semblent ici des coquilles vides, promus lorsqu'il s'agit de limiter le pouvoir des femmes sur leur corps et leur reproduction mais abandonné dès lors que la destruction des embryons est considérée comme socialement plus utile. Un raisonnement similaire pourrait être mené à propos des corps morts, textuellement uniformément objets de respect, de dignité, de décence mais en pratique soumis à des régimes juridiques fractionnés : tantôt pieusement inhumés, tantôt objets de curiosité scientifique ou culturelle.

729. Même sans se prononcer sur l'idée d'une « nature » des corps qui imposerait au droit tel ou tel traitement des embryons et des cadavres[3109], même sans suggérer la création d'un système de personnalité juridique prénatale ou *post mortem*, on peut envisager que l'activité doctrinale, recherchant la cohérence du droit autour des valeurs explicitement énoncées par le législateur, propose une uniformisation du traitement des corps morts d'une part **(§1)** et des corps embryonnaires d'autre part **(§2)**. Cette démarche doit être explorée dès lors qu'elle est

[3108] Auxquels on pourrait ajouter un principe *international* de protection de la vie l'enfant par la Convention internationale des droits de l'enfant. Mais la France ayant exprimé une réserve d'interprétation, cette disposition est inapplicable à la question de l'avortement. Par ailleurs, l'application directe de la Convention semble écartée par les juridictions lorsqu'aucun droit subjectif n'est accordé. Sur ce point v. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014, n° 59 et s. En général, sur les conditions de l'applicabilité directe des conventions v. CE ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et FLAPIL* (pour l'ordre administratif). Pour l'ordre judiciaire, la Cour de cassation ne s'est formellement exprimée que dans un rapport : COUR de CASSATION, *Rapport annuel 2009. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation,* La documentation française, p. 83.

[3109] Sur cette approche v. *supra* n° 387 et s.

celle d'une partie de la doctrine. Sans s'y attarder, la logique interne des possibilités envisageables peut être brièvement exposée.

§1 Considérer également tous les cadavres
§2 Protéger également tous les embryons

§1. Considérer également tous les cadavres

730. Il a précédemment été exposé la façon dont certaines normes applicables aux corps morts créaient entre eux des hiérarchies de considération, certains faisant l'objet d'une protection ou d'une valorisation accrue. Imaginons alors, par touches successives, ce que pourrait susciter une application uniforme du principe de respect des corps après la mort.

731. Modifier la disponibilité médicale des corps morts ? Dire que le régime actuel du prélèvement d'organes procède d'une véritable collectivisation du corps mort est une appréciation excessive dans la mesure où, en pratique, le refus de prélèvement opposé par les proches est rarement outrepassé, quand bien même ils exprimeraient non pas, comme le prévoit la loi, la volonté du défunt mais bien leur volonté propre. Le taux de refus de prélèvement est actuellement d'environ un tiers[3110] ce qui est sensiblement supérieur au nombre de personnes qui se déclarent favorables au don pour elles-mêmes ou leurs proches[3111] ; mais cet écart s'explique facilement par la difficulté à exprimer cette préférence au moment d'un décès. Cette situation fait cependant l'objet de fréquentes interrogations étant donné l'écart persistant entre la lettre des textes et la pratique. C'est le « déficit » d'organes transplantables qui en résulte qui suscite évidemment toutes les inquiétudes. Deux attitudes s'opposent alors : certains avancent qu'à tout prendre il serait plus rigoureux de donner textuellement au défunt une faculté d'acceptation *explicite* et, dans le silence de celui-ci, *aux proches* la responsabilité d'une acceptation *pour eux-mêmes*[3112] ; d'autres, au contraire, soutiennent que l'impératif de santé publique et la nécessité de recourir au don entre vifs du fait des refus de prélèvements *post mortem* devraient conduire à renoncer à toute faculté, même pratique, d'opposition des proches

[3110] AGENCE NATIONALE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel médical et scientifique*, 2014, « Le prélèvement d'organes en vue de greffe », p. 2.
[3111] Un sondage réalisé en mars 2016 par l'institut Harris Interactive indique que 84% des personnes interrogées sont prêtes à donner leurs organes après leur décès et que 15% estiment qu'ils ne s'opposeraient pas un tel don pour leurs proches. Rapport disponible sur : http://harris-interactive.fr/wp-content/uploads/sites/6/2016/03/Rapport-Harris-Les-Fran%C3%A7ais-sont-ils-pr%C3%AAts-au-don-dorgane-M6.pdf [consulté le 13 nov. 2016].
[3112] D. BERTHIAU, « Redéfinir le principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Proposition de révision de certains aspects de la loi bioéthique de 6 août 2004 en la matière », *Médecine et droit,* 2010, n° 104, p. 154.

au prélèvement[3113]. À l'inverse, on pourrait également s'opposer à toute atteinte aux corps après la mort, que ce soit pour prélèvement d'organes ou pour une utilisation scientifique, considérant que le la triade « respect, dignité, décence » fait obstacle à toute atteinte matérielle sur le corps.

732. Ne pas glorifier certains corps ? Si l'usage des cadavres a longtemps été la marque *post mortem* du rang social des *personnes décédées*[3114], on pourrait considérer que l'affirmation d'un respect général des corps après la mort devrait être interprétée comme interdisant que certains soient plus glorifiés que d'autres. En ce sens, on pourrait légitimement interroger le traitement de faveur dont bénéficient toujours les « Grands hommes » de la patrie et les militaires tombés au combat. S'agirait-il alors de vider le Panthéon ? De disperser les ossements de Douaumont ? Serait-il possible de remettre en question, pour l'avenir, la persistance de la protection des tombes militaires et la subsistance des « panthéonisations » comme des « invalidations »[3115] ? Car si les cimetières militaires, comme lieux historiques, ont le mérite de rappeler l'ampleur des guerres de masse, la protection spécifique attribuée aujourd'hui à des tombes *individuelles* – par la loi pour les tombes militaires, par des décisions ponctuelles comme pour l'attribution gracieuses de concessions perpétuelles aux victimes d'attentats[3116] – manifeste que ces morts ont *à titre personnel*, une valeur supérieure aux autres ; que *les personnes* qui sont décédées méritent plus que les autres de rester dans le souvenir. Que cette hiérarchisation s'opère par l'Histoire est inévitable. Que le droit y prête son concours en la marquant par et sur les corps pourrait être débattu.

733. Unifier le droit funéraire ? À l'autre extrémité du spectre social, c'est le principe même de la distinction entre le terrain commun et la concession qui pourrait être questionné. Comme nous l'avons vu, ce système crée en effet une ségrégation géographique et temporelle des corps morts qui pourrait être considérée comme contraire à l'affirmation de l'article 16-1-1 du Code civil. Il est vrai qu'il est surprenant qu'une société qui s'accroche tant à la « neutralité religieuse » de ses cimetières, refusant théoriquement toute division confessionnelle, ne voit pas de difficulté à ce que les pauvres et les personnes isolées soient tous inhumés – pour peu de temps il est vrai – dans un même lieu. D'autres mécanismes seraient pourtant envisageables. *A*

[3113] Selon M.-X. CATTO, cette loi n'abrogeait pas les dispositions spécifiques prévues en 1949 pour les cornées mais cette articulation, mal connue, entre les deux dispositifs ne fut pas appliquée : *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dactyl., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 639.
[3114] *Supra* n° 541 et s. ; n° 564 et s.
[3115] Néologisme paradoxal désignant l'inhumation aux Invalides.
[3116] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, Délibération 2015 DEVE 49 (attentats Charlie Hebdo) et 2015 DEVE 175 (attentats du 13 nov. 2015).

maxima on pourrait rendre à la fois gratuite et perpétuelle toute inhumation. Mais cette solution, bien qu'elle soit retenue dans certains pays, génèrerait manifestement un problème de place. Il serait alors possible d'instaurer la gratuité tout en homogénéisant la durée de sépulture à un point médian – trente ans par exemple. Enfin, *a minima*, on pourrait concevoir une sépulture généralisée en terrain commun. Mais quel traitement appliquer ensuite aux restes et, surtout, pourquoi distinguer le traitement des corps en fonction de leur distance à la date de la mort ?

734. Considérer les corps anciens ? Considérer également tous les corps morts pourrait être entendu comme n'opérer entre eux aucune hiérarchisation en fonction de leur « âge ». Cela suggèrerait-il que toute exposition de « corps archéologiques » devrait être prohibée comme a pu l'être l'exposition de « corps contemporains »[3117] ? Ou encore que tout corps mort détenu par une personne privée ou publique devrait faire l'objet d'un retour sur le lieu de son exhumation première ? Plus délicat encore : si l'exposition ou toute exploitation scientifique des corps morts, parce qu'elles ne concernent pas chaque corps ne devraient être applicables à aucun, cela signifie-t-il que la fouille archéologique des sépultures devrait répondre aux conditions de l'exhumation ? Pourrait-on aller jusqu'à la considérer, par sa finalité, comme une atteinte au respect dû aux morts et donc comme une violation de sépulture ? Se pose alors la question de la protection pénale des morts.

735. Protéger pénalement tous les corps morts ? L'idée que tous les corps morts doivent faire l'objet d'une protection pénale harmonisée n'est pas nouvelle. Elle fut à l'origine de la modification de l'article 225-17 du Code pénal lors de la recodification, celui-ci, intégrant alors les apports de la jurisprudence, protégeant désormais tant les corps ensevelis que les autres[3118]. Quels pourraient être les prolongements de cette évolution ?

En premier lieu, par exemple, une uniformisation des infractions concernant la diffusion d'informations ou d'images concernant les morts. Que l'État décide d'encadrer la liberté d'information en prohibant la diffusion d'images particulièrement violentes ou de certaines données peut être compréhensible. Mais que leur caractère brutal soit défini non seulement au regard de leur contenu mais aussi de la qualité de la personne concernée est plus contestable. Ainsi, on peut se demander en quoi il est plus choquant de diffuser l'identité d'un mineur suicidé que d'un majeur[3119]. De la même façon, si l'infraction devait être appliquée *post*

[3117] V. *Supra* n° 698.
[3118] V. *supra* n° 55.
[3119] Sur cette infraction v. *supra* n° 120.

mortem[3120], il serait possible de remettre en question la distinction entre la prohibition de la diffusion d'images de *victimes* d'infraction et celle de l'image des *auteurs* décédés. Mais on pourrait aussi naïvement se demander ce qui fonde la distinction entre la prohibition de diffusion d'images des corps de victimes d'infractions mais l'autorisation de celles des personnes accidentées ou suicidées. Peut-être le droit pénal devrait-il alors être simplifié en ne conservant que l'infraction d'atteinte à la vie privée des personnes par voie de presse ? Le droit répressif pourrait même se retirer, laissant place au seul droit civil et en revenant à la position antérieure de la jurisprudence qui jugeait de ces cas sur le fondement de la vie privée des proches. Mais la diffusion des images du cadavre d'une personne isolée ne serait alors pas sanctionnée[3121].

736. Conclusion du § 1. Si l'on considère que la formule générale de l'article 16-1-1 du Code civil devait conduire, par souci de cohérence axiologique, à l'égale protection et considération de tous les corps morts, il serait possible d'envisager toute une série d'évolutions du droit positif. Nous en avons exposé certaines à grands traits, qui conduiraient à ne pas distinguer les cadavres en fonction de la fortune des défunts ou de leur « valeur » sociale, de l'« ancienneté » des corps ou de leur appartenance culturelle. Envisageons à présent ce que pourrait suggérer une démarche identique à propos des corps embryonnaires.

§2. Protéger également tous les embryons

737. Puisque certains auteurs dénoncent, comme une incohérence du droit, les multiples régimes qui s'appliquent aux corps humains avant la naissance[3122], exposons brièvement quelles pourraient être les modifications du droit permettant d'appliquer uniformément l'affirmation de l'article 16 du Code civil. Poussons-les à leur extrémité afin de voir ce qui en résulterait.

738. Éviter les distinctions des embryons selon l'état de santé : interdire l'interruption médicale de grossesse et le diagnostic préimplantatoire ? Éliminer de notre système juridique toute distinction des corps embryonnaires en fonction du handicap et de la maladie serait possible par la suppression du diagnostic préimplantatoire (DPI) et de l'interruption médicale de grossesse (IMG). Ce régime éviterait tout soupçon d'eugénisme du

[3120] V. supra n° 121.
[3121] *Contra*, suggérant à l'inverse la création d'une infraction spécifique indépendante des dispositions concernant les personnes : J. LEOHNARD, « Cadavre à la une. Regard du Droit pénal sur la médiatisation de l'image du cadavre », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 226.
[3122] *Supra* n° 387.

système juridique en n'accordant pas moins de protection aux corps non-sains qu'aux autres. Si quelques pays européens ont fait le choix de prohiber le DPI[3123], à notre connaissance, seule l'Irlande interdit totalement l'avortement médical, même s'il peut ailleurs être très difficile d'accès, comme en Pologne. Quant au diagnostic prénatal, il pourrait soit subsister dans le seul objectif de permettre aux géniteurs et aux équipes médicales de se préparer à l'arrivée d'un enfant malade, soit disparaître afin de ne pas risquer d'avortement illégal. À notre connaissance, il n'existe pas de réglementation prohibant tout diagnostic prénatal, celui-ci pouvant parfois se limiter à une simple échographie. Soulignons cependant que l'idée d'une mise en cohérence axiologique du système autour de la « protection de la vie dès la conception » empêcherait de prohiber le DPI, mais non l'IMG. C'est précisément sur ce point que s'est appuyée la Cour européenne des droits de l'Homme pour condamner la législation italienne en la matière[3124].

739. Éviter des distinctions entre embryons *in vitro* et *in utero* : interdire la conservation d'embryons *in vitro* ? Une des différences de traitement les plus fréquemment dénoncées en l'état actuel du droit est la distinction entre la protection des embryons *in utero* et *in vitro*, les premiers ne pouvant faire l'objet d'une destruction que dans les douze premières semaines de leur vie, sur demande de la femme enceinte uniquement là où les seconds sont soumis à la volonté des deux géniteurs, sur une période de plusieurs années. La conservation sans limite de durée des embryons surnuméraires éviterait leur destruction mais elle ne résoudrait pas la différence de traitement qui consisterait à en faire naître certains mais pas d'autres. Elle poserait en outre des difficultés matérielles. Dès lors seules deux solutions sont envisageables à la fois techniquement et théoriquement : la limitation de la création des embryons surnuméraires ou la modification des conditions de leur utilisation.

740. *Ne pas créer d'embryons surnuméraires ?* Plusieurs solutions techniques permettent de ne pas conserver d'embryons surnuméraires. La première d'entre elles consiste à interdire toute fécondation *in vitro* et à ne conserver que les autres méthodes d'assistance médicale à la

[3123] La Suisse, l'Autriche et l'Allemagne notamment : AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, 2010, p. 20 ; SÉNAT, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon, étude de législation comparée* n° LC 75, mai 2000, p. 3. Cependant, la tendance est à l'ouverture de ces méthodes. Pour un résumé de l'évolution du droit suisse v. le dossier élaboré par l'office fédéral suisse de la santé publique : http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr [consulté le 13 nov. 2016].

[3124] Cour EDH, 12 août 2012, *Costa et Pavac c. Italie*, n° 54270/10, §64 : *Rev. Jur. Pers et fam*., 2012, n° 9, p. 29, note E. PUTMAN ; *JCP G*. 2012, p. 1946, note C. PICHERAL ; *JCP G*. 2013, p. 92, chron. Fr. SUDRE ; *AJ fam*. 2012. 552, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2013. 67, note C. BÉNOS ; *RTD civ.* 2012. 697, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2013, pan., p. 663, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *JCP G*. 2013, chron. p. 1647, obs. Chr. BYK ; *Médecine et droit* 2014, n° 125, p. 34, note B. BÉVIÈRES-BOYER et Ch. BOUFFART.

procréation (insémination artificielle notamment). Une seconde possibilité est d'interdire la cryoconservation des embryons, solution retenue d'ailleurs par l'Italie, l'Allemagne[3125] et la Suisse. Trois méthodes sont alors théoriquement envisageables : soit n'est fécondé que le nombre d'ovocytes dont on souhaite envisager le transfert – les autres étant détruits ou donnés – soit tous les ovocytes prélevés lors de la stimulation ovarienne sont fécondés et transférés, soit, enfin, les ovocytes surnuméraires sont cryoconservés pour une prochaine utilisation[3126].

741. *Limiter les usages des embryons surnuméraires ?* Dans le but d'éviter un traitement différent des embryons *in vitro* par rapport à celui des embryons *in utero*, une autre piste pourrait consister à imposer l'utilisation des embryons surnuméraires. En 2013, la France comptait 191 845 embryons congelés dont plus de 30% à l'égard desquels le projet parental était abandonné ou incertain[3127]. La ressource est donc importante et plusieurs options seraient techniquement concevables.

On pourrait *a maxima* imaginer que toute tentative d'AMP impose au couple qui s'y engage d'utiliser la totalité des embryons qui auraient été conçus à partir de leurs gamètes. Plus simplement, il serait possible d'ouvrir la notion de projet parental en autorisant par exemple les transferts *post mortem*[3128] ce qui éviterait la destruction d'embryon en cas de décès du géniteur des embryons. De façon plus permissive encore, l'utilisation des embryons pourrait être rendue possible malgré l'opposition de l'autre membre du couple [3129]. Afin de maximiser les utilisations et d'offrir dans ce cadre les mêmes possibilités aux hommes et aux femmes, cette position pourrait être associée à une autorisation de la gestation pour autrui[3130] : les embryons pouvant

[3125] L'interdiction résulte, en Allemagne, de la combinaison des alinéa 3 et 5 du §1 de la loi sur la protection de l'embryon (*Embryonenschutzgesetz*). L'alinéa 3 interdit en effet d'implanter plus de trois embryons et l'alinéa 5 de créer plus embryons qu'il ne peut en être implanté. Il semble cependant que la pratique conduise à féconder davantage d'ovocytes, considérant que tous ne se développeront pas en embryons (M. FROMMEL, « *Deutscher Mittelweg in der Anwendung des Embryonenschutzgesetzes (EschG) mit einer an den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand orientierten Auslegung der für die Reproduktions-medizin zentralen Vorschrift des §1, Abs.1, Nr 5 ESchG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des EschG* », Reprodutionsmedizin, Endokrinol, 1/2007), voire de conserver les ovocytes fécondés au stade de zygotes (v. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport* n° 3403, J. LEONETTI, 11 mai 2011, p. 93). Nous remercions ici sincèrement L. MARGUET pour ses éclaircissements.

[3126] La vitrification est autorisée en France depuis 2011 : L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique : JORF n° 0157 du 8 juill. 2011, p. 11826. Art. 31.

[3127] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation*, 2013, p. 19.

[3128] Cette solution est admise par de nombreux pays : AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, 2010, p. 14 ; SÉNAT, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon, étude de législation comparée*, n° LC 75, mai 2000, p. 3. Pour des décisions récentes favorables à une exportation des gamètes à cette fin v. CE, 31 mai 2016, n° 396848 et TA Rennes, 12 oct. 2016, n° 1604451

[3129] Ce qui ne serait pas sans interroger alors sur les conditions d'établissement de la filiation. À notre connaissance, aucun pays n'a explicitement adopté une telle position.

[3130] La GPA est admise dans de nombreux pays et cette autorisation s'accompagne parfois d'une possibilité ou d'une obligation de don d'ovocytes (AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la*

alors également être utilisés par le géniteur en cas de retrait de sa compagne du processus d'AMP ou de décès de celle-ci. Dernière hypothèse, proposée par Marie-Xavière CATTO, imposer aux couples ayant recours à l'AMP, d'une part de consentir au don de leurs embryons en cas d'abandon du projet parental et, d'autre part, de procéder à un recueil d'embryon par priorité par rapport au don de gamètes[3131]. Cette dernière solution permettrait par ailleurs de diminuer les prélèvements de gamètes sur donneurs et particulièrement les prélèvements d'ovocytes, opération dont la dangerosité est élevée[3132].

742. Éviter des distinctions de développement : interdire l'avortement ? Une dernière possibilité de mise en cohérence du droit autour des impératifs de respect de la vie serait tout simplement l'interdiction de l'avortement[3133] et, au surplus, l'application aux corps prénataux de toutes les dispositions pénales de protection des personnes. Cette solution s'inscrirait dans une lecture du droit qui ferait de l'être humain (ou de la personne humaine) une catégorie juridique en soi, dont le régime serait rendu cohérent par un traitement similaire des corps quel que soit leur degré de développement. Pour être complet, un tel système devrait plus largement interdire tout dispositif de contraception visant à empêcher la nidification : dispositif intra utérin (ou stérilet[3134]) et contraception d'urgence (« pilule du lendemain ») en particulier[3135]. Un tel système, qui n'a jamais été mis en œuvre tel quel dans notre droit contemporain[3136], est techniquement envisageable[3137]. Cependant, l'ensemble de ces solutions ne manquerait pas de se heurter à des difficultés juridiques et pratiques.

---

procréation, 2013, p. 18-19). Pour une approche de droit comparé v. par ex. *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood,* Fr. MONÉGER (dir.), Société de législation comparée, 2011. En général sur cette pratique v. *La gestation pour autrui,* G. DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET et Cl. BERGOIGNAN-ESPER, Médecine Sciences Publications, Lavoisier, 2011.

[3131] M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014.

[3132] *Infra* n° 749.

[3133] X. LABBÉE va ainsi au bout de sa logique : proposant la personnification de l'embryon à compter de dix semaines, il en tire la conséquence que l'avortement devrait être recriminalisé. Il concède cependant que la tendance politique n'est pas dans ce sens : *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990, p. 237 et s.

[3134] Pour une assimilation de l'acceptation sociale du stérilet à un processus de réification de l'embryon v. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* PUF, 1987, p. 202.

[3135] L'autorisation de certaines pilules pourrait également être interrogée lorsque leur action vise tant à suspendre l'ovulation qu'à affiner l'endomètre afin d'éviter la nidification.

[3136] Même lorsque l'avortement était prohibé, l'application prénatale de certaines infractions pénales était discutée (v. par ex. Trib. corr. Fontainebleau, 25 avr. 1947 : *D.* 1947.312). Pour une approche historique v. *supra* n° 585 et s.

[3137] Nous n'avons pas trouvé de système juridique qui applique strictement le même régime juridique aux corps avant et après leur naissance. Les systèmes de droit musulman, qui connaissent une protection pénale de l'embryon avant sa naissance, admettent également une gradation de sa protection dans le cadre du droit de la santé et ne connaissent pas de personnalité prénatale : v. M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna » in *L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008.* L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.). Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de

743. Conclusion de la Section 1. Il est certain que les grandes affirmations de la loi, respect de la vie dès sa conception, respect du corps humain même après la mort, connaissent en pratique tant d'exceptions que l'on peut s'interroger sur la cohérence axiologique du droit. Il est donc courant que la doctrine réclame une systématisation de la protection des corps. Nous avons ici exposé brièvement quelques évolutions du droit qui répondraient aux critiques doctrinales tant à propos des embryons que des cadavres. Cependant, il apparaît immédiatement qu'une cohérence du droit centrée uniquement sur les corps, pensée comme un système étanche à toutes considérations extérieures, ne peut rendre compte de la réalité pratique du droit et de la complexité des relations sociales qui se nouent autour des embryons et des corps morts.

Section 2 La complexité pratique d'un système homogène

744. Incohérence et effectivité du droit. L'idée que la cohérence globale du droit, quelle qu'en soit la définition, est une condition *nécessaire* de son efficacité doit être écartée. Certes, l'incohérence entre une norme et ses objectifs peut rendre la justification de son *interprétation* plus difficile, et donc son application plus aléatoire, mais elle n'est pas un obstacle à son effectivité[3138]. De la même façon, l'incohérence axiologique ou catégorielle d'une norme précise avec le *système* dans lequel elle s'inscrit ne conduit pas nécessairement à des difficultés d'application. Elle peut, par exemple, être interprétée comme une exception à un principe[3139], même si elle n'avait pas été formellement conçue ainsi. À la limite, cette incohérence pourra être un argument permettant à l'interprète de construire ponctuellement une argumentation visant à l'écarter au profit d'une autre[3140].

---

l'enfant. Société de législation comparée. Colloques Vol. 11, 2008, p. 33. V. également, pour des développements plus précis, et dans le même ouvrage : N. AÏT-ZAÏ, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la Convention des droits de l'enfant », p. 63 ; L. HAGHIGHAT KHAH, « Au nom de Dieu. La protection des enfants dans la loi constitutionnelle de la République islamiste d'Iran. », p. 154.

[3138] V. A. R. CALATYUD, « Jugements de valeurs et argumentation juridique », trad. G. TUSSEAU, *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 243 : « *l'acteur juridique qui applique une norme non identifiable selon les critères établis par voie d'autorité devra développer une argumentation tendant à prouver que, en accord avec le droit, des raisons sont présentes pour résoudre le cas pendant en appliquant telle ou telle norme, et que le contenu de cette norme est cohérent avec les autres valeurs de l'ordre juridique* ». Ainsi, par exemple, si une norme interdit la présence de chiens dans un lieu donné en affirmant vouloir assurer la sécurité des usagers, l'interprète n'aura pas de difficulté à justifier, dans les formes, l'application *a fortiori* de la règle aux tigres. En revanche, si la même norme affirme, de façon incohérente, poursuivre la sauvegarde de la liberté de circulation des propriétaires d'animaux, l'extension de son application sera plus difficile à justifier. Mais pour autant, cette incohérence ne fera pas obstacle à son application aux chiens.

[3139] Ainsi l'autorisation de la destruction d'embryons surnuméraires peut être lue comme exception au principe de respect de la vie dès son commencement ou au contraire comme une norme totalement étrangère au principe.

[3140] V. A. R. CALATYUD, « Jugements de valeurs et argumentation juridique », art. cit., p. 244 et s.

Il semble ici nécessaire, avec Daniel GUTMANN, de distinguer l'activité doctrinale de l'activité juridictionnelle[3141]. Il est compréhensible que les juges, soucieux de justifier leur légitimité lorsqu'ils opèrent une interprétation créatrice[3142], cherchent à établir entre leurs décisions et le système juridique un rapport de cohérence, qu'elle soit catégorielle, téléologique ou axiologique[3143]. La cohérence de l'ensemble assure à la fois l'image de la déférence du juge à l'égard du pouvoir législatif et rend plus probable l'acceptation de son interprétation[3144]. Mais cette contrainte ne s'applique pas à l'*analyse* du droit pour laquelle l'argument de cohérence procède moins d'une analyse juridique que de la projection, sur le système juridique d'une certaine sensibilité[3145]. Xavier BIOY explicite même ce processus :

> *« la doctrine opère des clarifications pour permettre notamment la prévisibilité du droit et cela même si elle sait, grâce à un autre temps du travail doctrinal, que le choix fortuit ou hasardeux d'un mot ou d'un autre, fruit du calendrier politique ou de la démagogie, ne remplit pas les conditions de rationalité que le travail universitaire postulait. Cette analyse qui forme le second temps du travail doctrinal, celui de la critique, doit alors permettre de mettre en garde contre des dérives dont la crainte n'engage que l'auteur qui les dénonce et ne saurait exiger une adhésion intersubjective similaire à celle qu'il est en droit d'attendre du premier temps de son travail »*[3146].

Ultimement, comme nous l'avons exposé au début de cette étude, toute critique doctrinale du système juridique se résume à une position axiologique.

[3141] D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », *RTD civ.* 2002, p. 461 et aussi « "Le juge doit respecter la cohérence du droit". Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 109.

[3142] *Supra* n° 170.

[3143] V. J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique,* Y. POIRMEUR et Al. BERNARD (coord.), PUF, 1993, p. 276 : le juge « *confronté à plusieurs sens possibles d'un texte,* […] *sera amené à privilégier celui qui assure sa* compatibilité *avec les autres éléments constitutifs de l'ordre juridique et est* conforme *à sa logique sous-jacente ; l'exigence de non-contradiction apparaît ainsi comme l'une des règles implicites qui gouvernent l'interprétation jurisprudentielle ».*

[3144] V. R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », trad. Fr. MICHAUD, *droit et société,* 1985-I, p. 51. Pour une application de cette vision à l'activité de la Cour EDH v. K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Bruylant / Nemesis, 2008, not. p. 66 et s.

[3145] E. PICARD évoque aussi la question de la rationalité : « Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 79 : « *même souverain, le droit n'est pas le maître de la cohérence – la normativité de celle-ci à son égard n'étant plus, quant à elle, purement factuelle, mais de nature rationnelle. Dans cette hypothèse, elle n'en est pas pour autant moins impérative, car il en va de l'existence même du droit comme tel. En effet, même souverain, le droit ne peut se passer de cette cohérence ; car s'il abhorre la contradiction, interne ou externe* […] *il ne règle pas les règles de la non-contradiction – ce qui constitue une autre objectivité normative : le droit positif ne peut rien contre la raison et les lois de l'entendement. Sa souveraineté ne lui permet pas de soutenir qu'il n'y aurait pas de contradictions lorsque celles-ci s'affichent par elles-mêmes et se révèlent à la conscience* ».

[3146] V. X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, n° 41.

745. Incohérence et sensibilité. Ainsi, si la cohérence interne de propositions doctrinales – comme du système juridique lui-même – peut être un élément de son *intelligibilité*, l'évaluation de leur pertinence procède au bout du compte d'une adhésion aux valeurs qui en constituent les prémisses. Dans ce sens, on peut sans doute appliquer à la doctrine la remarque de Benoît FRYDMAN sur la jurisprudence qui, commentant la pensée de HART, énonce :

> *« Les décisions des juges sont certainement prises à la lumière de certaines valeurs. Elles peuvent procéder d'une mise en balance des intérêts concurrents dans des circonstances particulières. Mais aucun test ne permet de démontrer la justesse du choix. L'arbitrage judiciaire des cas moraux difficiles relève en dernière instance d'un jugement de valeur moral.* Ce qui conditionne en définitive la validité du jugement, comme de toute règle, c'est le fait que cette règle puisse être reconnue par les membres de la communauté comme faisant partie du système, c'est-à-dire sa conformité à la règle de reconnaissance *»*[3147].

Au plan pratique, les normes, les interprétations et applications qui en sont faites, n'ont vocation à s'inscrire durablement dans le système juridique que si elles répondent aux attentes sociales du moment. Leur rationalité est aussi appréciée au regard de leur *acceptabilité*[3148]. Cette affirmation conduit à une certaine modestie du juriste car, en tant que porteur d'une connaissance sur le droit, cette perception de l'acceptabilité de la règle ne relève pas spécifiquement de sa compétence. Toutefois, cette affirmation invite à ne pas écarter de la réflexion juridique les conséquences pratiques des réflexions théoriques, des articulations techniques, que permet de formuler la connaissance du droit. Suivant ici la définition du droit proposée par Jean-Louis BERGEL comme un « *système organisé de valeurs, de principes, d'instruments techniques… qu'expriment des règles précises dont on ne peut négliger ni les fondements ni les manifestations concrètes ou formelles* »[3149], on présentera ce qui nous semble être la première limite de certaines des pistes évoquées : leur inadéquation, toute subjective, aux valeurs sociales contemporaines **(§1)**. Quelques limites juridiques envisageables seront ensuite exposées afin de suggérer un autre axe de réflexion **(§2)**.

§ 2 Les limites pratiques d'un traitement homogène des corps : l'acceptabilité du droit

§ 1 Les limites juridiques d'un traitement homogène des corps : les multiples impératifs du droit

[3147] B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 580, Nous soulignons.
[3148] V. Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits,* PUAM, 2004, p. 98 et s.
[3149] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, 2012, n° 8.

§1. Les limites pratiques d'un traitement homogène des corps : l'acceptabilité du droit

746. L'évaluation de la compatibilité d'une norme avec la sensibilité politique d'un système social ne procède pas d'une connaissance juridique. L'apparition, à un moment donné, d'une question particulière dans le champ juridique est évidemment une combinaison complexe entre le hasard des faits divers et la visibilité sociale du groupe qu'elle concerne en premier lieu. L'intégration de ladite question dans une norme juridique est encore une étape supplémentaire, combinant le poids politique du groupe concerné, la diffusion de ses arguments et leur réception. La stricte technique juridique, et notamment la cohérence ou l'incohérence d'un système, si elle peut être un argument porté au soutien d'une idée n'est donc généralement pas déterminante dans l'évolution en cause[3150] : le droit est le résultat d'un état donné de rapports de pouvoirs multiples, tantôt consensus, tantôt compromis, tantôt radicale domination d'un intérêt sur un autre[3151]. Certes, la connaissance juridique peut permettre observer quelques évolutions générales du droit et suggérer ainsi quelques tendances sociales. Cependant cette observation, comme toute autre, ne peut prétendre à la parfaite neutralité, et, par ailleurs, l'évolution passée du système juridique ne dit que peu de choses sur ses orientations futures ; et certainement rien de strictement juridique. C'est donc avec une certaine subjectivité que nous évoquerons ce qui nous semble constituer quelques limites pratiques des possibilités d'évolution du droit précédemment évoquées. En effet, les conséquences d'une application uniforme du respect de la vie **(A)** ou du respect des corps après la mort **(B)** semblent parfois bien éloignées de la sensibilité politique actuelle.

A. Les conséquences pratiques difficilement acceptables d'une protection uniforme des embryons

B. Les conséquences pratiques difficilement envisageables d'une protection uniforme des cadavres

[3150] L'« incohérence » de la norme juridique n'apparaît d'ailleurs véritablement qu'avec une évolution sociale des valeurs. L'exemple du mariage entre personnes de même sexe suffit à s'en convaincre : depuis l'admission de l'adoption unilatérale et le détachement du mariage des impératifs de procréation, la prohibition de l'union de deux personnes de même sexe pouvait sembler une « incohérence » du droit à la fois en termes de finalités et de valeurs (A.-M. LEROYER, *Droit de la famille,* PUF, 1re éd., 2011, p. 97. Sur la nécessité d'une *prise de conscience* de la discrimination pour l'évolution du droit v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ-Lextenso éditions, 4e éd., 2014, p. 118). Or, si ces arguments juridiques ont pu être utilisés dans le débat, nul doute que ce sont davantage l'évolution des mœurs, l'acceptation sociale grandissante de l'homosexualité qui ont permis l'évolution du droit que l'inverse. Droit et réception du droit fonctionnent alors en écho, mais le dernier mot revient bien au législateur, porteur d'une parole sociale et non d'une connaissance juridique. (Sur les justifications naturalistes conduisant à remettre en cause la validité *juridique* d'un mariage entre deux personnes de même sexe malgré l'imprécision des textes v. par ex. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité,* PUF, 2010, p. 74).

[3151] Sur cette conception du droit v. *supra* n° 14 et s. ; 411 et s.

A. Les conséquences pratiques difficilement acceptables d'une protection uniforme des embryons

747. Certains auteurs n'hésitent pas à réclamer la « mise en cohérence » du droit, notamment par une plus grande protection de l'embryon, sans jamais évoquer le corps des femmes[3152]. Pourtant, ne pas intégrer cette donnée dans la réflexion conduit à s'aveugler sur les conséquences concrètes du droit sur la liberté des femmes sur leur corps, sur les inégalités sociales, sur les rapports entre les sexes et sur le fonctionnement des familles[3153]. L'idée d'une application homogène de l'énoncé général de respect de la vie ne peut pas être abordée sans être considérée dans toutes ses conséquences pratiques. Prise abstraitement, cette démarche est notamment impuissante à montrer qu'en la matière, les femmes et les hommes n'ont fondamentalement pas les mêmes intérêts ou, du moins, qu'ils ne sont pas impliqués de la même façon dans le débat[3154]. Il faut alors exposer qu'appliquer à tous les embryons une uniforme protection du droit impliquerait soit de négliger l'impact de l'évolution sur le corps des femmes **(1)**, soit de modifier profondément la perception actuelle de la reproduction et de la sexualité **(2)**.

1) Protéger les embryons et négliger les femmes

2) Protéger l'embryon et changer de regard sur la reproduction

[3152] Pour quelques ex. v. : P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100 (sur l'incohérence de moins bien protéger le cadavre que l'embryon) ; P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 318 (l'auteur dénonce également p. 319 l'attitude selon lui inconséquente de la Cour de cassation, qui n'applique pas toujours le principe d'interprétation stricte de la loi pénale avec la même rigueur qu'à propos de l'homicide involontaire prénatal, prenant comme exemple la condamnation du viol dans lequel la pénétration est le fait de la victime) ; P. KOLB, « Perplexité autour de l'impossible qualification d'homicide involontaire sur l'enfant à naître », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 267 (l'auteur considère que sanctionner l'interruption involontaire de grossesse en passant par la protection de la femme élude un « *débat juridique, politique, éthique et moral* ») ; dans le même ouvrage « La mise à disposition de l'embryon ou du fœtus humain », p. 323 (l'auteur déplore que la loi Veil ait « *rapidement été interprétée, tout du moins pour l'IVG précoce, dans un sens résolument féministe* ») ; J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », , in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 202 (sur l'incohérence de moins bien protéger l'embryon que l'animal).

[3153] Sur cette démarche d'invisibilisation des conséquences pratiques du droit v. par ex. Br. FEUILLET-LIGER, « La biomédecine, promesse de liberté, in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 391.

[3154] Une réflexion identique pourrait être menée à propos du port du voile islamique : v. A. LAGERWALL, « La prostitution, le port du voile et l'avortement devant la Cour européenne des droits de l'Homme : une affaire de femmes ? », in *Féminisme(s) et droit international, Études du réseau Olympe,* E. TOURME JOUANNET, L. BURGORGUE-LARSEN, H. MUIR WATT et H. RUIZ-FABRI, coll. de l'institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Société de législation comparée, 2016, not. p. 370 et s. Sur l'idée de « point de vue » v. N. HARTSOCK, « *The feminist standpoint : Developing the ground for a specifically feminist historical materialism* »,1983 in The feminist Standpoint Theory Reader, New-York, 2003, p. 44.

1) Protéger les embryons et négliger les femmes

748. La mise en œuvre d'un respect uniforme de tous les embryons, réalisant abstraitement une application générale du principe de respect de la vie dès son commencement, accentuerait massivement l'impact de la reproduction sur le corps des femmes. Un exposé rapide des conséquences pratiques des différentes solutions que nous avons envisagées montre qu'ultimement, cette démarche conduit à opérer un arbitrage entre la protection de la vie embryonnaire ou de la vie des femmes, et ce tant dans la réglementation de l'AMP **(a)** que dans celle de l'avortement **(b)**.

a) Protéger les embryons dans l'AMP et porter atteinte aux corps les femmes ?

749. Limiter le nombre d'embryons créés. Ne féconder que le nombre d'ovocytes nécessaires à une tentative de fécondation et détruire ou donner les autres ovocytes nécessiterait que chaque essai donne lieu à une nouvelle stimulation ovarienne et à une nouvelle ponction. Or, les risques encourus par les femmes soumises à un prélèvement ovocytaire sont soulignés par de nombreuses instances tant nationales qu'internationales[3155]. Selon l'Agence française de biomédecine[3156], 75% des événements indésirables survenus au cours de procédures d'APM relevés au cours de l'année 2015 sont liés à la stimulation ovarienne. Parmi ces événements, 92% sont considérés comme graves et on recense un décès par an en 2011, 2012 et 2014. Ces arguments ont d'ailleurs été évoqués lors des débats sur la révision des lois de bioéthique en 2011[3157].

750. Transférer tous les embryons. Transférer la totalité des embryons obtenus à partir d'un prélèvement ovocytaire n'est envisageable, d'un point de vue de santé publique, que si le nombre d'embryons est limité pour chacun des transferts. En effet, l'augmentation du nombre d'embryons transférés accroît mécaniquement le nombre de grossesses multiples et les risques associés. En France, la politique des CECOS tend d'ailleurs actuellement à la diminution du nombre d'embryon transférés[3158].

[3155] PARLEMENT EUROPÉEN : Résolution du 11 septembre 2012 *sur les dons volontaires et non rémunérés de tissus et de cellules* (2011/2193(INI)), point R ; *Résolution sur le commerce d'ovules humain* (P6-TA(2005/0074)).
[3156] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel médical et scientifique. Données AMP vigilance*, 2015, p. 6 et s.
[3157] V. par ex. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport* n° 3111, 26 janv. 2011, J. LEONETTI, t. 1, p. 52 et s. Plusieurs amendements visant à limiter le nombre d'embryons créés lors des procédures d'AMP ont étés présentés. La disposition ne sera finalement pas adoptée.
[3158] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation,* 2013, p. 5. En 2013, les opérations de FIV aboutissaient dans 16, 02% des cas à des grossesses multiples.

751. L'hypothèse la moins invasive pour le corps des femmes est alors une combinaison entre une interdiction de fabrication d'embryons surnuméraires et une possibilité de cryogénisation des ovocytes supplémentaires obtenus lors de la stimulation. En France, l'efficacité de la technique, récemment introduite, reste cependant incertaine[3159]. En 2013, seules 244 tentatives de fécondation ont eu lieu à partir d'ovocytes précédemment congelés[3160]. Une étude italienne menée sur la période antérieure et postérieure à la limitation du nombre de transferts d'embryons a montré que cette méthode, si elle ne conduisait ni à davantage de grossesses multiples ni à une baisse générale des grossesses menées à terme, avait cependant une influence très négative sur les résultats obtenus chez les femmes de plus de 39 ans. Elle présentait donc la cryoconservation des ovocytes comme une solution globalement moins efficace que la cryoconservation des embryons[3161]. Les conséquences pratiques d'une telle réglementation sur l'efficacité des procédures et, consécutivement, sur l'accroissement des atteintes aux corps des femmes, sont donc encore mal mesurées. À l'inverse, nous bénéficions d'un certain recul historique sur l'impact que pourrait avoir une interdiction pure et simple de l'avortement.

b) Protéger les embryons *in utero* et porter atteinte à la vie des femmes ?

752. Des conséquences connues de l'interdiction de l'avortement. Pour réaliser une parfaite protection de la vie pour elle-même, quel que soit son degré de développement, l'interdiction de l'avortement devrait s'accompagner d'une application étendue de certaines infractions pénales. L'homicide involontaire est bien sûr l'exemple le plus évident. Loin de s'appliquer uniquement aux accidents de la route, il pourrait être invoqué à l'égard d'un employé de laboratoire qui aurait par inadvertance conduit à la destruction d'embryon *in vitro*[3162]. Envisageant cette situation, Gabriel ROUJOU de BOUBÉE et Bertrand LAMY, y apportent une réponse étonnante, la renvoyant au pouvoir d'opportunité de poursuite du Parquet[3163]. Une telle démarche ne peut manquer d'étonner : pourquoi réclamer si fortement une

[3159] Sur la question du mode de conservation v. D. LE LANNOU, « Vitrification ovocytaire et don d'ovocyte », disponible sur : https://www.cecos.org/node/4215 [consulté le 13 nov. 2016].
[3160] Majoritairement issus de ponctions précédentes. Cinq tentatives ont eu lieu avec des ovocytes provenant de procédures de sauvegarde de la fécondité : AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation,* 2013, p. 43 et 45.
[3161] G. BATTISTA LA SALA, M. T. VILLANI, Al. NICOLI *et alii*, « *The effect of legislation on outcomes of assisted reproduction technology : lesson from the 2004 Italian law* », Fertility and Sterility, vol. 89, n° 4, avr. 2008, p. 854.
[3162] J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 371.
[3163] G. ROUJOU de BOUBÉE et B. LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.* 2000, chron., p. 181. Dans un sens un peu similaire : J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU,

mise en cohérence du droit pour ensuite en admettre la non-application[3164] ? Au contraire, il faut envisager que la mise en œuvre de la « cohérence » si fortement réclamée par une partie de la doctrine devrait conduire à ce que cette infraction, comme celle de mise en danger de la vie d'autrui, devrait également trouver à s'appliquer à l'égard des femmes enceintes elles-mêmes si leur comportement, par leur légèreté blâmable, a manifestement conduit à blesser ou tuer l'embryon qu'elle portait. Ce dernier exemple montre comment l'application d'un parfait « respect de la vie dès son commencement » se ferait au détriment de la liberté et de l'égalité des femmes. Mais l'on connaît, par un regard sur le passé, les conséquences plus larges d'une criminalisation des atteintes à l'embryons *in utero.*

753. Le premier enseignement historique concerne la santé publique : l'interdiction de l'avortement conduit à des avortements clandestins pratiqués dans des conditions sanitaires dangereuses pour les femmes[3165]. De la même façon que les femmes semblent accepter de mettre en jeu leur santé pour avoir des enfants[3166], elles sont manifestement prêtes à se mettre en danger pour ne pas avoir ceux qu'elles n'ont pas désirés. Sur ce rapport des femmes au corps et à la reproduction, le droit a, il faut bien l'admettre, peu de prise. Dans l'hypothèse d'une interdiction de l'avortement, les inégalités pratiques dans l'application de la loi, connues dans le passé ressurgiraient sans doute[3167], les femmes les plus pauvres subissant davantage les dangers sanitaires et judiciaires d'une transgression de la norme là où les plus aisées, ayant les moyens de s'assurer une transgression sûre et discrète, seraient moins inquiétées[3168]. L'interdiction de

Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles, PUF, 1987, p. 206-207. La position de Ph. CONTE semble proche bien qu'elle soit à peine évoquée dans son manuel : déplorant que l'on refuse l'application prénatale de l'homicide involontaire en raison des craintes entretenues quant à l'accès à l'avortement, il note « *les deux questions n'ont pourtant aucun rapport : lorsqu'on appliquait la peine de mort, on ne niait pas pour autant la personnalité juridique des condamnés* » : *droit pénal spécial,* 4e éd., Lexis-Nexis, 2013, n° 67, nbp 109.

[3164] Pour une démarche proche de R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 416.

[3165] Pour une illustration des constatations médico-légales opérées dans les affaires d'avortements avant la loi Veil v. J. PLANQUES, *La médecine légale judiciaire,* coll. Que sais-je, PUF, 1959, p. 50-51 (l'avortement est classé dans les « *anomalies de la sexualité* »). Pour un aperçu de la situation française au milieu du XXe siècle v. J.- LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIXe XXe siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003, p. 202.

[3166] *Supra* n° 749.

[3167] *Supra* n° 618.

[3168] La question des inégalités sociales a été présente dans le débat sur l'autorisation de l'IVG : le contrôle de sa reproduction étant alors très fortement mise en relation avec l'autonomie des classes laborieuses. V. B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, p. 157. On retrouve d'ailleurs cet aspect dans différents outils de communication utilisés par les groupes militants de cette époque : pour une chanson féministe entonnée durant les manifestations en faveur de la loi Neuwirth v. B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975,* coll. U Histoire, Armand Colin, Paris, 2012 p. 89 ; pour des tracts *ibid.*, p. 201. La question a ressurgi lors de la mise en œuvre de la loi Veil, le manque de moyens et la question du remboursement ayant été très vite posée, *ibid*. p. 147 et s.

l'avortement est en effet l'exemple typique de l'infraction inefficace : à toutes les périodes où cet acte a été interdit on constate des violations massives de la norme[3169]. Cet argument est un premier indice de l'inadéquation de l'infraction à la réalité sociale, mais la santé des femmes n'est pas seule en cause car, ultimement, c'est la valeur de leur vie qu'il faudrait évaluer.

754. Une question en suspens. La mise en cohérence du droit autour du principe de respect de la vie laisse irrésolu l'arbitrage entre deux vies lorsque la continuation de la grossesse peut conduire à la mort de la femme enceinte[3170]. Cette hypothèse souligne que le principe de respect de la vie ne suffit par à construire un régime cohérent. Comme l'a parfaitement souligné Ronald DWORKIN[3171], cette situation montre que la véritable question est, en réalité : *que protégeons-nous lorsque nous protégeons la vie ?* Les auteurs qui privilégient la vie de l'embryon[3172] valorisent non seulement la vie *pour elle-même* mais aussi, peut-être, l'idée d'innocence[3173] ou encore celle de *responsabilité* des femmes vis-à-vis de leurs fonctions biologiques. À l'inverse, choisir ici la femme enceinte signifie privilégier la vie *consciente*, l'idée d'une certaine autonomie des personnes sur leur corps ou encore une conception du droit comme instrument de *détachement* des individus de leur condition biologique. Le véritable fondement de la réponse est hors du droit[3174], même s'il est possible de construire un système juridique cohérent pour mettre en œuvre l'une ou l'autre des solutions.

755. Au-delà de la protection des femmes. Interdire l'avortement signifie sauvegarder des vies, c'est certain, mais implique d'en mettre d'autres en danger ; des vies de femmes exclusivement. Mais il faut considérer également les conséquences sociales d'une telle évolution du droit. Interdire l'avortement, c'est au surplus modifier l'état actuel des relations entre les hommes et les femmes, et la place de celles-ci dans la société. Sans contrôle sur leur reproduction, les femmes subiraient plus encore qu'aujourd'hui des difficultés dans l'accès à l'éducation et à l'emploi. Si la poursuite de l'égalité réelle entre les hommes et les femmes

[3169] Pour la période contemporaine v. not. J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIX^e^ XX^e^ siècle*, Universel Historique, Seuil, 2003, p. 124 et s.
[3170] La possibilité d'interrompre la grossesse dans ce cas est, on le rappelle, textuellement acquise depuis 1852 : v. X. BIOY, V° *Avortement*, *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008, p. 78
[3171] R. DWORKIN, Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom, Vintage books, New-York, 1994, p. 68 et s.
[3172] Ph. LE TOURNEAU « De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'IVG », *D*. 1990, p. 284.
[3173] J. E. MAHON, « *Abortion and the Right to Be Pregnant* », in Philosoy and Political Engagement. Reflexion in the Public Sphere, A. FIVES et K. BREEN (éd.), éd. Palgrave McMillan, 2016, p. 57
[3174] X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 433.

demeurait une orientation des politiques publiques, une telle modification du droit devrait alors s'accompagner de politiques antidiscriminatoires et de soutien familial très importantes, pour compenser autant que possible les inégalités subies par les femmes. Enfin, la suppression de l'avortement et, en cohérence, de certains moyens de contraception, aurait un impact certain sur la vie sexuelle des personnes hétérosexuelles et, une fois encore, particulièrement sur celle des femmes, pour lesquelles la relation sexuelle serait bien plus liée qu'aujourd'hui au risque d'avoir un enfant[3175]. C'est un choix politique possible, bien qu'à l'heure actuelle peu probable en France[3176]. Cependant, ce sont bien toutes ces conséquences qui devrait être explicitées et justifiées par les auteurs qui affirment que « *le respect* [de la vie] *prôné par les textes doit conduire à encadrer beaucoup plus l'avortement* »[3177].

2) Protéger l'embryon et changer de regard sur la reproduction

756. Outre les conséquences sur le corps des femmes, vouloir protéger uniformément tous les corps embryonnaires nécessiterait de changer de regard sur les pratiques actuelles liées à la reproduction, soit que l'on restreigne radicalement certaines possibilités **(a)** soit, à l'inverse, qu'on en accepte de nouvelles **(b)**.

a) Protéger l'embryon et restreindre les possibilités actuelles ?

757. Interdire le DPI et l'IMG : alourdir la charge des familles et des femmes. L'interdiction du DPI et de l'IMG afin de protéger uniformément la vie des embryons quel que soit leur état de santé conduirait, en premier lieu, à imposer régulièrement aux femmes, et aux couples, de poursuivre des grossesses aboutissant de toute façon à la mort de l'enfant, *in utero* ou à sa naissance. Ainsi, en 2013, parmi les 928 grossesses qui ont été poursuivies alors qu'elles auraient pu donner lieu à une IMG, 40,7% des enfants sont morts avant la naissance ou dans les vingt-huit premiers jours[3178]. Rapporté aux 8128 grossesses qui se sont vu délivrer une autorisation d'IMG cette année-là, le nombre de grossesses poursuivies avec un risque de décès

[3175] Sur la relation entre contrôle de la reproduction et contrôle de la sexualité v. A. GIDDENS, « Foucault, à propos de la sexualité », *Revue de sc. hum et soc.* 1995, n° 48, p. 113.
[3176] On serait bien en mal de d'écrire « en Europe » étant donné les récentes tentatives de restriction de l'accès à l'avortement en Espagne et en Pologne.
[3177] J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ,* 1998-2, p. 449.
[3178] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal*, 2013, p. 9, tableau n° 7. Sur le fait que le débat moral sur l'avortement ait longtemps été détaché de la question de l'intégrité et de l'autonomie personnelle v. J. E. MAHON, « *Abortion and the Right to Be Pregnant* », in Philosoy and Political Engagement. Reflexion in the Public Sphere, A. FIVES et K. BREEN (éd.), éd. Palgrave McMillan, 2016, p. 61.

du fœtus ou de l'enfant serait alors de plus de 3250 par an, soit près de 0,5% de l'ensemble des naissances. Au-delà des conséquences sur la condition psychique des personnes[3179], ce mécanisme nécessiterait une surveillance continue de ces grossesses afin que la mort *in utero* des embryons n'entraîne pas des complications pour les femmes enceintes : la sauvegarde de la vie peut ainsi constituer un risque accru pour la santé des femmes. En outre, comme pour la prohibition de l'avortement en général, une telle interdiction pourrait accentuer les inégalités sociales, *certaines* femmes pouvant recourir à un avortement à l'étranger.

En second lieu, cette position nécessiterait une réflexion – et des investissements financiers – importants sur la prise en charge des enfants nés avec des pathologies ou des handicaps lourds. En l'état actuel des choses, il est indéniable que les soins donnés à ces enfants reviennent en priorité aux femmes[3180] qui en subissent les conséquences notamment sur le plan de l'emploi[3181]. Cette inégalité est d'autant plus forte que le niveau socio-éducatif de la famille est bas : l'impact concret de la présence d'un enfant handicapé sur la vie quotidienne des femmes est donc également déterminé par leur condition sociale. L'interdiction du DPI et de l'IMG ne pourrait alors que s'accompagner de politiques de soutien institutionnel au handicap très importantes[3182] afin de minimiser les conséquences de cette décision en termes d'inégalités de genre et de condition sociale[3183]. Elle devrait également être associée à un important travail de rétablissement de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la charge du soin aux enfants en général et aux enfants malades et handicapés en particulier. Outre qu'il n'est pas certain que l'État soit actuellement prêt à ce type d'investissement, on perçoit ici la difficulté majeure : les limites de l'effectivité du droit[3184]. S'il est simple d'interdire ou d'autoriser le DPI et l'IMG, il est beaucoup plus difficile de mesurer et d'agir effectivement sur les conséquences de cette interdiction sur les relations sociales.

[3179] Pour un témoignage recueilli par Amnesty International dans le cadre d'une campagne en faveur de l'ouverture de l'accès à l'avortement médical en Irlande v. http://www.amnesty.fr/Nos-campagnes/Mon-corps-mes-droits/Actualites/Irlande-la-loi-sur-avortement-contrainte-mener-terme-une-grossesse-sans-avenir-17303 [consulté le 12 août 2016].

[3180] Pour une analyse un peu ancienne mais parlante de l'interaction des père et mère – en l'occurrence de milieux défavorisés – avec leur enfant handicapé v. J.-L. LAMBERT et Fr. LAMBERT-BOITE, *Éducation familiale et handicap mental*, éd. universitaires de Fribourg, Suisse, 2002 réimpr. 1993, p. 67 et s.

[3181] A. GUYARD, *Retentissement du handicap de l'enfant sur la vie familiale*, th. dactyl, Grenoble, 2012, p. 86 et s.

[3182] Ainsi que d'une augmentation des crédits de prise en charge des enfants qui feraient l'objet d'abandon à la naissance.

[3183] Sur les conséquences sur les mères d'une politique de désinstitutionalisation des personnes handicapées, en particulier au Québec v. S. TRÉTEAU et L. BLANCHETTE, « Réflexion sur la condition de la mère de l'enfant handicapé : une intervention féministe à développer », *Service social*, vol. 40, n° 2, 1991, p. 117.

[3184] Sur cette notion v. J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., LGDJ, 2001, p. 136 et s.

758. Dans une position intermédiaire, il serait aussi envisageable que les embryons écartés du DPI en raison de certaines pathologies puissent être donnés à des couples volontaires. Mais cette solution susciterait plusieurs interrogations. D'une part, étant donné le faible nombre d'embryons disponibles pour le don, elle tendrait à inciter des couples en désespoir d'enfant à accepter la lourde charge d'un enfant handicapé. Ce qui existe déjà, de fait, dans l'adoption doit-il être étendu[3185] ? D'autre part, et surtout, il faut considérer que le DPI n'est pas tant sollicité par des personnes intolérantes au handicap que par de futurs parents soucieux d'éviter de mettre au monde un enfant en souffrance. Difficile alors de penser qu'imposer ce don, comme s'il était moins difficile de concevoir un enfant handicapé s'il est élevé par d'autres, serait une mesure acceptable pour les six cents à huit cents couples qui y recourent chaque année[3186].

759. Enfin, la suppression du DPI, au-delà de considérations éthiques, supposerait un arbitrage budgétaire, la méthode étant moins chère que les soins apportés tout au long de sa vie à un individu gravement malade.

760. Interdire la fécondation *in vitro* : exclure certains couples de la reproduction. Interdire la production d'embryons surnuméraires en prohibant la fécondation *in vitro* serait une solution peu invasive pour le corps des femmes. Elle réduirait le nombre, et l'intensité, des stimulations ovariennes puisqu'elle éviterait les prélèvements ovocytaires. Elle conduirait cependant à exclure de fait de la reproduction les couples dont l'infertilité est liée à des difficultés de fécondation « naturelle » soit actuellement près de 60 % des opérations d'AMP et plus de 17 000 naissances par an[3187]. Seraient notamment concernés les couples dont la femme a subi un traitement stérilisant ou encore certains couples atteints de maladies sexuellement transmissibles. Là encore, des différences de fortunes pourraient permettre à certains d'user de ces pratiques à l'étranger. Une telle solution aurait donc à la fois des conséquences collectives sur la natalité et des conséquences individuelles sur l'accès à l'AMP. Il n'est pas certain qu'une telle mesure trouve audience dans une période où la politique familiale s'affirme par ailleurs

[3185] Pour un aperçu sur l'augmentation des « enfants à particularités » offerts à l'adoption v. D. de MALLEVOÜE, « De plus en plus de handicapés proposés à l'adoption », *Le Figaro,* 27 oct. 2008. Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/10/27/01016-20081027ARTFIG00259-de-plus-en-plus-de-handicapes-proposes-a-l-adoption-.php [consulté le 13 nov. 2016]. Pour une illustration particulière des facilités offerte pour l'adoption de ces enfants par rapport aux autres au Vietnam v. SERVICE de l'ADOPTION INTERNATIONALE, *Actu*, n° 9, sept.-oct. 2011. Disponible sur : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/News9_def.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

[3186] V. AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel médical et scientifique. Diagnostic préimplantatoire en 2014,* 2015*,* p. 7.

[3187] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation*, 2013, p. 3 et 11.

pro-nataliste[3188] et, surtout, où l'accès à la FIV concerne plus de quatre-vingt mille couples par an[3189].

761. Imposer l'usage des embryons surnuméraires par priorité sur les dons de gamètes ? Imposer que le don d'embryons constitue leur sort par défaut en cas de fin du projet parental ou que l'accueil d'embryons devienne la pratique de première intention par rapport à la création de « nouveaux » embryons *in vitro* serait une transformation majeure de l'usage actuel de cette méthode. L'accueil d'embryon est en effet une possibilité actuellement très peu exploitée par les couples : en 2013, seuls 122 couples sur les 9803 ayant abandonné leur projet parental ont accepté un don d'embryon ; de l'autre côté 170 couples seulement ont bénéficié d'un accueil, 150 restant encore en attente[3190]. Cette proportion, dérisoire au regard du nombre d'opérations d'AMP impliquant un don de gamètes, peut s'expliquer de multiples façons. L'Agence de biomédecine pointe la complexité de la méthode qui nécessite une collaboration importante entre les centres[3191], mais on pourrait aussi mettre en cause la lourdeur de la procédure d'accueil qui nécessite notamment une enquête sociale absente des autres mécanismes d'AMP[3192]. Ces difficultés pourraient être aplanies par une réforme législative qui, par exemple, alignerait les procédures de don d'embryon sur celles du don de gamètes.

762. Mais la raison principale de cette sous-exploitation de l'accueil d'embryon est probablement étrangère au droit et tient sans doute à la représentation que se font les couples à la fois de l'embryon donné et de l'embryon reçu[3193]. Oxana BLAGOSKLONOV et Isabelle KOSCINSKI affirment ainsi que l'une des « craintes » les plus exprimées par les couples donneurs est l'« inceste involontaire » qui pourrait résulter de la rencontre de leurs enfants avec leur « frères et sœurs » génétiques nés du don[3194]. Or, cette représentation irrationnelle des couples peut difficilement être surmontée par le droit sauf, éventuellement, à permettre une conservation des embryons jusqu'au décès des géniteurs puis un don qui serait

[3188] V. O. THÉVENON, « Évaluer l'impact des politiques familiales sur la fécondité », *Informations sociale*, 2014/3, n° 183, p. 160. Sur l'évolution historique de ces politiques v. P.-A. ROSENTHAL, « Politique familiale et natalité en France : un siècle de mutation d'une question sociale », *Santé, société et solidarité,* 2010, vol. 9, n° 2, p. 17.
[3189] En 2013, sur les 140 519 tentatives d'AMP, 83 925 consistaient en des FIV, toutes techniques confondues, non compris les dons d'embryons : AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation,* 2013, p. 3.
[3190] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation*, 2013, p. 20.
[3191] *Ibid.*, p. 20.
[3192] Art. L. 2141-6 CSP.
[3193] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation,* 2013, p. 20.
[3194] O. BLAGOSKLONOV et I. KOSCINSKI, *«* De la cession d'embryon à l'accueil : quelles interrogations ? ». Disponible sur : https://www.cecos.org/content/laccueil-dembryon [consulté le 13 nov. 2016].

peut-être plus facilement accepté étant donné l'écart générationnel créé avec les enfants nés de la première opération d'AMP.

763. C'est, plus largement, l'adéquation d'un tel mécanisme avec les évolutions actuelles du droit de la famille qui pourrait être interrogée : dans un système de filiation où la réalité biologique a pris une place de plus en plus importante, serait-il acceptable d'imposer aux couples infertiles de renoncer totalement au lien biologique ? Le fait que les couples et les femmes – y compris lorsqu'elles ne sont pas malades[3195] – préfèrent passer par le processus risqué de la stimulation et de la ponction ovarienne[3196] que par l'accueil d'embryon souligne que le lien génétique avec l'un des deux membres du couple est une donnée majeure des choix reproductifs. On peut choisir de l'ignorer mais l'on ne sait pas la façon dont réagiraient alors les familles. De même que certains couples préfèrent affronter l'illégalité de la maternité pour autrui à l'étranger plutôt que de procéder à une adoption, qui sait si un tel régime d'AMP ne conduirait pas à un nouveau motif de voyage procréatif ? Une telle solution ne conduirait-elle pas certaines personnes à renoncer simplement à leur projet d'AMP ? Encore une fois c'est un choix tout à fait possible, mais il n'est pas sûr cependant que la volonté de l'État soit suffisante pour contrecarrer le sentiment d'effet de cliquet[3197] au regard de la liberté procréative acquise jusqu'ici. Serait-il alors plus plausible d'explorer des solutions ouvrant davantage les possibilités actuelles quant à la reproduction ?

b) Protéger les embryons et ouvrir de nouvelles possibilités ?

764. Étant donné la tendance actuelle à l'ouverture des méthodes d'AMP, les solutions de « protection » de l'embryon consistant en l'intégration, dans le droit positif, de nouvelles méthodes de reproduction semblent être plus susceptibles d'être un jour adoptées par la

[3195] Sur le fait que l'AMP a permis d'autoriser des atteintes corporelles très importantes sur le corps de femmes ne souffrant d'aucune pathologie v. Th. DUMORTIER, « Le droit de l'Assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », *La loi et le genre*, préc., p. 131 et s. ; M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 484 ; St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in *Bioéthique et genre*, A.-Fr. ZATTARA-GROS (dir.), LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 33 ; Cl. NEIRINCK, « L'égalité sexuée, péché originel de la procréation médicalement assistée », *Mélanges Gérard Mémeteau,* Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, 2015, p. 552. Sur les aspects symboliques et psychologiques de ce fait v. par ex. D. LE BRETON, « Entre libération et aliénation : ambivalence de la biomédecine », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 330

[3196] *Infra* n° 749.

[3197] Nous n'évoquons ici que la question de l'acceptabilité de la mesure. Sur l'inefficacité de « l'effet cliquet » dans la protection des droits constitutionnels v. P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public,* th. Bordeaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, n° 173 et s.

représentation nationale. Des obstacles politiques subsistent cependant, comme le montrent les débats récents sur la question.

765. Autoriser la reproduction *post mortem* est une hypothèse qui a pu être envisagée par le législateur, même si l'argument portait alors autant sur la prise en compte de la souffrance de la femme survivante que sur le droit à la vie[3198]. Elle nécessiterait certes des adaptations de notre système de filiation et de successions mais serait techniquement faisable, à l'exemple des droits étrangers. Cependant, l'hostilité actuelle à cette méthode, manifestée par une majorité de parlementaires, rend sa réalisation improbable dans un avenir proche. Notons ici un paradoxe : l'opposition à la fécondation *post mortem* vient précisément des mêmes rangs que ceux qui affirment valoriser la vie prénatale[3199] : preuve que la prééminence du principe de respect de la vie ne conduit pas pour autant à accepter toutes les solutions. Cette conclusion paradoxale est d'autant plus évidente s'il s'agissait – pour éviter la destruction d'embryons *in vitro* en cas de décès de la femme ayant participé à sa conception ou d'incapacité de celle-ci à les porter – d'autoriser la gestation pour autrui.

766. Autoriser la gestation pour autrui ? L'hostilité actuelle du législateur français à l'ouverture en France de la gestation pour autrui n'est pas à démontrer[3200], même si certains éléments indiquent une tendance à en aménager les usages à l'étranger[3201]. Toutefois, si la pratique venait à être introduite dans le droit positif, il semble peu probable que ce soit au seul argument du respect de la vie prénatale car, sur le modèle des droits étrangers, il semble plus vraisemblable qu'elle soit conçue comme mode d'AMP à part entière et non comme méthode palliative de reproduction *post mortem*. Par ailleurs, et sans préjuger de la pratique, on peut

[3198] Introduite en commission lors des deux lectures à l'Assemblée nationale (AN, *Texte de la commission spéciale sur le projet de loi bioéthique*, n° 3111, 26 janv. 2011, art 20 bis ; AN, *Texte de la commission spéciale sur le projet de loi bioéthique*, n° 3403, 11 mai 2011, art. 20 bis), la disposition dans ce sens avait été adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture (AN, CRI, 3e séance 10 fév. 2011, p. 1036 et s.) puis rejetée en seconde lecture (AN, CRI 2e séance du 25 mai 2011, p. 3485 et s.). Le Sénat avait quant à lui rejeté la disposition tant en commission (SÉNAT, Rapport de la commission des affaires sociales, par Al. MILON, 30 mars 2011, n° 388, p. 82 et s.), qu'en séance (SÉNAT, CRI séance du 7 avril 2011, p. 2608 et s. ; amendements n° 47, 73 et 115).

[3199] Ex. C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeux des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, n° 13, 1991, p. 21. *Contra* A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 816.

[3200] Pour quelques écrits doctrinaux hostiles à la pratique v. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité,* Fayard, 2013 ; A. MIRKOVIC, *PMA, GPA. La controverse juridique. Après le mariage pour tous l'enfant pour tous ?,* Pierre Téqui, 2014. Pour un point de vue sociologique v. D. LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGIER et M.-Cl. CRESPO-BRAUNER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 337.

[3201] Sur les quelques ouvertures acquises v. C. MECARY, *L'amour et la loi. Homos Hétéros mêmes droits mêmes devoirs,* Alma éditeur, 2012, p. 251.

souligner que cette solution conduirait à permettre l'utilisation, et la mise en danger, du corps d'une femme étrangère au projet parental dans le but exclusif de sauvegarder la vie d'un embryon *in vitro*. Une fois encore, outre une conception sociale de la famille et de la reproduction, c'est la prééminence de la protection du corps de l'embryon sur celle du corps des femmes qui serait posée.

767. Conclusion du A. Un exposé rapide de toutes les conséquences pratiques qu'aurait une application uniforme, à tous les embryons, du principe de respect de la vie énoncé à l'article 16 du Code civil montre que bien peu de modifications du droit sont envisageables dans un avenir proche. La plupart d'entre elles conduiraient en effet à accentuer significativement le poids de la reproduction sur le corps des femmes et du moins à réduire les capacités de choix des personnes dans la détermination de leur composition familiale. D'autres solutions conduiraient à l'inverse à une ouverture plus importante de ces choix mais, outre qu'elles ne sont pas exemptes de conséquences sur le corps des femmes, il n'est pas certain que l'opinion générale soit prête à y adhérer. Sans même évoquer les conséquences de toutes ces méthodes sur la recherche scientifique, privée de matériau embryonnaire vivant[3202], et les conséquences financières de chacune de ces solutions, il semble donc possible d'avancer avec Dimitrios TSARAPASANIS que

> *« même les partisans les plus ardents de la reconnaissance d'un égal statut moral de tous les embryons humains dès la conception ne sont quasiment jamais prêts à arriver jusqu'au point d'assumer explicitement et publiquement toutes les implications logiques de la prémisse axiologique qu'ils donnent pourtant l'impression, du moins dans leurs discours publics, de tenir pour vraie*. [et qu'] *il ne semble pas trop hasardeux d'affirmer que la position qui préconise l'attribution d'un égal statut moral à la vie humaine dès la conception est très éloignée de ce que pense effectivement l'immense majorité des citoyens des pays occidentaux* »[3203].

Un constat similaire semble possible à propos d'un traitement homogène des corps morts.

B. Les conséquences pratiques difficilement envisageables d'une protection uniforme des cadavres

768. La première difficulté à laquelle se heurterait la volonté d'homogénéiser le traitement des corps morts serait d'attirer l'attention sur les difficultés que nous avons soulignées. L'intérêt porté aux cadavres par le législateur semble en effet fortement dépendant des circonstances

[3202] Invoquant l'argument de la cohérence du régime de l'embryon *in vitro* et *in utero* pour proposer d'interdire la recherche v. par ex. G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 525.
[3203] D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 261.

médiatiques **(1)**. Mais ce sont plus probablement les conséquences pratiques des pistes que nous avons précédemment évoquées qui seraient un obstacle à leur intégration à court terme dans notre système normatif **(2)**.

1) L'attention fluctuante de portée aux corps morts
2) Les conséquences mesurées d'une attention soutenue aux corps morts

1) L'attention fluctuante portée aux corps morts

769. Comme pour de nombreux sujets, la question du traitement du corps mort n'apparaît dans le débat public qu'à l'occasion de faits-divers médiatisés ou d'interpellations publiques. L'affirmation en grandes pompes d'un principe de respect des corps après la mort en 2008 doit ainsi se comprendre dans un contexte médiatique ayant connu successivement l'affaire de la Vénus hottentote, des têtes maories, des demandes de cryogénisation, de la découverte des collections anatomiques de l'hôpital Saint-Antoine, etc. Si les années 2000 à 2008 ont été une période d'intense questionnement sur l'idée d'un traitement le plus unifié possible des corps humains après la mort, l'activité normative – et corrélativement la réflexion doctrinale – concernant les corps morts s'est, depuis, singulièrement ralentie, à peine troublée par la question de l'encadrement des soins de thanatopraxie.

770. L'exemple parisien est, une fois encore, parlant car il montre bien la façon dont la question de l'homogénéité du traitement des corps morts fut un temps une question centrale pour la municipalité avant de disparaître presque totalement du débat public. En 2002, la municipalité annonçait la fin des concessions perpétuelles et la mise en place d'une commission d'attribution des concessions en fonction, notamment, de l'investissement citoyen du défunt[3204]. Ce projet, visant à rendre financièrement plus accessible les sépultures *intra muros* et à ne pas en lier l'accès uniquement à la fortune, s'est apparemment concrétisé en mars 2003. La municipalité a alors élargi l'offre de concessions en introduisant, dans Paris *intra muros,* des concessions temporaires – et donc moins coûteuses – jusqu'alors inexistantes[3205] et a créé une commission d'attribution des concessions, afin de rendre leur répartition plus transparente[3206]. Pourtant, l'écart de prix entre les cimetières internes et externes laisse l'inhumation *intra muros*

[3204] « La fin des concessions perpétuelles dans les cimetières parisiens », *Le Parisien,* 30 oct. 2002 : http://www.leparisien.fr/paris/la-fin-des-concessions-perpetuelles-dans-les-cimetieres-30-10-2002-2003528515.php [consulté le 13 nov. 2016].
[3205] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, délibération n° DPJEV-23.
[3206] Pour une question à propos de l'inexistence d'une telle commission v. CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, janvier 2002, débat, question n°132-QOC 2002-12.

largement inaccessible à une partie de la population et n'a pas mis fin à ce que l'adjoint au Maire d'alors nommait lui-même une « *ségrégation par l'argent* »[3207]. De fait, si cette ouverture est qualifiée de « démocratisation » par l'Inspection générale, cette dernière souligne que l'acquisition de concessions perpétuelles reste majoritaire dans Paris *intra muros* ce qui n'est pas le cas dans les cimetières extérieurs[3208]. Par ailleurs la commission, qui a connu des difficultés de mise en œuvre, ne semble pas avoir introduit, dans ses critères, d'autres éléments que ces aspects purement objectifs, tel, par exemple, que l'investissement dans la vie de la collectivité[3209]. En l'occurrence, l'interrogation sur les funérailles réservées aux personnes les plus démunies doit beaucoup, à Paris du moins, aux actions du collectif *Morts de la rue*[3210] qui, entre 2000 et 2002, dénonçait l'absence de noms sur les sépultures des indigents, les convois funéraires par huit, sans accompagnement, etc.[3211]. Les convois des personnes les plus isolées ont été réduits de huit à quatre personnes[3212] et des plaques ont été posées sur les sépultures que la mairie fleurit désormais à la Toussaint[3213]. Il a cependant fallu trois ans après la canicule de l'été 2003 pour que le carré des indigents, qui connut alors une forte affluence, soit rebaptisé Jardin de la Fraternité[3214]. La question semble désormais sortie de l'agenda politique puisqu'elle n'est plus évoquée dans le plan de lutte contre la grande exclusion récemment publié par la municipalité[3215]. Au niveau national, la demande d'établissement d'une Charte de l'enterrement digne, préconisée par de Comité interministériel de lutte contre l'exclusion en 2004[3216] ne semble toujours pas avoir reçu de réponse puisque cette mesure était toujours préconisée par l'Observatoire national de la fin de vie en 2014[3217].

[3207] Y. CONTASSOT, cité dans « La fin des concessions perpétuelles dans les cimetières parisiens », *Le Parisien,* 30 oct. 2002 : http://www.leparisien.fr/paris/la-fin-des-concessions-perpetuelles-dans-les-cimetieres-30-10-2002-2003528515.php [consulté le 13 nov. 2016].
[3208] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 87.
[3209] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, mars 2004, débat, question n°160-QOC 2004-179.
[3210] http://www.mortsdelarue.org/ [consulté le 13 nov. 2016].
[3211] Pour l'exposé de ces dénonciations devant le Conseil de Paris v. CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat, mai 2001, question n° 67 QOC 2001-93. Cette association a ainsi été chargée par la ville d'une mission d'accompagnement des corps et est, à ce titre, dotée d'une subvention municipale. Cette mission lui est confiée depuis 2004. Pour le renouvellement du soutien de la municipalité v. CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat, juillet 2007, délibération n° 2007 DASES 78 ; CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat, juin 2010, délibération n° 2010 DASES 7
[3212] INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, *Rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris*, n° 05-13, juill. 2007, p. 50.
[3213] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat, juin 2010, délibération n° 2010 DASES 7.
[3214] CONSEIL MUNICIPAL de PARIS, débat, juillet 2007, délibération n° 2007 DASES 78.
[3215] *Pacte parisien de lutte contre la grande exclusion*, févr. 2005.
[3216] V. CONSEIL NATIONAL des OPÉRATIONS FUNÉRAIRES, séance plénière 30 nov. 2005, point IV.
[3217] OBSERVATOIRE NATIONAL de la FIN de VIE, Rapport 2014, *Fin de vie et précarité*, recommandation n° 7.

771. Spéculant à partir des expériences passées, on peut donc raisonnablement penser que les évolutions futures du droit applicable aux corps morts dépendront très largement des prochains scandales qui secoueront l'opinion publique. Peut-être la décision QPC à venir sur les sépultures offertes aux terroristes morts dans l'accomplissements de leurs actes sera-t-elle l'occasion du prochain débat public[3218] ? Étant donné les tensions suscitées par cette question on pourrait craindre cependant que les normes qui naîtraient de cette question particulière ne soient pas particulièrement en faveur d'un traitement harmonisé des corps morts. Envisageons cependant les conséquences des mesures suggérées dans ce sens.

2) Les conséquences d'une attention soutenue aux corps morts

772. L'inapplicabilité – actuelle – d'un traitement parfaitement uniforme des corps morts est parfois une évidence, cependant, il n'est pas impensable que certaines modifications mineures de l'état du droit soient possibles dans le futur, soutenues qu'elles sont par des pratiques déjà existantes.

773. La possible disparition du statut des tombes militaires. Étant donné l'importance politique majeure qu'endosse actuellement la panthéonisation[3219] et l'importance symbolique des corps qui y reposent déjà, il semble peu probable que l'établissement soit prochainement vidé de ses occupants. En revanche, il n'est pas impossible que s'amplifie la tendance, déjà notée, à ne procéder qu'à des entrées symboliques, lors desquelles les restes mortuaires ne sont pas véritablement déplacés. Il n'est donc pas impossible que disparaissent progressivement la glorification particulière de certains corps. De fait, l'inhumation aux Invalides semble progressivement tomber en désuétude et l'absence, ces dernières décennies, de guerre de masse engageant les forces françaises, conduit à la disparition des lieux de sépulture militaire collective[3220] au profit des sépultures individuelles. Dès lors, il n'est pas impossible que soit un jour harmonisé, pour l'avenir, le statut des tombes militaires et des tombes ordinaires. De ce constat il n'est cependant pas possible d'inférer que sera prochainement unifié le traitement de *toutes* les tombes.

[3218] V. *supra* n° 633.
[3219] V. *supra* n° 651.
[3220] De fait, il semble que le dernier lieu de sépulture collective créé soit le mémorial des guerres d'Indochine, fondé en 1993 suite au rapatriement des corps enterrés au Vietnam et aujourd'hui « haut lieu de mémoire nationale du ministère de la Défense » (v. Arr. 20 mars 2014 : JORF 1er avril 2014, texte n° 53).

774. L'improbable alignement du statut des corps anciens. Il serait faux de dire que les dispositions de l'article 16-1-1 du Code civil n'ont eu aucun impact sur le traitement des corps morts objets culturels : par croyance en leur caractère contraignant, par volonté de conformation à l'orientation générale du droit – mais aussi parce que l'évolution était dans l'air du temps – certains musées ont indéniablement fait évoluer leurs usages concernant la conservation et l'exposition les restes humains[3221]. Pour autant, il est improbable que cette évolution puisse conduire à un abandon pur et simple de toute étude scientifique des corps morts tant cette évolution supprimerait en réalité des pans entiers de la recherche. Aussi peu probable est l'évolution à court terme vers une restitution globale de tous les restes humains aux États au territoire desquels ils pourraient être rattachés. Cette évolution est d'autant moins plausible qu'elle se ferait sans demande expresse des États en cause.

775. On se souvient que l'un des critères actuellement proposés pour l'évaluation des demandes de restitution est que celles-ci soient précédées d'une demande étatique. Or, si on peut légitimement interroger la nécessité que la demande émane formellement d'un *État* – ce critère risquant de limiter les demandes à des démarches purement diplomatiques et susceptible de faire obstacles aux démarches de peuples subissant dans leur pays une oppression culturelle –, il est en revanche souhaitable que l'argument d'un égal traitement des corps ne conduisent pas à des restitutions automatiques. En effet, considérer que tous les corps – voire tous les biens culturels – devraient être restitués relèverait d'une perception déconnectée des conséquences politiques de tels retours. Hervé MORIN souligne ainsi qu'il est peu probable que le gouvernement sénégalais accepte le retour sur son sol des restes mortels de Sihalebe DIATTA – rebelle casamançais mort en détention en 1903, dont le corps est conservé par le Muséum d'histoire naturelle de Paris[3222] – étant donné les tensions politiques persistantes dans cette région[3223]. Face à l'extrême sensibilité diplomatique de la question, on ne peut que faire prévaloir la discussion particulière sur la position de principe. On pourrait ainsi suggérer

[3221] V. par ex. *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques* n° 3, 2012.
[3222] H. MORIN, « Anthropologie, des squelettes dans les limbes », *Le Monde science et techno,* 12 oct. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sciences/article/2015/10/12/anthropologie-des-squelettes-dans-les-limbes_4788041_1650684.html [consulté le 13 nov. 2016].
[3223] Pour un rapide résumé de la situation de cette partie du Sénégal v. par ex. A. NDIAYE, « Casamance, quatre raisons qui font perdurer le conflit », *Le Monde Afrique,* 15 déc. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2015/12/15/casamance-quatre-raisons-qui-font-perdurer-un-conflit_4832635_3212.html [consulté le 13 nov. 2016]. Pour une analyse plus poussée v. J.-Cl. MARUT, *Conflit de Casamance. Ce que disent les armes*, éd. Karthala, 2010.

d'accentuer le rôle des musées dans les négociations[3224], voire envisager de revivifier la mission de médiation du Comité intergouvernemental de l'Unesco consacré à cette question[3225].

Outre les aspects scientifiques et diplomatiques d'une harmonisation du traitement des corps anciens avec celui des corps contemporains, il faudrait en considérer les aspects budgétaires, certains établissements culturels pouvant perdre des revenus substantiels si interdiction leur était faite d'exposer des restes humains[3226]. Cette dimension financière, difficilement quantifiable, est également présente dans l'hypothèse d'une transformation du droit funéraire.

776. La discutable transformation du droit funéraire. Le premier obstacle, indépassable par le droit, à une harmonisation par le bas des durées de sépulture est indéniablement culturel. Étant donné la prédominance actuelle de l'achat de concession par rapport aux inhumations volontaires en terrain commun, il semble évident que les usages funéraires ne tendent pas vers la généralisation de la fosse commune. Ayant écarté, pour des raisons pratiques, l'idée d'une harmonisation par le haut consistant à généraliser les sépultures perpétuelles, restait à examiner l'idée d'une uniformisation des durées de concession combinée à une gratuité des concessions. Cette suggestion atteindrait cependant le budget des communes sans répondre aux exigences religieuses qui réclament une sépulture perpétuelle. Pourquoi alors ne pas penser un mécanisme intermédiaire où plusieurs durées seraient proposées mais où à chacune correspondrait un prix fixé selon les revenus du défunt, la valeur de sa succession ou la fortune de ses ayants-droit ? Quant à la hiérarchisation géographique des corps, qui se pose essentiellement dans les communes importantes, il pourrait être suggéré d'harmoniser les prix des concessions dans l'ensemble des cimetières d'une commune – voire de toutes les communes ? – et d'attribuer simplement les concessions en fonction de la proximité du dernier domicile ou, moins ségrégant encore mais plus complexe pour les proches, par ordre de décès. On le voit, le raisonnement juridique est ici impuissant à résoudre des arbitrages profondément liés à des pratiques culturelles. La difficulté est plus aiguë encore à propos du traitement médical des corps.

[3224] Comme c'est le cas au Canada où chaque musée concerné a élaboré une politique de concertation avec les *Premières Nations* : L. CADOT, « Les restes humains : une gageure pour les musées ? », *La Lettre de l'OCIM* [En ligne], 109/2007, mis en ligne le 17 mars 2011, nbdp 13.

[3225] E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le comité intergouvernemental de l'UNESCO pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de restitution en cas d'appropriation illégale : un bilan assez mitigé », *RSC*, 2012, p. 265. V. aussi *infra* n° 812.

[3226] Ou de faire commerce de leur image comme le suggèrerait une harmonisation des disposition pénales en la matière.

777. La stabilisation de l'emprise médicale sur les corps ? Si la possibilité d'écarter totalement les proches des défunts de la décision de prélèvement d'organes *post mortem* a été récemment discutée et écartée il ne semble pas envisagé actuellement que toute opposition *personnelle* des défunts soit rendue impossible[3227]. Cette hypothèse est peu probable en raison de l'interférence des questions de liberté de conscience qui apparaissent dès lors que l'on interroge la faculté pour une personne de décider du destin de son propre cadavre ; ou la faculté des proches de cette personne d'organiser librement ses funérailles. À l'inverse, un mécanisme conduisant à refuser strictement tout prélèvement ne serait pas sans conséquences budgétaires et sanitaires étant donné les solutions alternatives à la greffe qui devraient alors être mises en place. Mais c'est plus largement l'impact d'une telle démarche sur le corps des vivants – malades en attente de greffes ou potentiels donneurs entre vifs – qui pourrait alors être interrogé. Si, on le voit, les arguments relèvent essentiellement d'un choix éthique et donc politique, la connaissance juridique peut ici apporter un véritable éclairage. En effet, dès lors que l'on aborde la question sous l'angle des droits des personnes juridiques, il est possible aux juristes de proposer des rapprochements entre les hypothèses envisagées et les décisions jurisprudentielles passées.

778. Conclusion du § 1. Une mise en cohérence totale du droit autour d'un traitement homogène des corps humains avant la naissance et après la mort aurait des conséquences pratiques très importantes. La réflexion théorique ne peut ignorer que toute modification du statut de l'embryon a des implications sur le corps et la place des sociale des femmes ; que toute harmonisation du traitement des corps morts conduit à des bouleversements culturels, budgétaires, sanitaires. Les prises de positions abstraites sont alors bien impuissantes face au constat que le législateur n'est probablement pas prêt à assumer, y compris sur le plan financier, l'ensemble des conséquences d'un droit « cohérent »[3228]. Il est certain que le jugement sur le

[3227] V. *infra* n° 865.

[3228] Dans ce sens : G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse,* 1re éd., PUF, 1998, p. 7 : considère que la démarche qui consiste à personnaliser l'embryon « *a pour elle la cohérence dans la logique interne du respect absolu de l'embryon* » mais qu'il « *est excessif de dire que* [la prise en compte d'autres intérêts], *purement pragmatique, s'oriente au cas par cas, de façon inconséquente* ». J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987, p. 207 : « *Assimiler* [l'embryon] *à une personne humaine et lui donner une pleine personnalité juridique* [n'est] *ni réaliste ni acceptable dans un contexte où les droits de la femme sur son propre corps commencent enfin à être reconnus* ». La remarque est reprise par X. LABBÉE in *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 240. Notons que C. LABRUSSE-RIOU a utilisé plus tard l'expression « *impraticable socialement* » pour qualifier à la fois la position favorable à un avortement absolument libre et celle qui souhaite totalement l'interdire (C. LABRUSSE-RIOU, V° *Interruption de grossesse*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et St. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 2003, p. 849) : l'expression ne nous paraît pas pertinente car elle suggère une impossibilité absolue d'opter pour l'un ou l'autre de ces modèles alors qu'il s'agit en réalité d'une impossibilité conjoncturelle

caractère pertinent ou non de la création de catégories hiérarchisées entre les corps humains relève d'un certain arbitraire sur lequel la recherche juridique n'a que peu de choses à dire. Cependant, il semble que quelques aspects du débat peuvent être éclairés par la connaissance du droit : les discordances entre certaines conséquences d'un traitement homogène des corps et l'existence d'autres normes juridiques.

§2. Les limites juridiques d'un traitement homogène des corps : les multiples impératifs du droit

779. Sans s'attarder longuement sur la compatibilité juridique de chacune des pistes envisagées avec l'ensemble des mécanismes et principes du droit positif[3229], on suggèrera très rapidement quelques interrogations qui pourront orienter différemment notre réflexion.

780. Usage imposé des embryons surnuméraires et droit au respect de la vie privée. Parmi les différentes possibilités imaginables pour assurer une protection parfaitement similaire à tous les embryons, nous avons évoqué l'idée d'imposer l'utilisation des embryons surnuméraires issus des procédures d'AMP. Que ce soit dans l'hypothèse d'en imposer le transfert ou d'en imposer le don, cette solution semble peu compatible pour la première avec le droit au refus de soin et, pour les deux, avec les positions actuelles de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière.

Contraindre les couples qui s'engagent dans une procédure d'AMP à utiliser, quoi qu'il puisse arriver, les embryons surnuméraires qu'ils auraient engendrés est la solution la moins réaliste de toutes celles que nous avons exposées car, au-delà des difficultés d'acceptabilité, elle heurte frontalement d'autres principes juridiques. Un tel mécanisme supposerait d'imposer à la femme une fertilisation qu'elle ne souhaiterait pas : démarche évidemment contraire au droit à l'intégrité du corps humain mais, surtout, au droit au refus de soin dont on imagine mal qu'il puisse permettre de demander à mourir mais qu'il s'incline devant le respect de la vie *des embryons*. Si la contrainte pénale – l'amende – pourrait techniquement être envisageable, elle ne résoudrait pas la question du destin des embryons en cas de refus persistant. Cette option serait probablement contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, qui a pu accepter que la volonté de ne pas avoir d'enfant puisse prévaloir sur la sauvegarde de la vie

[3229] Il serait par exemple possible d'interroger l'idée d'une prise en charge publique des funérailles au regard du principe de liberté de prestation de service et de la notion de service public tels qu'admis par le droit de l'Union européenne mais cette analyse nous entrainerait trop loin pour des développements qui se veulent ici illustratifs.

dans le cas d'une AMP[3230]. Mais ce n'est pas cette décision de la Cour qui est la plus déterminante car elle ne consistait qu'à valider un état du droit existant. L'arrêt récent *Parrillo contre Italie*[3231] est plus déterminant car dans cette affaire la Cour prend position contre la législation italienne et rattache la volonté de faire don de ses embryons à la recherche à l'idée d'autodétermination de la génitrice. Certes, une législation consistant à imposer le don plutôt que la destruction constituerait une situation différente car dans le cas de la législation italienne les embryons auraient de toute façon été détruits. Mais cette prise de position de la Cour conduit généralement à s'interroger sur la compatibilité d'une norme permettant l'usage d'embryon contre l'avis de l'un des deux membres du couple ayant souhaité sa conception avec le droit au respect de la vie privée[3232]. Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE qualifient ainsi ces hypothèses de « *peu plausibles dans des sociétés démocratiques* »[3233]. Des interrogations similaires pourraient être soulevées à propos de modifications substantielles du droit applicable au prélèvement d'organes.

781. Uniformisation des prélèvements d'organes et droit au respect de la vie privée. Quelle pourrait être la compatibilité d'un système imposant le prélèvement d'organes *post mortem* – sans que la personne ou son entourage ne puisse s'y opposer – avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? La question est délicate car est évidemment en jeu un impératif majeur de santé publique. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas eu véritablement à y répondre ; cependant, dans l'affaire *Elberte contre Lettonie* elle a semblé défavorable à une pratique qui ne conduisait à aucune information des proches, qui n'avaient même pas la possibilité *d'exprimer* leur volonté[3234]. On peut alors douter qu'elle prenne une position plus favorable dans le cas où il serait impossible de s'opposer au prélèvement *pour soi-même.* À l'inverse, quelle serait la position de la Cour face à une situation *prohibant* tout prélèvement, même en cas de demande expresse de la personne ? On a vu dans l'affaire *Parrillo* que la Cour n'hésite pas à condamner un système juridique dont elle estime les soubassements idéologiques incohérents. C'est pourquoi un système de refus de

[3230] Cour EDH, 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/50.
[3231] Cour EDH, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11 : *JCP G.* 2015.973, note A. SCAHMANECHE et 2015.1187, note Gr. LOISEAU ; *D.* 2015.1700 et 2016.752, obs. J.-C. GALLOUX ; *AJ fam.* 2015.433, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2015.830, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et 2016.76 obs. J. HAUSER ; *RDC* 2016.111 obs. F. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE ; *D.* 2016.1781, obs. L. NEYRET.
[3232] L'évocation du lien génétique entre la requérante et les embryons dans l'affaire Parrillo conduit d'ailleurs à s'interroger sur l'importance de cette dimension dans sa décision et donc sur le point de savoir si des positions différentes pourraient être prises à propos d'embryons conçus à partir de dons de gamètes.
[3233] Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la disponibilité des embryons pour la recherche », *RDC,* 2016, n° 1, p. 111.
[3234] Cour EDH, 13 janv. 2015, *Elberte c. Lettonie*, req n° 61243/08 : *D.* 2015.761, note J.-Ch. GALLOUX.

prélèvement fondé sur le respect du corps mort qui admettrait le prélèvement d'organes sur personnes vivantes risquerait la censure. Le parallèle est ici possible avec l'affaire *Costa et Pavan contre Italie* déjà évoquée[3235]. La notion de cohérence pourrait donc bien prendre une place nouvelle dans le débat juridique mais son émergence doit se comprendre avant tout comme un argument au service du respect des droits et libertés *des personnes juridiques*. C'est sous cet angle qu'il est préférable d'aborder la question du traitement des corps humains avant la naissance et après la mort.

782. Conclusion de la Section 2. Suggérer à grands traits les conséquences pratiques d'une protection vraiment homogène des corps humains avant la naissance et après la mort conduit bien vite à conclure que la plupart d'entre elles semblent peu compatibles avec les orientations actuelles du droit et, au-delà, avec les valeurs sociales actuellement prédominantes. Cela ne remet pas en cause leur faisabilité théorique ni n'empêche qu'on puisse les soutenir d'un point de vue idéologique. Mais la faible contribution que peu apporter la connaissance du droit à la prévisibilité de son évolution conduit à admettre que le *statu quo* actuel n'a que peu de chance d'être profondément remis en question dans les années à venir. Tout au plus peut-on envisager une disparition progressive des tombes militaires, une ouverture diplomatique aux restitutions de corps-objets culturels, une ouverture de l'AMP vers la reproduction *post mortem,* voire la GPA. Mais, une fois encore, il est peu probable que l'argument principal de ces évolutions soit un traitement plus harmonisé des corps. Car si l'argument de la *cohérence* du système juridique commence à être mobilisé par la Cour européenne des droits de l'Homme pour remettre en cause certaines normes nationales, il s'agit avant tout d'une incohérence axiologique, dont l'évaluation est fortement politique, et qui concerne avant tout la protection des droits et libertés des personnes juridiques certaines.

[3235] Cour EDH, 12 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10 : *Rev. Jur. Pers et fam*. 2012, n° 9, p. 29, note E. PUTMAN ; *JCP G.* 2012, p. 1946, note C. PICHERAL ; *JCP G*. 2013, p. 92, chron. Fr. SUDRE ; *AJ fam.* 2012.552, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2013. 67, note C. BÉNOS ; *RTD civ.* 2012. 697, obs. J.‑P. Marguénaud ; *D.* 2013, pan., p. 663, obs. J.-Chr. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *JCP G.* 2013, chron. p. 1647, obs. Chr. BYK ; *Médecine et Droit*, 2014, n° 125, p. 34, note B. BÉVIÈRES-BOYER et Ch. BOUFFART. V. *supra* n° 738.

783. Conclusion du Chapitre 1. Les corps embryonnaires comme les corps morts ne font pas l'objet d'un traitement unifié. Face au fractionnement de leur régime, il est courant – bien plus souvent pour l'embryon que pour le cadavre il est vrai – que la doctrine juridique réclame la « mise en cohérence » du droit, notamment au regard des affirmations principielles de respect de la vie dès son commencement et de respect du corps humain après la mort. Nous avons évoqué les grandes lignes des dispositifs normatifs qui pourraient réaliser cette parfaite « cohérence » à la fois catégorielle et axiologique du droit. Il apparaît bien vite que la plupart de ces hypothèses n'ont aucune chance d'advenir en droit positif à court terme. Comme résultat d'un affrontement d'intérêt à un moment donné, le droit, et particulièrement sans doute le droit des personnes et de la santé peut se satisfaire d'incohérences apparentes, partielles, dès lors que, répondant à des exigences multiples, il parvient à une situation correspondant temporairement à l'état des forces en présence, donnant l'apparence d'une rationalité générale qui en détermine partiellement la recevabilité. Comme l'affirme par exemple Dominique THOUVENIN, commentant les premières lois de bioéthique : « *ce n'est jamais l'utilisation de la technique qui a posé problème mais son acceptabilité sociale* »[3236]. La notion de cohérence ressurgit cependant au stade du contrôle juridictionnel opéré sur les textes, plaçant alors les juristes désireux de *prévoir* l'évolution du droit dans la délicate position de devoir penser une cohérence axiologique en réalité largement politique. Ce constat nous conduit cependant à remettre en question le fait que la connaissance juridique puisse parvenir à une quelconque production pertinente en se limitant à considérer les corps humains avant la naissance et après la mort. En effet, les catégories que dessinent les normes parmi ces objets particuliers procèdent d'un arbitraire difficilement questionnable ; en revanche, le droit lui-même s'est doté d'instruments internes permettant d'apprécier les limites de son action : les droits et libertés attachées aux personnes juridiques certaines. C'est donc plus probablement sous cet angle qu'il est intéressant de lire le droit positif : en s'intéressant aux conséquences de la hiérarchisation des corps sur les personnes et sur les outils permettant de les amoindrir. Il ne s'agit plus alors seulement d'évoquer l'idée d'une identité de traitement des corps mais d'un principe d'égalité entre les sujets de droits.

[3236] D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 151.

Chapitre 2
Amoindrir les hiérarchies entre les personnes : une tâche nécessaire

784. Admettre que la construction d'un régime unifié des corps humains est une tâche pour partie irréaliste, est-ce accepter l'inutilité prescriptive de la doctrine juridique ? Sans doute partiellement. C'est du moins accepter que les relations sociales construites autour des embryons et des cadavres sont bien trop complexes pour être appréhendées par un régime juridique univoque. Pour autant, il reste possible à la démarche doctrinale d'exposer ses prémisses idéologiques avant de suggérer des évolutions du système juridique. La connaissance apportée par l'étude du droit n'est pas inutile dans cette démarche. Puisque le droit est considéré comme l'un des systèmes normatifs les plus légitimes et efficaces pour encadrer des relations humaines – en tout cas un système visible et contestable et, en ce sens, démocratique par opposition à d'autres pratiques sociales[3237] –, en connaître l'état présent pour en mesurer l'écart avec l'idéal souhaité, être apte à traduire juridiquement un système de valeurs, sont des compétences présentant une utilité certaine. Mais dans cette activité, la doctrine ne peut prétendre à la neutralité et doit donc, par souci de clarté et de communicabilité, expliciter les valeurs défendues[3238]. En l'occurrence, comme nous l'avons exposé au début de cette étude,

[3237] Non, bien sûr, que cette qualité lui soit naturelle. Mais elle lui est aujourd'hui indubitablement associée, v. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, 2e éd., 1982, p. 108-109 : « *le système juridique est devenu, parmi tous les systèmes normatifs, celui qui a conquis l'hégémonie dans la fonction de "dire" la "valeur des actes sociaux".* […] *La morale ou la religion ayant été reléguées au rang de prise de position individuelle, le droit paraît être le seul système objectif de qualification des rapports sociaux : il est donc d'autant plus valorisé dans cette fonction. Il est même identifié à ce qu'il réalise, c'est-à-dire à la valeur de ces rapports* ».

[3238] C'est cette difficulté qu'évoquent A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI de PARSEVAL lorsqu'elles affirment : *« l'acharnement à définir une réalité objective de l'embryon ne masque-t-il pas la peur d'endosser une vraie responsabilité ? »* in « Qu'est-ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles », *Esprit*, juin 1989, n° 6. Si la légitimité scientifique de cette démarche peut être interrogée on pourrait cependant discuter la qualification de *jusnaturalisme* en fonction de la définition donnée à cette notion. En effet, si la *prescription* repose nécessairement sur des affirmations indémontrables, arbitraires, (« la liberté est préférable à la contrainte », « le bonheur est souhaitable » …), la démarche ne consiste pas nécessairement à considérer qu'il s'agit là de *droits naturels* des hommes au sens où ils ne seraient pas interrogeables *par* nature mais par choix politique *à un moment donné.* Sur l'arbitraire dans les valeurs v. G. VANNIER, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman,* PUF, 2001, p. 22 et s. Sur la distinction des démarches v. M.-J. BERTINI qui exprime ainsi la différence entre sacralité et principes : « *Même si l'idée d'une Raison régulatrice universelle fabrique les conditions de sa propre transcendance à travers la mythologie révolutionnaire et le mythe du citoyen abstrait universel, celle-ci n'équivaut pas pour autant au sacré des croyances passées. Son caractère princeps provient de la commune acceptation de se soumettre volontairement à une loi identique pour tous d'une part (le contrat social) ; il repose sur un pari fondateur d'autre part : celui d'une humanité raisonnable possédant l'universelle faculté de la pensée critique et argumentative*. » : « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia n° 48. M. KAIL porte une réflexion proche sur la notion de « nécessité » quant à un phénomène normatif : *« si le nécessaire est une convention, son statut doit être apprécié au regard du principe des conventions. Un tel principe ne peut être*

s'il nous semble souhaitable que le traitement des corps humain avant la naissance et après la mort tende vers une plus grande homogénéité, ce n'est ni en raison de leur « nature » extra-juridique – si tant est qu'il en existe une – ni même pour assurer l'effectivité des articles 16 et 16-1-1 du Code civil. La cause en est plutôt une conviction que les distinctions opérées entre les corps conduisent à la fois à des hiérarchisations symboliques entre les personnes juridiques et à des différences de traitement dans l'exercice de leurs droits et libertés. Tendre vers une plus grande uniformité du traitement des corps morts et des corps embryonnaires accomplirait donc un objectif d'égalité entre les sujets de droits certains ; objectif politique idéel mais également objectif affirmé de notre système juridique.

785. Cette posture part d'un choix : celui de privilégier les intérêts, voire les droits, des personnes les plus directement concernées par le traitement des corps, ce qui pourrait être considéré comme les « intérêts subjectivés » des embryons et des cadavres. Car si l'on peut accepter le caractère flou de la qualification des embryons et des cadavres, traités de façon ambivalente tant par le législateur que par les juges[3239], nul ne remet en cause, en revanche, l'attribution universelle de la personnalité juridique, et des droits et libertés qui y sont afférents, aux personnes nées et vivantes[3240]. Puisque certains auteurs invoquent, au soutien d'une volonté

affirmé que par cette conscience qui, dans un même mouvement, a réussi à apprivoiser la transcendance, s'est faite transcendance ou liberté absolue et s'est immergée dans un monde contingent. À ce double titre, elle est condamnée à projeter sur le monde des normes (des significations) dont elle assume pleinement le caractère arbitraire, dont elle revendique en toute lucidité d'être l'arbitre. L'activité normative ne prend son sens que sur ce fond d'arbitraire sous peine de se complaire dans la seule réflexion d'un réel supposé nécessaire, entendons un ordre transcendant des vérités et des valeurs. Un réel soi-disant nécessaire est un réel dont nous avons oublié que nous l'avons préalablement investi de la normativité que nous refusons maintenant de prendre en compte » : « *Pour un antinaturalisme authentique, donc matérialiste » in Cinquantenaire du Deuxième Sexe,* Chr. DELPHY et S. CHAPERON (dir.)*,* coll. Nouvelles questions féministes, éd. Sylepses, 2002, p. 3839. Sur ce sujet, Ph. JESTAZ explicite quant à lui la démarche de D. de BECHILLON, O. CAYLA et Y. THOMAS en la détachant de celle de GÉNY : *« avec au moins trois différences théoriques : primo leur libre recherche ne se prétend pas scientifique et s'avoue pour idéologique ; secundo ils la pratiquent à partir du droit positif (en ce compris la jurisprudence), alors que Gény ne se souciait que d'interpréter la loi ; tertio la quête de Gény le dirigeait vers le droit naturel auquel les trois auteurs ne croient pas. Ce que Gény baptisait le droit naturel, ils préfèrent l'appeler morale ou ontologie, ou logique, en quoi leur propos me paraît plus clair que les quatre tomes fort embrouillés de Science et technique… » :* « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, p. 551-552. Sur les différentes approches possibles de la notion de jusnaturalisme v. E. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 23.

[3239] *Supra* n° 164 et s. ; n° 328 et s.

[3240] Nous ne discutons pas ici de la pertinence, sur le plan moral, de cette détermination. Notamment, nous considérons comme pertinente l'interrogation actuelle sur le défaut de personnalité des animaux (v. *supra* n° 452) mais choisissons ici arbitrairement de ne traiter que de l'être humain, choix politique (v. dans ce sens M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, p. 820 puis 896 et s.). Sur le caractère arbitraire et contestable de ce choix lire l'épilogue poignant du *Lion* : « *Et puis il vit l'homme sous le fauve. Et, bien que cet homme fût un noir, c'est-à-dire une peau abjecte sur une chair sans valeur et que ce noir eût lui-même voulu et poursuivi sa perte, Bullit fut saisi, et au fond de sa moelle par la solidarité instinctive, originelle, imprescriptible, venue du fond des temps.*

de protection du corps humain pour lui-même, l'argument du *doute* quant à leur qualité de personne[3241], on pourrait, contre cette position naturaliste, proposer un argument positiviste de *doute inversé* : puisqu'il ne fait aucun doute que les êtres humains nés et vivants sont des personnes juridiques, tout conflit entre les droits et libertés de ces personnes et la protection de l'« intérêt » subjectif d'un embryon ou d'un cadavre devrait se résoudre au profit de la personne juridique. Dans le doute, la protection des corps avant la naissance et après la mort ne devrait jamais être considérée sous l'angle des droits et liberté d'autrui. Si cette lecture ne résout pas toutes les difficultés, elle ouvre quelques pistes de réflexion.

786. Dans la perspective de porter attention aux chances qu'auraient les pistes avancées de prospérer en l'état actuel des équilibres politiques et institutionnels, on examinera deux axes de réflexion visant à prendre plus sûrement en compte les droits et libertés des personnes dans le droit applicable aux corps humains avant la naissance et après la mort. Le premier est, *a minima*, la possibilité d'appliquer aux questions relatives à ces corps les processus délibératifs aujourd'hui émergeant dans le champ du droit des personnes et de la santé. Cette première voie vise à intégrer au système juridique des démarches qui ne reposent pas tant sur la construction de régimes juridiques figés que sur l'élaboration de solutions au cas par cas. L'approfondissement de ces mécanismes peut sans doute conduire à une prise en compte plus fine de la situation – et des intérêts – des personnes concernées par le traitement des cadavres et des embryons. Cependant, ces outils risquent de reconstituer de nouveaux rapports de pouvoir sans résoudre véritablement les difficultés liées à l'*égalité* de traitement entre les personnes **(Section 1)**. *A maxima* il serait alors possible de mobiliser, dans les domaines qui nous intéressent, les mécanismes de lutte contre les discriminations ou encore de contrôle des atteintes aux droits fondamentaux. Cette option rencontrerait indubitablement d'importants obstacles, mais elle constituerait une ouverture permettant d'imaginer des transformations plus radicales du droit **(Section 2)**.

Section 1 Négocier des possibilités : une solution à envisager

Section 2 Porter attention aux inégalités : des possibilités à explorer

---

Dans l'affrontement de la bête et de l'homme, c'est pour l'homme qu'il avait à prendre parti. Et Bullit se rappela dans ce même instant, et sans même le savoir, le contrat qu'il avait passé avec la loi et avec lui-même lorsqu'il avait accepté d'être le maître et le gardien de cette brousse consacrée. Il devait protéger les animaux en toutes circonstances, exceptée celle où un animal menaçait la vie d'un homme. Alors il n'y avait plus de choix. Il l'avait dit lui-même : à la bête la plus noble, son devoir était de préférer l'homme le plus vil. » (J. KESSEL, *Le Lion*, NRF, Gallimard, 1958, p. 304).

[3241] *Supra* n° 384.

Section 1 Négocier des possibilités : une solution à envisager

787. Dans une réflexion sur l'avenir des catégories juridiques dans le domaine du droit de la bioéthique, Jean-Christophe HONLET affirme :

> *« si la légitimité de la protection de l'embryon humain ne peut pas procéder d'une réflexion purement technique mais véritablement politique, c'est en revanche à la technique de mettre en œuvre le résultat de cette réflexion »*[3242].

Si on ne peut qu'adhérer à cette affirmation, encore faut-il s'accorder sur ce que signifie ici « la technique » du droit. Si l'auteur entend par là l'établissement d'une catégorie juridique unique d'« embryon », gouvernée par un régime unifié, nous avons mis en évidence que cette mise en cohérence du droit, centrée sur le seul traitement des corps, heurterait d'autres intérêts, au premier rang desquels l'intégrité corporelle et la liberté des femmes. Par ailleurs, l'étude des dispositions relatives au cadavre a montré que l'existence d'une catégorie juridique apparemment unifiée ne prémunissait en rien contre les différences de traitements *de fait* entre les corps. En revanche, la « technique » juridique peut également être comprise comme un encadrement, par la norme juridique, de pratiques de médiation et de délibération qui semblent acquérir un champ d'application toujours plus étendu. Ces méthodes, parce qu'elles permettent de prendre en compte des situations particulières, d'entendre des demandes marginales, pourraient permettre d'assouplir la rigidité des catégories créées par le droit entre les corps et, par conséquent, d'atténuer leur impact sur les personnes et les groupes **(§1)**. Toutefois, il convient de ne pas négliger les possibles conséquences délétères de cette méthode au plan collectif **(§2)**.

§ 1 Construire un droit souple

§ 2 Surveiller le droit souple

§1. Construire un droit souple

788. Le droit, et notamment le droit des personnes et de la santé, a vu apparaître ces dernières décennies, des modes nouveaux de prise de décision et de gestion des conflits. Ces méthodes ouvrent de nouvelles perspectives de réflexion dans des domaines où les intérêts en jeu sont très divergents et l'opinion publique fortement divisée, dont le traitement des corps fait

[3242] J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 259. Dans ce sens v. aussi E. BIRDEN, *La limitation de droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015, n° 491.

indéniablement partie[3243]. Ces mécanismes permettent en effet de concevoir un droit plus ouvert à une réalité complexe, de prendre en compte des cas particuliers, d'entendre exceptionnellement des demandes marginales. Ils peuvent donc être pertinents pour imaginer des réponses nuancées à certaines des rigidités que nous avons soulevées dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort. Il est ainsi possible de suggérer d'étendre l'utilisation et de préciser la portée tant des processus visant l'apaisement des conflits **(A)** que ceux permettant l'élaboration collective de décisions **(B)**.

A. Apaiser le conflit : conciliation et médiation

B. Collectiviser la décision : la délibération

A. Apaiser le conflit : conciliation et médiation

789. Le renforcement des modes alternatifs de règlement des différends est aujourd'hui un mouvement général du système juridique **(1)**. Malgré les critiques qui lui sont adressées, on peut suggérer quelques utilités de ces mécanismes dans les domaines qui nous intéressent **(2)**.

1) L'émergence générale des modes alternatifs de règlement des conflits

2) L'utilité possible de la médiation dans les conflits relatifs aux embryons et aux cadavres

1) L'émergence générale des modes alternatifs de règlement des conflits

790. Un mouvement d'extension. Comme le soulignent plusieurs auteurs, les modes alternatifs de règlement des différends[3244] sont une pratique relativement ancienne[3245]. Suivant la définition qu'on leur attribue, ils recouvrent des pratiques plus ou moins étendues : de l'arbitrage à la médiation[3246], de la conciliation judiciaire à la transaction. La tendance est, très sensiblement, à l'extension de ces méthodes, si ce n'est en volume du moins dans leurs champs

[3243] Nous ne traiterons pas ici de l'importance de la *soft law* dans le droit international concernant les corps, bien qu'il s'agisse d'un phénomène tout à fait perceptible. Pour un bref aperçu v. X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique,* LGDJ, 2016, p. 25 et s. Pour une illustration plus approfondie concernant les éléments et produits du corps humain v. L. CARAYON et J. MATTIUSSI, « La concurrence normative en matière d'utilisation thérapeutique des éléments et produits du corps humain » in *La concurrence normative. Mythes et réalités,* R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), Société de législation comparée, 2013, p. 209

[3244] La littérature sur cette question est pléthorique. On consultera not. *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport au Garde des Sceaux, S. GUINCHARD (prés.), La documentation française, 2008, p. 155 et s.

[3245] L. CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation,* Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 15 et s.

[3246] Sur la distinction entre médiation et arbitrage : Fr. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, p. 35.

d'application[3247]. Si le contentieux prud'homal est le domaine historique de la conciliation judiciaire[3248], le Nouveau Code de procédure civile a fait de la conciliation des parties une compétence générale du juge[3249]. La médiation par tierce partie[3250], quant à elle, se développe surtout dans le champ du droit de la famille[3251] mais aussi dans le droit de la consommation[3252] ou le droit pénal[3253]. Si le domaine administratif reste un peu en retrait de ce mouvement, la méthode tend cependant, pas à pas, à s'y développer[3254]. L'extension de ce mode de fonctionnement dans les relations des administrés avec l'administration se manifeste notamment par la création de véritables institutions de l'examen amiable des différends : hier Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, aujourd'hui Défenseur des droits[3255] mais aussi médiateurs en tous genres, de Bercy à la RATP. Les rôles de ces institutions nouvelles sont multiples et vont de la simple recherche de solutions non-contentieuses à la véritable posture de lanceurs d'alerte, vigie surveillant et dénonçant des dysfonctionnements invisibles. Cette tendance générale du droit n'est pas, cependant, sans susciter des critiques.

[3247] V. P. DELMAS-GOYON, *« Le juge du XXIe siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la Garde des Sceaux, déc. 2013, p. 57 et s. V. aussi *Conciliation et médiation devant la juridiction administrative. Actes du colloque de Conseil d'État du 17 juin 2015*, B. BLOHORN-BRENEUR et J. BIANCARELLI (dir.), éd. Gemme France / L'Harmattan, 2015, p. 141. Pour un projet de renforcement de ces modes de règlement des conflits v. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle : JORF n° 0269 du 19 nov. 2016. Art. 4 et s.

[3248] V. Ph. CLÉMENT, A. JEAMMAUD, É. SERVERIN et FR. VENNIN, « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Droit social,* 1987, p. 55. Pour une analyse plus contemporaine v. D. BOULMIER, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nie ou dénie de justice ? », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, p. 196.

[3249] Art. 21 NCPC.

[3250] Sur les difficultés à distinguer conceptuellement la médiation de la conciliation v. M-D. PERRIN « Conciliation-médiation », in *La médiation en débat, op. cit.* p. 19. Dans ce sens v. aussi N. FRICERO in *Conciliation et médiation devant la juridiction administrative. Actes du colloque de Conseil d'État du 17 juin 2015*, B. BLOHORN-BRENEUR et J. BIANCARELLI (dir.), éd. Gemme France / L'Harmattan, 2015, p. 51 et s.

[3251] Pour de multiples exemples de pratiques en France v. *Médiation familiale. Pratiques et approches théoriques. La médiation ouverte,* Cl. DENIS (dir.), éd. Chronique sociale, Lyon, 2010. Pour des exemples étrangers, notamment quant à la participation de l'enfant à la médiation v. *Médiation et jeunesse,* J. MIRIMANOFF (dir.), Larcier, Bruxelles, 2013.

[3252] V. par ex. E. CAMOUS, *Règlements non juridictionnels des litiges de consommation*, LGDJ, 2002.

[3253] Chr. LAZERGES, « Typologies des procédures de médiation pénale », in *Mélanges André Colomer*, Litec, 1993, p. 217.

[3254] J.-M. SAUVÉ attribue ce retrait, d'une part, au caractère tardif de l'introduction de la conciliation à la procédure administrative et, d'autre part, aux résistances des juges administratifs face à cette méthode : *Conciliation et médiation devant la juridiction administrative. Actes du colloque de Conseil d'État du 17 juin 2015*, B. BLOHORN-BRENEUR et J. BIANCARELLI (dir.), éd. Gemme France / L'Harmattan, 2015, p. 22.

[3255] Sur la mise en place du Médiateur de la République et favorable à son action v. R. PIEROT, « Le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public,* t. 2, LGDJ, 1974, p. 683. V. aussi P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, « Le Médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *RFAP,* 2011.342 ; J. CHEVALLIER, « Le Défenseur des droits : une intégration réussie ? », *RFAP* 2013.756 ; O. RENAUDIE, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP,* 2011.407 ; B. RIDARD, « Les organes nationaux de lutte contre les discriminations : les *equality bodies* », *Rev. UE*, 2015.541.

791. Critiques. Parmi tous ces mécanismes, l'extension de la médiation, en particulier, soulève d'importantes interrogations. La première des difficultés est évidemment son caractère privé et onéreux[3256]. Même si l'accès à l'aide juridictionnelle pour les procédures de médiation est acquis depuis 1998 en matière judiciaire[3257] – ce qui évite de la réserver à certaines catégories sociales – elle reste une pratique extérieure au système judiciaire étatique. Favoriser cette méthode ne peut alors qu'entretenir l'idée que les pouvoirs publics cherchent à externaliser les coûts de fonctionnement de la justice, trouvant dans l'apaisement du contentieux un bon prétexte pour ne pas augmenter les budgets. Mais c'est plus largement son articulation avec le système juridique dans son entier et ses conséquences qui sont mises en question. La médiation est très critiquée lorsqu'elle conduit à écarter certains principes généraux du droit[3258] ou à ignorer les positions structurellement déséquilibrées des parties[3259]. Plus généralement, ce sont toutes les méthodes de conciliation qui sont dénoncées lorsqu'en tant qu'outil de contournement du contentieux elles deviennent prétextes à l'abandon de politiques pénales ou, plus largement, de politiques publiques volontaristes[3260].

792. Position. Les critiques formulées à l'égard des modes alternatifs de règlement des différends nous semblent pour la plupart pertinentes. Dès lors que la méthode consiste moins à identifier une difficulté interpersonnelle qu'à éviter de soumettre au regard juridictionnel une pratique à la légalité douteuse, elle devient davantage outil de dissimulation que d'apaisement. Cependant, on ne peut nier que la méthode est saluée dans certains domaines spécifiques : la médiation par une personne tierce ne nous semble pas excessivement critiquable lorsque les personnes seront de toute façon conduites à entretenir des relations dans le futur[3261] et/ou lorsque le fondement du conflit est manifestement extérieur à la demande présentée à la juridiction, ou

---

[3256] S. VOISIN « La médiation pénale est-elle juste ? », in *La médiation en débat, op. cit.*, p. 187 et s. En 2013, le coût d'une médiation familiale était évalué à 262€ la séance : P. DELMAS-GOYON, *« Le juge du XXI^e siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la Garde des Sceaux, déc. 2013, p. 66.

[3257] L. n° 98-1163 du 18 déc. 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits : JORF n° 296 du 22 déc. 1998, p. 19343.

[3258] Notamment en matière pénale v. S. VOISIN « La médiation pénale est-elle juste ? », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, p. 173. Sur l'applicabilité des éléments du procès équitable v. N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 839.

[3259] D. BOULMIER « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nie ou dénie de justice ? », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, not. p. 206 et s.

[3260] G. CALVÈS, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 45.

[3261] V. *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport au Garde des Sceaux, S. GUINCHARD (prés.), La documentation française, 2008, p. 156.

du moins plus large que celle-ci[3262]. En ce sens, les relations familiales sont évidemment le champ privilégié des modes alternatifs de règlement des différends et notamment de la conciliation et de la médiation[3263]. Or, si ces mécanismes ont effectivement trouvé dans ce domaine une application fertile, le droit de la santé et le droit des personnes semblent pour l'instant tenus à l'écart du phénomène ; ces domaines pourraient cependant y trouver quelques ressources[3264].

2) L'utilité possible de la médiation dans les conflits relatifs aux embryons et aux cadavres

Parce qu'elle est propice à la construction négociée de solutions mais surtout à l'expression et à l'écoute des conflits sous-jacents à un problème précis, la médiation pourrait être utile dans les querelles relatives au traitement des corps humains avant la naissance et après la mort.

793. L'utilité certaine de la médiation dans le contentieux funéraire. Une déambulation à travers les normes applicables aux cadavres et aux embryons, permet d'identifier des situations où le droit est inefficace pour anticiper les conflits émergeant autour du traitement des corps. On peut ainsi évoquer la désignation de la personne compétente pour décider du mode et du lieu des funérailles : l'analyse de la jurisprudence est impuissante à dégager un « ordre de priorité » entre les proches[3265]. Et pour cause : l'appréciation est manifestement faite ici au cas par cas. Bien sûr, cette situation génère une certaine insécurité juridique et il serait possible d'établir une liste de personnes compétentes pour la prise en charge des funérailles. Si l'on voulait construire un droit « cohérent », au sens d'uniforme, il serait par exemple possible de la calquer sur l'ordre de succession[3266] et d'instaurer une règle majoritaire en cas de pluralité de décideurs, voire de désigner une personne départitrice. Pour autant, une telle création serait impuissante à saisir l'infinie variété des relations humaines qui conduisent

[3262] V. par ex., sur les conflits concernant l'autorité parentale, P. DELMAS-GOYON, *« Le juge du XXI^e siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la Garde des Sceaux, déc. 2013, p. 68.
[3263] V. par ex. L. WEILER, « La médiation familiale », in *Les transformations du contentieux familial,* L. WEILER (dir.), PUAM, 2012, p. 59.
[3264] Sur l'existant en matière de droit de la santé : M. HARICHAUX, « La nouvelle "conciliation" médicale », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 108. Sur les perspectives : L. AZOUX-BACRIE, « Oser la conciliation, une passerelle nouvelle offerte aux acteurs de santé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 21.
[3265] Pour une étude de la jurisprudence du XIX^e siècle v. R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau, p. 129 et s. Pour la jurisprudence contemporaine : N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th., Paris II, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 17, 2006, n° 367 et s.
[3266] Art. 731 et s. C. civ.

à ce qu'un ami soit parfois plus proche qu'un parent. Si l'on souhaite conserver comme orientation du droit funéraire la volonté exprimée de son vivant par le défunt, alors il faut accepter l'idée d'une indétermination des personnes compétentes pour l'organisation des funérailles. Pour autant, la lecture d'une centaine de décisions relatives au contentieux funéraire laisse insatisfait. Si les juridictions ont progressivement construit des principes directeurs pour leurs décisions[3267], donnant à l'ensemble une apparence de prévisibilité à même de contenter le juriste, on perçoit rapidement que derrière la plupart des affaires se cache un affrontement familial irrésolu : divorce contentieux, difficulté successorale, division entre famille légitime et illégitime etc[3268].

Dès lors, on pourrait suggérer que le contentieux funéraire serait un terrain propice à l'extension de la médiation judiciaire. Certes, les juges compétents – Tribunal d'instance pour les modes de funérailles, TGI au surplus[3269] – ont une compétence générale de conciliation[3270] et peuvent suggérer la médiation. Mais l'on pourrait imaginer d'aller plus loin et d'imposer ici la rencontre d'un médiateur avant la poursuite de l'instance, comme cela se fait en matière familiale[3271]. Dans la mesure où ce contentieux a des implications financières marginales et porte avant tout sur des questions intimes, dans un contexte évidemment douloureux, il nous semble qu'inciter les parties à la discussion pourrait avoir des conséquences sociales positives dépassant largement le seul bénéfice de l'allègement de l'activité des tribunaux.

794. L'utilité atténuée de la médiation dans les procédures d'AMP. Nous avons pu souligner l'incohérence axiologique qu'il pouvait y avoir à affirmer un principe de respect de la vie tout en rendant automatique la destruction d'embryons *in vitro* en cas de simple désaccord des géniteurs[3272]. Contrairement à la matière funéraire, cette question ne suscite qu'un très rare contentieux dans la mesure où la norme est ici d'une grande clarté[3273] : on conçoit difficilement comment une juridiction pourrait justifier d'y déroger. Toute velléité de contestation est donc

[3267] N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, coll. Doctorat et notariat, t. 17, éd. Defrénois, 2006, n° 367 et s.
[3268] Cette perception subjective mériterait sans doute d'être confirmée par une étude sociologique en juridictions, mais nombre de décisions étudiées donnent à cette impression une certaine légitimité.
[3269] Art. 1061-1 NCPC. On pourrait ajouter ici que le tribunal administratif est compétent pour les litiges relatifs notamment à l'attribution et à la gestion des concessions mais les litiges qui se présentent devant cette juridiction ne concernent alors pas directement des conflits familiaux et ne sont donc pas évoqués ici.
[3270] Art. 21 NCPC.
[3271] Cette proposition est partiellement satisfaite par l'instauration de la conciliation obligatoire avant la saisine du TI, instauré par la nouvelle loi sur la modernisation de la justice (L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{e} siècle : JORF n° 0269 du 19 nov. 2016. Art. 4). On note cependant la distinction possible entre conciliation et médiation et le fait que la matière funéraire soit également de la compétence du TGI.
[3272] Art. L. 2141-4 CSP et *supra* n° 741.
[3273] Et manifestement conforme à la CEDH : Cour EDH, 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/50.

probablement étouffée dans l'œuf. Cependant, ce constat n'invalide pas la pertinence de la médiation : l'intérêt de cette démarche n'est en effet pas limité à l'allègement des procédures contentieuses.

Il ne s'agit donc pas de suggérer ici une médiation judicaire mais plutôt d'interroger la pertinence qu'il y aurait à inciter les couples non-répondant ou en désaccord à recourir soit à une médiation familiale privée (mais qui poserait un problème de coût à la charge des géniteurs) soit à une médiation dans le cadre du service de santé[3274]. Les CECOS et services d'AMP sont en effet dotés de personnels psychologues ou assistants sociaux auxquels cette mission pourrait être confiée. Cette évolution ne serait évidemment pas sans coûts, comme tout accroissement de la mission des employés publics, mais l'on peut penser qu'elle aurait des impacts positifs. Elle pourrait tout d'abord apaiser les conflits existant entre les deux protagonistes. Ensuite, et surtout, elle conduirait probablement, au plan général, à une augmentation du nombre d'embryons disponibles pour le don ou la recherche : l'absence de réponse ou le désaccord des géniteurs concernent actuellement 8 255 couples pour plus de 27 300 embryons[3275]. Même en écartant les éventuelles retombées sociales positives du progrès des connaissances – qui restent par définition indéterminées –, la progression du don d'embryons permettrait de diminuer le recours à des gamètes prélevées sur des personnes vivantes et, en particulier, d'éviter des prélèvements ovocytaires dangereux pour les femmes.

L'efficacité de cette démarche peut cependant être limitée par deux facteurs. Le premier est commun à toute procédure de médiation : l'impossibilité d'y appliquer une contrainte. Cette limite existe également dans la médiation familiale mais le cadre judiciaire permet une forme de coercition en imposant une *rencontre* avec un médiateur pour la poursuite de l'instance. Dans le cas d'une médiation extra-judiciaire, cette contrainte est évidemment impossible et l'on voit mal quelle menace pourrait ici pousser les géniteurs à répondre à l'invitation qui leur serait faite. La seconde limite est liée au fait que les possibilités de négociation des couples sont nécessairement restreintes par les maigres possibilités offertes par le droit : si la dissension existant entre les personnes porte, par exemple, sur le fait que l'un des deux n'accepte pas l'idée d'un don anonyme ou que la femme souhaiterait porter les embryons malgré une rupture, toute la bonne volonté de l'autre sera impuissante à trouver une solution intermédiaire étant donné que seuls le don à la recherche ou le don à autrui sont actuellement envisageables.

[3274] Sur l'apport possible de la conciliation dans le domaine de la santé en général v. L. AZOUX-BACRIE, « Oser la conciliation, une passerelle nouvelle offerte aux acteurs de santé », *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 21.
[3275] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation*, 2013, p. 19.

795. Conclusion du A. Bien qu'elles soient parfois critiquées, les mesures visant à construire des solutions négociées lors de conflits pourraient trouver une certaine utilité dans les dissensions qui apparaissent parfois dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort. Ces méthodes mettent l'accent sur l'élaboration de solutions par les personnes les plus directement concernées par le destin de ces corps. Cependant, dès lors que l'on souhaite imposer des limites aux choix des personnes impliquées ou, plus largement, faire intervenir d'autres acteurs dans la décision, il s'agit de trouver des mécanismes permettant de prendre, *en amont,* des décisions collectives.

B. Collectiviser la décision : la délibération

796. L'élaboration collective de décisions est une tendance très importante du droit de la santé qui permet de ne pas fixer, pour les problèmes les plus complexes, des solutions trop rigides ou trop abstraites **(1)**. On soulignera ce que peut apporter cette méthode au traitement des corps humains avant la naissance et après la mort pour peu que l'on place les personnes les plus concernées au cœur de la décision **(2)**.

1) L'importance de la délibération dans le champ médical

2) Les apports possibles de la délibération dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort

1) L'importance de la délibération dans le champ médical

797. L'élaboration collective des décisions médicales a aujourd'hui une place importante dans le droit de la santé. Si cette méthode permet d'éviter au législateur de trancher abstraitement des questions délicates **(a)**, elle n'est pas neutre pour autant **(b)**.

a) La délibération : un évitement du législateur

798. La prise de décision collective est indéniablement une évolution tendancielle du droit des personnes et de la santé. Nous n'étudierons pas en détail des instances telles que le Comité consultatif national d'éthique[3276] dans la mesure où ce type d'assemblées, s'il a un rôle public, voire normatif, déterminant[3277], n'est pas un organe d'aide à la *décision concrète* mais un groupe

[3276] Pour un rapprochement des critiques qui lui sont adressées avec la question générale de la délibération v. *infra* n° 818.

[3277] V. par ex. J.-Chr. GALLOUX, « Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », in *La doctrine juridique,* Y. POIRMEUR et Al. BERNARD (coord.), PUF, 1993, p. 240. A. GNABA, « Une instance qui ne se réclame que d'elle-même : le Comité Consultatif National

de *réflexion abstraite*. Nous souhaitons ici évoquer les groupes d'élaboration collective de décisions[3278] qui prennent aujourd'hui une place particulière dans notre système juridique[3279]. Un aperçu rapide des cas prévus par la loi montre que la méthode est avant tout utilisée dans des domaines où le législateur ne souhaite pas poser de normes trop strictes ; l'interruption médicale de grossesse en constitue une parfaite illustration.

799. Introduire la délibération pour éviter la norme. L'élaboration collective obligatoire de la décision médicale est une exception en droit de la santé[3280]. Mais les cas dans lesquels elle est mise en œuvre ont manifestement un point commun : ils concernent des risques graves d'atteinte à la vie, à la liberté ou à l'intégrité corporelle d'une personne. La décision de deux médecins est ainsi nécessaire pour l'hospitalisation psychiatrique sans consentement de la personne[3281]. La consultation d'un collège de personnes qualifiées est requise pour décider d'une stérilisation contraceptive sur une personne protégée[3282], d'un refus d'application des directives anticipées[3283], d'un arrêt des soins[3284], d'un prélèvement d'organes sur personne vivante[3285] ou encore lors de recherches médicales *in vivo*[3286].

L'énumération de ces dispositifs montre que la décision collective et délibérative caractérise aujourd'hui des procédures sensibles, socialement contestées, où la responsabilité – symbolique car la « décision » n'est toujours qu'un *avis*[3287] – doit être partagée parce que les mesures sont considérées comme transgressives au regard des orientations générales du droit.

---

d'Éthique », *Socio-anthropologie* [en ligne], 15/2004, mis en ligne le 15 juill. 2006, disponible sur : http:// socio-anthropologie.revues.org/415. Sur l'émergence des comités v. par ex. : Chr. BYCK et G. MÉMETEAU, *Le droit des comités d'éthique,* éd. Alexandre Lacassagne / ESKA, 1996 ; J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, th. Poitiers, Les études hospitalières, 2004, p. 113 et s.

[3278] Pour un rapport complet, bien qu'ancien, sur ce type de comités v. Br. FEUILLET-LE MINTIER, *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives,* Mission de recherche droit et Justice, oct. 1998. Pour un aperçu récent des différents types de comités : X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique,* LGDJ, 2016, p. 67.

[3279] V. B. MATHIEU, « Les comités d'éthique hospitaliers. Étude sur un objet juridiquement non-identifié », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 73. Sur l'émergence historique des comités d'éthique et leurs différentes formes v. S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique,* L'Harmattan, 2005, p. 107 et s.

[3280] Le principe est la prise de décision conjointe du patient et du professionnel de santé : art. L. 1111-4 CSP. Au-delà de la loi, la collégialité est aussi un aménagement de la culture médicale v. CCNE, *Fin de vie autonomie de la personne, volonté de mourir,* avis n°121, 2013, p. 25 : « *Mettre en place une procédure collégiale n'est pas habituel dans la pratique médicale ou l'on a appris en général à décider seul* ».

[3281] Art. L. 3212-1 CSP.

[3282] Art. L. 2123-2 et R. 2123-1 CSP.

[3283] Art. L. 1111-11 CSP.

[3284] Sur la procédure collégiale dans la mise en œuvre de la sédation profonde continue prévue par les nouveaux articles L. 110-5-2 CSP v. décret n° 2016-1066 du 3 août 2016 : JORF n° 0181 du 5 août 2016. Pour un commentaire des décrets récents en la matière v. Fr. VIALLA, « Penser sa mort ? », *D.* 2016.1869.

[3285] Art. L. 1231-3 CSP.

[3286] Art. R. 1123-4 CSP.

[3287] Sur l'appréciation de la responsabilité v *infra* nbp 3294.

Ce processus correspond également à des cas où les facteurs de décision sont si complexes que le législateur se refuse à fixer des conditions précises et définitives pour parvenir à une solution univoque. Aucun critère n'étant, dans ces cas, suffisamment incontestable et consensuel, le pouvoir normatif renvoie la décision au cas par cas[3288]. Le processus consultatif est alors à la fois un mode d'évitement et de légitimation pour le pouvoir législatif. Évitement parce qu'il se défausse de la détermination de critères stricts ; légitimation parce que le caractère collectif de la décision offre aux sceptiques ou aux opposants, en contrepartie de l'autorisation d'un acte grave, une garantie de sérieux et de prudence, par le biais d'une procéduralisation de la décision[3289].

800. Le maintien théorique d'une distinction entre délibération et décision. Malgré le nombre de procédures suggérant une élaboration collective de la décision, il faut souligner que le droit de la santé ne connaît pas de décision véritablement collégiale : les comités ne sont pas des tribunaux et leur rôle se limite à l'avis, à l'aide à la décision[3290]. Dans tous les cas, les textes désignent un nombre très limité de personnes en charge, *in fine*, de la décision : médecins le plus souvent, juges parfois[3291]. Les comités ne sont textuellement que consultatifs et rien n'interdit aux médecins de prendre une décision contraire à cet avis. Ce choix se justifie sans doute de deux façons : d'une part il évite certains blocages en limitant les acteurs compétents ; d'autre part il responsabilise les personnes à même de réaliser l'acte, qui ne peuvent se décharger de leurs propres obligations déontologiques sur un groupe décisionnaire[3292]. Un tel mécanisme rend aussi plus aisée la détermination des personnes responsables, civilement et pénalement[3293]. En pratique cependant, le mécanisme de décision collective aboutit rarement à des décisions médicales radicalement opposées aux positions collectives : c'est la force performative de la discussion imposée[3294].

[3288] A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. Les voies du droit, PUF, 1997, p. 208.
[3289] Sur ce phénomène v. par ex. S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, 2005, p. 461 et s.
[3290] V. B. MATHIEU, « Les comités d'éthique hospitaliers. Étude sur un objet juridiquement non-identifié », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 78.
[3291] Pour la stérilisation des personnes majeures protégées : art. L. 2123-2 CSP.
[3292] En faveur d'un tel maintien de l'aspect consultatif v. Br. FEUILLET-LE MINTIER, *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives,* Mission de recherche droit et Justice, oct. 1998, p. 52.
[3293] Sur la responsabilité des comités : v. B. MATHIEU, « Les comités d'éthique hospitaliers. Étude sur un objet juridiquement non-identifié », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 83 et s. ; Chr. BYCK et G. MÉMETEAU, *Le droit des comités d'éthique, op. cit.*, p. 129 et s. ; G. MÉMETEAU, « Les principes ou le charbon », *JIB*, 1993, vol 4, p. 33.
[3294] Sur la façon dont la conformation à l'avis collectif peut influer sur la faute v. J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, th. Poitiers, Les études hospitalières, 2004, p. 130 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, coll. Champs essai, Flammarion, 1996, p. 118-119.

801. L'exemple de l'avortement pour raisons médicales. Le fait qu'une procédure délibérative soit appliquée à l'avortement thérapeutique est significatif : le législateur met cet acte sur le même plan que les atteintes graves portées aux personnes. Historiquement, l'IMG est même l'un des premiers exemples de ce dispositif. Comme nous l'avons noté[3295], l'avortement au-delà de douze semaines n'est pas conçu comme un droit des femmes. Non seulement, comme l'IVG, il est présenté comme une exception accordée aux femmes en raison de circonstances particulières, mais les textes n'en font même pas une décision de la femme enceinte. Si son accord est évidemment nécessaire, l'IMG a été, dès l'origine, une décision prise par *deux* médecins sans que l'avis de la femme concernée soit mentionné nulle part[3296].

Cependant, si la délibération est la marque des procédures socialement sensibles, on aurait pu penser que la « normalisation » de l'IMG, au sens de son acceptation sociale grandissante, aurait allégé la procédure. Il n'en a rien été et l'évolution de la norme est ici tout à fait intéressante. Progressivement, la procédure de décision a été précisée et surtout élargie : si la responsabilité de l'autorisation de l'avortement revient toujours aux médecins, ceux-ci doivent depuis 2003[3297] consulter un comité pluridisciplinaire avant de prendre leur décision[3298]. Ce n'est qu'à cette date qu'apparaît l'*avis* de la femme concernée : si l'avortement est envisagé en raison d'un risque pour sa santé, elle doit désigner un médecin participant à la délibération. Dans tous les cas, elle peut, ainsi que le géniteur, être entendue. Cette audition n'est cependant pas obligatoire et doit être demandée, preuve que la décision ne relève, sur le plan théorique, ni de sa compétence ni de sa responsabilité. Ce point démontre que, si la décision délibérative est une façon pour le législateur de ne pas déterminer les conditions juridiques de certains mécanismes, les *modalités* de leur mise en œuvre ne sont pas neutres : l'encadrement textuel de la délibération oriente nécessairement l'élaboration de la décision. Il apparaît notamment qu'adopter un processus délibératif ne signifie pas pour autant que les personnes concernées par la décision soient toujours au cœur du débat.

b) La délibération : un encadrement du législateur

802. Passer par la procédure : un choix. L'élaboration de conditions juridiques à la mise en œuvre de procédures gravement attentatoires aux personnes est possible. Le fait que les décisions soient délicates ne doit pas faire penser que le législateur n'a pas d'autre choix que

[3295] *Supra* n° 705 et s.
[3296] Anc. art. 162-12 CSP tel qu'issu de la loi Veil.
[3297] Ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 : JORF n° 206 du 6 sept. 2003, p. 15391. Art. 9.
[3298] Art. L. 2213-1 CSP.

de passer par la délibération. Preuve en sont les critères extrêmement précis qui déterminent l'instant de la mort dans le cadre du prélèvement d'organes[3299]. Si deux médecins doivent établir le constat de décès[3300], ce double contrôle est plus une assurance de la vérification des conditions légales qu'une véritable décision collective. En effet, si une difficulté d'interprétation peut intervenir, les normes posées par le législateur sont toutefois suffisamment déterminées pour que la place laissée au débat soit restreinte. Une même démarche serait envisageable pour l'ensemble des cas aujourd'hui délégués à des procédures collégiales. Ainsi, concernant l'avortement thérapeutique, il serait possible de fixer une liste des pathologies permettant l'élimination de l'embryon ou alors un taux d'invalidité pour déterminer la gravité des risques encourus par la femme enceinte. S'en remettre à la décision collective est donc un choix. Pour autant, le législateur exprime certaines valeurs à travers le mécanisme procédural lui-même : par la détermination des personnes habilitées à participer à la décision et la définition des critères devant orienter le débat.

803. Les participants à la décision : une orientation du débat. Reprenons ici l'exemple de l'avortement thérapeutique qui non seulement est directement en lien avec les objets qui nous intéressent ici mais, plus largement, constitue un exemple topique de la façon dont la rédaction des textes peut orienter l'élaboration collective d'une décision médicale. Comme nous l'avons montré, la liste des personnes participant à la décision d'IMG s'est progressivement étoffée : de deux médecins initialement, le comité se compose aujourd'hui de quatre personnes au minimum. Nous avons souligné la façon dont la volonté de la femme enceinte, initialement absente, a été intégrée à la procédure ; mais ce n'est pas la seule modification apportée. D'une part, le législateur a graduellement précisé les spécialités auxquelles les médecins participant à la décision doivent appartenir : en cas de danger pour la santé de la femme enceinte, deux des membres du comité doivent être un « *médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal* [et] *un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte* »[3301]. D'autre part, le législateur a introduit dans le processus des professions non-médicales, privilégiant les travailleurs sociaux et psychologues[3302]. Or, cette

[3299] Art. R. 1232-1 CSP.
[3300] Art. R. 1232-3 CSP.
[3301] La qualification en gynécologie-obstétrique est obligatoire depuis l'ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 (JORF n° 206 du 6 sept. 2003, p. 15391. Art. 9) ; la participation de ce médecin à un centre de DPN et la présence d'un médecin spécialiste de la pathologie de la femme ont été introduites par la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 (JORF n° 0157 du 8 juill. 2011, p. 11826. Art. 25 et 26).
[3302] Ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 : JORF n° 206 du 6 sept. 2003, p. 15391. Art. 9. La formulation retenue est particulière : « *une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue* ».

évolution influe nécessairement sur les orientations de la décision. En procédant à ces modifications, le législateur s'assure de deux choses : tout d'abord que les personnes participant au débat sont spécialement qualifiées et ne sont donc pas uniquement choisies en fonction de leur proximité avec les médecins décidant de l'avortement ; ensuite que la décision n'est pas seulement élaborée à partir de données médicales. En élargissant le cercle des participants à des non-médecins, le législateur introduit incidemment dans le débat des critères plus larges que les conditions d'accès à l'IMG textuellement prévues. De fait, la prise en compte de la situation personnelle de la femme ou du couple est explicitement visée comme élément de la délibération par les bonnes pratiques édictées par l'Agence de la biomédecine[3303]. La composition du comité délibérant reflète alors l'évolution de la perception de l'IMG : procédure sociale autant que médicale la décision échappe progressivement au médecin mais aussi, incidemment, au dialogue médecin-patiente.

804. Les éléments du débat : une prise de position axiologique. Si les procédures de décision collective semblent se développer dans le droit de la santé, il faut noter que jamais le législateur n'abandonne totalement les questions les plus graves au libre arbitre des acteurs de la décision. Les textes contiennent toujours des prescriptions minimales et générales concernant les critères de la délibération.

Ainsi, en ce qui concerne l'avortement thérapeutique, le texte mentionne depuis toujours le « *péril grave pour la santé de la femme* » ou la « *forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »[3304]. Certes, ces notions sont floues et peuvent conduire à des appréciations fort variables. Cependant, cette rédaction n'est pas sans présupposés ni sans conséquences. En faisant le choix – jamais remis en cause – d'une rédaction souple, le législateur affirme la volonté d'une interprétation casuiste et relative de la notion de gravité : le « grave » peut évoluer dans le temps et peut être différent selon les personnes. L'intégration, en parallèle, de la parole des géniteurs dans la décision montre que le processus n'exclut pas que la notion de gravité soit appréciée au regard de leur situation particulière[3305]. Par ailleurs, en posant ces critères, le législateur oriente de fait la délibération. Même en l'absence de contrôle juridictionnel du contenu du débat, il incite les participants à fonder leur décision sur ces éléments et non sur d'autres facteurs : les membres du comité sont invités à justifier leur position axiologique sur

[3303] Arrêté du 1er juin 2015 : JORF n° 0133 du 11 juin 2015, p. 9630. Point II 4,3.
[3304] Art. L. 2213-1 CSP.
[3305] Dans ce sens ; Chr. BYCK et G. MÉMETEAU, *Le droit des comités d'éthique,* éd. Alexandre Lacassagne / ESKA, 1996, p. 230.

des données prédéterminées. En revanche, en associant à la gravité le critère plus précis de l'incurabilité, le législateur exprime une limite : l'IMG est la procédure de l'absence d'alternative. En cela il écarte théoriquement de la discussion tout argument qui pourrait porter sur l'*opportunité* des traitements. Il sous-entend alors que si un traitement existe il doit constituer la priorité. Voyons alors ce que pourrait apporter à ce processus l'idée selon laquelle les décisions impliquant des corps humains avant la naissance, mais aussi après la mort, devraient prendre en comptre autant que possible leurs conséquences sur les personnes juridiques les plus concernées.

2) Les apports possibles de la délibération dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort

805. L'exemple de la prise de décision délibérative dans l'IMG a mis en lumière les avantages et les limites de cette pratique : permettant la confrontation d'arguments divers sur la poursuite de la grossesse, le comité d'IMG maintient cependant la femme enceinte, et le couple, à la marge de la construction de la décision. Par ailleurs, cette procédure délibérative reste uniquement consultative. Sans même aller jusqu'à l'idée de transférer la décision finale aux personnes les plus directement concernées, les géniteurs, et la femme en particulier[3306], on pourrait légitimement s'interroger sur la pertinence qu'il y aurait à faire évoluer ces processus vers des mécanismes plus ouverts et plus décisionnaires **(a)**. Par ailleurs, ce modèle collectif d'élaboration de décisions permet de suggérer l'extension de la pratique à d'autres domaines, dans lesquels, même si le législateur souhaitait conserver une dimension publique, les sujets les plus impliqués pourraient participer à l'élaboration collective de solutions **(b)**.

a) Interrogation sur les évolutions possibles de la délibération IMG

806. Comme nous l'avons annoncé, on considère ici que le traitement des corps avant la naissance devrait être analysé en premier lieu au regard des intérêts des personnes les plus directement concernées – les femmes enceintes et, plus largement, les géniteurs – et non d'intérêts collectifs ou des intérêts subjectivés des embryons. Cependant, il faut accepter dans un premier temps que la situation politique actuelle conduit à ce que le législateur conserve une dimension collective aux décisions qui les concernent. Il reste pourtant possible de suggérer quelques évolutions marginales du processus de délibération IMG.

[3306] V. *infra* n° 874.

807. Associer davantage les géniteurs à la décision ? Si l'on considère que la justification de l'autorisation de l'IMG est que l'on tolère que les personnes les plus concernées puissent refuser d'avoir la charge d'un enfant handicapé, on pourrait souhaiter que l'audition de la femme et des couples soit obligatoire – mais qu'ils puissent s'y soustraire s'ils souhaitent être entièrement assistés dans la décision – plutôt que simplement *possible*. Cette modification les désignerait comme acteurs incontournables de la décision. En second lieu, on s'étonne que la délibération sur l'IMG en cas de pathologie fœtale soit menée sans représentant des intérêts des géniteurs. En effet, si l'ordonnance de 2003 a introduit dans le comité un médecin choisi par la femme dans les cas d'IMG pour sa santé, nulle trace d'une telle évolution pour ce qui est des délibérations sur une IMG en raison de l'état de santé de l'embryon. Une telle évolution affirmerait pourtant que la décision de prolongation de la grossesse concerne au moins autant la femme enceinte, et le couple, que des intérêts collectifs.

808. Regrouper les décisions ? Seconde interrogation : la pertinence de distinguer, au cours du processus de diagnostic prénatal, l'accès au diagnostic lui-même de l'autorisation d'IMG, en particulier pour ce qui est des examens génétiques qui ciblent nécessairement certaines pathologies[3307]. S'il semblerait excessivement lourd – et inefficace – de recourir à des procédures délibératives pour pratiquer des examens courants tels que l'échographie obstétricale, on pourrait légitimement interroger la cohérence textuelle qu'il y a à autoriser certains diagnostics génétiques sans coupler immédiatement cette autorisation avec une réflexion sur l'IMG. Les termes employés par la loi sont pourtant singulièrement identiques : diagnostic prénatal et IMG ne sont théoriquement autorisés que dans des cas d'« *affection d'une particulière gravité* »[3308]. La distinction des deux étapes – diagnostic et autorisation d'IMG – conduit donc, en réalité, à une double appréciation de la « particulière gravité » : une première fois par la personne prescrivant l'examen[3309], la seconde par le comité d'IMG.

Ainsi, on ne peut que remarquer que parmi les 120 refus de délivrance de certificat d'une particulière gravité délivrés par les comités pluridisciplinaires chargés de l'examen des demandes d'IMG, 27 concernent des anomalies chromosomiques ou géniques ayant donc nécessité des examens génétiques précis : n'y a-t-il pas un paradoxe à considérer dans un premier temps une pathologie comme suffisamment grave pour justifier un examen génétique puis, une fois la pathologie établie – et considérée comme assez lourde par la femme enceinte

[3307] Art. 2131-4 al. 6 (pour le DPI).
[3308] Art. L. 2131-1 et L. 2213-1 CSP.
[3309] Sur le fait que l'appréciation d'un comité ait un temps été envisagée v. ; Chr. BYCK et G. MÉMETEAU, *Le droit des comités d'éthique,* éd. Alexandre Lacassagne / ESKA, 1996, p. 231.

pour réclamer une IMG –, de refuser cet avortement, parce que l'affection serait finalement « *sans particulière gravité* » selon le comité[3310] ? En réalité, la seule question restant en suspens après l'examen génétique devrait être celle de la *curabilité*. On pourrait ainsi se demander si la recherche génétique de certaines pathologies, dont il est établi qu'elles sont graves et incurables, ne devrait pas faire l'objet d'une seule appréciation, portant à la fois sur la pertinence des tests et la possibilité de l'avortement. Une telle démarche signifierait la gravité de l'acte de dépistage, en le soumettant à une délibération, et éviterait qu'une femme ayant donné son accord à la réalisation de tests en raison de la gravité de l'affection recherchée se voie finalement refuser l'accès à l'avortement. Ne resteraient soumises à une double délibération que les pathologies dont l'examen génétique sert à déterminer *le degré de gravité*[3311]. Le mécanisme, on l'admet, serait complexe. À moins bien sûr que le critère de la curabilité soit abandonné[3312] ce qui limiterait alors la délibération à une seule session.

809. Rendre la délibération décisionnaire ? Enfin, il est possible de se demander si les comités de décision ne devraient pas être, formellement, décisionnaires. Si nous n'avons pas trouvé trace dans la littérature, de cas où des femmes disposant d'un certificat de particulière gravité n'avaient pas pu accéder à un avortement, on peut cependant interroger la logique qui veut que cette décision revienne textuellement aux médecins.

Faire du comité une instance non plus consultative mais décisionnaire permettrait d'assumer, textuellement, que la décision d'IMG est conçue par le droit comme un processus distinct de la seule question médicale (qui pourrait être prise par un médecin seul comme c'est le cas pour nombre d'actes graves) mais incluant une dimension éthique et sociétale. En ce sens, il ne serait pas illégitime que des non-médecins soient associés à la décision au même titre que les médecins. Si cela constituerait une évolution importante dans le droit médical, il ne s'agirait pas pour autant d'une idée totalement nouvelle en droit de la santé. On pourrait avancer que cette dimension éthique de la décision médicale est déjà intégrée dans le droit positif toutes les fois où une opération doit être autorisée par un juge : prélèvement d'organes sur personne vivante ou stérilisation de personnes majeures protégées, par exemple. On trouve également dans le droit de véritables comités décisionnaires : les comités de protection des personnes[3313].

[3310] AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal*, 2013, p. 10.

[3311] Situation rare de l'avis de France LETURQ, généticienne au centre de dépistage prénatal de Cochin, et que nous remercions pour ses éclaircissements. Elle cite à titre d'illustration la myopathie de Becker dans laquelle la dystrophie musculaire peut ou non être accompagnée de cardiomyopathie. V. la description de la pathologie sur le site Orphanet : http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=FR&Expert=98895 [consulté le 13 nov. 2016].

[3312] V. *infra* n° 876.

[3313] Art. L. 1123-1 CSP. V. not. H. ATLAN, « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105,

La mise en œuvre de la décision du comité reviendrait ensuite au médecin réalisant une mission de service public, ce qui donnerait tout son sens aux dispositions de l'article L. 2212-8 CSP. Dans la mesure où cela n'est pas indispensable à la réalisation de l'acte, on pourrait même imaginer que le praticien soit tenu dans l'ignorance de la pathologie justifiant l'autorisation d'avortement. Une telle évolution ne serait pas, évidemment, sans remettre en question la répartition des responsabilités entre praticien et comité[3314].

b) Interrogations sur les extensions possibles du processus délibératif aux corps morts

810. Le processus de délibération présente l'avantage certain de pouvoir réunir des personnes de diverses compétences et de construire ainsi une décision diversement fondée. Sa légitimité au regard des personnes concernées ne peut qu'en être renforcée et le processus participe alors de l'acceptation de la décision par toutes les parties[3315]. Une expérience personnelle de plusieurs années dans un comité d'éthique clinique pluridisciplaire[3316] nous a appris par ailleurs que la seule écoute ouverte des opinions exprimées et le seul retour de multiples points de vue suffisent parfois à faire disparaître une opposition : soit que l'une des parties accepte le point de vue de l'autre, soit qu'un malentendu soit dissipé, soit qu'une solution de compromis puisse être élaborée. En ce sens, la délibération remplit parfois une fonction proche de la médiation et peut permettre d'intégrer davantage dans la décision les intérêts des personnes les plus directement concernées. À ce titre, on pourrait se demander si la méthode délibérative et collégiale ne trouverait pas sa place dans certains domaines concernant le traitement du cadavre.

811. La délibération : outil pour le prélèvement d'organes ? Si l'on souhaite conserver le principe de décision individuelle sur le devenir de son corps après la mort, un processus délibératif pourrait être mis en place en cas d'incertitude concernant le don d'organes. Si la personne décédée n'a pas exprimé clairement un refus ou une acceptation, la décision pourrait revenir à une équipe pluridisciplinaire qui aurait pour obligation d'entendre les proches. Un tel mécanisme permettrait de leur accorder une place précise mais aussi de mettre en balance les avantages et les inconvénients du prélèvement *au cas par cas* en fonction, par exemple, de la

p. 158-159.
[3314] Sur la responsabilité des comités v. G. MEMETEAU, « Les principes ou le charbon », *JIB*, 1993, vol 4, p. 33.
[3315] Sur le lien entre éthique et délibération v. Th. FUSAI et Al. QUEROY, « Aux limites du droit : l'éthique », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 223.
[3316] Pour un exposé de la démarche v. *L'éthique clinique à l'hôpital Cochin. Une méthode à l'épreuve de l'expérience*, V. FOURNIER et M. GAILLE (coord.), coll. Éthique regards croisés, APHP, 2010.

qualité ou du nombre des organes prélevés et du degré d'acceptation ou d'opposition des proches[3317]. La difficulté première de cette solution serait évidemment que l'urgence des situations nécessite parfois que des décisions soient prises dans des délais difficilement compatibles avec la réunion de comités.

812. La délibération : outil pour la restitution des corps ? Éloignons-nous pour finir du domaine strictement médical pour examiner rapidement l'apport des processus de délibération à une question plus large de traitement des corps morts : l'instruction des demandes de restitution des restes humains conservés dans les collections muséales. L'idée de mettre au centre de la décision les personnes les plus directement concernées conserve ici sa pertinence même si elle s'applique alors plutôt à des personnes morales – institutions scientifiques notamment – et des groupes de personnes. Se limiter à affirmer la vocation universaliste des musées pour justifier une opposition aux restitutions[3318], voire en appeler à la « transcendance » que permettrait l'universalisme des collections[3319], est tout à fait séduisant intellectuellement mais se place uniquement du point de vue de l'institution ou de l'État possédant effectivement l'objet revendiqué et ignore les problématiques collectives inhérentes aux demandes de restitutions. Comme l'affirme Jean-Marie PONTIER, la question n'est plus juridique, elle est politique et il est impossible de l'éviter : les demandes arrivent, elles arriveront à l'avenir[3320], autant s'y préparer[3321]. Si le droit français peut difficilement fixer des critères déterminants pour traiter les demandes qui lui seront adressées[3322], la mise en place de procédures précises, la détermination des personnes compétentes, la délimitation d'orientations générales pourraient être d'un grand secours aux institutions qui y seront confrontées. Assumer une approche

[3317] Est-ce un tel mécanisme que suggère D. THOUVENIN lorsqu'elle écrit « *il serait* […] *important d'envisager de mettre en place des procédures qui permettent l'expression des désaccords en dehors de la sphère médicale. Il paraît en effet préférable de se doter d'outils permettant de faire face aux conflits potentiels plutôt que d'essayer d'occulter ces derniers* » ? Ou fait-elle référence à ces processus juridictionnels ? : « Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, p. 77.

[3318] V.bien que la formulation soit nuancée, la « Déclaration sur la valeur et l'importance des musées universels » (*Les nouvelles de l'ICOM,* 2004, n°1, p. 4) dont on notera qu'elle n'est signée que par des musées occidentaux.

[3319] St. DUROY, « Peut-on perdre la tête…maorie dans le respect du droit ? », *AJDA,* 2011, p. 1225.

[3320] Même si l'argument de la « pente glissante », agitant le risque d'un phénomène de « vidange » des musées occidentaux doit être écarté : peu de pays et de peuples font des réclamations de retour et toute réclamation n'aboutit pas nécessairement à une restitution, d'autres mesures pouvant être envisagées : G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 225 ; J.-M. PONTIER, « Une restitution, d'autres suivront. Des têtes maories aux manuscrits Ugigwe », *AJDA*, 2010, p. 1419.

[3321] J.-M. PONTIER, « Une restitution, d'autres suivront. Des têtes maories aux manuscrits Ugigwe », *AJDA*, 2010, p. 1419.

[3322] V. *Supra* n° 670.

collective permettrait de construire des solutions au cas par cas *avec* les pays ou les peuples demandeurs, notamment grâce à une association entre musées[3323].

Pourtant, en la matière, la France ne fait pas preuve d'un flagrant volontarisme. La nouvelle commission supposée travailler aux demandes de restitution, prévue par la loi en 2010[3324], n'a été mise en place que trois ans plus tard[3325]. La constitution d'un groupe de travail spécifique n'a été faite, par lettre ministérielle, que le 23 décembre 2014[3326]. Son activité aura donc véritablement commencé en 2015, soit treize ans après l'affaire de la « Vénus hottentote » : le risque de devoir, à l'avenir, recourir de nouveau à des lois d'urgence et de circonstance est donc grand. À refuser d'encadrer le cas par cas on risque alors l'arbitraire.

813. Conclusion du § 1. Les mécanismes de médiation et de délibération actuellement émergents dans le droit en général, et dans le droit des personnes et de la santé en particulier, constituent indéniablement des pistes de réflexion à même d'intégrer plus efficacement, dans le traitement des embryons et des cadavres, les intérêts des personnes concernées. Cependant, les avantages de ces méthodes par rapport au droit existant ne doivent pas masquer les risques, inhérents au droit souple, d'apparition de nouvelles formes de rigidité, de pouvoir et de hiérarchies.

§2. Surveiller le droit souple

814. Gérard FARJAT écrivait à propos de la notion de « centre d'intérêt », dont il usait à propos de l'embryon et du cadavre[3327] :

> «[cette notion s'inscrit dans] *la ligne de l'évolution contemporaine du système juridique : le "flexible", le "flou".* […] [Cette notion] *permet la juridiciarisation de compromis* […] *de bricolages incontournables en raison de contradictions fortes »*[3328].

[3323] Pour des exemples d'accords dépassant « *la logique binaire propriétaire/non propriétaire pour favoriser la diffusion de biens culturels* » v. C. KLEINER, « Les biens culturels entre identité et mondialisation. Les apports du droit international », in *L'identité à l'épreuve de la mondialisation,* S. BOLLÉ et É. PATAUT (dir.), IRJS éditions, t. 72, 2016, not. p. 56.
[3324] L. n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections : JORF n° 0114 du 19 mai 2010, p. 9210. Art. 4.
[3325] La composition et le fonctionnement de la commission ont été prévues par le décret n° 2011-574 du 24 mai 2011 (JORF n° 0122 du 26 mai 2011, p. 9084) mais elle n'a été installée que le 21 nov. 2013 : COMMISSION SCIENTIFIQUE NATIONALE des COLLECTIONS, *Rapport au Parlement*, 2015, p. 12.
[3326] COMMISSION SCIENTIFIQUE NATIONALE des COLLECTIONS, *Rapport au Parlement*, 2015, p. 20.
[3327] *Supra* n° 378.
[3328] G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt », *RTD civ.* 2002-2, p. 221.

Étendre ou renforcer les procédures de médiation et de délibération participe indubitablement de cette tendance[3329] : accepter des régimes imprécis et donc des catégories juridiques flottantes[3330] au profit d'une adaptation plus fine du droit au cas particulier. Bref, accepter les limites d'un raisonnement par catégories rigides pour « *bâtir une logique de l'approximation, une logique de "l'acceptabilité" ou logique de gradation* »[3331]. Cette démarche suscite cependant des critiques importantes sur lesquelles il est nécessaire de s'attarder, notamment à propos des questions bioéthiques. L'erreur serait ici de faire preuve de naïveté : pratiquer la médiation et la délibération n'est certainement pas la réponse la plus pertinente aux pratiques de hiérarchisation des corps que nous avons pu mettre en évidence. Cette méthode risque en effet de faire ressurgir des problèmes d'inégalité entre les personnes **(A)**. Mais ce sont surtout les conséquences invisibles d'une telle démarche, la reconfiguration, insensible, de rapports de pouvoirs sur les corps qui peuvent susciter l'inquiétude **(B)**.

A. Comitologie et égalité

B. Comitologie et pouvoir

A. Comitologie et égalité

815. La première critique adressée au système des comités est le risque d'inégalités qu'il engendre : la méthode casuistique, assimilée au jugement en équité, suscite la crainte d'un effacement du droit[3332]. Il faut cependant distinguer deux questions : *prévisibilité* du droit et uniformité de l'*application* du droit.

816. La prévisibilité des solutions. Dans le cadre actuel de la bioéthique, il serait abusif de dire que le droit est absent. Même si les marges d'appréciation conférées aux comités et aux

[3329] La littérature sur cette évolution est très étendue. On pourra consulter : M. DELMAS-MARTY, *Le flou dans le droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme,* PUF, 1986 ou encore, pour un aperçu très riche des arguments principaux, accompagné de nombreuses références : C. THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit. », *RTD civ.* 2003, p. 599. Spéc. sur les standards v. *Les notions à contenu variable*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984 ; S. NÉRON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*. 2011, n° 38. Sur la prise en compte des avis du Conseil consultatif national d'éthique v. TGI Paris, 21 avr. 2009 : *D.* 2009, p. 1192, note X. LABBÉE ; *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37, focus M. LAMARCHE ; *AJDA*, 2009.797 ; *JCP G.* 2009, actu. 225.

[3330] Sur le flou de certaines catégories juridiques : G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*. 12é éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2005, n° 186 et s.

[3331] Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits,* PUAM, 2004, p. 98.

[3332] C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, n° 13, 1991, p. 21. Sur le fait que les comités ne résolvent pas la question de la qualification juridique : E. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact. Toulouse 1, 2003, n° 13. Sur l'idée, en général d'une construction désordonnée du droit conduisant à un gouvernement des juges et à un excès d'équité v. J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Pierre Hébraud,* Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 111.

médecins sont larges, ils ne sont pas pour autant laissés totalement libres de leurs décisions : la procédure comme les critères d'argumentation sont définis par le législateur. La difficulté est plutôt dans le *contrôle* de ces conditions.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de contentieux relatif à un refus, ou à une acceptation, d'IMG. Le contexte évidemment très douloureux de ces situations, l'urgence qui les caractérise, l'expliquent sans doute. Cependant, si l'on fait le parallèle avec les rares affaires concernant la fin de vie[3333], on peut supposer que les juges saisis de telles demandes se contenteraient probablement de vérifier le respect de la procédure et recourraient à l'expertise pour établir que la décision médicale, et donc le comité, n'a pas manifestement mal apprécié la gravité de la situation[3334]. Faute de liste exhaustive de pathologies à même d'autoriser l'IMG, l'intervention d'une juridiction ne serait donc ni plus prévisible ni moins détachée de considérations médicales que peut l'être celle des comités.

817. L'uniformité des solutions. Quant à l'uniformité de l'application des normes de bioéthique sur l'ensemble du territoire, il est incontestable que tous les Centres de diagnostic prénatal n'apprécient pas de la même façon la pertinence des IMG. Ainsi, l'Agence de la biomédecine rapporte qu'en 2013, sur les 120 cas dans lesquels une première attestation d'une particulière gravité a été refusée, 67 ont pourtant fait l'objet d'un avortement, dans un autre centre ou à l'étranger. Une telle statistique pourrait suggérer une appréciation aléatoire des critères retenus par la loi et, par conséquent, aller dans le sens d'une condamnation des « inégalités » qu'implique la délibération.

Ce serait oublier, cependant, que la norme juridique appliquée par les juridictions n'est pas moins sujette à des différences d'appréciation. La détermination de la personne compétente pour la pratique des funérailles en est un parfait exemple : la désignation de la personne la plus apte à exprimer la volonté du défunt relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond[3335], la solution donnée à une même affaire pourrait être très dissemblable sur l'ensemble du territoire. L'argument est-il suffisant pour établir un droit plus précis mais nécessairement incapable de répondre à des situations imprévues [3336] ? Enfin, l'argument de l'inégalité suppose

[3333] V. not. la succession des affaires « Lambert » : v. par ex. TA Châlons-en-Champagne, 9 oct. 2015, n° 1501768, Jurisdata n° 2015-024742 ; CAA Nancy, 16 juin 2016, n° 15NC02132 : Jurisdata n° 2016-011639 ; *Dr. fam.* 2016, n° 68, obs. J. COUARD.

[3334] Sur le retour d'un « droit consultatif », notamment par le recours aux experts v. Fr. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

[3335] Civ. 1re, 9 mars 2011, n° 09-65431. La Cour contrôle cependant que les juges du fond ont bien cherché à faire valoir la volonté du défunt, au nom de la liberté des funérailles : Civ. 1re, 14 avr. 2010, n° 09-65.720 : *JCP A*. 2011, p. 2034, note. D. DUTRIEUX.

[3336] Sur le rôle d'interprête du juge face aux notions floues v. A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. Les voies

que des règles beaucoup plus déterminées seraient nécessairement plus égalitaires. Ce serait confondre égalité et uniformité. Nous avons en effet montré comment l'application aux corps de normes strictes pouvait engendrer des exclusions invisibles[3337]. C'est donc sur une autre crainte qu'il faut s'attarder : la façon dont la démarche délibérative peut être l'instrument d'une nouvelle forme de pouvoir sur les corps.

B. Comitologie et pouvoir

818. Des critiques justifiées. Nombre de critiques qui ont été adressées à l'imprécision des normes de bioéthiques ont pour objet le rôle du CCNE[3338]. Bien que la démarche de délibération éthique sur un cas particulier soit bien différente de la réflexion théorique propre à cette institution, certaines de ces analyses peuvent sans aucun doute être étendues aux instances délibératives qui exercent dans le champ de la santé.

Au premier rang de ces accusations, l'idée que, sous couvert de principes souples et adaptables se cache en réalité une nouvelle forme de normativité[3339], échappant à tout processus démocratique[3340]. Catherine LABRUSSE-RIOU écrivait ainsi en 1991 :

> *« si* [le droit] *se laisse guider par le pragmatisme ambiant, justifiant par exemple que des questions de principe soient tranchées, au gré des cas particuliers, par des comités plus dépendants que véritablement libres, les usages déontologiques ou pire la représentation du vivant véhiculée par les*

---

du droit, PUF, 1997, p. 208.

[3337] *Supra* n° 683.

[3338] V. par ex. : M. REYNIER et Fr. VIALLA, « Perinde ac cadaver », *Médecine et droit*, 2011, p. 131 (sur l'avis du CCNE dans l'affaire *Our Body*) ; E. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact. Toulouse 1, 2003, n° 13 ; Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités.* Dalloz, 8e éd., 2012, n° 23, p. 28 (sur l'inefficacité de la notion de personne humaine potentielle : « *l'effort est louable mais le résultat n'est pas satisfaisant, car le concept de personne humaine potentielle est ambigu et masque l'absence d'un choix nécessaire. Il est clair que, juridiquement, une personne existe ou n'existe pas et qu'on ne peut, au sujet de cette existence, imaginer des demi-mesures. Que peut réellement signifier cette "potentialité" pour un embryon à la merci d'un avortement ? »*) ; R. CHARVIN dénonce un comité « *dominé par l'autorité médicale et religieuse »* : « Essai sommaire sur l'interprétation de la réalité sociale par les juristes », in *Interpréter et traduire,* J.-J. SUEUR (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 56.

[3339] Spéc. sur la façon dont les avis du CCNE ont abondamment servi de base aux discussions sur les lois de bioéthique v. D. THOUVENIN, « Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, p. 56 et s. Sur la question de la normativité grandissante des « avis », en l'occurrence en droit international : R. AGO, « Les avis consultatifs "obligatoires" de la Cour internationale de justice : problèmes d'hier et d'aujourd'hui », in *Mélanges Virally,* 1991, p. 9. Sur la nécessité de cantonner l'éthique à une science descriptive et non normative v. H. ATLAN, « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105, p. 157-158. Comme le souligne D. de BECHILLON, la question de la « dureté » du droit a beaucoup été abordée par la doctrine de droit international : *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 79. Pour plusieurs contributions sur ce thème, dans différents domaines v. *Les transformations de la régulation juridique,* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998

[3340] V. H. ATLAN, G. BRAIBANT et A. LANGANEY, « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105, p. 149.

intérêts dominants prendront force de loi au mépris de la hiérarchie des sources du droit »[3341].

La critique est pertinente car il ne suffit pas de qualifier le droit souple de *« postmoderne »*[3342] pour en faire la panacée de la protection de la liberté des individus face à l'État, l'idéal d'un système normatif débarrassé de son caractère oppressif.

Car non seulement le droit souple n'est pas sans impact contraignant[3343], mais ses effets peuvent être précisément plus insidieux, moins identifiables[3344] que ceux d'un droit plus dur et donc rendre leur surveillance et leur critique plus ardues[3345]. Cette réflexion a notamment été appliquée à la procédure d'accès à l'IVG. Dominique MEMMI dénonçait ainsi la façon dont l'obligation faite aux femmes de se plier à des entretiens préalables à l'avortement générait une « pathologisation » de l'acte et les contraignait implicitement à construire un discours de vulnérabilité[3346]. La crainte est également que l'absence de juridicité des règles de bioéthique conduise à la domination d'un discours biologisé dont la portée axiologique serait, sinon niée, du moins invisibilisée[3347]. Jean CARBONNIER dénonçait ainsi les risques de la construction

[3341] C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeux des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, n° 13, 1991, p. 21. La position de l'auteure semble avoir légèrement évolué puisqu'en 2000 elle parlait, à propos de l'embryon, de la « technique de la controverse », admettant une part de casuistique dans le traitement de la question, tout en affirmant la nécessité d'un encadrement : « L'embryon humain : qualifications juridiques et politique législative », in *La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux*, C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU et N.-J. MAZEN (dir.), *Revue générale de droit médical*, Les Études hospitalières, n° spécial, 2000, p. 161.

[3342] V. not. J. CHEVALIER, « Vers un droit postmoderne », *Les transformations de la régulation juridique,* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998, spéc. p. 36 et s.

[3343] Même si les systèmes de contraintes sont différents des mécanismes étatiques classiques. Sur le caractère normatif des normes internationales de bioéthique v. L. CARAYON et J. MATTIUSSI, « La concurrence normative en matière d'utilisation thérapeutique des éléments et produits du corps humain » in *La concurrence normative. Mythes et réalités,* R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), Société de législation comparée, 2013, p. 209.

[3344] St. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, p. 16 : « on assisterait bien aujourd'hui à une transformation importante de la régulation juridique, qui se ferait plus discrète, moins visible ».

[3345] Spec. sur l'impact des normes techniques et managériales sur le droit v. Al. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes / Fayard, 2015. Sur un sujet différent, portant moins sur la question juridique que sociologique, mais néanmoins parlant v. Ph. PERROT, *Le corps féminin. Le travail des apparences. XVIII^e^-XIX^e^ siècles,* Points, 1991, p. 206 *:* « *par étapes successives, accompagnant la montée de l'individualisme, les normes cessent de s'imposer brutalement pour s'exercer insidieusement, tout en souplesse, par la voie du chantage déguisé en sollicitude, en invite à l'épanouissement et au bien-être* ».

[3346] D. MEMMI « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices,* Hors-série, mai 2001, p. 78. Dans une position nuancée, l'auteure suggère cependant, plus tard, qu'il est nécessaire de trouver, dans le domaine médical, et notamment à propos du traitement des femmes des démarches qui intègrent une dimension temporelle et un lien social : v. *La revanche de la chair,* Seuil, 2014, p. 221 et s. V. aussi L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe- l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016], n° 72 et s.

[3347] V. O. CAYLA, « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, 13, 1991, p. 3 ; Ph. LARDINOIS, « L'avortement de fœtus anormal : révélateur privilégié de notre rapport à l'écart "naturel" à la "nature" ? », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 473.

d'une morale d'État, d'une conscience officielle dont le caractère normatif serait dissimulé sous son aspect consultatif[3348].

819. La nécessaire intégration de ces critiques par l'activité doctrinale. Il est certain que la composition des comités, leur indépendance, leur démarche, leur idéologie ont une influence majeure sur leurs décisions[3349]. Une fois encore, il serait tentant, pour lutter contre l'aléa, de déterminer à l'infini par décrets, arrêtés et circulaires, les compétences et les formations des membres de chaque assemblée, ainsi que leurs méthodes[3350] et leurs priorités[3351]. On n'en serait certainement pas moins soumis, sous l'apparence de la casuistique, à une moralité étatique sensible à chaque retournement de majorité politique[3352]. Cependant, cette critique souligne la nécessité d'une pratique réflexive de ces comités qui pourraient se doter d'outils à même de porter sur leur pratique un regard extérieur, notamment sur leurs éventuels biais de genre, de race, de classe, de religion, etc. Il convient malgré tout de souligner que cette démarche pourrait non moins utilement être mise en œuvre dans les juridictions[3353], pourtant supposées appliquer un droit plus « dur ». Si les critiques adressées à la méthode délibérative nous semblent donc importantes et nécessaires, elles ne nous apparaissent pas rédhibitoires. Elles suggèrent cependant que cette évolution du droit nécessite une transformation parallèle de l'activité doctrinale.

[3348] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, coll. Champs essai, Flammarion, 1996, p. 119. V. aussi, pour un exposé réservé des critiques : Ph. MALAURIE, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 8^e^ éd., Defrénois-Lextenso éditions, 2016, n° 307. Sur la construction du discours du CCNE v. D. MEMMI, « Que faire du corps aujourd'hui », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, p. 15. V. aussi X. DIEUX, « Vers un droit "post-moderne" ? (Quelques impression sceptiques) », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, not. p. 48.

[3349] Citons, à titre anecdotique mais parlant, la position d'Al. SÉRIAUX qui, plutôt favorable aux comités, affirme d'abord : « *si ces comités parviennent à éviter le piège de l'utilitarisme en ne perdant jamais de vue qu'utilité, même scientifique, ne rime pas toujours avec équité, nous leur donnons de bonnes chances d'aboutir à des résultats corrects », avant de nuancer : « mais il ne faut pas se leurrer : rares sont ceux qui possèdent les vertus intellectuelles et morales suffisantes pour parvenir sans encombre au terme du chemin.* ». La solution résiderait alors, selon cet auteur, à se tourner vers les opinions autorisées du Saint-Siège : « Pouvoir scientifique, savoir juridique », *Droits*, 1991, n° 13, p. 61.

[3350] L'éthique clinique est en effet une *méthode*, ce qui n'enlève évidemment rien à son aspect idéologique : v. par ex. : T. L. BEAUCHAMPS et J. J. CHILLDRESS, *Les principes de l'éthique biomédicale*, Les Belles Lettres, 2009, trad. de la 5^e^ éd. américaine (2001).

[3351] Dans ce sens v. Br. FEUILLET-LE MINTIER, *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives,* Mission de recherche droit et Justice, oct. 1998, p. 36 et s. Pour des suggestions concernant le Comité national d'éthique v. G. BRAIBANT « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105, p. 166 et s.

[3352] Comme le souligne D. MEHL, « *la bioéthique n'est pas si indifférente qu'on le dit aux clivages politiques* » : « L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie*, M. IACUB *et al.*, La Découverte, 2001, n° 30.

[3353] Pour un exemple français sur le biais de race et de genre v. A. VUATTOUX, « Les jeunes filles roumaines sont des garçons comme les autres », *Plein Droit,* 2015, n° 104, p. 27 et, plus généralement du même auteur *Genre et rapport de pouvoirs dans l'institution judiciaire, Enquête sur le traitement institutionnel des déviances adolescentes par la justice pénale dans la France contemporaine,* th. Paris 13, 2016.

820. L'avantage d'une méthode délibérative est, qu'outre la multiplicité des points de vue qui participent à la construction de la décision, la démarche nécessite pour chacun des participants d'expliciter ses arguments, ses positions axiologiques, sa démarche intellectuelle, voire ses axes de cohérence personnels. Une qualité difficilement discernable dans le processus législatif[3354] voire dans le système actuel de motivation des décisions judiciaires[3355]. Passée la difficulté de la publicité des décisions comitologiques[3356], nécessitant un travail de terrain[3357], la doctrine juridique peut tout à fait exercer la part de son activité qui nous semble la plus importante : quittant la recherche vaine de la « mise en cohérence » du droit autour de catégories juridiques bien déterminées, elle pourrait s'attacher à exposer les conséquences pratiques des normes directrices établies par le législateur, à montrer comment les textes sont reçus par leurs destinataires, expliciter si nécessaire l'écart entre cette réception et l'intention initiale du pouvoir normatif etc. Une démarche qui ne pourrait assurément pas être « neutre » mais qui aurait le mérite d'avoir conscience de ses limites autant que de celles du système[3358].

Sur le plan théorique, l'interrogation principale doit alors être de concevoir un système de régulation de l'activité biomédicale qui protège les personnes contre un pouvoir bio-médical tout puissant tout en évitant de tomber dans le contrôle étatique total du corps. Philippe LARDINOIS résume ainsi le problème :

> *« La conjuration du bio-pouvoir* […] *doit passer par le droit, mais un droit qui rompt avec le modèle du "droit traditionnel de la souveraineté". Nécessité de passer par le droit, c'est-à-dire par une instance normative autonome* [pour éviter la situation où le droit] *ne fait plus qu'entériner une norme sociale déterminée scientifiquement* […]. *Mais nécessité aussi de penser le droit selon un autre modèle que celui du droit de la souveraineté, complice du développement du bio-pouvoir »*[3359].

Citant Michel FOUCAULT, l'auteur souligne alors la nécessité de construire un « droit au bonheur » ou à la santé. L'imprécision de la « solution » proposée par cet auteur ne doit pas cacher la pertinence de la suggestion. Ce qui est ici évoqué est que le seul outil véritablement

---

[3354] *Supra* n° 328.
[3355] *Supra* n° 164 et s.
[3356] Sur les difficultés d'accès à la délibération v. H. ATLAN, « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105, p. 159.
[3357] Mais n'en est-il pas de même pour le juriste qui souhaiterait travailler de façon approfondie sur l'activité des juges du fond ?
[3358] Sur l'utilité d'un positionnement subjectif de la doctrine, de la controverse : Fr. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.
[3359] Ph. LARDINOIS, « L'avortement de fœtus anormal : révélateur privilégié de notre rapport à l'écart "naturel" à la "nature" ? », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 473. Si nous approuvons cette conclusion nous n'adhérons pas pour autant à tous les constats de l'auteur, notamment en matière d'eugénisme.

efficace offert par le droit pour émanciper les personnes tant du pouvoir bio-médical que du pouvoir étatique est la construction de *droits*.

821. Conclusion de la Section 1. La médiation et la délibération connaissent actuellement un développement indéniable dans le champ du droit des personnes et de la santé. Si ces méthodes suscitent de légitimes interrogations, elles présentent également des avantages qui pourraient en faire des outils utiles pour traiter certaines questions dont le régime juridique reste imprécis. Le contentieux funéraire, la procédure d'AMP ou le prélèvement d'organes *post mortem* pourraient ainsi bénéficier utilement de démarches souples de prise de décision. Les procédures déjà existantes, notamment dans le cadre des IMG, pourraient être précisées afin de prolonger l'évolution du droit vers la prise en compte de la parole des femmes et des couples. Cependant, les critiques qui sont adressées à cette transformation du droit doivent être entendues. Elles soulignent notamment la façon dont ces méthodes construisent un nouveau système normatif, échappant pour partie aux processus démocratiques et difficilement accessible au regard critique. Ces analyses pourraient suggérer l'élaboration d'un droit de la santé très dirigiste et précis. Il nous semble cependant qu'elles doivent surtout conduire à une réflexion sur l'opportunité qu'il y a à accorder aux personnes juridiques, dans les domaines qui touchent à l'usage des corps, de véritables *droits*. En ce sens, les procédures de délibération, dans la mesure où elles permettent d'ouvrir des pratiques controversées, ne seraient pas vues comme des *fins* mais comme des *étapes* dans l'acceptation sociale de certaines demandes[3360].

Section 2 Porter attention aux inégalités : des possibilités à explorer

822. Les multiples intérêts, privés et publics, qui s'affrontent dans la détermination du régime de l'embryon et du cadavre pourraient faire penser que cette partie du droit positif, construite autour de compromis successifs, ne peut que rester indéterminée. C'est oublier que la construction actuelle de notre système juridique fait de la liberté des *personnes* le principe et de la limitation de cette liberté l'exception, une exception soumise à conditions et à contrôle juridictionnel. Or, si la qualification des embryons et des cadavres peut être discutée, l'existence de la personnalité juridique des personnes nées et vivantes est, quant à elle, indéniable et il est

[3360] On pourrait ici voir un parallèle avec l'évolution décrite par Tr. AZZI, l'accueil de certaines demandes par la responsabilité civile, l'adaptation de la jurisprudence aux exigences particulières de ces questions conduisant progressivement à la reconnaissance de droits subjectifs : « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.

tout à fait possible de rattacher le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort à l'exercice des droits et libertés des personnes les plus concernées par leur sort.

823. L'identification des droits et libertés des personnes qui pourraient être en cause dans le traitement des embryons et des cadavres dépend avant tout du niveau normatif considéré. Au plan national, le droit au respect de la vie privée est élevé au rang de droit subjectif par la loi[3361] et protégé comme une liberté constitutionnelle[3362], au même titre que la liberté de conscience, principe fondamental reconnu par les lois de la République[3363]. Le droit au respect de son corps, s'il est textuellement prévu, ne bénéficie pas, pour l'instant, d'un traitement jurisprudentiel homogène, mais sera peut-être à l'avenir élevé au rang de droit subjectif[3364]. De son côté, le système juridique de la CEDH, qui ne connaît pas textuellement le droit au respect de son corps, a souvent intégré ce droit, suivant les situations, au droit à la vie, à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants ou au droit au respect de la vie privée et familiale. La liberté de conscience, quant à elle, est, textuellement protégée et fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Mettre au centre de la lecture du droit non pas la nature des corps ou la cohérence interne de leur régime, mais les impacts qu'il peut avoir sur les droits et libertés des personnes permet d'ouvrir de nouvelles pistes de réflexion.

824. Étant donné les difficultés qu'elle ne manquerait pas de rencontrer, cette démarche ne vise pas tant à *prévoir* des modifications du droit positif qu'à ouvrir des pistes de réflexion. Lire le droit applicable aux embryons et aux cadavres au regard des droits et libertés des personnes concernées par leur traitement conduit dans un premier temps à s'interroger sur la question de savoir si les *hiérarchies* qu'établit entre eux le droit pourrait être comprises comme des *discriminations.* Si l'état actuel du droit ne donne que peu de chance à cette notion de prospérer dans les domaines qui nous intéressent, elle permet cependant de concevoir des aménagements ponctuels des mécanismes, intégrant des pratiques marginales **(§1)**. Reste alors à évaluer si les limites aujourd'hui imposées aux choix des personnes dans les décisions qu'elles

[3361] Art. 9 C. civ.
[3362] Cons. const., décision n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 : *D.* 1997, n° 15, p. 121, note J. TRÉMEAU ; *RTD civ.* 1995, n° 2, p. 448, note Chr. JAMIN ; *RFDA,* 1995, p. 1246, note L. FAVOREU. Pour une manifestation récente v. Cons. const. 21 oct. 2106, QPC n° 2016-591.
[3363] Cons. const. décision n° 77−87 DC du 23 nov. 1977, consid. 5 : *Pouvoirs,* avril 1978, n° 5, p. 185, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *AJDA* 1978, p. 188, note J.-M. LAVIEILLE et p. 565 note J. RIVERO.
[3364] V. par ex. M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Économica, 2006, n° 389 et s ; Tr. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227 ; J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016, n° 499 et s.

ont à prendre à propos des embryons et des cadavres ne constitueraient pas des atteintes disproportionnées à l'exercice de leurs droits et libertés[3365] **(§2).**

§1. La lutte contre les discriminations : un outil inadapté

825. Non-discrimination et égalité. Analyser le droit positif au regard des droits et libertés des personnes présente l'intérêt de pouvoir lire certaines dispositions à la lumière du principe de non-discrimination[3366]. Attribuer des droits aux personnes, c'est en effet non seulement promouvoir leur liberté, mais aussi rechercher leur égalité[3367]. L'article 14 de la CEDH affirme très clairement que la jouissance de l'ensemble des droits qu'elle protège doit être assurée sans discrimination entre les personnes[3368]. Dans ce système supranational, droits et libertés et principe de non-discrimination forment donc un tout[3369] et il convient de s'interroger sur les conséquences d'une telle lecture sur le droit interne, et notamment sur ce qui nous intéresse ici.

Principe central du droit de l'Union européenne et du système européen de protection des droits de l'Homme, la non-discrimination constitue certainement l'un des éléments les plus perturbateurs pour le droit positif. Bien que les domaines du travail et de l'emploi demeurent ses terrains de prédilection, le principe de non-discrimination irrigue aujourd'hui l'ensemble

---

[3365] Sur la difficulté de distinguer les deux notions : v. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes – Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, coll. de thèses, Larcier, Bruxelles, 2005.

[3366] La qualification de « principe » a pu être discutée, notamment en droit interne. V. par ex. L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309. Notons que, pour l'instant, la non-discrimination est sanctionnée pénalement en droit interne uniquement en lien avec certaines activités même si celles-ci sont très largement énumérées (art. 225-2 C. pén. ; v. aussi art. 225-1 C.trav.). La CEDH ne prohibe elle-aussi les discriminations qu'en lien avec un droit protégé ; la situation pourrait évoluer avec l'entrée en vigueur du protocole n° 12 mais qui n'est encore ni ratifié ni signé par la France (V. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme,* 3e éd. Dalloz, 2005, p. 36-38). Sur la critique de ce « principe » en droit de la CEDH v. par ex. B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 265.

[3367] M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Économica, 2006, n° 104 et s.

[3368] Les « critères prohibés » sont théoriquement infinis comme le souligne le terme « notamment » employé par l'article 14. E. DOCKÈS voit dans les critères énoncés une distinction entre les attributs des personnes et leurs actes, considérant que la non-discrimination prohibe les différences de traitements fondées sur ce que *sont* les personnes et non sur ce qu'elles *font* (*Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005, p. 45 et s.). La distinction, si elle est globalement pertinente nous semble quelque peu simpliste. Non seulement au regard des critères de discrimination tels que l'activité syndicale (que l'auteur prend en compte et considère comme une prohibition liée à la restriction d'exercice de droits fondamentaux) mais aussi au regard de certains critères pour lesquels la distinction entre l'être et le faire n'est pas évidente, tel que l'apparence physique par exemple. Sur ce point v. J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016, n° 99 et s.

[3369] Sur l'articulation des notions v. St. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 2e éd., Dalloz, 2015, p. 673 et s.

des branches du droit. Son apparition dans le droit français s'est opérée principalement[3370] par le biais de transpositions de directives communautaires[3371] mais la notion semble aujourd'hui bien implantée : le législateur a récemment affirmé sa volonté d'harmoniser et de compléter les motifs de discrimination[3372] et les plus hautes juridictions de l'ordre administratif comme judiciaire l'intègrent progressivement dans leurs pratiques. Certaines imprécisions subsistent cependant.

826. En premier lieu, l'articulation entre le principe de non-discrimination et le principe d'égalité reste nébuleuse[3373]. Pour la CJUE ces deux principes ne sont que deux aspects d'un même objectif de l'Union[3374]. Comme l'expose Félicien LEMAIRE,

> *« tout se passe comme si la notion de non-discrimination participait d'une volonté d'actualiser le principe d'égalité en même temps que d'en surmonter les paradoxes liés à une forme d'aveuglement conceptuel par rapport aux réalités, en s'attachant à enrayer les différentes formes d'injustice »*[3375].

La non-discrimination serait donc l'égalité réelle, concrète, là où le principe d'égalité se limiterait à assurer un traitement uniforme de tous par le droit[3376]. Le Conseil d'État et la Cour de cassation, s'ils font bien usage des deux concepts, semblent les entendre de façon différente et n'en précisent pas toujours les contours[3377] ; le Conseil constitutionnel, de son côté, résiste au concept nouveau et n'accepte de connaître que du principe d'égalité[3378]. Mais c'est la substance

---

[3370] La notion apparaît dès les années 1970 sur le critère du racisme : L. n° 72-546 du 1er juill. 1972 relative à la lutte contre le racisme, JORF 2 juill. 1972, p. 6803. Art. 6.

[3371] L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801.

[3372] V. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle : JORF n° 0269 du 19 nov. 2016. Art. 86.

[3373] D. LOCHAK souligne que le fait même de penser la discrimination suppose qu'on conçoive les sujets comme placés dans une situation d'égalité mais cela ne clarifie pas pour autant la relation juridique entre les deux notions : v. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, n° 11, p. 778.

[3374] CJCE 27 janv. 2005, *Europe Chemi-Com c/ Conseil et Commission*, Aff. C-422/02 P. Pour un aperçu sur la l'approche prétorienne de ces notions v. par ex. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste,* Bruylant, Bruxelles, 2006.

[3375] F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010.301.

[3376] Sur les liens entre ces deux notions et le facteur de complexification introduit par la notion de discrimination positive v. X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 55 et s. Sur le « paradoxe » que constitue la notion de discrimination positive v. Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, th. Caen, LGDJ, 2003, p. 279 et s.

[3377] L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309. En général sur l'ambiguité de la notion d'égalité en droit public v. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme,* Economica, 2004.

[3378] En général, sur l'utilisation du principe d'égalité par le Conseil v. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel,* 10e éd., Domat droit public, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, n° 533 et s. Pour une illustration à propos des droits sociaux v. M. BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 239.

même du principe qui ne fait pas l'objet d'une appréciation similaire selon les juridictions. Ainsi, si chacune semble s'accorder pour dire que la discrimination consiste en un traitement différent et injustifié entre des sujets placés dans des situations similaires, la CJUE et la Cour européenne des droits de l'Homme vont plus loin, affirmant qu'elle peut également se manifester par un traitement identique de personnes dans des situations différentes[3379], ce que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont toujours refusé d'envisager[3380]. Enfin, les juridictions s'opposent manifestement sur la prise en compte des discriminations indirectes.

827. La notion de discrimination indirecte a émergé en droit français sous l'influence du droit de l'Union européenne[3381]. Apparue d'abord en jurisprudence[3382] notamment dans la directive du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, elle s'est vue formellement consacrée par la loi du 27 mai 2008[3383]. La Cour de Strasbourg a, quant à elle, reconnu la notion en 2001 dans une série d'arrêts rendus contre le Royaume-Uni[3384] et l'applique y compris pour des discriminations non-intentionnelles[3385]. Selon le droit français, la discrimination indirecte est constituée lorsqu'« *une disposition, un critère ou une pratique* [est] *neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs* [prohibés], *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »[3386]. Il s'agit donc selon l'expression de Marie MERCAT-BRUNS, de « *saisir le cadre collectif qui fait naître des discriminations de*

[3379] Cour EDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce,* req. n° 34369/97 : *RTD civ*. 2000.434, chron. J.-P. MARGUÉNAUD ; CJCE 17 juill. 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, aff. 13.63 : *Rec. CJCE* 341 ; CJCE, 13 nov. 1984, *Racke*, aff. 283/83.
[3380] CE, ass. 28 mars 1997, *Société Baxter* : *RFDA*, 1997.450, concl. J.-C. BONICHOT ; Cons. constit. 2003-489 DC du 29 déc. 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 37 : *Rec. Cons. const*. 487.
[3381] Pour un historique de la notion et notamment son origine américaine v. E. DUBOUT « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *Jurisclasseur Libertés*, n° 61 et s.
[3382] CJCE, 12 févr. 1974, aff. 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost* : *Rec. CJCE* 1974, p. 153, point 11.
[3383] Art. 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801. Le terme était cependant déjà présent, mais sans que la notion soit développée, dans l'art. 1er de la loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations : JORF n°2 67 du 17 nov. 2001, p. 18311. La Cour de cassation en avait fait application dans une décision de 2007 : Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43962, *Sporfabric*.
[3384] Cour EDH, 4 mai 2001, n° 24746/94, *Hugh Jordan c/ Royaume-Uni*, § 154 ; Cour EDH, 4 mai 2001, n° 28883/95, *Mc Kerr c/ Royaume-Uni,* §165 : *Rec. CEDH* 2001-III ; Cour EDH, 4 mai 2001, n° 30054/96, *Kelly c. Royaume-Uni*, § 148 ; Cour EDH, 4 mai 2001, n° 37715/97, *Shanagan c/ Royaume-Uni*, §129.
[3385] Cour EDH, 13 nov. 2007, n° 57325/00, *D.H. et a. c. Rép. tchèque*, § 184.
[3386] Art. 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801.

nature systémique »[3387]. En ce sens, la notion recèle assurément un pouvoir subversif très fort. Comme le souligne Xavier SOUVIGNET :

> *« Cette solution ne constitue pas seulement une version simplement plus exigeante du principe d'égalité mais un véritable bouleversement des relations entre l'administration et son juge. Car, en imposant la charge aux autorités administratives d'appréhender les situations particulières de chacun, lesquelles se perdent d'ailleurs dans l'infini des nuances, elle étend de manière spectaculaire le contrôle juridictionnel sur une administration qui, ainsi déliée de la maîtrise relative des distinctions, ne peut être réduite à ne remplir qu'une fonction de commis de la grande gestion du multiple. Les discriminations indirectes n'impliquent donc pas seulement une extension du contrôle du juge ; elles en changent la figure et le sens : gardien du droit, le juge devient "ingénieur social", ou pour reprendre la langue de la Cour européenne des droits de l'homme, grand horloger de la "société démocratique" »*[3388].

828. Les limites de la notion. Les juges français, et en particulier les juridictions administratives, se sont peu saisies de la notion et l'appliquent avec la plus grande parcimonie, surtout en dehors du droit de l'Union européenne[3389]. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ souligne notamment la difficulté du Conseil d'État à user de la notion à l'égard de groupes d'individus, c'est-à-dire dans l'appréciation abstraite des actes administratifs. Outre son faible écho jurisprudentiel, un aspect majeur de la notion amoindrit considérablement sa portée pratique : contrairement aux discriminations directes, qui, si elles connaissent quelques exceptions, ne peuvent, théoriquement, jamais être *justifiées*[3390], les discriminations indirectes peuvent se voir apporter une justification pour peu qu'elle soit objective, nécessaire et proportionnée[3391]. Combinée à l'exigence d'un critère de discrimination prohibé, cette possibilité de justifications, et surtout son appréciation par les juridictions, rendent improbable que ce mécanisme puisse conduire à des modifications du droit positif applicable aux embryons et aux cadavres par la voie prétorienne **(A)**. Cependant, au-delà de l'hypothèse du contentieux, c'est l'*idée* de discrimination indirecte, qui pourrait influer sur une autre façon de concevoir le droit et son application **(B)**.

3387 M. MERCAT-BRUNS, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D.* 2013. 2475. V. aussi, de la même auteure, « L'identification de la discrimination systémique », *Rev. trav.* 2015.672. Sur la question de l'identification de ces discriminations v. aussi C. NIVARD et M. MÖSCHEL, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistance », in *Ce que le genre fait au droit*, St. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (dir.), Dalloz, 2013, p. 77.

3388 X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA,* 2013.315.

3389 *Ibid.*

3390 Un débat existe sur le point de savoir s'il convient de parler de *justification* pour tout type de discriminations ou si seules les discriminations indirectes peuvent être justifiées, les discriminations directes faisant l'objet d'*exceptions* : M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002.1112, nbp n° 7.

3391 V. S. SLAMA, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, 2003.4.

A. L'inutilité probable du contrôle juridictionnel pour la remise en cause des régimes existants

B. L'utilité possible de la notion d'accommodement pour l'assouplissement des régimes existants

A. L'inutilité probable du contrôle juridictionnel pour la remise en cause des régimes existants

829. Parmi les dispositions que nous avons étudiées, quelques-unes auraient pu être abordées sous l'angle des discriminations. Cependant, il est improbable que des juridictions, saisies d'une contestation de ces normes par voie d'exception, acceptent d'en établir l'existence[3392]. En effet, le traitement défavorable pourrait être inexistant, le critère prohibé difficilement identifiable, la justification de la différence de traitement suffisante.

830. La difficulté de caractériser un traitement défavorable. Le traitement réservé aux corps des indigents aurait pu illustrer une discrimination directe sur le nouveau critère de « grande précarité sociale »[3393]. En effet, il serait possible d'arguer que les tarifs appliqués aux concessions excluent nécessairement les plus pauvres de ce mode de sépulture et les contraignent au « terrain commun » pour une durée de cinq ans. Cependant, outre que cet argument ne pourrait être invoqué que par des proches – ce qui exclurait toute réflexion à l'égard de la situation la plus marquante, les funérailles des personnes isolées –, il est vraisemblable que la réglementation attribuant à la commune la prise en charge des funérailles et du terrain des indigents soit considérée comme une mesure *de faveur* : un service public minimal constituant un traitement différent, mais favorable, des personnes indigentes dans la mesure où, elles, n'ont pas à payer un service normalement tarifé.

[3392] Sur le problème de la caractérisation du caractère « illégitime » d'une différence de traitement v. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, n° 11, p. 778.

[3393] Introduit par loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination en raison de la précarité sociale : JORF n° 0147 du 25 juin 2016. Sur cette notion v. D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.* 2013, p. 1911. Le critère est « nouveau » dans le droit interne mais la CEDH connaît le critère prohibé de la « fortune » depuis sa création (art. 14). Sur la difficulté à cerner les contours de ce critère v. T. GRÜNDLER, I. GUERLAIS, K. LE BOURHIS, « Les discriminations sur l'origine sociale, entre mythe et réalité », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, not. p. 66. Sur son potentiel hautement subversif en droit canadien v. P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous,* M. JÉZÉQUEL (dir.)*,* éd. Yvon Blais, Québec, p. 14. Pour un aperçu de droit comparé sur ce critère v. SÉNAT, *Note sur la discrimination en raison de la pauvreté*, n° LC 251, déc. 2014 ainsi que *Note sur les sanctions applicables à la discrimination en raison de la pauvreté*, n° LC 253, janv. 2015, par Y. VAUGRENARD.

831. La difficulté d'identifier un critère prohibé. Nous l'avons montré précédemment[3394] : certaines normes conduisent à un traitement différent des corps en fonction de divers critères. Parmi ceux-ci, nous avons identifié des éléments qui pourraient se rapprocher de critères prohibés : l'origine ethnique des corps qui sous-tend leur exposition dans des musées, l'« âge » des embryons qui leur interdit l'accès à l'acte d'enfant sans vie ou, à l'inverse, en autorise la destruction etc. On trouverait même ici un exemple de discrimination directe : l'exclusion de la thanatopraxie en raison de l'état de santé[3395]. Mais la difficulté est évidemment que ces critères ne concernent pas des personnes certaines. Si l'on se limite aux seuls sujets susceptibles d'être, juridiquement[3396], victimes de discrimination, dans l'accès à un service ou à une reconnaissance administrative, c'est-à-dire les proches, alors la recherche d'un critère prohibé de différence de traitement est bien plus improbable.

Les proches d'une personne décédée porteuse du VIH ne sont pas exclus du service de thanatopraxie en raison de *leur* état de santé mais parce qu'ils font partie de l'entourage d'une personne malade. Les personnes auxquelles est refusé un acte d'enfant sans vie parce que la grossesse a été interrompue par une IVG sont bien traitées différemment de celles ayant eu recours à une IMG, mais pourraient difficilement arguer d'une différence de traitement fondée sur le critère de la santé. Éventuellement cet argument pourrait être mobilisé par une femme dont l'état de santé entraîne systématiquement des fausses-couches précoces par opposition à celles dont l'interruption de la grossesse est plus tardive. En ce qui concerne l'accès à l'avortement, une femme enceinte victime d'un déni de grossesse pourrait à la limite faire valoir son état de santé pour avancer qu'elle a été traitée de façon moins favorable que les autres femmes, dans la mesure où elle n'a pas eu la possibilité de considérer l'IVG[3397]. Quant aux momies… personne pour invoquer la discrimination raciale. On le voit, l'identification des critères de différences de traitement n'est pas aisée.

[3394] *Supra* n° 622 et s.

[3395] On pourrait bien sûr évoquer la différence de traitement en raison de l'état de santé pour les embryons pouvant être avortés ou détruits en raison de leur « défauts ». Cependant les géniteurs – dans les cas où ils pourraient évoquer leur état de santé – ne font l'objet d'aucun traitement défavorable étant donné qu'ils choisissent eux-mêmes de s'engager dans les démarches d'AMP.

[3396] L. CLUZEL-MÉTAYER, qualifie de « *droit subjectif* » le droit de ne pas être discriminé : « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

[3397] Sur la notion du déni de grossesse v. par ex. J. LANSAC, P. O'BYRNE et J. M. MASSON, « Le déni de grossesse *»,* COLLÈGE NATIONAL des GYNÉCOLOGUES et OBSTÉTRICIENS FRANÇAIS, 34e Journées nationales, déc. 2010. Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/d_livres/2010_GO_145_lansac.pdf [consulté le 13 nov. 2016] ; S. MARINOPOULOS et I. NISAND, *Elles accouchent et ne sont pas enceintes. Le déni de grossesse,* éd. Les liens qui libèrent, 2011. Pour des témoignages de femmes v. G. GUERNALEC-LÉVY, *Je ne suis pas enceinte,* Stock, 2007.

832. La force du dispositif anti-discrimination supranational, est cependant que la liste des critères prohibés n'est pas limitative[3398]. Cette souplesse rend le mécanisme flexible et évolutif et interdit de se prononcer trop définitivement sur les appréciations qui pourraient en être faites. Ainsi, il est possible d'imaginer l'émergence d'un critère de différence de traitement de « proches d'une personne malade ». L'idée est loin d'être absurde et pourrait, par exemple, concerner les parents d'enfants handicapés, exclus de ce fait de certains dispositifs[3399]. Plus simplement, il s'agirait de considérer l'existence d'une « discrimination par ricochet » (ou « par association ») dans laquelle le critère prohibé de différence de traitement n'est pas appliqué à la personne discriminée elle-même. Cette notion, connue du droit canadien, semble émerger en droit de l'Union européenne[3400]. Le droit français ne la reconnaît pas encore formellement[3401], bien que le Défenseur des droits ait pu répondre favorablement à quelques cas approchants[3402].

Enfin, certaines normes ne posent pas de difficultés quant à l'identification d'un critère prohibé de différence de traitement entre personnes : l'ensemble des dispositifs contraignants du droit funéraire pourraient ainsi être vus comme excluant de fait les personnes de certaines confessions. L'impossibilité de créer de nouveaux cimetières confessionnels mais aussi la limitation des modes de sépultures, l'obligation d'usage du cercueil etc. Mais nul doute que la discrimination, indirecte, serait considérée comme justifiée.

[3398] Art. 14 CEDH, mais aussi art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[3399] Le droit des étrangers nous fournit ici un exemple intéressant : l'article L. 314-8 CESEDA impose, pour la délivrance d'une carte de résident, d'apporter la preuve de revenus au moins égal au SMIC. Cependant, il n'est pas impossible d'interroger le caractère indirectement discriminatoire de cette exigence à l'égard des parents d'enfants handicapés, contraints à un travail à temps partiel en raison des soins à leur apporter. Il faut cependant rappeler que cet argument, qui a été soulevé au profit des personnes handicapées, a été rejeté par le Conseil d'État qui a considéré la différence de traitement justifiée (CE, 20 juin 2016, n° 383333 et 387796), contrairement à ce qui avait été apprécié par la HALDE (HALDE, délibération n° 2011-82, du 28 mars 2011). *Le Parisien* du 28 août 2016 (p. 9) rapporte cependant une brève qui pourrait aller dans ce sens : le père d'un enfant atteint d'autisme envisage d'attaquer pour discrimination en raison du handicap une agence bancaire qui l'aurait exclu de sa clientèle en raison du comportement de son fils, qualifié « d'attentatoire à la pudeur ».

[3400] Pour un cas de discrimination directe par association : CJUE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman c. Attridge Law* : *JCP S.* 2008.1549, comm. J. CAVALLINI ; *Rev. dr. trav.,* 2009, n° 1, p. 41, note M. SCHMITT ; *RDSS* 2008.865, note A. BOUJEKA. Pour une application de la notion à des discriminations indirectes v. CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* : *JCP A.* 2016, n° 1, note H. PAULIAT ; *RDH*, mars 2016, comm. A. POPOV.

[3401] Selon T. GRÜNDLER, que nous remercions pour ses éclaircissements sur cette question, l'usage de la formule « discrimination *en raison* de » et non « fondée sur » dans les textes internes pourrait être interprétée comme faisant obstacle à la reconnaissance de la discrimination par ricochet. On trouve cependant un exemple de condamnation dans une décision du Conseil des prud'hommes de Caen (25 nov. 2005, n° F06/120) pour un comportement discriminatoire à l'égard de la compagne d'un délégué syndical. Sur cette notion en droit pénal v. St. DETRAZ, « La discrimination "par ricochet", un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. pén.*, 2008, n° 6, étude 10.

[3402] V. par ex. DÉFENSEUR des DROITS, délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007 (concubinage avec un délégué syndical) ou délibération n° 2009-420 du 21 déc. 2009 (handicap de l'enfant). Les quelques délibérations dans ce sens sont disponibles sur : http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/mots-cles/discrimination-par-association [consulté le 13 nov. 2016]..

833. La variabilité de la notion de justification. En admettant que les cas évoqués puissent être reconnus comme des différences de traitement défavorables et fondées sur des critères prohibés, resterait à résoudre la question de leurs justifications possibles. Étudiant les justifications aux différences de traitement admises dans le cadre du travail, Marie-Ange MOREAU constate que « *l'absence de lignes directrices sur les valeurs que le juge doit faire prévaloir peut avoir pour conséquence d'accroître l'imprévisibilité des évaluations des causes justificatives* »[3403]. Tout est dit : autant l'exigence d'« objectivité » de la justification laisse aux juridictions une faible marge d'appréciation, autant son caractère légitime, nécessaire et proportionné dépend très largement de la charge que l'on souhaite imposer à l'auteur de la différence de traitement[3404]. Comme le souligne Xavier BIOY, « *la lecture du concept de discrimination transpire le politique* »[3405].

Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, les auteurs soulignent le caractère erratique de son appréciation des justifications. Tout d'abord, le contrôle des motifs légitimes de différences de traitement varie considérablement en fonction des domaines considérés, la marge d'appréciation des États étant fort différente suivant les cas[3406]. Dans nos matières, cette marge, si elle tend à se réduire, reste importante[3407]. De plus, le contrôle de proportionnalité appliqué à ces motifs, peut se révéler d'intensité variable. Comme le souligne Hélène SURREL : « *le contrôle de la proportionnalité de la différence de traitement est assez contrasté voire quelque peu aléatoire* »[3408].

En outre, il semble possible de suggérer que, tant au niveau national que supranational, tous les critères de discrimination ne sont pas traités de la même façon. Si la discrimination raciale ou sur les fondements de l'orientation sexuelle semblent aujourd'hui faire l'objet d'une

[3403] M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002.1112.
[3404] Sur l'émergence de l'application de la proportionnalité à la justification des différences de traitement en droit administratif : G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public,* t. 2, LGDJ, 1974, p. 303.
[3405] X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 68.
[3406] On aurait pu penser que les motifs justifiant une différence de traitement devraient correspondre aux cas d'ingérence légitime dans les droits prévus aux §2 des article 8 à 11 CEDH. Ce n'est pas systématiquement le cas, les contrôles pouvant être distingués par la Cour : H. SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 141.
[3407] V. Cour EDH, 12 août 2012, *Costa et Pavac c. Italie*, req. n° 54270/10.
[3408] H. SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 142.

appréciation sévère[3409], la différence de traitement en raison de l'état de santé admet à l'inverse des aménagements beaucoup plus souples[3410].

834. La justification probable de la différence de traitement. En l'occurrence, nul doute que l'encadrement de la thanatopraxie et certains aspects du droit funéraire seraient largement justifiés par des impératifs de santé publique. Quant à l'organisation des cimetières, si la laïcité n'y suffisait pas, le « vivre ensemble »[3411] pourrait sans doute venir au secours de la volonté de préserver un espace collectif aux inhumations ; et ce d'autant plus que ce ne sont généralement pas les rites dans leur ensemble qui se trouvent empêchés par la réglementation. De la même façon, les restrictions apportées à la délivrance des actes d'enfants sans vie et, corrélativement, aux possibilités de funérailles de ces corps, seraient sans doute considérées à la lumière de la volonté de l'État de lier cette réglementation aux normes concernant l'IVG. Pour autant, le droit de la lutte contre les discriminations ne doit pas être exclu dans la réflexion sur l'embryon et le cadavre. En effet, il ouvre une piste intéressante pour une autre approche des problèmes : celle des accommodements raisonnables.

B. L'utilité possible de la notion d'accommodement pour l'assouplissement des régimes existants

835. Notion. La notion d'accommodement raisonnable est issue du droit canadien. Apparue au milieu des années 1980, elle consiste à exiger, de la part des auteurs de discriminations indirectes, qu'ils essaient, dans la mesure du possible, de trouver avec les victimes des solutions pratiques permettant de résoudre la difficulté[3412]. Essentiellement développé dans le champ du travail, le mécanisme s'applique désormais à tout type de discriminations. Pierre BOSSET explique ainsi cette autre conception de l'égalité :

[3409] En ce qui concerne la différence de traitements en raison de l'orientation sexuelle, la Cour EDH opère désormais un contrôle très sévère des justifications apportées par les États : les raisons avancées doivent être « *particulièrement solides et convaincantes* » (v. par ex. Cour EDH, 19 fév. 2013, *X. et autres c. Autriche*, n° 19010/07, not. §99 qui rappelle que « *s'agissant de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des États est étroite. Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention* »). La « *protection de la famille traditionnelle* » n'en fait pas systématiquement partie (pour une illustration récente v. Cour EDH, 30 juin 2016, n° 51362/09, *Tadeucci et McCall c. Italie,* not. § 93).

[3410] Dans ce sens à propos des discriminations directes en raison de l'âge et de l'état de santé : L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

[3411] Pour une unique utilisation de cette notion par la Cour v. Cour EDH, 1er juill. 2014, *S. A. S. c. France,* req. n° 43835/11, § 121.

[3412] V. *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, M. JÉZÉQUEL (dir.), éd. Yvon Blais, Québec, 2007. La notion est également évoquée par D. LOCHAK in *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 84 et s.

> « *essentiellement il s'agit d'une conception matérielle plutôt que formelle, caractérisée par deux éléments de base. D'une part, cette conception de l'égalité se veut objective, en ce sens qu'elle ne dépend plus de l'existence, chez l'institution ou la personne à laquelle on reproche un comportement discriminatoire, d'une volonté consciente ou délibérée d'exercer la discrimination : seul compte désormais l'effet d'exclusion discriminatoire. D'autre part, elle est attentive aux déséquilibres socialement ou historiquement constitués entre groupes ou individus, ce qui permet entre autres de jeter un regard critique sur des normes et pratiques sociales faussement "neutres". La combinaison de ces deux approches donne au droit à l'égalité une portée normative beaucoup plus grande que celle qui était jusqu'alors axée sur les seules différences de traitement inspirées par les préjugés* »[3413].

Prolongement pratique de la politique de lutte contre les discriminations, ce procédé n'est pas exempt de difficultés et peut faire craindre une soumission permanente des agents aux exigences particulières de certains[3414]. Cependant, il prouve aussi toute sa richesse dans l'insertion effective de personnes issues de groupes minoritaires, notamment dans le cadre du travail. La notion n'est d'ailleurs pas totalement ignorée par le droit français qui l'intègre notamment dans la prise en compte du handicap des salariés[3415]. Marie-Ange MOREAU appelle ainsi de ses vœux une extension de la notion dans le champ de l'emploi, notamment en l'intégrant à l'appréciation du caractère proportionné de la différence de traitement pour tout critère. Selon elle, « *la reconnaissance générale d'une obligation de moyens d'insertion en matière de lutte contre les discriminations serait de nature à renforcer, en particulier, la protection des personnes discriminées en raison de leur état de santé, de leur orientation*

[3413] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous,* M. JÉZÉQUEL (dir.)*,* éd. Yvon Blais, Québec, 2007, p. 8.

[3414] Par ex. sur les questions religieuses v. P. JONCAS, *Les accommodements raisonnables : entre Hérouxville et Outremont*, Presses de l'Université de Laval, 2009 ; Y. GEADAH, *Accommodements raisonnables. Droit à la différence et non différence des droit*s, VLB éditeur, Québec, 2007, not. p. 59 et s. Il est certain que, particulièrement dans le contexte français, la crainte la plus importante est relative aux revendications de communautés religieuses ; l'exemple québécois montre cependant que l'essentiel des plaintes enregistrées entre 2000 et 2007 par la Commission chargée des questions de discrimination ne concernent pas la religion mais plutôt le handicap ou la discrimination raciale, parmi les plaintes concernant la religion, seules 2% concernaient des demandes d'accommodements : Y. GEADAH, *Accommodements raisonnables, op. cit.,* p. 24. En France, l'Observatoire du fait religieux en entreprises note le faible nombre d'incidents conflictuels en entreprises liés à des revendications religieuses, autour de 6% des cas : INSTITUT RANDSTADT – CRAPE, Le travail, l'entreprise et la question religieuse, étude 2015, p. 8. De fait, en 2015, seules 3,4% des demandes adressées au Défenseur des droits concernaient des soupçons de discrimination sur le fondement des convictions religieuses contre 22,6% sur le critère de la race ou 21,1% sur le handicap : DÉFENSEUR des DROITS, Rapport annuel d'activité, 2015, disponible sur http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapport-annuel-dactivite-2015/le-defenseur-des-droits-en-chiffres#DDDC1.3 [consulté le 13 nov. 2016]. Sur le rôle des médias dans les craintes liées à ces « accommodements » v. M. POTVIN, *Crise des accommodements raisonnables. Une fiction médiatique ?*, éd. Athéna, Outremont (Québec), 2008. Déjà sur les craintes suscitées par le concept de discrimination indirecte v. C. NIVARD et M. MÖSCHEL, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistance », in *Ce que le genre fait au droit*, St. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (dir.), Dalloz, 2013, p. 89 et s.

[3415] Art. L. 5213-6 C. trav.

sexuelle et surtout de leur religion »[3416]. Il s'agit ici de passer d'une conception négative de la non-discrimination à une lecture plus positive, issue de l'« *intuition selon laquelle le refus de différenciation masque le principe de l'exclusion* »[3417].

836. On peut alors légitimement s'interroger sur l'apport que pourrait représenter cette notion dans les domaines que nous avons identifiés comme susceptibles d'effets discriminants. Cette interrogation suppose cependant d'étendre le sens de la notion originelle. En effet, Pierre BOSSET insiste sur le fait que l'impératif d'accommodements raisonnables ne s'applique normalement que dans le cas où la discrimination est formellement constatée[3418]. Or, nous l'avons vu, la plupart des cas que nous avons exposés ne passeraient probablement pas les étapes classiques de la qualification. Ici la notion d'accommodement est donc moins une volonté de transposition du mécanisme canadien qu'une volonté de tester une hypothèse : peut-on imaginer quelques mécanismes qui, inspirés de cette démarche, réduiraient un peu les différences de traitement effectives que subissent certaines personnes concernées par le devenir des embryons et des cadavres ? Partant alors du sens large de la notion – « *l'adaptation d'une norme de droit notamment dans le but d'atténuer ou d'éliminer l'impact que cette norme peut avoir sur un droit ou une liberté* »[3419] – on s'interrogera d'abord sur les ajustements possibles du droit applicable aux corps avant la naissance et après la mort **(1)** avant de montrer en quoi cette démarche pose plus largement la question de l'évolution de certains interdits **(2)**.

1) Adoucir le droit ?
2) Transformer le droit ?

1) Adoucir le droit ?

837. Il est possible de voir dans la pratique actuelle du droit funéraire quelques traces d'« accommodements raisonnables spontanés ». L'hôpital qui accepte de conserver un corps

[3416] M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 2002.1112.
[3417] X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 58. L'auteur fait de cette perception un élément fondamental de l'évolution de la notion de discrimination : « *la non-discrimination devient discriminatoire, mais, comme la finalité demeure celle de l'égalité, on a le sentiment de rester dans le même concept* ».
[3418] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », art. cit., p. 3. Sur le fait que l'expression « accommodement raisonnable » soit très employée médiatiquement même en dehors du cadre judiciaire auquel il est supposé se limiter v. M. POTVIN, *Crise des accommodements raisonnables. Une fiction médiatique ?,* éd. Athéna, Outremont (Québec), 2008, not. p. 248.
[3419] P. BOSSET, « Droits de la personne et accommodements raisonnables le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2009/1, vol. 62, p. 6. L'auteur, écrivant sur la notion canadienne, ajoute « *constitutionnellement protégé* ».

plus de dix jours pour que soient effectués les rituels bouddhistes[3420] ou la municipalité qui crée un « carré musulman » dans son cimetière ne font pas autre chose que trouver des solutions concrètes pour éviter que l'application stricte de la réglementation conduise, de fait, à entraver systématiquement les pratiques religieuses de certaines populations. Sur ce modèle, il serait possible de suggérer des aménagements des dispositions ponctuelles, pour que soient pris en compte des cas particuliers sans pour autant transformer radicalement le dispositif en place ni faire peser sur les autorités publiques des contraintes trop importantes.

838. Chercher des solutions aux inhumations de corps mort-nés. Dans l'hypothèse où le législateur ne souhaiterait pas modifier radicalement le régime des actes d'enfant sans vie[3421], il lui serait loisible d'envisager certains aménagements qui prendraient en compte des situations particulières. Ainsi serait-il possible de distinguer l'établissement de l'acte d'enfant sans vie de la possibilité de funérailles. La possibilité de donner une sépulture ne dépendrait ainsi ni de l'état de santé de la femme enceinte ni du fait que l'interruption de sa grossesse ait eu lieu à domicile ou en établissement médical. De fait, actuellement, si la fausse-couche n'a pas lieu dans un établissement de santé, rien n'empêche les géniteurs de disposer librement du corps de l'embryon dont l'« inhumation » n'est pas plus règlementée que celle du hamster de la famille. On pourrait donc imaginer des accommodements en encourageant à trouver avec les familles des solutions particulières : les communes hébergeant un établissement de santé pourraient ainsi proposer un terrain pour ces corps, comme certaines le font déjà ; concevoir une simple remise du corps dans un contenant scellé[3422] ou encore permettre aux géniteurs de procéder eux-mêmes à l'incinération à l'hôpital…

839. Chercher des solutions aux demandes confessionnelles. Nous l'avons vu, la situation actuelle du droit funéraire conduit à une situation paradoxale où la création de carrés confessionnels est théoriquement interdite mais pratiquement encouragée[3423]. Pourquoi ne pas aller plus loin et, quand bien même on souhaiterait maintenir le principe, examiner au cas par cas si certaines demandes pourraient être satisfaites ? Ainsi, s'il n'est aujourd'hui pas possible de choisir la place de sa concession funéraire afin de faciliter l'aménagement des cimetières, ne

[3420] *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002 009 de l'IGAS et 02-020 de EGENR, La documentation française, mars 2002, p. 16.
[3421] V. *infra* n° 871.
[3422] La remise des cendres ne semble pas possible, la crémation ne produisant pas de déchets en-deçà d'une certaine masse. Certains établissements funéraires remettent alors un simple objet symbolique : D. MEMMI, *La seconde vie des bébés morts*, coll. Cas de figure, éd. EHESS, 2011, p. 187.
[3423] *Supra* n° 682.

pourrait-on pas suggérer que la municipalité doive *essayer* de prendre en compte les demandes relatives à l'orientation de la concession ?

Les accommodements pourraient même aller plus loin. L'incinération et la crémation sont les modes de sépulture les plus pratiqués et organisés, et cela justifie sans doute qu'ils demeurent les pratiques de principe, accessibles sans autorisation particulière. Mais serait-il impossible que d'autres méthodes soient ponctuellement autorisées si elles respectaient des exigences sanitaires strictes ? Évoquons, non pas la cryogénie ou la plastination dont nous avons déjà traité[3424], mais une technique que l'esprit occidental peut trouver plus choquante encore : la dévoration. Pratiquée essentiellement par le zoroastrisme et le bouddhisme[3425], elle consiste à laisser les corps morts aux bêtes sauvages jusqu'à complète disparition. À première vue, la méthode semble en opposition radicale avec l'ordre et la santé publics : on imagine difficilement les autorités s'accommoder de cadavres traînant dans les forêts au nom de la liberté de culte[3426]. Cependant, un détour par le droit rural nous apprend que de telles demandes ne sont pas nécessairement irréalistes. Depuis 1998, l'élimination des carcasses animales est en effet autorisée, sous certaines conditions, sur des places de nourrissage d'oiseaux nécrophages, notamment les vautours[3427]. Reprise par le droit de l'Union, cette pratique a été intégrée à un règlement européen[3428], ainsi que la possibilité, par exemple, d'utiliser certains produits animaux pour la nourriture des asticots de pêche, disposition d'ailleurs intégrée au droit français[3429]. Bien que ce mode de sépulture puisse sembler surprenant, voire, il ne faut pas s'en cacher, peu ragoutant, on peut se demander ce qui, en dehors de la morale, pourrait empêcher que ces dispositions du droit rural soient ponctuellement adaptées à la dévoration de corps

[3424] *Supra* n° 687.

[3425] Sur le zoroastrisme : Ph. CHARLIER, « La mort chez les Parsis de Bombay. Impureté et transcendance », *Communications*, 2015/2 (n° 97), p. 107 ; Cl. HERRENSCHMIDT et J. KELLENS, « La Question du rituel : le mazdéisme ancien et achéménide / The Problem of the Ritual within Ancient and Achaemenidean Mazdaism », *Archives des sciences sociales des religions*, n° 85, janv.-mars 1994, p. 45. Sur le bouddhisme : P. LECOMPTE, « Mourir bouddhiste à l'hôpital », *La mort en questions. Approches anthropologiques de la mort et du mourir,* D. FAIVRE (dir.), ERES, p. 201. L'exposition des corps a également été pratiquée chez les Anga de Nouvelle-Guinée : P. LEMONNIER, « Maladie, cannibalisme et sorcellerie chez les Anga de Papouasie Nouvelle-Guinée », in *Le corps humain. Conçu, supplicié, possédé, cannibalisé,* M. GODELIER et M. PANOFF (dir.), CNRS édition, 2009, p. 403.

[3426] Il nous a été rapporté oralement que quelques incidents de ce type avaient eu lieu en Allemagne mais nous n'avons pas pu trouver trace de ces faits divers.

[3427] Arrêté du 7 août 1998 relatif à l'élimination des cadavres d'animaux et au nourrissage des rapaces nécrophages : JORF n° 191 du 20 août 1998, p. 12713.

[3428] Règlement (CE) n° 1774/2002 du Parlement européen et du Conseil du 3 oct. 2002 établissant des règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux non destinés à la consommation humaine. Art. 23. V. aussi la décision de la Commission du 12 mai 2003, n° 2003/322/CE pour l'approbation du règlement au regard des avis rendus sur les risques sanitaires.

[3429] Arrêté du 28 févr. 2008 : JORF n° 0057 du 7 mars 2008, p. 4247. Art 16 et 22 ainsi qu'annexe IV pour les exigences sanitaires.

humains. Les sites permettent en effet d'accueillir jusqu'à 500 kilos de viande, ne sont pas accessibles au public et doivent être nettoyés chaque semaine[3430]. Ainsi, cette méthode pourrait être articulée avec les dispositions générales du droit funéraire et conduire, par exemple, à ce que les restes, que les oiseaux laissent forts propres, soient déposés en ossuaires. Mais l'on perçoit déjà que ce type d'accommodements ponctuels pose des questions plus larges.

2) Transformer le droit ?

840. Les exemples développés ici montrent cependant les difficultés politiques d'un raisonnement par accomodements : tant qu'il s'agit, par le biais d'ajustements ponctuels, d'envisager des solutions non-prévues par le droit, il est possible de parler simplement d'un droit plus ouvert. Mais, dès lors qu'il s'agit d'envisager la possibilité d'enfreindre une interdiction, l'accommodement pose alors la question de la pertinence de la prohibition initiale.

841. L'exemple de l'avortement. On a noté la façon dont la règlementation stricte du délai d'IVG peut conduire aujourd'hui à ce que certaines femmes ne puissent pas y avoir accès, notamment en cas de pathologies de type déni de grossesse. Un assouplissement possible de la norme pourrait alors consister à ouvrir l'accès à l'interruption de grossesse au-delà de douze semaines à ces cas, qui ne sont aujourd'hui pris en compte que si la découverte de la grossesse entraîne un danger pour la santé psychique de la femme enceinte. L'article L. 2223-1 CSP pourrait, par exemple donner accès à la procédure délibérative de l'IMG « dans les cas où la femme n'a pas eu connaissance de sa grossesse avant le délai prévu par l'article L. 2212-1 ». Mais, parce que le critère de la décision ne serait alors nécessairement plus médical, mais social, une telle évolution poserait en réalité la question des fondements généraux de l'autorisation de l'avortement et donc de la modification substantielle d'une politique publique. C'est l'étape suivante de la réflexion.

842. L'exemple de la thanatopraxie. L'interdiction de la thanatopraxie sur les corps atteints de certaines pathologies est un bon exemple de la ligne ténue qui peut parfois exister entre accommodement et transformation de la norme. En effet, comme nous l'avons vu, l'interdiction est actuellement absolue dans la mesure où la thanatopraxie n'est pas encadrée. Cependant, il existe, de fait, des entreprises dont l'équipement répond aux normes qui

[3430] Arrêté du 28 févr. 2008 : JORF n° 0057 du 7 mars 2008, p. 4247. Annexe IV. Pour de nombreux détails sur le fonctionnement de ces dispositifs v. LIGUE de PROTECTION des OISEAUX, *Placettes d'alimentation pour nécrophages. Cahier technique,* 2001, mise à jour sept. 2005. Disponible sur : https://www.lpo.fr/images/rapaces/cahiers_techniques/CT_equarrissage.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

permettraient une pratique sûre sur des corps contaminés. Il serait donc possible de maintenir l'interdiction de principe mais d'imposer qu'il fût vérifié qu'aucune solution ponctuelle ne pourrait être trouvée au sein d'un établissement particulier. Dans cette hypothèse, il ne s'agirait ni d'interdire de façon générale ni d'encadrer la thanatopraxie pour tous mais d'adopter une démarche plus casuistique.

Ainsi, s'il semble probable, en l'état actuel du droit, que le dispositif français de thanatopraxie ne serait pas évalué comme une discrimination sur l'état de santé s'il était soumis à l'appréciation des juridictions, on pourrait abstraitement interroger son caractère raisonnable puisque la règlementation impose dans certains cas une prohibition totale là où la pratique pourrait être autorisée sous réserve d'apporter la preuve du respect d'exigences sanitaires minimales. De l'idée d'un assouplissement de la norme on passe alors à une interrogation sur le caractère proportionné de l'atteinte qu'elle porte aux droits des personnes.

843. Conclusion du §1. Contrairement à ce qu'on aurait pu envisager, les dispositifs actuels de lutte contre la discrimination ne semblent pas à même de lutter contre les distinctions que créent, entre les personnes et entre les groupes, les différents régimes applicables aux êtres humains avant la naissance et après la mort. Un constat similaire peut être fait à propos du mécanisme de lutte contre les discriminations. S'attacher à la situation des *proches* des embryons et des cadavres et projeter sur eux les différences de traitement auxquels ces corps peuvent être soumis ne fonctionne pas : l'outil est mal adapté et doit être déformé pour répondre aux interrogations qui ont été mises à jour. Cependant, ce mode de pensée ouvre des pistes pour imaginer un droit moins catégorisant et, sans doute, moins excluant : assouplir ponctuellement les normes pour ouvrir les options proposées aux personnes dans le traitement des corps. Toutefois, non seulement ce type d'assouplissement ponctuel pourrait être soumis à la même critique que la délibération – risquer de reconstituer des inégalités de fait[3431] – mais cette démarche, dès lors qu'elle conduit à remettre en question des *interdits*, met en cause la pertinence initiale de la règle. La notion de discrimination est alors un tremplin vers d'autres interrogations. On peut ici évoquer la position de Xavier SOUVIGNET qui affirme à propos du concept de discrimination indirecte :

> *«* [il] *entraîne avec lui une nouvelle sociologisation du droit. Il commande un investissement du droit et des juristes dans des champs couverts par l'anthropologie juridique, les théories du genre ou les travaux de psychologies sociales cognitives, afin de "décoder" les préjugés et les stéréotypes portés par chacun et de contrecarrer les "biais implicites". De manière générale il constitue une invitation aux juristes à s'ouvrir à une forme de pluralisme*

[3431] *Supra* n° 818.

> *critique des méthodes quand le monde des juristes français est encore largement dominé par la dogmatique, pour ne pas dire la théologie. On voit qu'un tel programme dépasse largement l'objectif d'une lutte simplement plus efficace contre les discriminations.* […] *Un outil comme celui des discriminations indirectes invite en tous cas à une sévère "déconstruction". Puisse-t-il également faire preuve de vertus constructives »*[3432].

C'est sans doute à ces qualités constructives que fait référence Pierre BOSSUET lorsqu'il souligne que si la notion d'accommodement s'inscrit dans une politique de gestion de la diversité « *elle est loin de les incarner à elle seule, car une* [telle] *politique* […] *doit aller au-delà de la gestion de situations de discrimination individualisée* »[3433]. En ce qui concerne les corps humains avant la naissance et après la mort, les dispositifs anti-discrimination ou la notion d'accommodement sont ainsi moins des instruments juridiques à mettre *effectivement* en œuvre dans le droit positif que des axes de réflexion pour imaginer un droit des corps moins hiérarchisant parce que moins prohibant. Les instruments juridiques de cette réflexion peuvent être les mécanismes de contrôle des atteintes aux droits et libertés des personnes mais l'on montrera qu'une fois encore les évolutions du droit viendront plus probablement de volontés politiques que de mécanismes juridiques.

§2. Les droits et libertés des personnes : des outils incertains

844. Comme le montre Marc PICHARD, l'attribution de *droits* aux personnes permet de leur apporter une certaine sécurité : leur autonomie est ainsi protégée contre autrui, mais aussi contre l'État[3434]. Ce constat s'applique *a fortiori* à l'ensemble des droits et libertés qualifiés de fondamentaux, ce qui est le cas pour les principales notions en cause dans l'encadrement juridique des usages des corps humains avant la naissance et après la mort : droit à la vie privée et liberté de conscience principalement[3435]. L'objectif de protection de l'autonomie des personnes explique que les limites imposées aux droits les plus fondamentaux soient théoriquement appréciées strictement et que leur application fasse l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Appliqué aux matières qui nous intéressent ici, ce raisonnement présente un intérêt théorique : lire le droit au seul regard des droits et libertés des personnes juridiques certaines révèle que les limites aujourd'hui posées aux usages des corps humains avant la naissance et après la mort ont des fondements essentiellement moraux **(A)**. Ce constat ne

[3432] X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA,* 2013.315.
[3433] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous,* M. JÉZÉQUEL (dir.), éd. Yvon Blais, Québec, p. 20.
[3434] M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Économica, 2006, n° 64 et s.
[3435] V. *supra* n° 223 et 254.

signifie pas pour autant que le droit positif ait quelques chances que ce soit d'évoluer par la voie jurisprudentielle, en effet, le contrôle de proportionnalité développé dans ces matières est plus que restreint. Rien n'interdit cependant d'imaginer quelques évolutions futures du droit, pour peu que le législateur se place dans une perspective plus attentive à la fois à la liberté et à l'égalité des personnes **(B)**.

A. Intérêt théorique des droits et libertés : rendre visible les fondements moraux du droit positif

845. L'une des qualités de la Convention européenne des droits de l'Homme est la précision de certaines de ses dispositions. Ainsi, les arguments susceptibles d'être invoqués pour limiter les libertés qu'elle protège sont clairement déterminés, là où le droit national a recouru à des constructions prétoriennes. Par souci de clarté, et par considération pour le caractère hiérarchiquement supérieur de la Convention sur le droit interne, nous nous appuierons sur ces textes pour analyser certaines dispositions restreignant les droits et libertés des personnes dans leur rapport avec des embryons ou des cadavres. Notre propos n'est pas tant ici de déterminer les restrictions qui nous sembleraient *admissibles* au regard de ces textes mais simplement de montrer que cette analyse fait apparaître la dimension proprement morale de certains régimes juridiques.

846. Les restrictions à l'avortement : une question de moralité publique. Si l'accès à l'avortement n'était pas lu comme un régime de *concession* entre les intérêts de la femme enceinte et ceux de l'embryon mais comme l'exercice, par les femmes, de la dimension corporelle de leur droit au respect de leur vie privée, les limitations qui pourraient lui être apportées ne sauraient relever que d'impératifs liés « *à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »[3436]. Une fois écartées les notions liées à l'ordre public matériel et à la santé, ici inopérantes[3437], et aux « droits » de l'embryon, que nous avons suggéré d'écarter, restent le bien-être économique national, la morale et les droits d'autres personnes juridiques. Chacune

[3436] Art. 8 §2 CEDH.

[3437] Même dans une conception large de la santé publique il faut rappeler que l'avortement, lorsqu'il est pratiqué dans des conditions sanitaires satisfaisantes, présente moins de danger pour les femmes que l'accouchement : en France on recense 0,3 décès pour 100 000 avortements (V. http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/le-chiffre-de-la-semaine-70-000/ [consulté le 13 nov. 2016]) contre 8 pour 100 000 accouchements (v. les estimations de la Banque mondiale disponibles sur : http://donnees.banquemondiale.org/indicateur/SH.STA.MMRT?locations=FR [consulté le 13 nov. 2016]).

de ces notions montrerait que l'encadrement strict de l'avortement n'a en réalité pas d'autre explication que la soumission des femmes à un ordre social qui les dépasse et ne pourrait donc, juridiquement, qu'être fondé sur le principe de moralité publique.

Les « droits d'autrui »[3438], qui pourraient être ceux du géniteur présumé, ont, jusqu'ici, toujours été écartés dans la justification des limitations de l'accès à l'IVG[3439]. En effet, ce fondement signifierait de faire prévaloir les intérêts *moraux* d'une personne sur les intérêts *corporels* d'une autre. Cette situation serait unique dans notre système juridique et, ne concernant que les femmes dans leur relation avec des hommes[3440], ne pourrait que rappeler le contrôle historique des seconds sur le corps des premières. De la même façon, il serait possible d'affirmer que la natalité participe du « bien-être économique du pays » et que cet impératif justifie les restrictions apportées au droit au respect de la vie privée des femmes. Mais outre que la dimension historique de cette affirmation[3441] est difficile à assumer, justifier ainsi le régime actuel de l'avortement reviendrait à dire que si seuls les embryons non-sains peuvent être avortés sans limite de temps c'est en raison de leur moindre utilité ou de leur coût trop important. Vrai peut-être, politiquement impossible à écrire, évidemment.

847. Dans le contexte politique et jurisprudentiel actuel, et si l'on écarte l'idée d'un *intérêt subjectif de l'embryon*, seule la moralité publique est donc à même de justifier juridiquement le régime de l'avortement. La Cour européenne des droits de l'Homme, assumant pour partie cette logique[3442], a d'ailleurs largement évoqué la « morale » du peuple irlandais pour justifier le régime restrictif appliqué dans ce pays[3443] et suggéré, sans s'y attarder cette fois, ce même argument dans l'affaire *Costa*[3444]. Au plan national, cet argument est moins assumé. Il s'exprime probablement au travers de l'impératif de dignité, utilisé par le Conseil constitutionnel pour approuver les limites posées au libre accès à l'avortement[3445].

[3438] Pour les sujets qui nous intéressent la situation de limitation des droits par le droit objectif est bien plus fréquente que les conflits de droits individuels. Sur cette question v. *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE (dir.), Némésis / Anthemis, Bruxelles, 2014.

[3439] V. *supra* n° 220. Regrettant cette situation v. par ex. B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 269.

[3440] Sauf à envisager l'opposition à l'avortement de la compagne d'une femme engagée dans un projet de parenté commune, situation actuellement ignorée du droit français.

[3441] Sur les motivations natalistes des restrictions apportées à l'avortement v. *supra* n° 707.

[3442] Rappelons que la Cour n'écarte jamais totalement dans ces affaires l'argument des « droits d'autrui ». V. *supra* n° 219.

[3443] Cour EDH, 16 déc. 2010, *A. B. et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05, §224 et s.

[3444] Cour EDH, 12 août 2012, *Costa et Pavac c. Italie*, req. n° 54270/10, §59.

[3445] *Supra* n° 239.

Si cette justification est difficile à assumer pleinement pour les juridictions c'est parce qu'elle indique politiquement que les dispositions actuelles sont bien héritières d'un système de valeurs historiquement construit sans les femmes voire contre elles[3446]. Si les luttes féministes ont permis d'entrouvrir la porte à une conception de la moralité publique incluant partiellement leurs points de vue et leurs intérêts, ceux-ci restent, pour l'instant, traités comme des arguments singuliers pouvant éventuellement conduire à un assouplissement de certaines dispositions ; non comme des perspectives nouvelles susceptibles de conduire à une lecture subversive des règles générales.

848. Encadrement des funérailles : des justifications multiples. Rattacher les pratiques funéraires tantôt au droit au respect de la vie privée tantôt à la liberté de conscience des proches suscite une difficulté. Textuellement, le premier est moins protégé par la CEDH que la seconde, même si celle-ci bénéficie, au plan national, du statut de droit subjectif. L'atteinte à la liberté de conscience ne peut pas, en effet, être justifiée par le bien-être économique de la nation[3447]. Cependant, cet argument n'étant pas utilisé en la matière[3448], on peut considérer les deux fondements comme équivalents.

Certaines dispositions du droit funéraire pourraient certainement être justifiées par des impératifs de santé publique : l'usage du cercueil[3449], les obligations relatives à la fondation des cimetières et à l'inhumation en terrain privé ou plus simplement l'obligation de funérailles (qui interdit aux familles de laisser simplement le corps sur la voie publique). Cependant, il nous a été donné de constater que d'autres règles sont plus contestables, notamment la limitation des modes de funérailles, qui excluent des méthodes pourtant sanitairement sûres si elles sont pratiquées dans de bonnes conditions (plastination, cryogénisation, embaumement par exemple). De la même façon, la protection de la santé publique ne saurait évidemment justifier l'interdiction de cimetières confessionnels ou l'impossibilité de choisir l'orientation de sa concession funéraire.

Ici encore, une lecture en termes de limitation de droits fondamentaux montre que le seul fondement juridique subsistant est la *morale publique*[3450] ; ce que les juridictions nationales

[3446] *Supra* n° 587 et s. ; n° 608 et s.
[3447] Art. 9 §2 CEDH.
[3448] Bien que certains aspects de l'usage des corps morts puissent éventuellement y être rattachés : la dimension financière de l'activité de greffe ou le financement social des funérailles par exemple.
[3449] Quoique l'objectif sanitaire de cette obligation puisse sans doute être interrogé, notamment dans les caveaux maçonnés. Nous n'avons pu trouver de données pertinentes en la matière.
[3450] Pour une application non explicitée de la notion v. Cour EDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède*, req n° 61564/00, §25 et s.

ont pu pudiquement appeler « *les usages* »[3451]. Ici encore, parler de « morale » est délicat car reviendrait à avouer que l'élaboration du droit funéraire reste marquée par des traditions que l'État n'accepte d'adapter qu'à la marge, sans nécessairement prendre en compte des pratiques minoritaires. Mais, alors même qu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux, ces limitations n'ont que peu de chance d'être remises en question par un contrôle juridictionnel, car s'applique en la matière un contrôle de proportionnalité des plus légers.

B. Limites pratiques et perspectives nouvelles de l'invocation des droits et libertés

849. Une lecture du droit applicable aux embryons et aux cadavres uniquement au regard des limites classiques imposées aux droits et libertés des personnes présente peut-être un intérêt théorique, mais cette conception n'a que peu de chance de faire évoluer le droit, par la voie prétorienne. En effet, la limitation des droits par la morale publique fait, en la matière, l'objet de contrôles très restreints **(1)**. Elle ouvre cependant la voie à une conception plus ouverte des dispositions légales **(2)**.

1) L'improbable sanction des régimes existants : l'inefficacité du contrôle de proportionnalité
2) La possible évolution des régimes existants : une imagination sans limite

1) L'improbable sanction des régimes existants : l'inefficacité du contrôle de proportionnalité

850. L'apparition et le renforcement du contrôle de proportionnalité est indéniablement un phénomène fondamental dans la protection des droits et libertés **(a)**. Il apparaît cependant que le mécanisme est fort peu utilisé par les juridictions dans le contrôle des dispositions touchant au traitement des corps humains avant la naissance et après la mort **(b)**.

a) L'émergence générale du contrôle de proportionnalité

851. La définition et le fonctionnement du principe de proportionnalité font probablement partie des sujets les plus discutés par les juristes ces dernières décennies. Parti des pratiques de la Cour constitutionnelle allemande[3452], l'expansion de cet « *arbitrage juridictionnel entre*

[3451] V. *supra* n° 693.
[3452] A. BARAK, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit.*, p. 178 et s. Sur les origines de la proportionnalité dans la Déclaration de 1789 : P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 51.

intérêts juridiquement protégés mais antinomiques »[3453] est aujourd'hui très large tant sur le plan géographique[3454] que substantiel. Les juridictions constitutionnelles[3455], administratives[3456] et judiciaires[3457] en connaissent, et la notion est promise à un développement important par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[3458] et de la Cour européenne des droits de l'Homme[3459].

852. Certains auteurs ont de ce principe une approche universaliste et lient intimement le principe de proportionnalité au fonctionnement démocratique[3460]. Axiologiquement neutre, il serait une véritable *méthode*, sans contenu substantiel[3461]. Cependant, l'acceptation même de ce principe « *présuppose la rationalité de la procédure juridique de prise de décision et l'ouverture du système juridique aux arguments moraux* »[3462]. En particulier, en admettant la *possibilité* d'un conflit de droits ou d'un conflit entre droits individuels et intérêts collectifs, l'usage du principe de proportionnalité suppose de concevoir le système juridique comme

---

[3453] G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, th. dact. Paris II, 1993, p. 9.

[3454] A. BARAK, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, trad. D. KALIR, Cambridge University Press, 2012, p. 181 et s.

[3455] J-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Paris I, LGDJ / Lextenso, 2015.

[3456] Sur l'émergence du principe : G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public,* t. 2, LGDJ, 1974, p. 293. V. aussi X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises,* PUAM / Économica, 1990 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre,* th. dact. Paris II, 1993. Pour une application nouvelle en matière de référés v. CE, 31 mai 2016, n° 396848 : *D*. 2016. 1204, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA* 2016.1092 ; *D*. 2016.1472, note H. FULCHIRON.

[3457] Sur les évolutions actuelles de la motivation de la Cour de cassation v. *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G.* supplément au n° 1-2, janv. 2016.

[3458] V. par ex. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'union européenne*, th. Paris I, dir. H. MUIR WATT, 2014.

[3459] V. par ex. v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis / Bruylant, Bruxelles, 2001 ; P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique,* préf. Fr. SUDRE, PUAM, 2005.

[3460] V. par ex. M. KUMM, « *Democracy is not enough : Rights, proportionality and the point of judicial review* », New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper n° 118, oct. 2009 ; A. BARAK, Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations, trad. D. KALIR, Cambridge University Press, 2012, p. 214 et s. ; P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en France. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319 : « *cette règle, on la retrouve dans tous les ordres juridiques qualifiés (plutôt : qualifiables) comme États de droit ; on peut même soutenir que c'en est l'une des caractéristiques fondamentales* ».

[3461] A. STONE SWEET et J. MATHEWS, « *Proportionality Balancing and Global Constitution*alism », (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law, p. 76.

[3462] A. MARKETOU, « *The structure of proportionality analysis* », fév. 2013, non publié. Nous traduisons. L'auteure cite notamment à l'appui de son propos la position de D. BEATY dans *The Ultimate Rule of Law,* Oxford University Press, 2004, p. 72 et s. Nous tenons ici à la remercier sincèrement puisque, préparant une thèse sur le principe de proportionnalité, elle a bien voulu nous apporter ses éclairages sur cette question et nous transmettre deux de ses études, encore non publiées.

partiellement indéterminé et devant être guidé par une rationalité mesurée. Cette dimension en fait d'ailleurs pour certains un élément banal ou évident du système juridique[3463]. Il nous semble que cette approche est réductrice et nous serions tentée de nous rallier plutôt à l'idée que la proportionnalité constitue un mode de raisonnement original[3464] mais aussi, comme l'affirme Antonio MARZAL YETANO, une « *anomalie* », « *les dichotomies règle-exception, abstrait-concret et substantiel-institutionnel s'avèr*[ant] *inaptes à rendre compte de son impact* »[3465]. De plus, il nous semble difficile de considérer que cette notion pourrait être étudiée abstraitement, sans prendre en compte le contexte dans lequel elle est utilisée, la culture juridique dans laquelle elle se développe[3466].

853. C'est pourquoi, si nous souhaitons évoquer le principe de proportionnalité tel qu'il nous est le plus familier, c'est-à-dire tel qu'il apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et dans quelques décisions de juridictions nationales, notre objectif n'est ni d'avancer une théorie générale sur la façon dont cette notion est appliquée aux matières que nous étudions, ni de prétendre « prévoir » ce que pourraient – ou devraient – décider les juridictions saisies des questions que nous avons évoquées. Il s'agit plutôt de montrer que, dans les quelques cas où les juges ont eu à connaître de dispositions règlementant l'usage des corps avant la naissance ou après la mort, ils ont fait de ce principe une application plutôt évasive, finalement sans grande portée pratique.

b) L'inutilité actuelle du contrôle de proportionnalité concernant les corps humains avant la naissance et après la mort

854. Un contrôle artificiel. Comme nous avons pu le montrer précédemment[3467], les juridictions saisies de contentieux relatifs aux *régimes juridiques*[3468] des corps humains avant la naissance et après la mort ont tendance à faire preuve de déférence à l'égard du pouvoir

[3463] V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 1014 et s. ; G. BRAIBANT, le qualifie de « règle de bon sens » : « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 298.
[3464] P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », art. cit., p. 49.
[3465] A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 15.
[3466] G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, th. dact. Paris II, 1993, p. 10.
[3467] *Supra* n° 311.
[3468] Nous n'évoquerons pas ici les cas où c'est *l'application* défaillante de certaines normes qui a porté atteinte aux droits et libertés d'une personne, ces contentieux ne remettant pas en cause les régimes eux-mêmes.

législatif[3469]. Le contrôle de proportionnalité, même lorsqu'il est formellement opéré, est donc très peu contraignant dans les domaines qui nous occupent. Ce constat doit être rapproché du le fait qu'une fois évacué l'argument des « droits d'autrui », la moralité publique reste en réalité le seul fondement des limites opposées aux libres usages des corps humains avant la naissance et après la mort. Or, cette notion, largement indéfinie, constitue sur ces sujets un véritable îlot de liberté pour le législateur. Illustrons ce dernier point par quelques exemples[3470].

855. Au plan interne tout d'abord. Le Conseil constitutionnel, récemment saisi des évolutions du régime de l'IVG, et notamment de la suppression du délai de réflexion, a opéré dans sa décision un semblant de contrôle de proportionnalité. Il affirme ainsi :

> *« le législateur n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme* […]*, dès lors que l'article L. 2212-5 du code de la santé publique* […] *fait obstacle à ce que la demande d'interruption de grossesse et sa confirmation écrite interviennent au cours d'une seule et même consultation* »[3471].

Le contrôle est, on le voit, bien artificiel, bien que formellement présent, et confirme le sentiment suscité par les décisions successives du Conseil[3472] : si le législateur estime le régime de l'avortement mesuré, les juges ne s'y opposent pas. Xavier PHILIPPE faisait déjà ce constat en 1990 lorsqu'il affirmait à propos de l'usage de la proportionnalité par le Conseil constitutionnel : « *le juge n'est pas un aventurier ! De fait, il faut reconnaître que l'introduction du contrôle de proportionnalité n'a pas fondamentalement bouleversé l'aspect du contentieux* […] *si le juge veut bien examiner les questions juridiques, il refuse d'entrer dans celles qui*

[3469] Sur les relations entre juges et législateur au regard du principe de proportionnalité v. A. BARAK, Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*,* trad. D. KALIR, Cambridge University Press, 2012, p. 400 et s. puis p. 465 et s.

[3470] Nous étudions ici principalement des exemples tirés du régime de l'embryon ; les quelques cas dans lesquels la Cour EDH a eu à connaître de *régimes* du traitement du cadavre ont été résolus sur le fondement de l'imprévision de l'atteinte par la loi (v. Cour EDH, 12 juin 2014, *Maric c. Croatie*, n° 50132/12 et MARIC et Cour EDH, 13 janv. 2015, *Elberte c. Lettonie*, n° 61243/08). Dans les affaires *Maskhadova et autres c. Russie* (Cour EDH, 6 juin 2013, req n°18071/05) et *Sabanchiyeva et autres c. Russie* (Cour EDH, 6 juin 2013, n°38450/05), le caractère disproportionné du refus de restitution des corps de terroristes à leur famille n'a pas tant été invoqué à l'égard de la *disposition légale* en elle-même qu'à l'encontre de sa *mise en œuvre* par les autorités, qui n'ont pas essayé d'en faire une application adaptée à chaque cas.

[3471] Cons. constit, 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC. V. sur ce point nos obs. *D.* 2016.921.

[3472] Dans ce sens, pour d'autres domaines v. P. WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 279. Le titre est repris de J. RIVERO qui affirme à propos de la jurisprudence du Conseil : « *on pourrait se demander si la protection des libertés par le Conseil ne s'avère pas inversement proportionnelle à la gravité des atteintes que leur porte la loi* » : « "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés,* 2e éd., PUAM / Économica, 1987, p. 105.

revêtent un aspect ouvertement politique »[3473]. Le « contrôle de proportionnalité » est alors réduit à portion congrue, voire à néant[3474].

856. La situation est globalement similaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans les domaines concernant de près la protection de la morale publique, dont nos questions font partie, non seulement la Cour ne porte aucune appréciation de proportionnalité sur la légitimité du but poursuivi[3475], mais elle se contente d'un contrôle de façade sur les mesures permettant d'atteindre ce but[3476]. Saisie des régimes les plus restrictifs concernant l'avortement, la juridiction a toujours opéré un contrôle de proportionnalité très allégé, laissant une place très importante à la marge d'appréciation des États parties[3477]. Il suffit que le droit laisse une infime *possibilité* d'accéder à l'avortement dans des cas extrêmes[3478], ou du moins à un examen de la demande[3479], pour que le système ne soit pas jugé disproportionné[3480]. La légèreté de ce contrôle conduit d'ailleurs à ce que la marge d'appréciation ne soit, pour cette matière, pas du tout remise en question par le consensus général des États parties, comme cela l'est théoriquement[3481]. La Cour a ainsi pu affirmer, dans l'affaire *A. B. et C. contre Irlande,* que

---

[3473] X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, PUAM / Économica, 1990, p. 463.

[3474] F. MALHIÈRE note que dans d'autres domaines politiquement sensibles, telle que la politique de l'emploi, le Conseil a accepté une forme de contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation : in *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice,* Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013, n° 478.

[3475] Dans ce sens : P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préf. Fr. SUDRE, PUAM, 2005, p. 253 et s. V. aussi Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10e éd., PUF, 2011, p. 224 : « *de manière générale, la Cour européenne est attentive à ne pas contester les objectifs invoqués par le gouvernement défendeur pour justifier une restriction à un droit garanti, se limitant à émettre des "doutes" en la matière* » ; Ch. BLANC-FILY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2016, n° 814 et s.

[3476] *Contra,* semblant considérer que le consentement de la personne prévaut systématiquement dans les contentieux mettant en jeu des questions morales v. B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 270-271.

[3477] J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme,* 3e éd. Dalloz, 2005, p. 49 et s. Pour des développements sur la marge d'appréciation en matière morale et religieuse v. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, 2006, p. 81 et s. Contrairement à ce que soutient P. LAMBERT, la proportionnalité n'est donc pas toujours la « soupape de sécurité » de la marge d'appréciation : « Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE (dir.), Némésis / Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 83.

[3478] Cour EDH, 16 déc. 2010, *A. B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05 : *D*. 2011, n° 20, p. 1360, note St. HENNETTE-VAUCHEZ ; *RTD civ.* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD.

[3479] Cour EDH, 7 févr. 2006, *Tysiąc c. Pologne*, n° 5410/03. Sur la « procéduralisation » des droits v. *supra* n° 266.

[3480] Pour une position différente de la Cour suprême des États-Unis, procédant à un contrôle de proportionnalité pour condamner les récentes modifications apportées par le Texas à la procédure d'accès à l'avortement v. Cour suprême, jugement, 27 juin 2016, n°15-274, *Whole Womans's Health c. Hellerstedt* : *JCP G*. 2016.894, obs. J. JEHL ; *JCP G.* 2016.1016, note W. MASTOR.

[3481] Sur la variabilité de la notion de « consensus » v. par ex. Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 235 et s. Spéc. sur les questions bioéthiques : Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 479 et s.

« *le consensus observé* [sur la question de l'avortement] *ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'État* »[3482]. Comme le souligne Charlotte BLANC-FILY, « *la protection de la morale constitue donc un facteur permettant d'amenuiser la force du test de proportionnalité opéré par la Cour européenne qui se contente d'un examen restreint et lacunaire des effets d'une mesure étatique litigieuse* »[3483]. La seule exigence de la Cour semble être, pour l'instant, que le régime en place présente une cohérence interne sur le plan des objectifs poursuivis.

857. Le déplacement du contrôle. Dans l'affaire *Costa*, l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée de couples ne pouvant avoir recours au DPI mais pouvant accéder à l'IMG est jugée disproportionnée en raison de l'incohérence globale du système[3484]. Une telle décision est surprenante si l'on entend le contrôle de proportionnalité au sens strict : on voit mal, en effet, pourquoi le droit est *davantage* atteint par un régime incohérent que par un système cohérent qui interdirait à la fois DPI et IMG. Au contraire, si le contenu du droit au respect de la vie privée est de pouvoir refuser d'avoir un enfant non-sain, il est moins atteint dans le système italien que dans le système irlandais. Mais en réalité la notion de proportionnalité se comprend ici comme un contrôle d'*appropriation* de la norme, veillant à ce qu'elle soit *à même* d'atteindre les objectifs que le législateur affirme poursuivre[3485]. Ici, puisque l'atteinte est acceptée au nom de la moralité publique, l'exigence minimale est que le législateur fasse preuve de cohérence[3486], entendue ici comme une corrélation entre les moyens mis en œuvre et les objectifs poursuivis : le sujet doit pouvoir concevoir rationnellement les causes des limites qui sont opposées à sa liberté[3487].

858. Indiscutablement, l'appréciation est ici politique[3488] et relève davantage d'un rapport de force entre juges et législateur que de l'application stricte d'une *méthode* sans contenu

[3482] Cour EDH, 16 déc. 2010, *A. B. et C. c. Irlande*, n°25579/05 (*D*. 2011, n° 20, p. 1360, note St. HENNETTE-VAUCHEZ ; *RTD civ.* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD), § 236.
[3483] Ch. BLANC-FILY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'hom*me, *op. cit.*, n° 818.
[3484] Cour EDH, 12 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, n°54270/10, §71.
[3485] Sur les différents aspects du contrôle de proportionnalité v. P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public,* th. Bordeaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, p. 181 et s.
[3486] Sur la complexité d'un « test » de cohérence du système juridique, notamment dans la jurisprudence de la Cour EDH, v. E. BIRDEN, *La limitation de droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015, n° 442.
[3487] Pour l'accueil de l'argument de *l'intelligibilité* de la norme comme *justification* à une différence de traitement fondée sur le sexe v. Cour EDH, 12 avr. 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni,* 65731/01 et 65900/01, §57.
[3488] Sur l'aspect politique du contrôle de l'opportunité v. D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative,* t. 2, p. 634 et s.

substantiel. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Jean-Baptiste DUCLERQ rappelle que cet aspect du contrôle soulève d'importantes difficultés quant à la légitimité du pouvoir prétorien[3489]. Certes, comme le souligne Aharon BARACK, le système de la proportionnalité a le mérite d'exposer les intérêts en jeu[3490] mais l'on peut constater que, dans ces domaines du moins, il est difficile d'exposer *juridiquement* l'ensemble des arguments véritablement en cause dans les décisions : le principe de proportionnalité « *présuppose que les prémisses du débat politique sont toujours transparentes et justifiées au moyen d'une argumentation publique* »[3491], ce qui est évidemment loin d'être le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier les fondement moraux d'une disposition. La « *logique de l'acceptabilité* »[3492] contenue dans le principe de proportionnalité touche sa limite : l'immobilisme. Car, comme le souligne Paul MARTENS : « *la manie de la proportionnalité, quand elle dissimule la crainte de déranger et qu'elle se met au service du* statu quo*, peut amener des solutions médianes qui grignotent les libertés sous prétexte de faire taire les antagonismes* »[3493]. Dans ces cas, on peut même douter du rapprochement qu'opérait le juge PETTITI, au début des années 1990, entre cette méthode et le principe d'équité[3494], étant donné la faible place accordée, dans ces décisions, aux conséquences *pratiques*, pour les femmes, de l'interdiction de l'avortement[3495]. Selon la formule bien connue, « *la liberté ne*

[3489] J-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* LGDJ / Lextenso, 2015, p. 268 et s. V. aussi, affirmant que le contrôle de proportionnalité a précisément toute sa légitimité dans le contrôle de politiques publiques poursuivant des objectifs incohérents : P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en France. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 339. Pour un résumé rapide des controverses v. H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D*. 2016. 1376. Sur la question de la légitimité de l'activité prétorienne en général v. O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury,* Dalloz et Sirey, 1960, p. 353.

[3490] A. BARAK, Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*,* trad. D. KALIR, Cambridge University Press, 2012, p. 462-463. Sur la façon dont la « formalisation » du raisonnement proportionnaliste participe de la construction de sa légitimité v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis / Bruylant, Bruxelles, 2001, n° 424 et s.

[3491] A. MARKETOU, « *The structure of proportionality analysis* », fév. 2013, non publié. Nous traduisons.

[3492] P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 64.

[3493] in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 65. Sur l'idée que l'utilisation de la proportionnalité dépend essentiellement de l'importance du bouleversement politique qu'impliquerait une condamnation v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis / Bruylant, Bruxelles, 2001, n° 733 et s.

[3494] L.-E. PETTITI, « Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Justice, Médiation et Équité,* actes du colloque droit et Démocratie, La documentation française, 1992, p. 35. Pour un tel rapprochement v. aussi Fr. SUDRE, « À propos du droit de juger équitablement », in *L'équité dans le jugement*, M.-L. PAVIA (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 42.

[3495] Dans ce sens Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* coll. Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 532 et s.

trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute »[3496]. Mais si cette faiblesse du contrôle juridictionnel ne fait pas grand-chose pour la liberté des personnes, elle laisse au contraire des possibilités infinies au législateur.

2) La possible évolution des régimes existants : une imagination sans limite

859. On peut déplorer que le contrôle de proportionnalité opéré par les juridictions soit plus que léger, et de ce fait hasardeux, dans les matières qui nous intéressent. Cependant, ce constat permet de considérer que la marge de manœuvre du législateur est ici extrêmement large puisque ses décisions, laissées à sa seule marge d'appréciation, n'ont aucune chance d'être censurées. Si la volonté du pouvoir législatif, comme expression de la morale publique, n'est pour l'instant jamais remise en question par les juridictions, alors l'imagination est ici sans limites[3497] : il est possible de penser des modifications possibles du droit s'il était pensé autour des droits et libertés des personnes directement concernées par le traitement des corps. Une fois encore, il ne s'agit en rien de prévoir les évolutions futures de la législation – qui nécessiterait des transformations sociales et politiques importantes –, ou même de concevoir entièrement de nouveaux systèmes juridiques mais de montrer que d'autres mécanismes sont possibles tant dans le traitement des corps morts **(a)** que dans celui des embryons **(b)**.

a) Porter attention aux proches des défunts

860. On pourrait arguer, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'Homme[3498], que décider de la destination du corps d'un proche participe de la libre détermination de la vie privée et familiale voire de l'exercice de la liberté de conscience. Faire prévaloir ces notions sur l'hypothétique existence d'un « droit d'autrui » conduirait à considérer que les droits des proches devraient être prépondérants sur les volontés exprimées avant la mort. Une telle conception ne résoudrait certes pas les conflits qui pourraient émerger entre les proches mais atteindrait d'autres objectifs. Tout d'abord, elle clarifierait le régime de la liberté des funérailles, et de l'usage du corps mort en général, la jurisprudence actuelle étant parfois imprécise sur les destinataires de la protection[3499]. Photographies du cadavre, difficultés opposées aux funérailles,

[3496] Cour suprême des États-Unis, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* 505 US 833 (1992) : E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 1121.
[3497] Sur la possibilité d'introduire *dans les textes* des éléments de nuances plutôt que de s'en remettre à un contrôle de proportionnalité hasardeux v. H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016.1472.
[3498] Cour EDH, 17 janv. 2006, *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède*, req n° 61564/00.
[3499] *Supra* n° 224.

atteintes aux corps après la mort etc. pourraient ainsi être traitées uniformément. Le caractère de libertés fondamentales du droit au respect de la vie privée et de la liberté de conscience donnerait aussi un fondement clair à l'utilisation de la voie de fait en matière funéraire[3500]. Le rattachement de la liberté de funérailles et du respect du corps mort au droit au respect de leur vie privée *des proches de la personne décédée*, et donc à l'article 9 du Code civil, pourrait éventuellement faire présumer faute et préjudice[3501] en cas d'atteinte au cadavre ou d'obstacles posés au libre exercice des funérailles.

861. Car la liberté des funérailles, entendue au sens large comme une liberté de décider de la destination de son corps après sa mort, est aujourd'hui principalement conçue comme une liberté s'exerçant *post mortem* y compris *contre* la volonté des proches du défunt. Le fonctionnement actuel du refus de prélèvement d'organes, fondé sur le refus *de la personne décédée*[3502], ainsi que l'infraction d'atteinte au choix des funérailles[3503] vont dans le sens de cette interprétation. Si l'on considérait qu'il est préférable de faire prévaloir les droits des « personnes certaines » sur les intérêts des « personnes douteuses », ces dispositions pourraient être interrogées. Pour préciser quelques unes des modifications qui pourraient être proposées dans ce sens il est possible d'exposer la façon dont pourraient être formellement laissées aux proches les décisions concernant l'intégrité du corps après la mort **(i)** ainsi que ses funérailles **(ii)**.

i. Laisser aux proches les décisions portant sur l'intégrité du corps

862. Si l'on rattache la liberté des funérailles aux droits des proches concernés, il faut nécessairement comprendre cette notion comme englobant tout à la fois la destination funéraire des corps et leur intégrité. En effet, protéger l'état du corps peut faire partie de l'expression d'une conviction personnelle.

863. Permettre la « reconstitution » des corps. Considérer la protection de l'intégrité des cadavres relève de la sauvegarde du droit à la vie privée et à la liberté de conscience des proches et peut conduire à suggérer que la restitution des prélèvements humains effectués dans le cadre d'une procédure pénale soit rendue possible. L'impératif de santé publique ne fait en

[3500] *Supra* n° 285.
[3501] V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2013, n° 17, p. 176 ; M. *Étude de législation française*, *op. cit.*, n° 181, p. 239 ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007. 227.
[3502] V. D. n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès : JORF du 14 août 2016, texte 16.
[3503] Art. 433-21-1 C. pén et *supra* n° 128.

effet pas obstacle à ce que les cendres issues de leur incinération soient remises aux proches pour un usage prévu par le Code des collectivités territoriales[3504] plutôt que retraitées avec les ordures ménagères[3505]. Plus encore, serait-il véritablement dangereux qu'en cas d'opposition à l'incinération, ces restes fassent l'objet d'une inhumation qui respecterait les conditions prévues pour le corps entier ? Les limites qui sont actuellement opposées aux proches ne semblent en effet reposer que sur des questions de simplicité pour l'institution judiciaire et peuvent, de ce fait, apparaître disproportionnées.

864. Placer les proches au centre de la décision de prélèvement ? On l'a vu, le dispositif actuel de prélèvement d'organes suscite un débat entre ceux qui, s'appuyant sur une harmonisation entre le droit et la pratique, proposent que la décision soit totalement laissée aux proches tandis que d'autres, arguant du droit à la santé des patients en attente de greffe et de la nécessité de protéger les vivants contre les possibilités de dons entre vifs, suggèrent un prélèvement automatique[3506]. Notre position de principe consistant à privilégier les intérêts des personnes juridiques certaines sur ceux des défunts n'est pas ici d'une grande utilité. Il est en effet pertinent de considérer qu'il y a là un arbitrage à faire entre les droits et libertés des proches du défunt et le potentiel droit à la santé des patients en attente de greffe[3507].

Même si nous sommes très favorable au prélèvement d'organes après la mort et souhaitons que les politiques publiques l'encouragent, nous n'adhérons pas à l'idée d'un prélèvement général. En effet, selon nous, les difficultés liées à cette méthode ne se présentent pas dans les mêmes termes pour les proches et les malades. Les patients en attente de greffe peuvent, potentiellement, recevoir les organes d'un autre donneur – même si les conditions d'attente sont pénibles, même s'ils risquent la mort. Mais les proches auxquels on imposerait un prélèvement qui irait à l'encontre de leurs convictions personnelles ou de leur intimité pourraient en être durablement marqués et en concevoir une aversion durable pour le système de santé dans son ensemble[3508]. Par ailleurs, il nous semble nécessaire de réfléchir aux groupes qui seraient, indirectement, les plus touchés par l'application d'une telle norme. Étant donné

[3504] Art. L. 2223-18-1 et s. CGCT.
[3505] Art. R. 1335-11 et L. 2224-14 CSP.
[3506] *Supra* n° 731.
[3507] Sur l'aspect théoriquement contestable de la justification du consentement présumé par la santé publique v. St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le consentement présumé du défunt aux prélèvements d'organes : un principe exorbitant mais incontesté », *RRJ,* 2001-1, p. 194 et s.
[3508] Nous avouons volontiers avoir été très frappée par la présence, lors d'un colloque consacré au don d'organes, du père du jeune homme ayant donné lieu à l'affaire d'Amiens : voir que plusieurs dizaines d'années plus tard cet homme, qui avait donné son accord au prélèvement de certains organes de son fils, était manifestement toujours profondément traumatisé par le prélèvement de ses yeux nous a fait réfléchir sur la violence qui pourrait être contenue dans une norme de ce type.

les réticences de certaines confessions[3509], et notamment de l'islam, au prélèvement d'organes, il nous semble qu'une disposition dans ce sens affecterait bien plus, de fait, les pratiquants de stricte observance. En ce sens, imposer le prélèvement ne serait pas moins attentatoire à cette liberté que, par exemple, interdire certaines pratiques de toilettes mortuaires[3510]. Si les exigences de santé publique peuvent, sans conteste, poser des limites à l'exercice des droits et libertés, la gravité de l'atteinte qui serait ici portée, dans un contexte particulièrement douloureux, et l'importance du nombre de personnes potentiellement affectées ne nous semblent pas proportionnées au bénéfice social total. De plus, il n'est pas certain qu'un tel dispositif n'accroisse pas, *in fine* le nombre de contentieux en la matière – même s'ils seraient sans doute voués à l'échec – là où le dispositif actuel génère finalement très peu de contestations[3511].

865. L'équilibre actuel ne nous semble pas véritablement problématique, même si l'on pourrait intégrer plus formellement la faculté d'opposition des proches. Il semble en revanche souhaitable que la démarche de recueil de la parole des proches fasse l'objet d'une réflexion approfondie et de protocoles harmonisés. C'est le choix qui semble avoir été fait lors des discussions sur la dernière réforme du système de santé. Une disposition, introduite en commission à l'Assemblée nationale[3512] suggérait en effet une modification de la rédaction de l'article 1232-1 du Code de la santé publique pour réaffirmer que le prélèvement pouvait être effectué sur toute personne majeure n'ayant pas fait connaître son opposition sur le registre des refus et que les proches étaient simplement informés du don. Fort discutée durant les débats parlementaires[3513], supprimée en commission[3514] et rejetée en séance[3515] au Sénat, la disposition a finalement été adoptée dans une version assouplie, à l'initiative du Gouvernement[3516]. La

[3509] Pour un exposé précis des positions d'un grand nombre de confessions sur le prélèvement d'organes et de tissus v. W. SHERRY, *La religion et le don d'organes et de tissus*, Centre universitaire de santé Mc. Guill, Canada, mars 2009. Disponible sur : http://transplantquebec.ca/sites/default/files/La%20religion%20et%20le%20don%20d'organes%20et%20de%20tissus_0.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

[3510] V. *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier,* rapport n° 2002 009 de l'IGAS et 02-020 de EGENR, La documentation française, mars 2002, p. 16.

[3511] Il est symptomatique que l'affaire la plus célèbre en la matière concerne précisement des personnes qui avaient consenti au prélèvement de certains organes sur le corps de leur fils et auxquels la réalité de l'étendu des prélèvements avait été cachée. V. *Supra* n° 233.

[3512] ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales*, n° 2673, enregistré à la présidence le 20 mars 2015, p. 53, article 46 *ter*.

[3513] AN, CRI 2e séance du 10 nov. 2015, JOAN p. 3931 et s. ; SÉNAT, CRI séances du 30 sept. 2015 (JO p. 8990 et s.) et du 1er oct. 2015 (JO p. 9004 et s.) ; AN, CRI 2e séance du 27 nov. 2015 : JOAN, p. 10047.

[3514] SÉNAT, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales,* n° 653, enregistré à la présidence le 22 juill. 2015, p. 450.

[3515] SÉNAT, CRI séance du 1er oct. 2015 : JO Sénat p. 9004 et s.

[3516] V. amendement n° 1258 présenté au Sénat lors de la séance du 30 sept. 2015 : JO Sénat p. 8991. Sur l'adoption de la nouvelle rédaction en commission en seconde lecture v. AN, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales,* n° 3215, enregistré à la présidence le 10 nov. 2015, p. 366 et s.

version finale, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 2017, retient la rédaction suivante :

> *« Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine. Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment* »[3517].

Deux éléments sont ainsi intégrés à la proposition : l'annonce de la mise en place de pratiques harmonisées dans l'information des proches[3518] et la possibilité de l'expression du refus hors du registre national. Cette rédaction réintroduit donc, de fait, les proches dans le processus de recueil du consentement mais ils ne sont plus présents textuellement que comme personnes *informées* et non comme porteurs de la parole du défunt[3519]. Il y a donc fort à parier que cette modification des textes ne change pas grand-chose en pratique, les équipes médicales ayant toujours des réticences à s'opposer au refus de familles endeuillées[3520]. Il faut bien admettre ici que l'évolution à la hausse des prélèvements ne sera probablement suscitée que par une communication accrue en faveur du prélèvement *post mortem*. Outre sa journée nationale de réflexion sur le don d'organes, la France pourrait ici utilement s'inspirer des pratiques québécoises, où sont organisées chaque année de très officielles cérémonies de reconnaissance aux donneurs d'organes[3521] et où existe même la communication de courriers anonymes entre proches de donneurs et personnes greffées[3522].

[3517] L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 : JORF n°0022 du 27 janv. 2016. Art. 192.

[3518] Les bonnes pratiques actuelles sur le don d'organes concernent essentiellement les modalités pratiques du prélèvement et de la greffe : arrêté du 29 oct. 2015 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives au prélèvement d'organes à finalité thérapeutique sur personne décédée : JORF n° 0273 du 25 nov. 2015, p. 21839. La publication du décret d'application contenant ces bonnes pratiques est prévue pour le mois de novembre 2016 : échéancier disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=52A775FDE378F4D44817DBD757D3F9AD.tpdila10v_1?idDocument=JORFDOLE000029589477&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14 [consulté le 13 nov. 2016].

[3519] Pour rappel la formulation antérieure de ces alinéas était : « *Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés. Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués* ».

[3520] St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le consentement présumé du défunt aux prélèvements d'organes : un principe exorbitant mais incontesté », *RRJ,* 2001-1, p. 206 et s.

[3521] V. http://transplantquebec.ca/ceremonies-de-reconnaissance [consulté le 13 nov. 2016].

[3522] V. http://transplantquebec.ca/apres-la-greffe [consulté le 13 nov. 2016].

ii. Laisser aux proches la décision portant sur le traitement funéraire des corps

866. Centrer la lecture du droit funéraire sur les droits des proches plutôt que des défunts n'apporte pas beaucoup plus à la réflexion sur les modes de sépulture que ne peut le faire actuellement la liberté des funérailles entendue comme liberté exercée de son vivant sur son propre corps. Certes, dans un cas comme dans l'autre, la limitation actuelle des modes de traitement *post mortem* du corps pourrait sembler disproportionnée, en particulier lorsqu'elle ne rencontre aucun obstacle de santé ou d'ordre public. Cependant, que la liberté des funérailles soit conçue du point de vue des morts ou des vivants ne change rien à son aspect profondément lié à une certaine idée de la normalité, de laquelle il semble peu probable que le législateur se défasse à court terme. Le fait de lier les limites opposées au libre choix des modes de sépulture non à la liberté du défunt mais à celle des proches simplifie toutefois l'argumentation en cas de contentieux. En effet – sauf dans des cas très particuliers où une personne contesterait, par avance, l'interdiction supposée que lui ferait le droit de choisir tel ou tel mode de sépulture[3523] – les potentielles décisions entravant, de fait, la liberté de choix des funérailles interviennent toujours *après* le décès. L'appréciation de l'atteinte à la liberté est alors bien souvent artificielle, ne distinguant pas quels sont les droits en cause : faire systématiquement prévaloir les droits des proches permet de clarifier l'argumentation.

867. Sans s'avancer excessivement sur l'avenir de la dévoration, on peut suggérer que l'idée d'un exercice libre et égal de la liberté des funérailles pourrait conduire à une harmonisation des pratiques de don du corps à la science qui, si on les considérait comme des modes de sépulture à part entière, devraient être exercées de la même façon sur l'ensemble du territoire. Les droits des proches pourraient resurgir au stade de la décision sur l'usage du corps après la fin des opérations scientifiques : le refus absolu de restitution des corps opposé par certains établissements pouvant être analysé comme une atteinte non justifiée aux droits des survivants.

868. Ce changement de regard pourrait conduire à la suppression de l'infraction de non-respect des dernières volontés. L'article 433-21-1 du Code pénal n'est déjà pour ainsi dire jamais appliqué et certainement pas contre les proches : les poursuites sur ce fondement ne sont en effet engagées, à l'heure actuelle, qu'en cas de conflit majeur entre les proches et finissent généralement par le constat que si violation des dernières volontés il y a eu, elle n'était pas

[3523] Pour une illustration v. Comm. EDH, 10 mars 1981, *X c. RFA*, n° 8741/79 : *Décisions et Rapports*, n° 24, p. 137.

intentionnelle[3524]. Supprimer cette infraction ne serait donc qu'une façon d'affirmer que l'on fait primer les volontés des personnes certaines sur celles des défunts. Le contentieux se limiterait alors à ce qui existe déjà : le conflit civil pour la désignation de la personne compétente pour organiser les funérailles[3525]. La résolution du litige, qui s'articule aujourd'hui en deux temps – déterminer la volonté du défunt et, à défaut, la personne la plus à même de la connaître – serait alors limitée à la seconde possibilité, la personne désignée étant alors, en réalité comme aujourd'hui, celle qui est en l'espèce la plus proche de la personne décédée. Il s'agirait il est vrai d'un changement important de paradigme pour le droit qui dénierait aux personnes toute prétention sur leur corps mort. En pratique cependant, et étant donné les usages sociaux, il est probable que les proches choisiraient pour le corps la destination voulue par le défunt.

869. Bilan critique. Nous ne prétendons pas ici que faire primer les droits des vivants sur les « intérêts » des morts constitue un mécanisme juridique idéal permettant d'établir une parfaite égalité de traitement entre les personnes et une homogénéité du traitement des corps morts. Donner formellement le pouvoir aux proches dans le traitement des cadavres semble cependant remplir deux objectifs : harmoniser les lectures qui peuvent être faites des différents dispositifs de protection des corps morts et progresser légèrement dans une forme de neutralité morale de l'État en donnant aux survivants un axe d'argumentation plus clair lorsque les mesures liées au traitement des corps morts atteignent excessivement leurs droits et libertés. On reste cependant consciente de la complexité de l'application concrète d'une véritable liberté des personnes car, dès lors que l'on demeure dans une configuration sociale et économique où l'accès à certains services, et spécialement au service funéraire, dépend de la fortune, ce qui est théoriquement gagné par un changement d'orientation juridique reste inaccessible dans les faits. C'est pourquoi on insiste sur le fait que la tendance à la neutralité morale de l'État ne doit pas être confondue avec un retrait total de l'État en matière funéraire. Des arbitrages financiers restent notamment à faire.

La question est d'autant plus prégnante à propos des corps isolés, pour lesquels personne ne peut prendre de décisions. On peut alors en appeler, comme nous l'avons exposé précédemment[3526], à une évolution du droit vers plus homogénéité de traitement, en raison des impacts symboliques des hiérarchisations sociales que nous avons signalées. Peut-être

[3524] *Supra* n° 128.
[3525] Rappelons ici notre suggestion de rendre la médiation obligatoire : v. *supra* n° 793.
[3526] *Supra* n° 732 et s.

faudrait-il alors que le pouvoir judiciaire se saisisse davantage des possibilités offertes par l'article 16-2 du Code civil ? Donner la priorité aux personnes certaines plutôt qu'aux « intérêts » des corps aurait un impact théorique beaucoup plus important sur la perception du régime actuel des corps avant la naissance.

b) Porter attention aux géniteurs, porter attention aux femmes

870. Analyser le droit applicable aux embryons au regard des droits et libertés des personnes juridiques les plus concernées par leur devenir – leur géniteurs[3527], les femmes qui les portent – conduit à suggérer de légères évolutions de l'acte d'enfant sans vie **(i)** et des transformations plus significatives du régime de l'avortement **(ii)**.

i. Ouvrir l'accès à l'acte d'enfant sans vie

871. L'acte d'enfant sans vie comme outil de considération pour les géniteurs. Comme cela a déjà pu être noté, la coexistence de l'autorisation de l'avortement et des actes d'enfant sans vie pourrait être considérée comme une incohérence du droit, appliquant des éléments tirés du régime juridique de la personne à un corps pouvant être détruit comme une chose[3528]. Rechercher ici la cohérence catégorielle relève pourtant de l'artifice[3529]. Cet acte présente une cohérence téléologique interne au sens où il remplit parfaitement la fonction qui lui avait été attribuée : introduire dans le droit un aspect compassionnel[3530]. De la même façon que le mariage[3531] et l'adoption posthumes trouvent leurs racines dans la volonté de répondre à la détresse que provoque la disparition d'une personne chez ses proches[3532], l'acte d'enfant sans

[3527] Nous employons ici le terme de géniteurs dans un sens non-biologique, au sens de ceux qui désirent la naissance de l'enfant, qui sont à l'origine du projet parental.
[3528] *Supra n°*. J. ROCHFELD affirme ainsi à propos de la protection des embryons et des cadavres : « *Certes, le droit ne va pas jusqu'à leur personnification et des facteurs "compassionnels" ont joué pour beaucoup dans ces reconnaissances : les choix éthiques étant quasiment inextricables (sur le commencement de la vie notamment), les bribes de personnalité reconnues le sont afin de respecter le sentiment que des proches, c'est-à-dire des personnes juridiques à part entière, portent à ces personnes en devenir ou disparues. Ces reconnaissances n'en mettent pas moins à mal la rigidité de la dichotomie* [entre les personnes et les choses] » : in « La distinction des personnes et des choses », E. LAZAYRAT, J. ROCHFELD et G. MÉMETEAU, *Dr. fam.* 2013, n° 4, étude 5.
[3529] R. CHARVIN dénonce ainsi ceux qui cherchent « *à donner une cohérence à ce qui n'en a pas, gommant ainsi les contradictions fondamentales, en donnant un sens idéel à ce que n'est que la promotion des intérêts dominants* » : « Essai sommaire sur l'interprétation de la réalité sociale par les juristes », in *Interpréter et traduire*, J.-J. SUEUR (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 55.
[3530] V. M. PIERRE, « L'épreuve affective : le cas de l'enfant sans vie », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 65 et s.
[3531] B. TEYSSIÉ énonce ainsi à propos du mariage posthume qu'il « *ne relève pas du seul débat juridique. Un mariage posthume a d'abord* […] *une dimension sentimentale* » : *Droit civil, les personnes*, 17e éd., Lexis-Nexis, 2015, n° 212.
[3532] On a évoqué, à propos du mariage, la catastrophe du barrage de Malpasset (*supra* n° 132), la question de l'adoption *post mortem* répond elle aussi à la volonté de ne pas faire en sorte que la souffrance de *« perdre cet*

vie répond indéniablement à la souffrance de parents en devenir[3533], qui doivent faire le deuil, selon les points de vue, d'un projet ou d'une personne. Cet objectif des textes est clair[3534] et témoigne de la façon dont, en restant pratiquement inchangée, une même disposition peut voir son objectif modifié : en deux siècles, l'acte d'enfant sans vie est passé du rang d'outil de lutte contre l'infanticide à celui de mesure de compassion à l'égard des familles endeuillées[3535]. On pourrait certes, comme le faisait Pierre GUIHO à propos du mariage posthume, affirmer que « *les institutions juridiques ne sont pas faites pour traduire des sentiments* »[3536], mais là n'est pas la question, car le fait est qu'elles le font. Cette prise en compte des sentiments se matérialise même aujourd'hui dans un droit : le droit au respect de la vie privée[3537]. Analyser l'accès à l'acte d'enfant sans vie sous cet angle permet d'interroger les conditions qui y sont posées aujourd'hui.

872. Dès lors que l'on considère que l'acte d'enfant sans vie est un outil social de reconnaissance de la souffrance de ceux et celles qui ont vu s'interrompre une grossesse, alors conditionner l'accès à cet acte à la durée de celle-ci ou à la cause de l'interruption de la gestation[3538] conduit en réalité à hiérarchiser les détresses. Or, il est délicat de faire la distinction entre les désespoirs « acceptables » et les autres. Pourrait-on refuser à une femme ayant contribué à sa propre fausse-couche (en pratiquant un sport brutal ou fumant excessivement) d'obtenir un acte d'enfant sans vie, car elle ne pourrait « se plaindre » d'avoir perdu l'enfant ? Une telle règle serait sans doute considérée comme excessivement attentatoire à la liberté des femmes et, de plus vexatoire et stigmatisante, puisqu'elle imposerait une double sanction à une personne déjà en souffrance ; pourtant c'est bien ce qui est imposé aux personnes recourant à

---

enfant s'ajoute à celle de ne pouvoir le faire reconnaître comme le leur » : ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n° 2449 de M. Jean-François MATTEI, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 15 déc. 1995 ; sur l'article 13. Cette volonté faisait sans doute suite à une décision de la Cour de cassation qui avait refusé une telle adoption, considérant que le délai de placement de six mois de l'enfant avant l'adoption ne saurait être relevé pour cause de décès de l'enfant : Civ. 1re, 4 oct., 1988 : *Bull. civ*. 1, n° 267 ; *D.* 1989. 304, note. J. MASSIP.

[3533] En 2002, un rapport de l'IGAS et de IGAENR soulignait avant toute chose la souffrance des « mères » (Inspection générale de l'éducation nationale et de la recherche*, Rapport n° 02-020* et inspection générale des affaires sociales, rapport n° 2002 009 : *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier*, mars 2002, résumé p. 4), il ne nous semble pas pertinent de faire sur ce point une hiérarchie des souffrances entre les « parents ».

[3534] I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 140 ; M. PIERRE, « L'épreuve affective : le cas de l'enfant sans vie », *in L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINCK (dir.), LGDJ, 2008, p. 57 ; Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Actions relatives à la filiation : règles générales », in *Droit de la famille,* P. MURAT (dir.), Dalloz Action, 7e éd., 2015, n° 213.61.

[3535] v. *supra* n° 616 ; 207.

[3536] P. GUIHO, « Réflexion sur le mariage posthume », in *Mélanges Falleti*, Dalloz, 1971, p. 330.

[3537] Pour une application de la notion au traitement de corps d'enfants mort-nés v. not. Cour EDH, *Maric c. Croatie*, 12 juin 2014, n° 50132/12

[3538] Sur les difficultés d'interprétation de la norme v. *supra* n° 716.

une IVG. Ce qui est supposé, mais aussi imposé aux couples, mais surtout aux femmes, est de faire un choix univoque : refuser volontairement de poursuivre une grossesse ne permet pas de demander une reconnaissance sociale de sa perte. Or, les causes de l'IVG et les attitudes des personnes à l'égard de celui-ci sont tellement diverses que l'on peut très bien concevoir qu'une personne s'y résolve tout en souhaitant voir reconnaître l'existence de sa grossesse ; on l'admet d'ailleurs tout à fait lorsque l'interruption de la grossesse est due à la pathologie de l'embryon. Mais cette situation est impensée pour les personnes demandant une IVG, alors même que les femmes étaient récemment considérées *légalement* comme en situation de détresse : à deux poids deux mesures[3539].

873. Bilan critique. L'argument du *risque* pour l'avortement que représenterait la *personnification* des embryons avortés est lui aussi important mais renvoie davantage à un rapport de force politique qu'à une logique juridique[3540]. Balayer d'un revers de main les inquiétudes que l'acte d'enfant sans vie peut susciter au regard du droit à l'avortement[3541] n'est pas pour autant pertinent, mais il faut souligner que cette inquiétude trouve sa source hors du droit. Il n'est pas absurde de considérer que l'acte d'enfant sans vie, conçu comme un outil de deuil de l'« enfant » mort, fait partie d'une tendance générale à « personnifier » socialement les embryons, avant leur naissance et au moment de leur décès. De l'échographie[3542] aux pratiques cliniques de présentation des enfants mort-nés à leurs parents[3543] on ne peut plus dire que l'embryon n'est socialement rien avant sa naissance. Les pratiques militantes visant à le « dépersonnifier » afin de faciliter l'acceptation et la pratique de l'IVG sont clairement en recul

[3539] Nous nous opposons en cela à Dorothée BOURGAULT-COUDEVYLLE, qui considère que le statut des embryons morts est alors uniquement lié à la volonté des femmes et des couples : « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 39

[3540] Le droit musulman accorde par exemple des funérailles aux embryons mort-nés quel que soit leur degré de développement (sur les pratique de « rapatriement » des corps morts-nés v. Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000, p. 68-69) même si celui-ci peut influer sur les pratiques funéraires (v. S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes,* L'Harmattan, 2002, p. 64). Il ne leur reconnaît pas pour autant de personnalité prénatale. v. M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna » in *L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008.* L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.). Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant. Société de législation comparée. Colloques Vol. 11, 2008, p. 33.

[3541] M. LAMARCHE, « Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soi-disant juridique », *Dr. fam.* 2008, n° 3, alerte 22 ; P. MURAT, « La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément », *Dr. fam*. 2008, n° 3, comm. 34.

[3542] P. TRIADOU, « L'échographie fœtale ou la révolution de l'obstétrique de la fin du XX^{e} siècle, entre images et imaginaire », in *L'embryon humain à travers l'histoire,* éd. Dasen, infolio, 2007, p. 267. Dans ce sens Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, n° 221.

[3543] V. à ce sujet l'étude de D. MEMMI : *La seconde vie des bébés morts*, coll. Cas de figure, éd. EHESS, 2011.

au profit d'interrogations sur le deuil et l'investissement du corps[3544]. Les soignants, en faisant évoluer leurs habitudes, ne visent évidemment pas à remettre en cause l'IVG, mais il ne faut pas nier que ces pratiques, malgré eux[3545], peuvent être utilisées à cette fin[3546]. De la même façon, on peut en toute bonne foi réclamer une reconnaissance juridique de la filiation des enfants mort-nés ou encore l'accès pour eux à des sépultures[3547] tout en défendant l'IVG. Ces positions ne sont pas incompatibles et être conscient de ce double mouvement social est sans doute plus utile pour la compréhension de la construction du droit que de chercher à tout prix à assurer la robustesse de catégories juridiques strictes, colosses aux pieds d'argile.

Penser l'accès à l'acte d'enfant sans vie comme lié au droit au respect de la vie privée des géniteurs permettrait d'en repenser les conditions d'accès. *A maxima* l'acte pourrait être accordé pour toute interruption de grossesse ce qui permettrait, par exemple, de ne pas en écarter les personnes subissant systématiquement des fausses-couches précoces. Une telle ouverture nécessiterait cependant un arbitrage financier, en raison des droits qui y sont aujourd'hui afférents[3548]. Une possibilité serait alors envisageable : dissocier les droits sociaux de l'obtention d'un acte d'enfant sans vie et les lier, par exemple, à la durée de la grossesse, les congés et l'aide financière accordés aux personnes étant alors fondés sur des questions de santé ou de compensation des frais engagés dans la perspective de l'arrivée prochaine d'un enfant. *A minima,* l'accès à l'acte d'enfant sans vie pourrait n'être lié qu'au critère de la durée de la grossesse. Cette condition conserverait une certaine stabilité dans la délivrance des actes[3549] et, si elle est arbitraire en elle-même, aurait au moins le mérite de ne pas distinguer entre les causes de l'interruption de la grossesse et donc de ne pas signifier aux personnes choisissant l'IVG que l'attention portée par l'état à leur détresse potentielle est moindre qu'à toute autre.

[3544] *Ibid.*

[3545] *Ibid.*, p. 184.

[3546] Sur l'utilisation de l'iconographie issue de l'embryologie par des mouvements anti-avortement v. not. J.-Fr TERNAY, « Images médicales du fœtus humain sur internet. Appropriations et détournements. », *in L'embryon humain à travers l'histoire,* éd. Dasen, infolio, 2007, p. 167.

[3547] CCNE, avis n° 89, *À propos de la conservation des corps des fœtus et des enfants mort-nés,* oct. 2005.

[3548] Outre la délivrance d'un acte d'enfant sans vie permet ainsi la délivrance d'un livret de famille (Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 : JORF n° 0195 du 22 août 2008, p.13144) et l'accès aux dispositions funéraires, l'acte d'enfant sans vie donne accès au congé de paternité (Arrêté du 3 mai 2013 : JORF n° 0117 du 23 mai 2013, p. 8463. Art. 1) et, selon la doctrine de l'administration fiscale, au bénéfice d'une demi-part l'année de la « naissance » :
http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup;jsessionid=DRCJYGGH5C2DLQFIEIPSFFA?docOid=documentstandard_1542&espId=0&typePage=cpr02&hlquery=enfant%20mort%20n%E9&temNvlPopUp=true [consultée le 6 nov. 2016].

[3549] Réserver la délivrance de l'acte aux interruptions de grossesse intervenues après douze semaines ne conduirait qu'à exclure les personnes ayant procédé à une IMG avant cette date. Les cas sont marginaux dans la mesure où, dans l'hypothèse où une pathologie pouvant conduire à une IMG est détectée avant cette date, les personnes suivent alors simplement le parcours d'IVG (D. MEMMI, *La seconde vie des bébés morts*, coll. Cas de figure, éd. EHESS, 2011, p. 173) qui leur ferme déjà actuellement l'accès à une acte d'enfant sans vie.

ii. Choisir l'intégrité corporelle contre l'intérêt à la vie

874. Considérer l'avortement comme un droit des femmes. La limitation de l'IVG à douze semaines de grossesse est aujourd'hui diversement justifiée. Mais, comme nous l'avons souligné[3550], au premier rang des arguments utilisés se trouve l'idée que cette règle protège la vie de l'embryon *en elle-même*, autrement dit l'intérêt de l'embryon à vivre. Au plan national, les dispositions concernant l'avortement restent coiffées par le principe général de « *respect de l'être humain dès le commencement de* sa *vie* »[3551]. Au plan international, la Cour européenne des droits de l'Homme traite souvent d'avortement *comme si* l'embryon avait un droit à la vie concurrent du droit au respect de la vie privée de la femme qui le porte[3552]. L'IVG est perçue et conçue comme une *liberté encadrée*, l'IMG comme une *possibilité conditionnée*, les deux régimes étant distincts bien que tout deux justifiés, politiquement et textuellement, par le respect de la vie *de l'embryon*. Pourtant, l'avortement pourrait être abordé sous l'angle du droit au respect du corps[3553], du droit à l'autodétermination[3554], du droit au respect de la vie privée[3555] ou du droit à la santé, entendue dans la conception large de l'OMS[3556]. Une telle approche permettrait de voir l'interruption de grossesse comme une question unifiée : l'expression du refus par les femmes d'une atteinte à leur corps et à leur intégrité psychique. Plusieurs auteures, nous l'avons vu[3557], soulignent ainsi que lire le régime de l'avortement comme une *exception* aux principes généraux du droit de la santé et des personnes en fait apparaître l'incongruité dans l'ensemble du système juridique[3558].

[3550] *Supra* n° 219.
[3551] Art. 16 C. civ. repris dans l'article L. 2211-1 CSP, nous soulignons. Sur cette formule, v. *supra* n° 94.
[3552] *Supra* n° 219.
[3553] Si le texte de l'article 16-1 du Code civil n'a pas encore été formellement utilisé pour formuler un droit subjectif, nombreux sont les auteurs qui en suggère l'« activation ». V. par ex. M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Économica, 2006, n° 389 et s. Dans le sens du rattachement de l'avortement au « droit des femmes à l'intégrité corporelle » v. C. ANDIREU, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure : une liberté en question », *RRJ,* 2005-4, vol. 1, p. 2107.
[3554] Sur cette notion v. S.-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination*, th. dact., Paris I, 2015.
[3555]Pour un rattachement de l'« intimité corporelle » au droit au respect de la vie privée v. St. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 2e éd., Dalloz, 2015, p. 491.
[3556] « *État de complet bien-être physique, mental et social* » : Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, New-York, 19-22 juin 1946, actes officiels de l'OMS, n° 2, p. 100. Sur la façon dont le droit à la santé n'est pas reconnu comme liberté fondamentale v. T. GRÜNDLER, « Le droit à la protection de la santé », in *droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, D. ROMAN (dir.), 2010, p. 205.
[3557] *Supra* n° 710.
[3558] V. par ex. L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http://revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016] ; M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 518 et s.

875. Cette approche justifierait indubitablement l'absence de pénalisation de l'auto-avortement dans le droit positif, mais, l'avortement, considéré comme un droit et détaché de toute considération pour les intérêts de « l'autrui » embryonnaire, pourrait voir son régime précisé. Tout d'abord, il serait possible pour une femme se voyant opposer un refus d'avortement dans un service hospitalier fasse valoir son *droit* au fondement d'un référé-liberté[3559] afin d'accéder à une consultation[3560], donnant ainsi davantage de sens à l'« obligation de service public » introduite par la loi de 2001[3561]. Cette lecture pourrait également faciliter la réparation du préjudice d'avortement raté. En l'état actuel de la jurisprudence, l'échec d'avortement est difficilement réparable pour les femmes qui en sont victimes, en particulier lorsqu'elles accouchent d'un enfant sain. En effet, les juridictions tant civiles qu'administratives tendent à considérer que le préjudice est alors inexistant[3562]. Considérer l'accès à l'avortement comme un aspect du droit au respect de la vie privée, voire, à l'avenir, comme une dimension d'un droit à l'intégrité corporelle, faciliterait alors la réparation de l'atteinte subie par les femmes sur lesquelles l'intervention n'a pas été pratiquée dans les règles de l'art[3563].

876. La suppression du délai d'IVG. Concentrant la réflexion sur les droits des femmes, on pourrait ainsi proposer un régime de l'avortement qui, donnant priorité au droit au respect de la vie privée des femmes – dans sa dimension corporelle – sur la morale publique autoriserait l'avortement de façon totalement libre jusqu'à la fin de la grossesse[3564]. Si l'on s'arrêtait à

[3559] Art. L. 521-2 CJA. Se poserait évidemment la question de l'illégalité du refus étant donné l'existence de la clause de conscience qui doit être ici combinée avec l'obligation de service public.

[3560] Pourquoi ne pas envisager ici un référé mesure-utile afin de contraindre positivement l'établissement à accorder une consultation ? Quoi que cette requête ne nécessite déjà pas d'atteinte à un droit : art. 521-3 CJA.

[3561] Art. L. 2212-8 CSP. Pour une critique de cette notion v. L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe- l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016], n° 33.

[3562] Pour davantage de développements sur ce point v. notre contribution « IVG et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in *La loi et le genre,* St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014, p. 117 et s. V. également L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016] ; M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 44 et s. Sur une lecture de cette jurisprudence sous l'angle de la responsabilité civile v. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th. dact, Paris I, 2015, n° 148. Pour une mise en œuvre de ce raisonnement à propos d'autres types d'interventions chirurgicales v. J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016, p. 376 et s.

[3563] Le principe même de l'atteinte au droit au respect de la vie privée faisant alors présumer le préjudice. La question de *l'évalutation* de celui-ci restant cependant entière.

[3564] V. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 518 ; Une telle lecture répondrait tout à fait à l'explication apportée par M. PICHARD à l'émergence de certains droits à : « *le droit à est la réponse politique et juridique à une question symptomatique de l'individualisme démocratique : qui est plus compétent que moi pour décider de l'avenir de mon bien le plus précieux, mon corps ?* » : *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT,

l'aspect corporel de la grossesse, une question pourrait cependant se poser : la mesure serait-elle proportionnée dans les cas où l'avancée de la grossesse nécessiterait, pour procéder à un avortement, de tuer le fœtus *in utero* et ensuite de déclencher un accouchement ? En effet, dans cette hypothèse, l'atteinte portée à l'intégrité corporelle ne serait pas moins importante si le fœtus n'était pas tué mais simplement accouché avant terme. L'autorisation de l'avortement en tout temps devrait alors s'appuyer conjointement sur l'aspect corporel et immatériel de la vie privée. Ce serait ainsi le droit des femmes de choisir de procréer qui supplanterait la morale publique[3565]. Si l'on choisissait l'hypothèse inverse c'est alors à la possibilité de refuser sa maternité, par le biais de l'accouchement sous X, qu'il faudrait porter attention, malgré les fréquentes remises en question dont ce mécanisme fait l'objet[3566].

877. Bilan critique. Si l'analyse de l'avortement comme un droit des femmes est aujourd'hui émergente, la proposition de supprimer tout délai à l'interruption de la grossesse ne serait pas, évidemment, sans susciter des débats légitimes sur le risque d'avortements sélectifs, notamment en raison du sexe du fœtus[3567] mais plus largement en raison de ses « défauts ». Bien qu'il soit indéniable que de multiples causes politiques, et en premier lieu l'importance subsistante des arguments religieux dans le débat public, rendent actuellement cette suggestion inaudible, le seul argument de l'« eugénisme » est cependant bien faible. Tout d'abord parce que ce risque existe *déjà* dans le délai actuel d'avortement et ne fera qu'augmenter avec les progrès de la détection des cellules embryonnaires dans le sang de la femme enceinte[3568]. Ensuite parce qu'il méconnaît la réalité du processus décisionnaire des

---

Économica, 2006, n° 70. Cette position aurait accessoirement l'avantage de prendre en compte l'existence des dénis de grossesse, dont les victimes sont souvent exclues de la liberté d'avorter : on note ainsi que plus de 80% des femmes qui accouchent anonymement ont eu connaissance de leur grossesse après le délai légal d'IVG (C. VILLENEUVE-GOKALP, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 2011/1, vol. 66, p. 155)

[3565] L. MARGUET souligne à quel point le paradigme sanitaire est infiniment plus facile à mettre en avant dans ce débat : « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016], n° 71 et s.

[3566] Pour un développement sur le lien entre l'avortement et l'accouchement anonyme v. notre contribution « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée » in *L'abnégation*, séminaire de droit privé du Centre Crépeau, Université Mc. Gill, Québec, à paraître.

[3567] Sur l'existence probable de cette pratique dans certaines populations immigrées au Canada v. J. G. RAY, D. A. HENRY et M. L. URQUIA, « *Sex ratios among Canadian liveborn infants of mothers from different countries* », Canadian Medical Association Journal, 2012, 184(9), p. 492. Disponible sur : http://www.cmaj.ca/content/184/9/E492.full.pdf+html [consulté le 13 nov. 2016].

[3568] Sur cette méthode, en particulier en ce qui concerne le dépistage de la trisomie 21, v. CCNE, avis n° 120, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*, 25 avr. 2013. Pour un commentaire v. Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « Les implications juridico-éthiques des tests fœtaux précoces sur sang maternel : pièges et ressources du droit », *RDC,* 2013, n° 3, p. 1121.

géniteurs. Ici encore « *il suffit d'écouter les femmes* »[3569] mais plus largement les couples. Certes, il existe probablement, bien que le phénomène soit difficilement quantifiable, des cas où les personnes décident d'avorter pour des motifs qui, vus de loin, peuvent sembler futiles. Mais, d'une part, le traitement de ces cas relève probablement davantage de politiques publiques fortes que d'interdictions strictes[3570] et, d'autre part, ces pratiques minoritaires ne reflètent pas la démarche de réflexion éthique à laquelle se livre l'immense majorité des couples confrontés à une décision d'avortement tardif[3571]. Un exemple de droit comparé pourrait dédramatiser une telle proposition : le Québec, qui ne dispose actuellement d'aucun délai d'avortement[3572]. Oui, le choix est *in fine* politique : nous choisissons la promotion concrète de la liberté et de la responsabilité des personnes face à la protection abstraite du corps humain.

878. Conclusion du §2. Puisque le droit crée, en pratique, des catégories de corps qui renvoient à des hiérarchies existantes entre des groupes de personnes, on aurait donc pu penser que s'attacher aux droits des personnes juridiques aurait permis *juridiquement* de résoudre certaines des difficultés identifiées. Il n'en est rien. Si l'on choisit de faire prévaloir les sujets certains sur les sujets incertains, dans l'objectif d'accorder toujours la priorité aux premiers sur les seconds, on parvient tout juste à rendre visible que certaines des limites opposées aux personnes dans le choix de la destination des corps morts n'ont d'autre fondement que la morale publique. Mais cette affirmation reste sans effet pratique. Par leurs liens profonds à la fois avec des questions de santé publique et d'organisation sociale, les pratiques funéraires et les questions liées à la grossesse sont très largement laissées par les juges à l'appréciation du législateur. Toutefois, si l'intervention des juridictions pour la modification de l'état du droit ne peut être attendue, cette abstention laisse tout loisir au juriste pour imaginer d'autres régimes, plus attachés aux libertés des personnes qu'à la sauvegarde des « intérêts » supposés des corps à la qualification incertaine. Il est alors possible d'imaginer des modifications futures du droit,

[3569] La vidéo du discours de S. VEIL présentant son projet de loi à l'Assemblée nationale est disponible sur le site de l'INA : http://www.ina.fr/video/I07169806/simone-veil-et-son-projet-de-loi-relatif-a-l-ivg-video.html [consulté le 13 nov. 2016].

[3570] Ainsi, il arrive certainement que des femmes avortent d'embryons féminins, il faut considérer qu'elles peuvent le faire notamment par crainte des violences et exclusions qu'elles pourraient alors subir. La première démarche du droit ne devrait-elle pas être alors de mettre en place une politique dure de répression de ces violences et de protection des femmes ? La pratique est pourtant d'une insuffisance criante.

[3571] Pour une étude qualitative à propos de décision d'IMG : M. GAILLE, « Des terres morales inconnues. », *Anthropologie & Santé* [en ligne], 12/2016, mis en ligne le 30 mai 2016. Disponible sur : http://anthropologiesante.revues.org/1991 [consulté le 13 nov. 2016]. Il est intéressant de noter que la plupart des personnes semblent penser qu'en cas de pathologie du fœtus, la décision d'avorter revient légalement aux géniteurs : autant pour la conformité de la loi à la moralité commune !

[3572] En pratique, l'accès au-delà de 14 semaines de grossesse est difficile : v. http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/services-d-avortement/admissibilite/ [consulté le 13 nov. 2016].

des plus infimes aux plus importantes ; de la suppression du délit de non-respect des dernières volontés à l'ouverture totale de l'avortement.

879. Conclusion de la Section 2. Ni l'application des dispositifs anti-discrimination ni la mise en œuvre prétorienne de l'appréciation des atteintes aux droits et libertés des personnes ne permettent juridiquement de remédier aux hiérarchies réelles et symboliques que le droit crée ou maintien par le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort. Mais le fait que les juridictions laissent le législateur apparemment très libre suggère que l'imagination est ici sans borne : une infinité de régimes différents pourrait être conçue, sans crainte de censure, pour peu qu'ils soient affirmés comme la nouvelle moralité publique. Ainsi, le droit pourrait s'assouplir à la marge : intégrant la démarche de l'accommodement raisonnable il pourrait ouvrir des pistes, prendre en compte des cas particuliers, donner suite à des demandes singulières tant que leur réalisation ne mettrait pas en danger la sécurité d'autrui. De la disposition des corps des embryons mort-nés au choix de l'orientation de la tombe, les possibilités sont multiples. Mais les dispositifs juridiques pourraient également être plus profondément modifiés pour peu que le législateur s'en saisisse et qu'il pense le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort à l'aune de l'exercice le plus libre possible, par les personnes juridiques, de leurs droits et libertés.

880. Conclusion du Chapitre 2. Passer d'une posture descriptive du droit positif à une démarche prescriptive suppose d'exposer les valeurs et les présupposés fondant les suggestions évoquées. Choisissant de privilégier les sujets de droit certains sur les « intérêts » de corps à la nature juridique indéterminée, nous avons ici affirmé chercher à atténuer les hiérarchisations qu'opèrent les normes actuelles entre les personnes les plus concernées par le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort. Deux axes ont ici été explorés : étendre le mouvement d'expansion, déjà perceptible dans le droit positif, des procédures alternatives de règlement des différends et de construction collective de décisions et privilégier, en cas de conflit, les droits et libertés des personnes juridiques certaines sur les « intérêts » subjectivés des embryons et des morts.

Le premier axe a conduit à suggérer quelques pistes d'évolution possibles du système juridique : médiation en matière funéraire ou en cas de difficulté dans le processus d'AMP, adaptation des processus délibératifs dans l'IMG ou introduction de telles procédures dans le prélèvement d'organes *post mortem* par exemple. Malgré son potentiel positif dans l'apaisement des conflits, les limites de cette démarche sont réelles : le droit flou, mou ou délibératif présente indéniablement des risques. Risques de rupture d'égalité tout d'abord, le système des comités échappant à toute harmonisation des pratiques ; risques de reconstitution d'un système de contrôle des corps ensuite, la délibération construisant indéniablement des *normes* inaccessibles au débat public, donc potentiellement plus insidieuses.

La seconde orientation de ce travail de proposition a consisté à analyser le droit actuel uniquement au regard des droits et libertés des *personnes juridiques certaines* concernées par le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort. Cette lecture permet de souligner qu'un grand nombre de limites actuellement opposées aux personnes dans les choix qu'elles peuvent effectuer sur ces corps ne relèvent que d'arbitrages moraux, et non de la protection d'autrui. Si les notions de discrimination ou d'atteintes injustifiées aux droits et libertés pourraient être avancées pour mettre en lumière les conséquences pratiques de certaines normes, ce constat ne permet pas, en lui-même, d'anticiper des évolutions du droit. En effet, dans ces domaines sensibles, les juridictions ont toujours laissé au pouvoir législatif une marge de manœuvre importante, y compris dans la distinction des traitements appliqués aux personnes. Lire le droit positif à l'aune du principe d'égalité permet cependant de suggérer des adaptations ponctuelles du système permettant, par le biais d'accommodements singuliers, de rendre *audibles* certaines demandes minoritaires. De plus, précisément parce que le contrôle juridictionnel, et notamment le contrôle de proportionnalité, est ici plus ou moins absent, les

possibilités de transformation du droit sont infinies et l'on peut parfaitement concevoir que le législateur puisse un jour parvenir à la suppression du délai d'avortement ou encore à l'autorisation de pratiques funéraires marginales.

881. Conclusion du Titre 2. Face aux multiples catégories hiérarchisantes que dessine le droit entre les corps humains avant la naissance et après la mort, un réflexe premier, partagé par une partie de la doctrine, pourrait consister à proposer un traitement parfaitement unifié de ces corps, organisé autour du double impératif de respect de la vie dès son commencement et de respect du corps après la mort. De fait, certains aménagements du droit seraient possibles s'il semblait souhaitable d'amoindrir ces écarts de traitements. Il faut cependant admettre que certaines solutions seraient manifestement inacceptables dans l'état actuel des mentalités. La liberté des femmes sur leur corps et le pouvoir accordé à chacun sur sa reproduction sont par exemple des acquis difficilement contestables. Plus largement, il faut considérer que la protection abstraite des corps humains heurterait frontalement un autre impératif du droit : la protection des intérêts des personnes juridiques. Si l'on choisit de promouvoir cette seconde valeur sur la simple protection du corps humains, d'autres évolutions du droit, pourraient plus sûrement être mises en œuvre. En assouplissant simplement l'application de normes générales, il serait possible d'introduire dans le droit des espaces de médiation ou de délibération permettant la construction d'un droit négocié et donc plus adapté à des cas particuliers voire marginaux. Cette démarche comporte cependant des limites, au premier rang desquelles le risque de reconstitution de phénomènes excluants rendus invisibles par le caractère confidentiel de ce mode de fonctionnement. Il est alors possible d'aborder le traitement des corps avant la naissance et après la mort en priorité par le biais des *droits* des personnes qui les entourent. Cette lecture ne conduirait pas nécessairement, en l'état actuel de la jurisprudence, à des évolutions du droit positif, mais elle permet de suggérer des modifications plus radicales du système juridique. Plus que de rechercher une systématisation du droit, il s'agit donc d'adopter une posture visant à amoindrir les distinctions entre les personnes, ce que suggère un traitement hétérogène des différentes catégories de corps humains.

882. Conclusion de la Partie 2. La posture de mise en cohérence du droit autour de catégories juridiques singulières, attachées à des régimes juridiques particulier, trouve manifestement ses limites dans l'étude du droit concernant les corps humains avant la naissance et après la mort. En la matière, il semble que la cohérence renvoie davantage à *l'acceptabilité* des mesures qu'à une véritable systématicité du droit. Ce sont davantage les valeurs portées par les normes que leurs articulations techniques qui peuvent être interrogées. Le travail doctrinal ne peut donc pas faire l'économie d'une révélation de sa démarche. L'historicisation du droit applicable aux embryons et aux cadavres était un préalable nécessaire à l'étude du droit contemporain. Cette étude révèle en effet deux choses. D'une part, que les arguments historiques parfois utilisés par la doctrine contemporaine – telle que la notion de *chose sacrée* – le sont souvent sans considération pour la réalité du concept historique, utilisé pour *diviser* la protection des corps et non pour l'unifier. D'autre part, que les corps humains avant la naissance et après la mort ont souvent été les instruments de politiques publiques hiérarchisantes : en établissant, en fait ou en droit, des catégories de corps plus ou moins protégés, le système juridique fait transparaître un certain agencement social des individus et des groupes auxquels ils appartiennent. Le statut des embryons présente ici une particularité évidente : par son lien avec celui du corps des femmes, il fut également déterminant de leur condition et, en particulier, du contrôle de leur sexualité.

Ce constat historique a pu être prolongé dans l'étude du droit contemporain. Certes, le pouvoir étatique a relâché son étreinte sur les corps, notamment par la quasi-disparition du pouvoir pénal sur les cadavres ou encore par l'autorisation de l'avortement. Cependant, de multiples normes perpétuent un certain *ordre* de traitement des corps : funérailles des indigents, expositions des corps, prohibition de certaines pratiques funéraires mais aussi protection différenciée des embryons en fonction de leur santé ou de leur degré de développement. Si des possibilités d'harmonisation du droit, visant à assurer à tous les corps humains un traitement identique, sont théoriquement envisageables, il apparaît que ces propositions se heurtent bien souvent à la réalité de pratiques sociales sur lesquelles le droit n'a que peu d'emprise. Par ailleurs, la mise en cohérence abstraite du droit aurait parfois des conséquences d'une particulière gravité, notamment sur le corps des femmes. En s'appuyant sur la double orientation axiologique de notre travail, limiter le pouvoir de l'État sur les corps et privilégier les droits et libertés des personnes certaines sur l'idée d'un *intérêt* des embryons et des morts, il a été possible de suggérer des pistes d'évolution du système juridique. Proposition *a minima* tout d'abord, envisageant des *assouplissements* du droit par l'introduction ou l'extension de

processus de modes alternatifs de règlement des différends ou de procédures délibératives. Proposition *a maxima* ensuite qui, donnant la priorité à la volonté des personnes proches concernées par le sort des embryons ou des cadavres, permettent d'envisager des évolutions plus radicales de l'état du droit, à même, notamment, de prendre en compte des pratiques minoritaires ou d'accorder aux femmes un pouvoir plus étendu sur leur corps. Considérant que, par un prolongement de son action historique, le droit marquait les corps non pour eux-mêmes mais bien pour exprimer une forme d'inclusion ou d'exclusion des groupes auxquels ils sont attachés, il s'est donc agi d'étudier la possibilité d'atténuer, voire de supprimer, les catégories hiéarchisantes construites par le droit entre les personnes.

Conclusion générale

883. Choisir d'étudier le droit applicable au corps humain avant la naissance et après la mort conduit nécessairement le juriste à s'interroger sur la notion de qualification. Parce que ces corps sont, depuis des décennies, au cœur de controverses juridiques sur la catégorie juridique dans laquelle il conviendrait de les classer, ils sont les parfaits supports d'une réflexion sur la classification juridique, ses méthodes et ses limites.

884. À la lecture du droit positif, il est rapidement apparu que ni les textes ni la jurisprudence ne permettent de se prononcer définitivement sur la qualification que le droit appliquerait à ces corps. Ce premier temps de l'étude a montré, en outre, que rechercher, en droit, une qualification, présuppose d'en établir en amont les critères distinctifs. Les catégories, pourtant fondamentales, de chose et de personnes ne disposant pas de définition précise. Cette imprécision du droit n'est évidemment pas un hasard : elle tient essentiellement à l'extrême sensibilité politique de la détermination de la notion de personne. Cet aspect du sujet est confirmé par les inépuisables circonvolutions dont usent les juridictions saisies d'affaires concernant embryons ou cadavres. Utilisant, autant que possible, des mécanismes non-qualifiants pour statuer, les juges se retranchent volontiers, dans leurs décisions, derrière la volonté supposée du législateur. Cette attitude leur permet tout à la fois de légitimer leurs interprétations et de refuser de déterminer juridiquement la nature des corps. La difficulté réside cependant, à l'analyse des travaux parlementaires, dans le fait que le législateur ne semble pas raisonner en termes de qualifications juridiques lorsqu'il conçoit le droit applicable aux corps humains. C'est plutôt l'affrontements de valeurs antagonistes, portant sur ce qu'il est possible ou non de faire des corps, qui construit progressivement le régime des embryons et des cadavres.

885. L'attitude de la doctrine juridique face à cette question peut surprendre. Loin d'assumer que la qualification des corps, parce qu'elle suppose en réalité de prendre position sur le régime de l'humain, est une question de positionnement axiologique, les auteurs cherchent couramment à présenter la détermination de la qualification des corps comme un problème de connaissance du droit. Car si certains écrits cherchent, par la qualification, à proposer de simples axes pédagogiques de description de la matière juridique, nombreuses sont les contributions qui, passant par des disciplines extérieures au droit, avancent que c'est la

« nature » des corps – que celle-ci soit établie biologiquement, historiquement, philosophiquement – qui doit en déterminer le statut juridique. Nous avons critiqué cette démarche comme présentant de nombreuses difficultés épistémologiques et comme dissimulant, sous l'apparence d'un discours scientificisé, des prises de position que l'on pourrait qualifier de néo-jusnaturalistes. Nous avons, à cette fin, choisi d'adopter un point de vue critique : rejetant l'idée qu'il existe une quelconque nature des corps qui s'imposerait à la matière juridique, nous préférons rechercher les présupposés qui sont à l'œuvre dans la conception du droit comme instrument de la réalisation ou de la structuration de l'individu. Non par parce que nous penserions que le droit n'a aucun rôle dans l'orientation d'une société, bien au contraire, mais parce qu'il nous semble que celle-ci n'a d'autres fins que celles qu'elle veut bien se donner.

886. Partant de cette conception du droit, il nous a semblé nécessaire de rechercher ce que l'état actuel du droit révèle, à travers le traitement des corps humains avant la naissance et après la mort, de rapports de pouvoir et de dominations entre les personnes et entre les groupes. Il s'agissait alors de montrer que les catégories de corps établies, en fait ou en droit, par le système juridique procèdent en réalité d'un mécanisme de hiérarchisation des corps et, à travers eux, des individus. L'historicisation des régimes juridiques applicables aux corps était ici doublement utile. Elle permettait tout d'abord de se défaire de l'idée, parfois reprise dans les écrits contemporains, qu'il a existé un temps où tous les corps étaient traités avec un égal respect, mais aussi du présupposé qui voudrait que notre système juridique actuel réalise un état supérieur de développement social où la dignité de tous les corps humains serait enfin affirmée. Ensuite, cette démarche offrait une distance avec notre sujet grâce à laquelle il était possible de repérer, d'une part, les processus par lesquels la protection des cadavres put être l'instrument de prolongement, dans la mort, de mécanismes de domination existant dans la vie et, d'autre part, la façon dont la protection des corps avant la naissance fut un système de contrôle des corps féminins et de la sexualité des femmes. Appliquée au droit positif, cette grille de lecture nous a permis d'exposer les multiples hiéarchisations opérées par droit entre les corps et, partant, entre les personnes. Limitation des pratiques funéraire, glorification de certains corps morts mais traitement minimal de certains autres : les multiples régimes juridiques applicables aux corps revèlent un droit marqué par des considérations culturelles, raciales, sociales. Le traitement des corps embryonnaires n'en dit pas moins : il révèle la façon dont la protection « de la vie » est une donnée à géométrie variable, tantôt exaltée pour justifier la limitation du pouvoir des femmes sur leurs corps, tantôt écartée lorsqu'il s'agit d'éliminer des corps

indésirables ou de fournir la recherche en matière vivante. Devenu progressivement intolérable à l'égard des personnes, le contrôle de l'État sur les corps se dissimule indubitablement sous le régime des embryons et des cadavres, tantôt réifiés tantôt personnifiés.

887. Ce constat aurrait pu nous mener, certainement, à proposer des solutions fondées sur de nouvelles qualifications ; à suggérer une nouvelle forme de personnalité qui permettrait d'appliquer de façon prénatale ou *post mortem* les protections classiquement appliquées aux sujets de droit ; à concevoir des mécanismes de représentation *ad hoc,* etc. Comme nous l'avions annoncé[3573], nous n'en avons rien fait, refusant d'être faiseuse de systèmes[3574]. Nous nous sommes contentée de suggérer que si des mécanismes de réduction de ces hiéarchisations étaient possibles, toute poursuite d'une parfaite cohérence catégorielle du droit est vouée à l'échec pratique tant cette démarche est inapte à saisir la complexité des relations qui se nouent autour de ces corps. Si l'on écarte l'idée que les corps humains méritent, en eux-mêmes, une égale protection, on comprend que construire le droit en recherchant uniquement un traitement uniforme des corps passe à côté de la réelle complexité de la question. Il s'agit en effet d'envisager la façon dont il est possible, par le droit, d'éviter une hiérarchisation concrète et symbolique des personnes, de leur valeur, de leur liberté d'action. Cette démarche est d'autant plus malaisée que les implications morales et cultuelles de la matière rendent difficiles toute évolution rapide et radicale de la législation comme de la jurisprudence.

On a suggéré plusieurs niveaux d'évolutions possibles, du simple assouplissement du droit à des transformation plus profondes, toutes, cependant, orientées vers l'idée qu'à l'« intérêt » des embryons et des morts il était possible de préférer la sauvegarde des intérêts des personnes, l'attention portée à leur égalité d'action, la vigilance sur les atteintes qui sont portées à leurs droits fondamentaux. Ces propositions, si elles n'ont pas toutes une chance de se réaliser dans le système juridique, suggèrent assurément des pistes de réflexion sur la façon dont il serait possible à la fois d'atténuer l'emprise du droit sur les corps et, par le droit, d'assurer aux personnes une jouissance égale de leurs droits et libertés.

888. Face aux incontestables difficultés politiques que rencontrerait l'établissement d'un droit moins hiérarchisant, doit-on, avec Gérard LYON-CAEN, admettre que « *le processus de*

[3573] *Supra n°* 28.
[3574] *Contra* v. J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 23, p. 99 : « *tout juriste est faiseur de système* ».

classement des hommes, de hiérarchisation, de distinction, donc de jugement, ne connaît pas de fin et n'en connaîtra jamais »[3575] ? Nous nous y refusons.

Continuer un travail de déconstruction des mécanismes de hiérachisation que porte l'apparente neutralité des catégories juridiques suppose cependant de prendre positivement l'observation de Danièle LOCHAK selon laquelle :

> *« les rapports entre la norme sociale et la norme juridique ne sont pas à sens unique. Si le droit positif reflète les valeurs et les conceptions socialement dominantes, si les comportements qu'il prescrit ou autorise sont, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société donnée, sont considérés comme normaux, il n'est pas un simple vecteur passif d'une normalité définie en dehors de lui mais rétroagit sur les représentations collectives. La norme juridique, une fois instituée, devient à son tour instituante : transmuée en étalon de la normalité, elle contribue à faire accepter comme normaux certains comportements et à en disqualifier d'autres qui seront dès lors considérés comme anormaux* »[3576].

Si cette réflexion est juste, elle permet d'espérer non seulement qu'un combat social pour la diffusion des valeurs de liberté réelle et d'égalité entre les personnes conduise à une transformation du droit, mais aussi que le travail juridique, l'analyse et la visibilisation des exclusions portées par les normes, produise à son tour des effets concrets sur les relations sociales. Cette démarche nécessite une attention constante à la façon dont les rapports de pouvoir surgissent « *dans les mécanismes les plus fins de l'échange social* »[3577] ; elle exige de garder toujours, dans la démarche scientifique, un esprit de controverse[3578].

[3575] G. LYON-CAEN, « *Qualis labor, talis qualitas* », *La qualification, Droits,* 1993, n° 18, p. 78.
[3576] D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique,* D. BORILLO, coll. Les voies du droit, PUF, 2e éd., 1999, p. 55.
[3577] R. BARTHES, *Leçon*, Seuil, 1978, p. 11.
[3578] Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 385 et s.

ANNEXES

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Ministère chargé de la Santé

cerfa N°

Partie à conserver dans le dossier médical

CERTIFICAT MÉDICAL D'ACCOUCHEMENT

En vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie
Décret n°2008-800 du 20 août 2008 pris en application de l'article 79-1 alinéa 2 du code civil

Seul le volet détachable du document (partie inférieure) pourra être transmis à l'officier d'état civil selon le tableau suivant

SITUATIONS OUVRANT LA POSSIBILITE D'UN CERTIFICAT D'ACCOUCHEMENT	SITUATIONS N'OUVRANT PAS LA POSSIBILITE D'UN CERTIFICAT D'ACCOUCHEMENT
Accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale (dont IMG)	Interruption spontanée précoce de grossesse (fausse couche précoce) et interruption volontaire de grossesse (IVG)

Nom et prénom de la parturiente |_____| *Date de naissance* |__|__|__|__|__|__|__|__|

Date et heure de l'acte : *Date* |__|__|__|__|__|__|__|__| Heure |__|__|____mn

Lieu *-établissement* | _____ | *Autre* | _____ |

Adresse |_____|

Commune |_____| Code postal |__|__|__|__|__|

Nom et qualité du praticien |_____|

✂ .... **Partie à détacher et à transmettre à l'officier d'État civil** .....

CERTIFICAT D'ACCOUCHEMENT

en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie auprès de l'officier d'état civil (article 79-1 alinéa 2 du code civil)

Je soussigné(e), Prénom |_____ | Nom | _____ |

Qualité : Médecin ☐
Sage-femme ☐

CERTIFIE QUE :

Prénom | _____ | Nom de famille | _____ |

Nom d'usage (le cas échéant) | _____ |

A accouché, le |__|__|__|__|__|__|__|__| à |__|__|h____mn

Á: commune |_____| Code postal |__|__|__|__|__|

d'un enfant mort-né ou né vivant mais non viable, de sexe : F ☐ M ☐

Fait à |_____| le, |__|__|__|__|__|__|__|__|

Cachet de l'établissement

Signature et cachet du praticien

ANNEXE 2 : Formulaire d'inscription au registre national refus de prélèvement d'organes *post mortem*.

---

agence de la biomédecine

FORMULAIRE D'INSCRIPTION
REGISTRE NATIONAL DES REFUS

Cette inscription n'est possible qu'à partir de l'âge de 13 ans

NOM DE NAISSANCE : ……..……..
NOM USUEL : ……
PRÉNOM(S) *(ordre d'état civil)* : …….
SEXE : MASCULIN ☐ FÉMININ ☐
NÉ(E) LE *(jour/mois/année)* : ……/……/……
LIEU DE NAISSANCE, VILLE : ……..……..…….
DEPARTEMENT *(si France)* :…… PAYS :……..……..…… .

ADRESSE :……..……
……..……..
VILLE : ……..……CODE POSTAL : ……..

JE M'OPPOSE À TOUT DON D'ÉLÉMENTS DE MON CORPS, APRÈS MA MORT * :

☐ pour soigner les malades *(greffe d'organes et de tissus)*

☐ pour aider la recherche scientifique *(attention : différent du don du corps à la science)*

☐ pour rechercher la cause médicale du décès : autopsie *(exceptées les autopsies judiciaires auxquelles nul ne peut se soustraire)*

☐ **Je souhaite recevoir une confirmation de mon inscription ****

☐ **C'est une demande de modification de ma précédente inscription**

Date : ……/……/…… **Signature :**

Retourner ce formulaire sous enveloppe affranchie au tarif lettre à :

Agence de la biomédecine
Registre national des refus
1 avenue du Stade de France
93212 SAINT-DENIS LA PLAINE CEDEX

Joindre obligatoirement à l'envoi :

- ➔ **la photocopie lisible** d'une pièce d'identité officielle (carte d'identité, permis de conduire, titre de séjour, passeport...) ;
- ➔ **une enveloppe timbrée** à vos nom et adresse pour recevoir la confirmation de votre inscription si vous l'avez demandée.

Tout changement d'état civil doit être signalé, les changements d'adresse n'ont pas besoin d'être signalés.

Les informations nominatives vous concernant sont enregistrées dans le système informatique du registre national des refus. Elles sont confidentielles et, conformément à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, vous disposez du droit d'accès et de rectification en écrivant au registre national des refus, à l'adresse ci-dessus, en joignant la copie d'une pièce d'identité.

** Cocher la ou les cases correspondantes à vos choix*
*** Merci de joindre une enveloppe timbrée à vos nom et adresse*

www.agence-biomedecine.fr

ANNEXE 3 : Convention entre le Ville de Paris et les Services Funéraires-Ville de Paris (extraits concernant les funérailles des personnes dépourvues de ressources)

Article 15 : Service des personnes sans ressources

15.1 Service gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes

Le service est gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes décédées sur le territoire de la Collectivité parisienne désignées par la Ville, ainsi qu'au-delà du territoire parisien dans le cas de situations d'urgence ou exceptionnelles.

Cette prestation est effectuée, en coordination avec le service municipal des cimetières, dans le respect de la dignité du défunt, sur la base de la formule de convoi (classe, catégorie) la plus simple proposée par le délégataire comprenant notamment cercueil (labellisé développement durable pour les adultes), corbillard, porteurs, correspondant à cette formule.

Le bénéfice de ce type de convois est accordé par le délégant au terme d'une procédure spécifique préalable permettant d'établir que le défunt est dépourvu de famille, de ressources relationnelles et de ressources financières.

Ce dispositif élaboré entre la Ville et ses Services Sociaux intègre les modalités financières relatives à cette prise en charge. Il fait l'objet de mesures contractuelles spécifiques imposées au délégataire (cf. annexe 8.b et 9).

Le délégataire est indemnisé intégralement de cette contrainte de service public suivant des modalités fixées dans le présent contrat et ses annexes.

Règlement des convois sociaux .

1 - Bénéficiaires

Les bénéficiaires de la présente procédure sont « les personnes dépourvues de ressources relationnelles et/ou financières suffisantes » et bénéficiaires de la mise en œuvre des convois funéraires au titre des articles L. 2213-7 et L. 2223-27 du Code Général des Collectivités Territoriales.

1er cas : Les défunts, « personnes dépourvues de ressources financières et relationnelles suffisantes ».

Il s'agit de personnes décédées à PARIS dont les ressources identifiées ne suffisent pas au financement de leurs propres obsèques, et pour lesquelles personne n'a manifesté le souhait d'être présent aux obsèques.

Les ***Services Funéraires - Ville de PARIS*** ont en charge de mettre en œuvre un convoi social collectif avec inhumation en concession gratuite de cinq ans sans extension ni dérogation.

2ème cas :

Il s'agit de personnes :

décédées à PARIS quel que soit leur domicile,

décédées hors de PARIS et dont le domicile est à PARIS,

décédées dans des établissements hors PARIS gérés par la Collectivité parisienne ou le CASVP.

Ces défunts n'ont pas de ressources personnelles suffisantes pour financer leurs obsèques ; mais il est constaté l'une des deux situations suivantes :

. **a)** la présence d'une personne non soumise à l'obligation alimentaire (article 205 du Code Civil) aux obsèques (dans ce cas, en dehors du défunt, il n'est pas fait d'étude de situation personnelle autre) ;

. **b)** la présence d'une personne soumise à l'obligation alimentaire (article 205 du Code Civil) aux obsèques ; cette personne ne disposant pas de ressources suffisamment importantes pour couvrir le financement des obsèques du défunt (dans ce cas, en plus de l'étude de situation personnelle du défunt, il devra, dans la mesure du possible, être joint une étude de situation personnelle pour les membres de la famille du défunt tenus par l'article 205 du Code Civil).

Dans cette hypothèse, il sera organisé un convoi sur la base des prestations mises en œuvre dans les devis-types de base des convois sociaux de la collectivité parisienne.

Sur demande de mise en œuvre d'un convoi individuel, émanant notamment d'un établissement où repose le défunt (hôpitaux, cliniques, chambres funéraires), des familles, de connaissances, des travailleurs sociaux du CASVP ou de la DASES, voire des autres administrations parisiennes concernées, d'associations œuvrant dans le domaine de la santé, du sanitaire, du social,..., le Délégataire de la Collectivité parisienne mettra en œuvre un convoi individuel avec, dans la mesure du possible, inhumation en concession existante ou à défaut en concession de dix ans, ou avec crémation, ou rapatriement, conformément aux devis annexés à la Convention de Délégation de Service Public et dans le respect de la réglementation en vigueur.

À l'exception des convois entièrement gratuits, la Ville de PARIS accepte, pour le respect des cultes,

croyances ou des rapprochements familiaux :

- une inhumation en concession familiale préexistante,
- un rapatriement dans le pays d'origine du défunt,
- une inhumation en concession parisienne à créer de dix ans.

Les frais liés à ces extensions sont en totalité à charge de la famille ou des proches du défunt sans financement de la ville de PARIS sauf accord spécifique de prise en charge sur examen de la situation particulière.

3ème cas :

Il s'agit de personnes :

- décédées à PARIS quel que soit leur domicile,
- décédées hors de PARIS et dont le domicile est à PARIS.

Ces défunts disposent de ressources personnelles suffisantes pour financer leurs obsèques pouvant être prélevées sur les comptes du défunt dans les limites réglementaires ; mais aucun proche ne s'est manifesté pour prendre en charge l'organisation des obsèques.

La mise en œuvre d'un convoi sur la base des prestations définies dans le cadre des devis- types convois sociaux relève de la volonté d'une politique sociale et éthique de la Ville.

Ils font l'objet d'une demande de mise en œuvre d'un convoi individuel, émanant de l'établis- sement où repose le défunt (hôpitaux, cliniques, chambres funéraires), des familles, des proches ou de relations, des travailleurs sociaux du CASVP ou de la DASES, voire des autres administrations parisiennes concernées, d'associations œuvrant dans le domaine de la santé, du sanitaire, du social.

Dans ce cas particulier, les ***Services Funéraires - Ville de PARIS*** ont en charge de mettre en œuvre un convoi social individuel avec idéalement inhumation en concession existante ou à défaut en concession de dix ans permettant le renouvellement à terme ou, à défaut, en concession gratuite de cinq ans, selon les disponibilités financières.

Les frais liés aux obsèques sont en totalité prélevés sur le compte du défunt sans finance- ment complémentaire de la ville de PARIS sauf accord spécifique de prise en charge sur examen de la situation particulière.

2 - Saisines des services de la Ville (en charge du secteur du funéraire) et du Délégataire de la Ville par les personnes physiques ou morales à l'initiative de la demande

Dans les cas de figure précités, les personnes physiques ou morales, à l'initiative du dossier ouvert, saisissent d'une part les services de la Ville en charge du secteur funéraire (Mission Funéraire) d'une demande de mise en œuvre de convoi funéraire relatif à ce défunt, avec transmission d'une étude de situation personnelle du défunt, ainsi qu'éventuellement des membres de sa famille tenus à l'obligation alimentaire (article 205 du Code Civil), et d'autre part le Délégataire de la Ville d'une demande d'organisation de convoi pour des personnes dépourvues de ressources suffisantes.

Les personnes physiques ou morales, à l'initiative de la demande, doivent, à ce titre, ouvrir un dossier administratif qui comprendra la demande de prise en charge financière, l'état civil du défunt, celui de sa famille, les dates et lieux du décès, leurs date et lieu de naissance, leurs lieux de résidence, les ressources déclarées par le défunt ou sa famille. L'ensemble de ces éléments étant destiné à justifier l'impossibilité de couvrir tout ou partie des frais d'obsè- ques et, en conséquence, la prise en charge financière sollicitée.

Pour établir ces informations et sauf documents en vigueur dans d'autres administrations acceptés par les services de la Ville en charge du secteur du funéraire, un modèle d'étude de situation devra être établi par la DASES, le CASVP, l'AP-HP, la Préfecture de Police, ..., et transmis à la Mission Funéraire. La trame de ce document est évolutive et pourra être adaptée par chacune de ces administrations, dans le respect des informations minimums demandées par les services de la Ville (cf. modèle joint).

Le Délégataire de la Ville et les services municipaux habilités saisis d'une demande de mise en œuvre d'un convoi funéraire travaillent de manière simultanée et coordonnée :

le Délégataire de la Ville instruit le dossier en vue de la réalisation des obsèques : il reçoit les familles et évalue avec elles leurs besoins et leurs volontés, il détermine les prestations et services qui seront effectués sur la base des prestations définies dans le cadre des devis-types convois sociaux ;

le service de la Ville en charge du funéraire (Mission Funéraire), examine les élé- ments de l'étude de situation jointe à la demande de mise en œuvre d'obsèques. Lorsque les services de la Ville envisagent un rejet de la demande, ils en informent le Délégataire de la Ville deux jours ouvrés avant la date fixée pour les obsèques ; tout refus sera dûment motivé, ce motif étant communiqué aux personnes intéressées sur demande écrite de leur part. Tout dossier qui ne fait pas l'objet d'un refus dans le délai fixé est considéré comme accepté. En 2011, la Ville envisage de retenir les critères d'appréciation des demandes suivants : critères humains ; critères sociaux ou de précarité ;

3 - Traitement des demandes de prise en charge financière

Le Délégataire de la Ville et les services municipaux habilités saisis d'une demande de mise en œuvre d'un convoi funéraire travaillent de manière simultanée et coordonnée :

. - le Délégataire de la Ville instruit le dossier en vue de la réalisation des obsèques : il reçoit les familles et évalue avec elles leurs besoins et leurs volontés, il détermine les prestations et services qui seront effectués sur la base des prestations définies dans le cadre des devis-types convois sociaux ;

. - le service de la Ville en charge du funéraire (Mission Funéraire), examine les éléments de l'étude de situation jointe à la demande de mise en œuvre d'obsèques.

4 - Clôture du dossier

critères de ressources : pour 2011, impôt inférieur à 992 € sauf situations exceptionnelles signalées ; ce niveau d'imposition correspondant à l'un des niveaux d'imposition retenu d'une manière générale dans le barème du règlement municipal des prestations sociales facultatives adopté par le Conseil de PARIS.

En cas d'acceptation de prise en charge financière, les services de la Ville ou le Délégataire préciseront aux familles que la Ville de PARIS se réserve le droit de recouvrir les frais d'obsèques dans les trois ans si le bien-fondé de l'aide financière apparaissait comme contestable.

ANNEXE 4 : Contrat de cryogénie de la Société KryoRus (Russie)

Disponible sur : http://www.kriorus.com/en/Contract-examples [consulté le 13 nov. 2016].

CONTRACT № _____

for scientific research

Moscow, ___ _____ 201_

Society with limited liability KrioRus, hereinafter referred to as **Contractor**, acting in accordance with Statute and existing laws of the Russian Federation and represented by General Director Valeriya Udalova, and _____, hereinafter referred to as **Customer**, make the present **Contract** as follows:

1. The subject of the Contract

1.1. Relying on the possibilities of future medical technologies, the **Customer**, being mentally competent wants _____ _____, *passport* _____ */death certificate*_____ _____, hereinafter referred to as the Cryopatient, to be preserved using an experimental method known as cryonic preservation (hereinafter Cryopreservation).

1.2. In paragraphs 2.2, 2.2.2, 2.3, 3.2, 3.2.1, 3.3.1, 3.4, 3.5.1, 3.11, 4.2, 43, 4.5, 4.7, 4.8, 5.1, 5.3, 7.4, 8.3the term Cryopatient refers to a person who wishes to be criopeserved, while in other paragraphs "Cryopatient" refers to either this person's body, head, or brain (in accordance with paragraph 5.1

1.3 **Customer** wishes and **Contractor** agrees to perform scientific work required for Cryopreservation in accordance to the terms of present **Contract**.

1.4 Thereby, after careful and all-around consideration that the parties confirm to be adequate and sufficient, the parties agree that the **Contractor** will preserve body (brain) of the Cryopatient by the method of Cryopreservation, the **Customer** in accordance with the present **Contract** will meet expenses and pay **Contractor's** fee for performing this experimental work and that both parties ought to act as required for Cryopreservation in accordance with terms stated hereunder.

2. Scientific work to be performed

2.1. The term "cryopreservation" refers to an experimental scientific procedure for preservation of the brain, head or body of the person (in accordance with the option selected in paragraph 5.1) at ultralow temperatures. Cryopreservation consists of two phases: "cryonic suspension" (preparing the body for cooling and the cooling itself) and "cryonic storage" (long-term storage at ultralow temperatures).

2.2. The **Contractor** agrees it shall endeavor best efforts to cryonic suspension and cryopreservation, using the methods (in the view of the financial restrictions imposed by the amount paid by the **Customer**, the delay of notification, the remote location of the Cryopatient, legal obstacles and other circumstances), which **Contractor** deems necessary for the most complete preservation of the Cryopatient that is most likely to retain the capacity of the Cryopatient to function after the recovery as a living person.

2.2.1. Realizing the impossibility of accurately assessing the likelihood of successful recovery of Cryopatient in the future, the parties recognize that the view of the low probability of recovery by the **Contractor**, **Customer**, their representatives or a third party cannot justify refusal to perform the experimental work on cryopreservation.

2.3. **Contractor** performs all the procedures with Cryopatient after his or hers legal death. Preparations before his or hers legal death are being performed only if the laws of the country in which procedures are being perform allow such procedures.

3. Duties of the Contractor

3.1. After the signing of the **Contract** the **Contractor** as agreed with the **Customer** can send him instructions, equipment or materials for the preparation of the recommended initial actions for cryopreservation.

3.2. After being notified about the critical condition of the Cryopatient, the **Contractor** advises and makes recommendations for **Customer** or his representatives about the possible organization of delivery of the Cryopatient after death for conducting a cryopreservation.

3.2.1. The critical condition of the Cryopatient herein refers to death, terminal illness or any other serious danger to life.

3.2.2. When the Cryopatient is located in the territory of Moscow, the **Contractor** will organize the delivery of the Cryopatient after death to perform cryopreservation.

3.2.3. When location area of the Cryopatient is outside of Moscow, the **Contractor** instructs the **Customer** or his representatives to arrange delivery and, at **Contractor's** sole discretion, assist in delivery.

3.2.4. **Contractor** endeavors to transport the Cryopatient with the maximum speed possible, taking into accounts transportation (availability of flights, etc.), legal (filing documents required by the public authorities) and other limitations.

3.3. Whenever possible, taking into account the time of warning, Cryopatient's location and accessibly, as well as other factors, after the death of the Cryopatient, the **Contractor** performs the *stabilization* of the Cryopatient.

3.3.1 The stabilization herein refers to post-mortem intravenous injection of drugs to minimize damage to cells and tissues of the body of the Cryopatient due to oxygen deprivation and other processes and phenomena, beginning after death.

3.3.2. If circumstances and technical capabilities permit, then artificial blood circulation is provided to supply cells with oxygen to protect against ischemia before perfusion.

3.4. To reduce damage when cooled below 0 °C cryoprotective agent is used: protective substance that prevents or reduces the forming of ice crystals in the cells and intercellular space of the body/ head/ brain of the Cryopatient.

3.4.1. Perfusion by cryoprotectant is not conducted in the absence of such a possibility because of the late notification, the remote location of the Cryopatient or if the Cryopatient has already been frozen to a temperature below 0°C.

3.5. In the view that low temperature is the key to slow the destructive processes in the body and the central part of cryopreservation, the **Contractor** provides quality cooling of the Cryopatient at all stages of cryonic suspention performed by the **Contractor**, confirmed by the constant monitoring of the internal and external temperature of the Cryopatient.

3.5.1. Upon receipt of information about the critical condition of the Cryopatient, the **Contractor** gives the **Customer** or his representatives the recommendations on cooling the Cryopatient's body after legal death.

3.5.2. In case initial transportation to the place of perfusion of the Cryopatient is done by the **Contractor**, the **Contractor** starts cooling of the Cryopatient to the target temperatures of 1-10 °C above zero while in transit. When it is technically possible liquid cooling is used.

3.5.3. During perfusion low temperature of the Cryopatient is maintained, cooled solution of cryoprotectant is used.

3.5.4. After completion of perfusion the **Contractor** cools the Cryopatient to a temperature of permanent storage. When it is technically possible it is done using computer controlled freezer to ensure optimum cooling rate.

3.6. The Cryopatient is placed for cryopreservation into a cryostat – a container filled with liquid nitrogen.

3.6.1. When the whole body is preserved, the **Contractor** ensures the body of the Cryopatient is placed into a cryostat in the position optimal for long-term *cryostorage*.

3.7. The **Contractor** shall provide cryopreservation of the Cryopatient for the term of the contract. Storage is to be carried out at a temperature of -196 °C (temperature of evaporation of liquid nitrogen). When stored in liquid nitrogen the Cryopatient is maintained in a fully submerged position.

3.7.1. If it is necessary to remove the Cryopatient, for example, to move to another cryostat, all measures are taken to maintain the temperature of -196 °C.

3.7.2. At its own discretion, the **Contractor** can arrange storage at intermediate temperature of -100 °C to -130 °C in the vapor of liquid nitrogen.

3.7.3. If it is impossible to use liquid nitrogen, the **Contractor** may temporarily use dry ice (sublimation temperature -78 °C). **Contractor** shall notify the **Customer** or its representatives about that.

3.8. In the case of change of regime of storage the **Contractor** controls the rate of temperature change.

3.9. The **Contractor** shall use best efforts to ensure the safe cryopreservation of the Cryopatient. These efforts include ensuring security of cryostorage, legal protection and other necessary efforts. Nevertheless, in view of the long-term work on cryopreservation and high level of risk, the parties recognize that the **Contractor** cannot guarantee the success of such efforts.

3.10. In view of the long duration of work on cryopreservation, the undevelopment of cryonics in the world, the risks that inevitability are inherent in new technologies, the parties agree that in case of emergency, at its own discretion and with mandatory notification of the **Customer** or its representatives, to ensure the continued cryopreservation of Cryopatient the **Contractor** may take the following steps:

3.10.1. Transportation of the Cryopatient to another cryonic organization that agrees to continue cryopreservation of the Cryopatient.

3.10.2. In case it was selected (in Section5.1) to preserve the entire body, "conversion" from the entire body to neuropreservation (storing only the head or brain), i.e., the separation of the head from the body while maintaining the storage temperature and subsequent preservation of only the head.

3.11. At that time in the future, when the **Contractor** will decide that the Cryopatient can be revived and satisfactorily cured with the use of available medical technology, and when the revival of the Cryopatient and its treatment will be economically viable (taking into account the amount paid by the **Customer**), the **Contractor** will take all reasonable steps to involve qualified professionals and medical workers to revive and cure Cryopatient.

4. Duties of the Customer

4.1. The **Customer** is obliged to pay for the work on the cryopreservation in accordance with the present **Contract**.

4.2. While sighing the **Contract** before Cryopatient's death, **Customer** must to take measures for making Declaration of Intention of Cryopatient's desire to be cryopreserved. The copies of the documents must be presented to the **Contractor**.

4.2.1. **Customer** recognizes that the absence of such documents might intervene with cryopreservation. **Contractor** does not keep responsibility for the consequences of their absence.

4.3. The **Customer** or his representatives must notify about critical condition of the Cryopatient immediately.

4.4. The **Customer** must pay careful attention to the recommendations of the **Contractor** on cooling, storage, transportation and other activities on cryopreservation of the Cryopatient.

4.5. All information available to the **Customer** regarding the state of the Cryopatient, the conditions of his (hers) storage, transportation, medical history, presence of legal or logistical problems and risks, the positions of doctors, government officials and any other information relevant to the death of the Cryopatient and its cryopreservation, the **Customer** must provide timely to the **Contractor**.

4.6 If the Cryopatient is located outside of Moscow, the **Customer** is obliged to organize transportation of Cryopatient to Moscow in compliance with requirements and timing specified by **Contractor**,

including maintaining the required temperature and preparing the necessary certificates and other legal documents.

4.7. The **Customer** is obliged to pass the body (head or brain) of Cryopatient to **Contractor** for cryopreservation with providing all necessary documents required by the legislation of Russian Federation including the master copy (original) of the death certificate (State Certificate of Death).

4.8. The **Customer** is obliged to coordinate with **Contractor** the amount of information about Cryopatient, that could be used by **Contractor** in informational materials. **Customer** is obliged to give that information, including photo and video materials, in coordinated amount.

5. Contract price

5.1 **Customer** chooses the cryopreservation of *whole body / brain* (underline the **Customer's** choice) of the Cryopatient.

5.2. **Contract** price is _____.

5.2.1. **Contract** price includes the cost of experimental work on cryopreservation, on condition that they will be performed in Moscow, and cryostorage for a period of 100 years.

5.2.2. The price of the **Contract** includes transportation within the city of Moscow, Russia only. Transportation to Moscow is at **Customer's** own expense.

5.3. Recognizing that technologies needed for revival of the Cryopatient have not yet been developed, but could be developed in the future, and also recognize the possibility of huge economical and social changes in society, both parties agree that the nature of additional work to revive the Cryopatient, related expenses and amount of compensation will be defined by additional contract in the context of reality at the time of revival.

5.3.1. **Customer** may at its discretion allocate additional funds to the **Contractor** beyond the contract price for the financing of future experimental work on revival or scientific research to develop technologies needed for revival. Transfer of funds for these purposes is governed by a separate contract.

6. Payment procedure

6.1. Payment for scientific research on cryopreservation is made by cash payments or by bank transfers to OOO "KrioRus" bank account.

6.2. Payment is made in accordance to following schedule of payments:

6.3. The **Contractor** has a right at its own discretion to carry out work on a temporary or permanent cryopreservation of the Cryopatient even in the case of incomplete payment of this **Contract**.

7. Duration and Procedure for termination of Contract

7.1. **Contract** is valid from the date of signing.

7.2. Relying on opinions of Russian and foreign experts on rates of development of medical technologies including nanomedicine, and predictions about possible revival of cryopatiens in the third-forth quarter of the 21 century, the parties establish duration of contract to be 100 years, from the moment of signing.
7.3 If the possibility of reviving cryopatients does not appear during the term of the **Contract** and in the absence of violations of the **Contract**, the **Contract** is automatically prolonged for another 25 years each time.
7.4 The start of preparation for cryopreservation is defined as the first notification of the Contractor about the critical state of the Cryopatient.
7.5 The Customer has a right to terminate the Contract before the preparation to cryopreservation is started by giving the Contractor a 2 (two) weeks' notice. The money paid is refunded excluding expences actually incurred by the Contractor for preparation to perform the scientific work under this Contract.
7.6 The Contractor has a right to terminate the Contract before preparation to cryopreservation is started by giving the Customer a 2 (two) weeks' notice. The money paid is refunded excluding expences actually incurred by Contractor for preparation to perform the scientific work under this Contract.
7.7. If the Customer violates the schedule of payments, the Contractor has a right to terminate the Contract even after beginning of preparation for cryonic suspension. No money is refunded. The Contractor has a right to perform a "conversion" (paragraph 3.10.2), return the Cryopatient to the Contractor or its representatives or bury the remains of Cryopatient.

8. Guarantees and responsibility of the Contractor

8.1. Contractor agrees to fulfill in good faith his obligations under the Contract.
8.2. Customer acknowledges that the Contractor does not provide any guarantee for revival of the Cryopatient.
8.3. Customer also acknowledges that Contractor does not provide any guarantee for successful preservation of the Cryopatient (according to paragraphs 3.9 and 3.10).
8.4. Contractor is responsible for storage of Cryopatient in conditions, described in paragraph 3.
8.5. The Contractor is not responsible for cryopreservation of Cryopatient at locations other than the facilities the Contractor is using in Sergiev Posad, Moscow Region or any other location, where the Contractor has the capabilities and equipment needed for cryopreservation of Cryopatient.
8.6 Contractor declines all responsibility for deficiencies of the Cryopreservation caused by activity or inactivity of the Customer or his representatives.
8.7 If a delay in performing or failure to perform the obligations is caused by force majeure circumstances beyond Contractor's control, the Contractor declines all responsibility for such delay or failure to perform.

8.8 In case that any party (Contractor or Customer) come to know about force majeure circumstances or a possibility of such circumstances emerging that prevent the performance of the duties under this Contract, that party will immediately inform the other party by phone at numbers listed in the Contract or by any other agreed upon way.

8.9 The Customer is allowed to request and obtain during working hours comprehensive information about work performed by the Contractor, without undue intervention and within limits protecting commercial secrets.

8.9.1 More specifically, the Customer has a right to request from the Contractor the following documents: a cryopreservation report, including photographic images and video recordings in amount decided by Contractor; a risk report; a financial report detailed as decided by Contractor. Documents are to be presented within 1 (one) month from the date of request.

8.9.2 The Customer is obliged to keep confidential the information obtained from the Contractor that is a commercial secret, he may not pass such information to third parties without written permission of the Contractor.

9. Settlement of disputes

9.1. This contract is written in two languages – Russian and English. In case of differences the Russian version has precedence.

9.2 Disputes and differences that may emerge in the course of the present Contract will be resolved to the extent possible by the means of negotiations.

9.3 In case of impossibility to resolve emerging disputes by means of negotiations these disputes will be resolved in accordance with the procedure established by law in Moscow civil court.

BIBLIOGRAPHIE

Les références sont classées par ordre alphabétique des noms d'auteurs. Les productions institutionnelles ou collectives ainsi que celles dont l'auteur n'est pas identifié sont rangées par ordre antéchronologique de parution. Enfin, et sauf mention contraire, l'édition est parisienne.

OUVRAGES GÉNÉRAUX : MANUELS, TRAITÉS, DICTIONNAIRES

(tous domaines)

A

Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1re éd., Dalloz, 2002.

Chr. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités,* PUF, coll. Droit fondamental, 1985.

B

M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil,* Chr. LATTOUMET (dir.), 3e éd., Économica, 2016.

J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2e éd., Montchrestien, 2009.

A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ-Lextenso éditions, 8e éd. 2015.

G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil. Tome 1*, Recueil Sirey, 1912.

G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil,* 2e éd., Sirey, 1902.

Fl. BELLIVIER, *Droit des personnes,* Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2015.

A. BÉNABENT, *Droit de la famille,* Montchrestien-Lextenso éditions, 2012.

E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes,* t. II, éd. Minuit, 1969.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, 2012.

J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.

L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT, A. REVILLARD, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre,* De Boeck, Bruxelles, 2008.

Chr. BIGOT, *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Guide Légipresse, Victoires Éditions, 2004.

Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, 2e éd., 2014.

B. BOULOC, *Droit pénal général,* 24e éd., Précis, Dalloz, 2015.

H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2002.

J.-Fr. BRÉGUI, *Droit romain. Les biens et la propriété* Ellipses, 2009.

Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Lexis-Nexis, 3e éd., 2014.

Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil – Introduction – Biens – Personnes – Famille*, 16e éd., Sirey, Dalloz, 2009.

C

F. CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.

J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3e éd., PUF, 2014 ainsi que 2e éd., 2006.

J. CARBONNIER, *Droit civil,* vol. 1, Quadriges/PUF, 2004.

J. CARBONNIER, *Sociologie juridique,* Quadriges/PUF, 2e éd., 2004.

S. CARVAL, *les conditions de la responsabilité,* 4e éd., LGDJ-Lextenso, 2013.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2014.

Ph. CONTE, *Droit pénal spécial,* 4e éd., Lexis-Nexis, 2013.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. Quadrige, PUF, 11e éd., 2011.

G. CORNU, *Droit civil. Les biens,* Montchrestien, 13e éd., 2007.

G. CORNU, *Droit civil. Les personnes,* Montchrestien, 13e éd., 2007.

G. CORNU, *Linguistique juridique,* 3e éd. Montchrestien, 2005.

G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 8e éd., Domat droit privé, Montchrestien, 1997.

D

Fr. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale,* 3e éd., 2013.

Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHEC, *Droit pénal général,* 10e éd., Économica, 2003.

Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, Montchrestien, 9e éd, 2007.

E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005.

D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel,* 10e éd., Domat droit public, LGDJ-Lextenso éditions, 2013.

W. DROSS, *Droit des biens,* LGDJ-Lextenso éditions, 2e éd., 2014.

W. DROSS, *Droit civil. Les choses,* LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

G

J. GAUDEMET et E. CHEVRAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3e éd., 2009.

P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique,* PUF, 9e éd., 2015.

J. GHESTIN, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité,* 3e éd., LGDJ.

J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 2e éd., LGDJ, 1982.

G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes,* LGDJ, 1989.

C. GRIMALDI, *Droit des biens,* LGDJ-Lextenso éditions, 2016.

M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions,* Litec, 6e éd., 2001.

H

St. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 2e éd., Dalloz, 2015.

L

W. J. LARSEN, G. C. SCHOENWOLF, St. BLEYL, Ph. BRAUER, Ph. FRANCIS-WEST, *Embryologie humaine,* De boeck, 2011.

A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUREAU, *Droit de la santé,* 3e éd., Thémis Droit, PUF, 2012.

A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille.* PUF, 1996.

B. LEGROS, *Droit de la bioéthique,* Les études hospitalières, Bordeaux, 2016.

A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial,* PUF, 1re éd., 2015.

A.-M. LEROYER, *Droit de la famille,* PUF, 1re éd., 2011.

Gr. LOISEAU, *Le droit des personnes,* Ellipses, 2016.

G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2004.

M

Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens,* 6e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2015.

Ph. MALAURIE, *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, coll. Droit civil, Defrénois - Lextenso éditions, 8e éd. 2016.

Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale,* 3e éd., Defrénois, 2009.

Ph. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, coll. Droit civil, Defrénois, 2004.

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations,* Defrénois, 2004.

A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, 2e éd., 2014.

J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme,* 3e éd., Dalloz, 2005.

B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux,* LGDJ, 2002.

M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013.

Y. MAYAUD, *Droit pénal général,* 3e éd., PUF, 2004.

H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Tome 1, Introduction à l'étude du droit*. 5e éd, Montchrestien, 1965.

J. MELEZE MODRZEJEWSKI, *Le droit grec après Alexandre,* coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012.

Th. MOMMSEN et J. DUQUESNE, *Le droit pénal romain*, Manuel des antiquités romaines, vol. 1., éd. A. Fontemoing, 1907.

N

R. NAZ, *Dictionnaire de droit canonique*, éd Letouzey ; 1957.

P

R. PIÉDELIÈVRE, *Précis de droit international public ou Droit des gens,* éd. Pichon, 1894.

M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité de droit civil français, t. 3, Les biens,* par M. PICARD, 2e éd., LGDJ 1952.

M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* 1re éd., LGDJ, 1899.

E. de la POIX de FREMINVILLE, *Dictionnaire ou Traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneuries de la campagne*, Paris, 1771.

J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial,* 5e éd., coll. Préférences, éd. Cujas, 2010.

R

M.-L. RASSAT, *Droit pénal général,* 3e éd., coll. cours magistral, éd. Ellipses, 2014.

M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal,* 6e éd., Précis, Dalloz, 2011.

G. RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence,* 5e éd., Lexis-Nexis Litec, 2006.

J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011.

J.-A. ROGNON, *Code pénal expliqué,* imprimerie de H. Plon, 1865.

S

A. SÉRIAUX, *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997.

Br. SCHMIDLIN, *Droit privé romain. t. 1 Origines et sources. Famille Biens Succession,* Université de Génève, Bruylant, 2008.

Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme,* 10e éd., PUF, 2011.

T

Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6e éd., 2003.

Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations,* 8e éd., Précis, Dalloz, 2002.

Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 2010.

Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités.* Dalloz, 7e éd., 2005 et 8e éd., 2012.

B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes,* 17e éd., Lexis-Nexis, 2015.

V

A. VIRIEUX-REYMOND, *Introduction à l'épistémologie,* PUF, 2e éd., 1972.

A. VUILLEFROY, *Traité de l'administration du culte catholique : principes et règles d'administration, extraits des lois, des ordonnances royales etc.,* éd. Joubert, 1842.

Z

Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Successions,* PUF, 2012.

Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens,* 3e éd., PUF, 2008.

Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes,* 1re éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2006.

E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000.

Autres

Dictionnaire du corps, M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007.

Dictionnaire de droit de la santé et de biomédecine, Ph. PEDROT (dir.), Ellipses, 2006.

Dictionnaire de la culture juridique, D. ALLAND et S. RIALS (dir.)„ Lamy PUF, 1re éd., 2003.

La pratique de la philosophie, Hatier, 2000.

Les mots de la loi, N. MOLFESSIS (dir.), Économica, 1999.

OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MONOGRAPHIES

§1. Thèses et mémoires (tous domaines)

A

F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*, th., PUAM, 2005.

R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles,* Bibliothèque de droit privé, t. 263, LGDJ, 1996.

Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence,* coll. Thèses de l'IFR/Droit public, LGDJ-Lextenso éditions-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, th. Caen, LGDJ, 2003.

R. AUDIBERT, *Funérailles et sépultures de la Rome païenne. Des sépultures et de la liberté des funérailles en droit civil*, th. Paris, 1885, éd. Arthur Rousseau.

Ch. AZARD, *De la diffamation envers les morts et de la critique historique*, th. Paris, éd. Rousseau, 1901.

B

N. BAILLON-WIRTZ, *La famille et la mort,* th. Paris II, coll. Doctorat et notariat, t. 17, éd. Defrénois, 2006,

M.-O. BARBAUD, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso éditions, 2014.
E. BARTHE, *De la situation juridique et des droits de l'enfant conçu.* Th, Toulouse, 1876.

E. BAYER, *Les choses humaines*, th. dact. Toulouse 1, 2003.

E. BELLA EMANE-BOUENDJA, *L'esclave à Rome et en Italie à l'époque impériale. Étude épigraphique*, th. Paris IV, 2005.

P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997.

L. BELIN, *Des droits du mari sur la personne et sur les biens de sa femme. Droit romain,* th. Nancy, 1871.

A. BERNARD, *La sépulture en droit canonique. Du décret de Gratien au Concile de Trente*, th., Paris, 1933, éd. Domat-Montchrestien.

A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003.

R. BONNIN, *Les funérailles,* th. Paris, Imprimerie Bonvalon-Jouve, 1908.

X. BIOY, *Le concept de personne humain en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.

E. BIRDEN, *La limitation de droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. E. DECAUX, coll. Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2015.

Ch. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* coll. Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2016.

R. BROCAS, *Le droit d'autopsie. Étude historique et juridique*, th. Paris, 1938, imprimerie Louis Jean.

O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme,* Economica, 2004.

K. BUREAU, *La pénalisation des atteintes à la dignité des victimes par l'article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881, issu de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, th. Montpellier I, 2006.

C

M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014.

M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes,* th. Paris I, LGDJ, 2008.

L. A. CORNIQUET, *Les attributions juridiques des pontifes,* th. Paris, 1894, éd. Durand et Pédone-Lauriel.

D

H. DANIEL-LACOMBE, *Des sépultures en droit romain et en droit français,* th. Poitiers, 1886.

Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, th., Économica, 2007.

A. DAVID, *Structure de la personne humaine. Limite actuelle entre les personnes et les choses,* coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, PUF, 1955.

P.-J. DELAGE, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de L'Homme et de l'animal,* coll. Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2015.

S. DESMOULIN *L'animal entre science et droit,* PUAM, 2006.

J.-Cl. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, th. Poitiers, Les études hospitalières, 2004.

S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis / Bruylant, Bruxelles, 2001.

J-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* LGDJ / Lextenso, 2015.

M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th. dact, Paris I, 2015.

F

S.-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination*, th. dact., Paris I, 2015.

G

E. GAILLARD, *Générations futures et droit privé. Vers un droit des générations futures,* th. Orléans, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 527, LGDJ-Lextenso, 2011.

A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, Th. dact. Lyon 3, 2015, dir. B. MALLET-BRICOUT.

P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public,* th. Bordeaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2014.

A. GOGOS-GUINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, th. dact., Paris 1, 2008.

R. GOUFFIER, *La législation des funérailles et des pompes funèbres*, éd. Pédone, Paris, 1902.

A. GUYARD, *Retentissement du handicap de l'enfant sur la vie familiale,* th. dactyl, Grenoble, 2012. Disponible sur : https://www.google.fr/search?q=GUYARD%2C+Retentissement+du+handicap+de+l%E2%80%99enfant+sur+la+vie+familiale&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gfe_rd=cr&ei=BCsoWKOKDdaBaNWJqIAM [consulté le 13 nov. 2016]
.

H

N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e^ siècle,* Bibliothèque de droit privé, t. 381, LGDJ, Paris, 2002.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps,* coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004.

Al. HUNTER, Retirement home ? France's migrant worker hostel and the dilemma of late-in-life return, *University of Edinburgh*, 2011.

J

Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits,* PUAM, 2004.

L

Gr. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat,* Bibliothèque de droit privé, t. 274, LGDJ, Paris, 1997.

X. LABBÉE, *La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort.* Presses universitaires de Lille, 1990.

R. LALOU, *Étude de la maxime* infans conceptus pro nato habetur *en droit français,* th. Paris, 1904, éd. Arthur Rousseau.

T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes – Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, coll. de thèses, Larcier, Bruxelles, 2005.

A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques,* th. dact. Paris II, 1995.
C. LÉVY, *La personne humaine en droit*, th. dact. Paris 1, dir. C. LABRUSSE-RIOU, 2000.

K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Bruylant / Nemesis, 2008.

M

Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective,* th. Grenoble, LGDJ, 2016.

F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice,* Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 125, Dalloz, 2013.

J.-P. MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé,* th. Limoges, PUF, 1992.

D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste,* Bruylant, Bruxelles, 2006.

A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'union européenne,* th. Paris I, dir. H. MUIR WATT, 2014.

J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, th. dact., Paris I, 2016.

M. MESNIL, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental,* th. dactyl., Paris Descartes/Université de Neuchâtel, dir. A. LAUDE, O. GUILLOT, 2015.

J. MESMIN d'ESTIENNE, *L'État et la mort,* th. Paris II, LGDJ-Lextenso, 2016.

S. MOLINIER-POTENCIER, *La sépulture des protestants de l'édit de Fontainebleau à l'édit de tolérance (1685 – 1792)*, th., Paris II, 1996.

S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique,* L'Harmattan, 2005.

F. MONTIER. *Droit romain : Essai sur la législation de l'enfant conçu. Droit français : de l'avortement criminel. Étude des moyens de le prévenir et de le réprimer,* th. Paris 1894, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

J.-D. MOUTON, *Étude de la méthode d'interprétation dite de l'effet utile en droit international public,* th. dact., Nancy II, 1987.

P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique,* préf. Fr. SUDRE, PUAM, 2005.

N

Cl. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents,* Bibliothèque de droit privé, t. 182, LGDJ, 1984.

O

R. ORMAND, *La notion de « l'effet utile » des traités communautaires dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes,* th. dact., Paris 1, 1975.

P

X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises,* PUAM / Économica, 1990.

A. PHILIPPOT, *L'être humain au commencement de sa vie,* th. Paris 1, 2012.

M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Économica, 2006.

J. PICON, *Organisation et compétence du collège des pontifes*, th. Poitiers, 1883.

E. PORT-LEVET-SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé,* th. Lyon III, 1983.

H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2009.

St. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, coll. Thèse, Les études hospitalières, Bordeaux, 1999.

R

M. REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain. Entre sacralité et disponibilité*, th. Montpellier 1, 2010, coll. Thèses, Les études hospitalières.

G. de ROBILLARD de BEAUREPAIRE, *Du culte des ancêtres chez les romains, dans ses rapports avec le droit privé.* Thèse, Caen, 1890.

S

M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique,* th. Paris 2, 1983.

L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Librairie du recueil Sirey, 1938.

L.-M. SCHMITT, *Les définitions en droit privé*, th. Toulouse 1, 2015.

D. SMADJA, *Bioéthique, aux sources des controverses sur l'embryon,* Dalloz, 2009.

T

Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1957, LGDJ-Lextenso, 2014.

G. TIMBAL, *La condition juridique des morts*, th. Toulouse, 1903.

D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010.

V

A. VUATTOUX, *Genre et rapport de pouvoirs dans l'institution judiciaire, Enquête sur le traitement institutionnels des déviances adolescentes par la justice pénale dans la France contemporaine,* th. Paris 13, 2016.

X

G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre,* th. dact. Paris II, 1993.

Z

I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé,* th. Paris I, 2005.

§2. Monographies et recueils

A. Monographies et recueils extra-juridiques

A

M.-A. d'ADLER, *Le cimetière musulman de Bobigny. Lieu de mémoire d'un siècle d'immigration,* coll. Français d'ailleurs, peuple d'ici, éd. Autrement, 2005.

S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, coll. Café Voltaire, Flammarion, 2009.

A. bra, *Les musulmans face à la mort en France*, coll. Espace éthique, Vuibert, 2006.

S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en Occident. Normes juives, chrétiennes et musulmanes,* L'Harmattan, 2002.

D. ALEXANDRE-BIDON, *La mort au Moyen-Âge. XIII^{e}-XVI^{e} siècle*, coll. Pluriel, Hachette, 2010.

D. ALEXANDRE-BIDON et D. LETT, *Les enfants au Moyen-Âge. V^{e}-XV^{e} siècles,* Hachette, 1997.

J.-M. ANDRÉ, *La médecine à Rome*, Tallandier, 2006.

J. ANDREAU et R. DESCAT, *Esclave en Grèce et à Rome*, Hachette Littératures, 2006.

Ph. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, 1975.

H. ATLAN, *L'utérus artificiel,* Seuil, 2005.

B

G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique,* Librairie philosophique Vrin, 1999 (1938).

R. BARTHES, *Leçon*, Seuil, 1978.

T. L. BEAUCHAMPS et J. J. CHILLDRESS, *Les principes de l'éthique biomédicale*, Les Belles Lettres, 2009, trad. de la 5e éd. américaine (2001).

S. de BEAUVOIR, *Le Deuxième sexe,* NRF, Gallimard, 1949.

M. J. BEHE, *La boite noire de Darwin*. *L'intelligent Design*, coll. Sciences et quête de sens, éd. Presses de la Renaissance, trad. G. THILL et A. WEIL, 2006, 2009 pour la trad. française.

E. BELLANGER, *La mort, une affaire publique. Histoire du syndicat intercommunal funéraire de la région parisienne,* Les éditions de l'Atelier, 2008.

J.-Cl. BOLOGNE, *La naissance interdite. Stérilité, avortement, contraception au Moyen-âge*, éd. Olivier Orban, 1988.

P. BONNASSIÉ, *Les 50 mots clefs de l'Histoire médiévale*, Bibliothèque historique Privat, Toulouse, 1988.

J.-Cl. BONNET, *Naissance du Panthéon. Essai sur le culte des grands hommes*, coll. L'esprit de la cité, Fayard, 1998.

D. BOONIN, A Defense of Abortion, Cambridge University Press, New York, 2003.

P. BOURDIEU, *Choses dites*, éd. De Minuit, 1987.

M.-H. BOURCIER, *Queer zones. Politique des identités sexuelles et des savoirs*, Amsterdam Poche, 3e éd., 2011.
D. LE BRETON, *La chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes,* éd. Métailié, 2008.

J. BUTLER, *Trouble dans le Genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* trad. C. KRAUS, La découverte, 2006 [1990].

J. BUTLER, *Antigone : la parenté entre vie et mort*, trad. G. LE GAUFEY, éd. EPEL, 2003.

C

E. CANTARELLA, *Les peines de morts en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique,* Albin Michel, 2000 pour l'éd. française.

E. CANTELLARA, *Selon la nature l'usage et la loi. Bisexualité dans monde antique,* M.-D. PORCHERON (trad.), La Découverte, 1991 pour l'éd. française.

L. CAPDEVILA et D. VOLDMAN, *Nos morts. Les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIXe-XXe siècle)*, Payot, 2002.

S. CARATINI, *Les non-dits de l'anthropologie,* 2e éd., éd. Thierry Marchaisse, 2012.

C. CARRIERE, M. COURDURIE et F. REBUFFAT, *Marseille ville morte*, Marseille, 1968.

Ph. CASPAR, *L'embryon au IIe siècle*, coll. religion et spiritualité, L'Harmattan, 2002.

M. de CERTEAU, *Histoire et* psychanalyse, Gallimard, 1987.

M. de CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, 1975.

Y. CHAÏB, *L'émigré et la mort. La mort musulmane en France*, coll. CIDIM Mémoire et culture, Edisud, Aix-en-Provence, 2000.

Gr. CHAMAYOU, *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIIIe et XIXe siècles*, coll. Les empêcheurs de penser en rond, La Découverte, 2008.

Y. CHRISTEN, *L'animal est-il une personne ?*, coll. Champs sciences, Flammarion, 2009.

A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, éd. Bachelier, 1830, t. 1.

A. COMTE, *Plan des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société,* Aubier Montaigne, 1970

R. COUVERESSE-QUILLOT et R. QUILLOT, *Les critiques de la psychanalyses,* 3e éd., Que sais-je ?, PUF, 1995.

D

Ch. DARWIN, *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature,* trad. E. BARBIER, La Découverte, 1985 (1880).

G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Politique et psychanalyse,* Bibliothèque des mots perdus, 1977.

G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie, 1. L'Anti-Œdipe*, éd. De Minuit, 1972/1973.

Chr. DELPHY, *Classer, dominer. Qui sont les autres ?*, La Fabrique, 1988.

Y. DESFOSSÉS, A. JACQUES et G. PRILAUX, *L'archéologie de la Grande Guerre,* Éditions Ouest-France, Inrap, 2008.

Fr. DE SMET, *Reductio ad hitlerum. Une théorie du point Godwin,* coll. Perspectives critiques, PUF, 2014.

A. DERIEU, *Lévi-Strauss lecteur de Freud, Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*, 2e, éd. Anthropos, 1999.

J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, éd. Galilée, 1994.

E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualité,* PUF, 2008.

C.-M. DUBREUIL, *Libération animale et végétarisation du monde. Ethnologie de l'antispécisme français,* coll. Le regard de l'ethnologue, éd. Du CTHS, 2013.

M. DURIGON, *Pratique médico-légale,* Masson, 1999.

E

D. ÉRIBON, *De la subversion. Droit, norme et politique*, éd. Cartouche, 2010.

D. ÉRIBON, *Échapper à la psychanalyse*, Variations II, éd. Léo Scheer, 2005.

F

A. FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science,* trad. O. BONNIS et Fr. BOUILLOT, coll. Genre et sexualité, Institut Emilie du Chatelet, éd. La Découverte, 2012 pour l'éd. française, 2010 pour l'éd. américaine.

M.-Th. FONTANILLE, *Avortement et contraception dans la médecine gréco-romaine*, éd. Laboratoires Searle, 1977.

J.-F. FORGES, *L'I.V.G. sous l'Ancien Régime*, éd. Ceux du Roannais, coll. Vie quotidienne n° 2, Roannes, 2008.

M. FOUCAULT, *Qu'est ce que la critique ?*, coll. Philosophie du présent, Vrin, 2015.

M. FOUCAULT, *La naissance de la clinique : une archéologie du regard médical.* PUF, 1963.

M. FOUCAULT, *Surveiller et punir,* Gallimard, 1975.

G

J.-M. LE GAC, *L'homme, un embryon permanent. Questions de bioéthique : la science, la philosophie et l'enseignement de l'Église,* éd. Téqui, 1995.

S. GARCIA*, Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants,* coll. Textes à l'appui / genre et sexualité, La Découverte, 2011.

Y. GEADAH, *Accommodements raisonnables. Droit à la différence et non différence des droits*, VLB éditeur, Québec, 2007.

S. GOYARD-FABRE, *La philosophe du droit de Kant*, Vrin, 1996.

S. J. GOULD, *La mal-mesure de l'Homme,* J. CHABERT et M. BLANC (trad.), Odile Jacob, 1997.

E. GRATTON, *L'homoparentalité au masculin*, coll. Partage du savoir, PUF, 2008.

E. GROSZ, Jacques Lacan. A feminist introduction, éd. Routledge, Londres/New-York, 1990.

D. LE GUAY, *La mort en cendres. La crémation aujourd'hui, que faut-il en penser ?,* coll. L'histoire à vif, éd. Cerf, 2012.

G. GUERNALEC-LÉVY, *Je ne suis pas enceinte,* Stock, 2007.

C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir. L'idée de Nature,* coll. Recherches, éd. Côté-femmes, 1992.

E. GILSON, *L'esprit de la philosophie médiévale*, 2e éd., Vrin, 1969.

H

J.-J. HATT, *La tombe gallo-romaine. Recherches sur les inscriptions et les monuments funéraires gallo-romain des trois premiers siècles de notre ère,* PUF, 1951.

Fr. HÉRITIER (dir.) *Hommes, femmes, la construction de la différence*, coll. Le Collège de la Cité, éd. la Cité des sciences/ le Pommier, 2005.

Fr. HÉRITIER, *Masculin/féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996.

P. HIDIROGLOU, *Rites funéraires et pratiques de deuil chez les juifs en France. XIXe-XXe siècle*, coll. Histoire, Les belles lettres, 1999.

V. M. HOPE, Roman death. The dying and the Death in Ancient Rome, éd. Continuum, Londres/New-York, 2009.

I

F. A. ISAMBERT, *Christianisme et classe ouvrière*, 1961, Casterman.

J

J.-B. JEANGÈNE VILMER, *L'éthique animale,* 2e éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 2015.

F. JORIS, *Mourir sur l'échafaud. Sensibilité collective face à la mort et perception des exécutions capitales du Bas Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime,* éd. du Céfal, Liège, 2005.

P. JONCAS, *Les accommodements raisonnables : entre Hérouxville et Outremont*, Presses de l'Université de Laval, 2009.

M. JOSSE, *Militantisme, politique et droit des animaux*, éd. Droits des animaux, 2013.

K

E. KANT, *Écrits sur le corps et l'esprit*, trad. Gr. CHAMAYOU, GF Flammarion, 2007.

E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs,* Nathan, 1998 et trad. V. DELBOS, Vrin, 2008.

E. KANT, *Doctrine du Droit*, Vrin, 1979.

E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi,* Gallimard, 1989.

K. KAPPARIS, Abortion in the Ancient World, éd. Duckworth, Londres, 2002.

Y. KNIBIEHLER et C. FOUQUET, *La femme et les médecins. Analyse historique,* Hachette, 1983.

P. KUBERSKI, *Le christianisme et la crémation*, éd. Cerf, 2012.

E. KURZWEIL, Freudians ans Feminists, coll. *New Perspectives in Sociology*, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1995.

L

D. LAGACHE, *La psychanalyse,* 21e éd., Que sais-je ?, PUF, 2009.

R. LANE FOX, *Païens et chrétiens. La religion et la vie religieuse dans l'empire romain de la mort de Commode au concile de Nicée*, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997 pour l'éd. française.

J.-B.-P.-A. LAMARCK, *Philosophie zoologique,* éd. Engelman- Cramer, New-york, 1960 (1809).

J.-L. LAMBERT et Fr. LAMBERT-BOITE, *Éducation familiale et handicap mental*, éd. universitaires de Fribourg, Suisse, 2002 réimpr. 1993.

S. LAURENT, *Naître au Moyen-Âge. De la conception à la naissance : la grossesse et l'accouchement (XII^e - XV^e siècles)*, éd. Le léopard d'or, 1989.

M. LAUWERS, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, coll. Historique, éd. Aubier, 2005.

J. LE GOFF, *Un long Moyen Âge,* Tallandier, 2004.

J.-Y. LE NAOUR et C. VALENTI, *Histoire de l'avortement. XIX^e XX^e siècle*, coll. Universel Historique, Seuil, 2003.

F. LEPERCHEY, *L'approche de l'embryon humain à travers l'histoire. Une exemplarité épistémologique éloquente*, L'Harmattan, 2010.

D. LETT, *L'enfant des miracles. Enfance et société au Moyen-Âge (XII^e-XIII^e siècle)*, coll. Historique, éd. Aubier, 1997.

Cl. LÉVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Plon, 1983.

Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2e éd., éd. Mouton & Co – Maison des Sciences de l'Homme, 1967.

J.-M. LÉVY-LEBON et A. JAUBERT, *(Auto)critique de la science*, Points Sciences, Seuil, 1975, 1re éd., 1972.

R. LIOGER, *La folie du Chaman. Histoire de l'ethnopsychanalyse*, coll. Ethnologies, PUF, 2002.

LUCIEN, *Sur le deuil,* trad. N. WAQUET, Rivage poche/ Petite Bibliothèque, 2008.

M

M. MADERO, *La loi de la chair. Le droit au corps du conjoint dans l'œuvre des canonistes (XII^e-XV^e siècle)*, Publication de la Sorbonne, 2015.

R. MANDRESSI, *Le regard de l'anatomiste. Dissections et invention du corps en Occident*, coll. L'univers historique, Seuil, 2003.

S. MARINOPOULOS et I. NISAND, *Elles accouchent et ne sont pas enceintes. Le déni de grossesse*, éd. Les liens qui libèrent, 2011.

J.-Cl. MARUT, *Conflit de Casamance. Ce que disent les armes*, éd. Karthala, 2010.

Ch. MELMAN, *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, coll. Humus, ERES éditions, 2009.

D. MEMMI, *La revanche de la chair,* Seuil, 2014.

D. MEMMI, *La seconde vie des bébés morts*, coll. Cas de figure, éd. EHESS, 2011.

S. MENENTEAU, *L'autopsie judiciaire. Histoire d'une pratique ordinaire au XIX^e siècle,* PUR, 2013.

M. MESLIN, *L'Homme romain : des origines au 1^er siècle de notre ère*, éd. Complexes, Bruxelles, 2001.

B. MEUNIER (dir.), *La personne et le christianisme ancien,* éd. Cerf, 2006.

J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, PUF, 2010.

J. MITCHELL, *Psychanalyse et féminisme*, trad. Fr. BASCH, Fr. DUCROCQ, C. LÉGER, éd. Des femmes, 1975 pour l'éd. française.

M. MORANGE, *Une histoire de la biologie*, Seuil, 2016.

E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe,* 2e éd., Seuil, 2005.

E. MORIN, *L'homme et la mort*, Seuil, 1976.

Ph. MURAY, *Le XIX^e siècle à travers les âges*, Gallimard, 1999.

N

L. NACCACHE, *Le Nouvel Inconscient. Freud, le Christophe Colomb des neurosciences*, Odile Jacob, 2006.

J.-P. NERAUDAU, *Être enfant à Rome*, éd. Realia/Les Belles Lettres, 2008.

G. NOIRIEL, *Introduction à la socio-histoire,* La Découverte, 2008.

J. T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne ?*, trad. M. JOSSUA, éd. Cerf, 1969.

P

K. PARK, *Secrets de femmes. Le genre, la génération et les origines de la dissection humaine*, trad. H. QUINIOU, Les presses du réel, 2009 pour la version française.

B. PAVARD, Fl. ROCHEFORT et M. ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975,* coll. U Histoire, Armand Colin, 2012.

R. PERRON, *Histoire de la psychanalyse,* 5e éd., Que sais-je ?, PUF, 2014.

C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, trad. Ch. NORDMANN, éd. La Découverte/Institut Emilie du Châtelet, 2010
B. PINGAUD (dir.) *et alii*, *L'avortement. Histoire d'un débat*, Flammarion, 1975.

M.-G. PINSART (coord.), *Genre et bioéthique*, Vrin, 2003.
J. PLANQUES, *La médecine légale judiciaire,* coll. Que sais-je, PUF, 1959.

C. PORTIER-KALTENBACH, *Histoires d'Os et autres illustres abattis, Morceaux choisis de l'Histoire de France,* éd. JC Lattès, 2007.

M. POTVIN, *Crise des accommodements raisonnables. Une fiction médiatique ?,* éd. Athéna, Outremont (Québec), 2008.

Q

P.-Y. QUIVIGER, *Le Secret du droit naturel ou Après Villey,* Bibliothèque de la pensée juridique, 3, éd. Classiques Garnier, 2012.

R

J. M. RIDDLE, Contraception and abortion from the ancient world to the Renaissance, Havard University Press, Cambridge, 1992.

J. ROSSIAUD, *Amour vénales. La prostitution en Occident, XIIe-XVIe siècle*, coll. Aubier, éd. Flammarion, 2010.

É. ROUDINESCO, *La famille en désordre,* Fayard, 2002.

S

L. SALA-MOLINS, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan,* PUF, 5e éd., 2012.

P. SALMON, *La limitation des naissances dans la société romaine*, Latomus, Revue d'études latines, Bruxelles, 1999.

J. SCHEID, *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, éd. Aubier, 2005.

J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, éd. La Découverte, 1985.

J. SCHMIDT, *Vie et mort des esclaves dans la Rome antique,* éd. Albin Michel, 2003.

St. SCHMITT, *Aux origines de la biologie moderne. L'anatomie comparée d'Aristote à la théorie de l'évolution*, Belin, 2006.

J. W. SCOTT, *De l'utilité du genre*, coll. à venir, Fayard, 2012.

Ch. SEIGNOBOS, *Histoire sincère de la Nation française*, Rieder, 1933.

Cl. SETZER, Resurrection of the Body in Early Judaism and Early Christianity. Doctrine, Community and Self-Definition*,* Brill Academic Publishers. Boston/Leiden, 2004.

P. SINGER, *La libération animale,* trad. L. ROUSELLE, Petite bibliothèque Payot, 2012.

E. SMADJA, *Le complexe d'Œdipe, cristallisateur de débat psychanalyse/anthropologie*, PUF, 2009.

A. SOKAL et J. BRICMONT, *Impostures intellectuelles*, Odile Jacob, 2e éd., 1997.

C. SPENCER, *Histoire de l'homosexualité de l'antiquité à nos jours*, trad. O. SULMON, éd. Le Pré au clerc, 1998 pour l'éd. française.

M. L. STEWART, « L'état de la biologie dans *Le deuxième sexe* », in *Cinquantenaire du Deuxième Sexe,* Chr. DELPHY et S. CHAPERON (dir.), coll. Nouvelles questions féministes, éd. Sylepses, 2002, p. 64.

T

A. TARDIEU, *Étude médico-légale sur l'avortement,* 4e éd., Librairie Baillières et fils, 1881.

E. TEYSSIER, *La mort en face. Le dossier gladiateurs*, Actes sud, 2009.

M. TORT, *La fin du dogme paternel,* coll. Champs, Flammarion, 2007, éd. identique à 2005, coll. Aubier.

J.-M. TRINGEAUD, *Personne, Droit, Existence*, Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit, éd. Bière, 2009.

V

P. VEYNE, *Sexe et pouvoir à Rome,* Points, 2005.

G. VISENTINI, *Pourquoi la psychanalyse est une science. Freud épistémologue,* PUF, 2015.

M. VOVELLE, *Mourir autrefois*, Gallimard, 1974.

W

R. WINLING, *La Résurrection et l'Exaltation du Christ dans la littérature de l'ère patristique*, éd. Cerf, 2000.

H. C. D. de WIT, *Histoire du développement de la biologie,* vol. 1, PPUR, Presses polytechniques, 1992.

M. WITTIG, *La pensée straight,* 2e éd., éd. Amsterdam, 2013.

Z

M. ZAFIROPOULOS, *Du Père mort au déclin du père de famille. Où va la psychanalyse ? Essais d'anthropologie psychanalytique,* t.1, Clinique de la culture, PUF, 2014.

J. ZIEGLER, *Les vivants et la mort, essai de sociologie*, Seuil, 1975.

B. Monographies et recueils juridiques

A

P. AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, éd. Jean Caffin et F. Plaignard, Lyon, 1652.

B

A. BARAK, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*,* trad. D. KALIR, Cambridge University Press, 2012.

H. BATIFFOL, *La philosophie du Droit,* 8e éd., Que sais-je ?, PUF, 1989.

J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des travaux, Seuil, 1993.

J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* PUF, 1987.

D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* Odile Jacob, 1997.

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, *Les biobanques,* coll. Que sais-je ?, PUF, 2009.

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, *Contrats et vivant,* LGDJ, 2009.

J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002.

X. BIOY, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique,* LGDJ, 2016.

N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, trad. M. GUÉRET, préf. R. GUASTINI, Bruylant-LGDJ, 1998.

L. BOUCHEL, *La bibliothèque ou les trésors du droit français,* éd. Jacques Dalin, 1667.

Chr. BYCK et G. MÉMETEAU, *Le droit des comités d'éthique,* éd. Alexandre Lacassagne / ESKA, 1996.

J. BREGEAULT, *Procès contre les cadavres dans l'Ancien droit*, éd. Larosse, 1880.

C

E. CAMOUS, *Règlements non juridictionnels des litiges de consommation,* LGDJ, 2002.

J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., LGDJ, 2001.

J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, coll. Champs essai, Flammarion, 1996.

J. CARBONNIER, *Essai sur les lois,* 2e éd., Defrénois, 1995.

P. CASSIA, *Dignité(s),* coll. Sens du droit, Dalloz, 2016.

O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de naître et de ne pas naître. À propos de l'Affaire Perruche*, Gallimard, 2002.

J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* Droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ-Lextenso éditions, 4e éd., 2014.

G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse,* 1re éd., PUF, 1998.

D

J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008.

M. DELMAS-MARTY, *Le flou dans le droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme,* PUF, 1986.

Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Connaissance du droit, Droit privé, Dalloz, 1998.

M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonnée. Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, 2006.

E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon in vitro et le droit*, préf. O. MORETEAU et J. RUBELLIN-DEVICHI, coll. Éthique médicale, L'Harmattan, 2004.

E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon surnuméraire*, préf. O. MORETEAU et J. RUBELLIN-DEVICHI, coll. Éthique médicale, L'Harmattan, 2004.

X. DIJON, *La raison du corps*, coll. Droit et religion, Bruylant, Bruxelles, 2012.

R. DRAI, *« Le plus grand mensonge du monde ». Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann philosophie, 2010.

R. DWORKIN, Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom, Vintage books, New-York, 1994.

E

B. EDELMAN, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann philosophie, 2009.

F

M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité,* Fayard, 2013.

P. FERREIRA DA CUNHA, *Droit naturel et méthodologie juridique*, Buenos books international, 2012.

L. FRANK, *La crémation des morts. Essai de droit administratif privé,* Librairie générale de jurisprudence, Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1889.

B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruylant, Bruxelles, 2011.

G

L. GARET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, 1955.

B. GAILLY, *L'influence des religions sur le droit laïc. L'exemple du statut juridique de l'embryon,* L'Harmattan, 2013.

J. GAUDEMET, *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'Antiquité à l'âge classique. Recueil d'articles,* Presses universitaires de Strasbourg, 2008.

J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, 4e éd., 2006.

H

H. L. A. HART, *Le concept de droit,* trad. M. van de KERCHOVE, Publications des facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

St. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby-Loup ou la nouvelle laïcité,* LGDJ, 2014.

J

J. JEANNEL, *Répression légale du suicide. Proposition de consacrer aux études anatomiques les cadavres des suicidés*, Librairie J.-B. Bailliere et fils, 1879.

E. JEANSELME, *De la protection de l'enfant chez les romains*, éd. Masson, 1917.

Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthode du droit, Dalloz, 2004.

J. JESTAZ, *le Droit,* 4e éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2001.

E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2016.

R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de MEULENAERE, 3e éd., éd. Marescq, 1886.

E. JOBBE-DUVAL, *Les morts malfaisant. "Larvae, Lemure" d'après le droit et les croyances populaires des romains*, Sirey, 1924.

K

H. KELSEN, *Théorie générale des normes,* trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996.

M. van de KERCHOVE et Fr. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu,* PUF, 1992.

M. van de KERCHOVE et Fr. OST, *Entre la lettre et l'esprit,* Bruylant, Bruxelle, 1989.

L

A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. Les voies du droit, PUF, 1997.

P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels. Leçon II,* Fayard, 2e éd., 2001.

P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Fayard, 1999.

P. LEGENDRE, *L'Inestimable Objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*. Fayard, 1985.

A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant : du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, Brill, Leiden/Boston, 2008.

R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso éditions, 2013.

D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité,* PUF, 2010.

M

B. MATHIEU, *Le droit à la vie,* éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005.

M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, Thémis Droit, PUF, 2e éd., 2015.

H. MASSOL, *De la diffamation envers les morts*, éd. Auguste Durand, 1865.

C. MECARY, *L'amour et la loi. Homos Hétéros mêmes droits mêmes devoirs,* Alma éditeur, 2012.

B. MELKEVIK, *Épistémologie juridique et déjà-droit*, Buenos Books International, 2014.

M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, 2e éd., 1982.

J. MICHEL, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé. Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, coll. Exégèses, LGDJ-Lextenso éditions, 2015.

L. MICHOUD, *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, 2e éd., LGDJ, 1924.

A. MIRKOVIC, *PMA, GPA. La controverse juridique. Après le mariage pour tous l'enfant pour tous ?,* Pierre Téqui, 2014.

G. MINDA, Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, New-York University Press, 1995.

H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Dalloz, rééd. 2002. (1re éd. 1948, Sirey).

N

J.-Fr. NIORT, *Le Code Noir, idées reçues sur un texte symbolique*, éd. Le Cavalier Bleu, 2015.

O

Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1989.

Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

P

Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., Dalloz, 1999.

Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990.

Ph. PERROT, *Le corps féminin. Le travail des apparences. XVIIIe-XIXe siècles,* Points, 1991.

R

P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques,* Sirey, 1963, réed. Dalloz 2005

S

A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 1993.

C. SINTEZ, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes. Tome 1. Les origines romaines*, coll. Libre Droit, éd. Mare & Martin, 2014.

Al. STELLA, « Des esclaves pour la liberté sexuelle de leurs maîtres », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 5 | 1997, mis en ligne le 1er janvier 2005. Disponible sur : http://clio.revues.org/419 [consulté le 13 nov. 2016].

Al. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes/ Fayard, 2015.

Al. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, Seuil, 2005.

L. DE SUTTER, *Magic. Une métaphysique du lien*, PUF, 2015.

T

D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, coll. Éthique et philosophie morale, PUF, 2007.

Fr. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit,* Flammarion, 1987.

M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État,* PUF, 2001.

V

G. VANNIER, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman,* PUF, 2001.

J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Droit grec d'Alexandre à Auguste*. Tome 1. ΜΕΛΕΤΗΜΑΤΑ 66, Athènes, 2011.

M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit,* coll. La nuit surveillée, éd. du Cerf, 2014.

M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969.

M. VILLEY « Phénoménologie et existentialo-marxisme à la Faculté de droit de Paris, *APD*, 1965 p. 157.

F. de VISSCHER, *Droit des tombeaux romains*, éd. Giuffré, Milan, 1963.

W

B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrecht, t. I, 8e éd., Francfurt s/ Main, 1876.

X

M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

§3. Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloques.

A. Ouvrages collectifs extra-juridiques

Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014.

Penser avec Donna Haraway, E. DORLIN et E. RODRIGUEZ (dir.), PUF, 2012.

Don et transplantation d'organes aux États-Unis, au Canada et en France. Réflexion éthiques et pratiques comparées, Y. CAILLE et M. DOUCIN (dir.), collection l'Éthique en mouvement. L'Harmattan, 2011.

Le corps des anges. Actes de la journée d'étude sur les pratiques funéraires autour de l'enfant mort au Moyen-Âge, M.-Cl. COSTE (dir.). Silvana Editoriale, Milan, 2011.

Controversial Bodies, J. D. LANTOS (ed.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011.

La gestation pour autrui, G. DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET et Cl. BERGOIGNAN-ESPER, Médecine Sciences Publications, Lavoisier, 2011.

Médiation familiale. Pratiques et approches théoriques. La médiation ouverte, Cl. DENIS (dir.), éd. Chronique sociale, Lyon, 2010.

L'éthique clinique à l'hôpital Cochin. Une méthode à l'épreuve de l'expérience, V. FOURNIER et M. GAILLE (coord.), coll. Éthique regards croisés, APHP, 2010.

Le fœtus, une personne ? Rencontre du 16 mai 2009 et autres contributions. Association « Femmes pour le Dire, Femmes pour Agir ». M. PIOT (coord.). L'Harmattan, 2010.

Le corps humain. Conçu, supplicié, possédé, cannibalisé, M. GODELIER et M. PANOFF (dir.), CNRS édition, 2009.

Adieu bel animal, Ravages 3, Descartes & Cie, automne 2009.

L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre, M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008.

L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008.

L'embryon humain à travers l'histoire. Images, savoirs et rites, V. DASEN (éd.), éd. Infolio, 2007.

Histoire du corps, A. CORBIN, J.-J. COURTINE, G. VIGARELLO (dir.), Seuil, 2005.

Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI^e^-XX^e^ siècle, R. BERTRAND et A. CAROL (dir.), PUP, Aix-en-Provence, 2003.

Intrusion spiritualistes et impostures intellectuelle en sciences, J. DUBESSY et G. LECOINTRE (dir.), coll. Matériologiques, éd. Syllepses, 2001.

L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000.

La petite enfance dans l'Europe médiévale et moderne. R. FOSSIER (dir.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997.

À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval, F. ALEXANDRE-BIDON et C. TEFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993.

La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain, acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985, F. HINARD (dir.), Centre de publication de l'université de Caen, 1987.

Histoire de la famille, t. 1, *Mondes lointains, mondes anciens,* A. BRUGUIÈRE, Chr. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et Fr. ZONABEND (dir.), Armand Colin, 1986.

B. Ouvrages collectifs juridiques

Aux limites du droit, C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016.

Le mariage et la loi. Protéger l'enfant, Institut Famille et République, 2016.

Le droit à l'épreuve du genre, J. HAUTEBERT (dir.), PULIM, 2016.

Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, *JCP G.* supplément au n° 1-2, janv. 2016.

Conciliation et médiation devant la juridiction administrative. Actes du colloque de Conseil d'État du 17 juin 2015, B. BLOHORN-BRENEUR et J. BIANCARELLI (dir.), éd. Gemme France / L'Harmattan, 2015.

Sensibilité animale. Perspectives juridiques, R. BISMUTH et F. MARCHADIER (dir.), CNRS éd., 2015.

Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015.

Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015.

Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Fr. SUDRE (dir.), Némésis / Anthemis, Bruxelles, 2014.

La loi et le genre, St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014.

Traité des nouveaux droits de la mort (deux tomes), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014.

Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires, S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013.

Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013.

Médiation et jeunesse. Mineurs et médiation familiales, scolaire et pénales en pays

francophones, J. MIRIMANOFF (dir.), Larcier, Bruxelles, 2013.
Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique, B. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.). Bruylant, Bruxelles, 2012.

Mélanges en l'honneur de Jean Michaud, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012.

Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*,* Fr. MONÉGER (dir.), Société de législation comparée, 2011.

Pluralisme et juges européens des droits de l'homme, L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010.

La libre disposition de son corps, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009.

Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines, E. RUDE-ANTOINE et G. CHRÉTIEN-VERNICOS (coord.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2009.

Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. Droit et Justice n° 81, Bruylant, Bruxelles, 2008.

L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008. L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.). Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant. Société de législation comparée. Colloques Vol. 11, 2008.
Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007.

Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous, M. JÉZÉQUEL (dir.)*,* éd. Yvon Blais, Québec, 2007.

Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007.

Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil , P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLEAUD (dir.), Études juridiques, Économica, 2006.

Théorie des contraintes juridiques, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Chr. GRZEGORCZYK (dir.), Bruylant-LGDJ, 2005.

La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridiciarisation. Ch. GIRARD et St. HENNETTE-VAUCHEZ, Droit et justice, PUF, 2005.

Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture. A.-M. DUGUET (coord.) Les études hospitalières, Bordeaux, 2005.

Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autours de Michelle Gobert, Économica, 2004.

Le titre préliminaire du Code civil, G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003.

La médiation en débat, Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002.

Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, D. BORILLO et E. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001.
Les transformations de la régulation juridique, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998.

Le droit dans le souvenir. Liber amicorum *Benoît Savelli*, PUAM, 1998.

Les notions à contenu variable, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984.

L'interprétation dans le droit, APD, 1972, n° 17.

La logique judiciaire. 5e colloque des Institut d'Études Judiciaires, coll. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série « droit privé », n° 6, PUF, 1969.

§1. Articles extra-juridiques

A

A. AGGOUN, « Les carrés musulmans en France : espaces religieux, espaces d'intégration », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, p. 177.

A. ALLÉLY, « Le traitement du cadavre de Cicéron et sa signification (La décapitation et l'amputation de la main droite », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014, p. 99.

M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du Droit », *Bulletin de liaison du LAJP,* n° 6, p. 83 ; réed. in *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édité par C. KUYU, Karthala, 2003, p. 283.

J. ANGERMÜLLER, « Qu'est-ce que le poststructuralisme français ? À propos de la notion de discours d'un pays à l'autre », *Langage et société,* 2007/2 (n° 120), p. 17.

Ch. ANSTÖTZ, « Extension de la communauté des égaux », in *Adieu bel animal*, *Ravage* 3, éd. Descartes & Cie, 2009, p. 12.

Ch. APOSTOLIDIS, « Le marxisme et la cause féminine », in *Féminisme(s) et Droit international, Études du réseau Olympe,* E. TOURME JOUANNET, L. BURGORGUE-LARSEN, H. MUIR WATT et H. RUIZ-FABRI (dir.), coll. de l'institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Société de législation comparée, 2016, p. 67.

Cl. ATTIAS-DONFUT, Fr.-Ch. WOLFF, « Le lieu d'enterrement des personnes nées hors de France », *Population* 2005/5 (Vol. 60), p. 813.

H. ATLAN, G. BRAIBANT et A. LANGANEY, « Comité d'éthique et démocratie », *Raison présente,* 1993, n° 105, p. 149.

St. AUDOIN-ROUZEAU, « Corps perdus, corps retrouvés. Trois exemples de deuils de guerre », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 55e année, n° 1, 2000, p. 47.

B

C. BALITEAU, « La fin d'une parade misogyne : la psychanalyse lacanienne », *Les temps modernes,* 1975-348, p. 1933.

C. BACKES-CLÉMENT, *Lévi-Strauss ou la structure et le malheur*, Seghers, 2e éd., 1974.

G. BATTISTA LA SALA, M. T. VILLANI, Al. NICOLI *et alii*, « *The effect of législation on outcomes of assisted reproduction technology : lesson from the 2004 Italian law »*, Fertility and Sterility, vol. 89, n° 4, avril 2008, p. 854.

R. BARTHE, entretien avec J. CHANCEL, 17 fév. 1975, publié dans *Œuvres complète Roland Barthes,* éd. présentée et établie par E. MARTY, t. 3 1974-1980, Seuil, 1995, p. 351.
V. BARRIEL, « Hominoïdes, Hominidés, Homininés et les autres », janv. 2007. Disponible sur : http://planet-vie.ens.fr/content/hominoides-hominides-hominines [consulté le 13 nov. 2016].

Br. BERTHERAT, « Cadavre à la "une". La télévision et la mort de Jacques Mesrine, ennemi public n° 1 (1979) », *Le temps des médias,* 2003/1, n° 1, p. 119.

M.-J. BERTINI, « Pour en finir avec l'ordre symbolique. À propos de l'ouvrage : Ni d'Ève ni d'Adam. Défaire la différence des sexes », *Genre et Histoire*, 5, automne 2009, Varia.

L. BINET, « Pour un "politiquement incorrect" de gauche », *L'Obs,* n° 2661-05 du 5 nov. 2015, p. 92.

O. BLAGOSKLONOV et I. KOSCINSKI, *«* De la cession d'embryon à l'accueil : quelles interrogations ? ». Disponible sur : https://www.cecos.org/content/laccueil-dembryon [consulté le 13 nov. 2016].

N. BLANPAIN, « L'espérance de vie s'accroît, les inégalités sociales demeurent », *Insee Première,* n°1372, oct. 2011.

G. BOETSCH et P. BLANCHARD, « Du cabinet de curiosité à la "Vénus hottentote" : la longue histoire des exhibitions humaines », in *L'Invention de la race*, N. BANCEL *et al.*, La Découverte « Recherches », 2014, p. 205.

J.-B. BONNARD, « Le traitement du corps des ennemis vaincus chez Hérodote », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014, p. 15.

P. BONTE, « L'échange est-il universel ? », *L'homme, revue française d'anthropologie,* n° 154-155, avr.-sept. 2000, *Question de parenté*, p. 39.

V. BOUDON-MILLOT, « La naissance de la vie dans la théorie médicale et philosophique de Galien », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008. p. 79- 94.

P. BOYANCÉ, « *Funus acerbum* », in *Études sur la religion romaine*, École Française de Rome, Rome, 1972, p. 73. Disponible sur : http://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1972_ant_11_1_1533 [consulté le 13 nov. 2016].

M. BRAHAMI, « Les rites funéraires musulmans. Entre Textes et contextes », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, p. 23.

P. BRAS, « Simone de Beauvoir et la psychanalyse : repères bibliographiques », *L'Homme et la société,* 2011/1 (n° 179-180), p. 63.

D. LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et M.-Cl. CRESPO-BRAUNER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 337.

D. LE BRETON, « Entre libération et aliénation : ambivalence de la biomédecine », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 325.

C

L. CADOT, « Les restes humains : une gageure pour les musées ? », *La Lettre de l'OCIM* [En ligne], 109/2007, mis en ligne le 17 mars 2011. Disponible sur : http://ocim.revues.org/800. [consulté le 13 nov. 2016].

A. CAMBRON « Le biodroit face aux problèmes de genre », in *Genre et bioéthique,* M.-G. PINSART (coord.), Vrin, 2003, p. 157.

S. CASSAGNES-BROUQUET, « Punir l'image. Peintures infamantes et exécutions d'effigies en France et en Italie à la fin du Moyen Âge », in *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XX^e^ siècles*, B. GARNOT (dir.), Éditions de l'université de Dijon, 1994, p. 391.

M. CAUSSANEL et Y. LAMBERT, *Mort (diagnostic)*, in *Dictionnaire des sciences criminelles*, G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004, p. 637.

S. CHAPERON, « Antoinette Fouque (1936-2014). Une féminologue », *Hermès, La Revue* 3/2014 (n° 70), p. 207.

Ph. CHARLIER, « La mort chez les Parsis de Bombay. Impureté et transcendance », *Communications*, 2015/2 (n° 97), p. 107.

Fr. CHAUVAUD, « Les pièces anatomiques exhibées. De la scène du crime à la table des pièces à conviction (1811-1940) », in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles*

du siècle des Lumières à nos jours, Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 91.

J. COMMAILLES, « Droit et sciences sociale. Préalables et conditions d'un nouveau régime de connaissance », in *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 75.

P. LE COMPTE, « Mourir bouddhiste à l'hôpital » in *La mort en questions Approches anthropologiques de la mort et du mourir,* D. FAIVRE (dir.), ERES, p. 179.

M. CORVEZ, « Le structuralisme de Jacques Lacan », *Revue philosophique de Louvain,* 1968, t. 66, n° 90, p. 282.

J.-Chr. COUVENHES, « L'exposition d'un condamné afin que mort s'en suive : *apotympanismos* et *anastaurosis* dans le domaine militaire grec antique », in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014, p. 27.

P. LE COZ, « La libre disposition de son corps par la personne : approche philosophique et éthique », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 41.

G. CRIFO et J.-M. CARRIÉ (trad. M. HUMBERT), V° *Honestiores/humiliores*, in *Dictionnaire de l'Antiquité,* J. LECLANT (dir.), PUF, 2e éd., 2011.
J. CUISINIER, « Le structuralisme. Une méthode pour les sciences humaines », in *La philosophie,* Les dictionnaires Marabout, Savoir Moderne, 1969, t. 3, p. 606.

D

J.-P. DELANNOY, « Le fait religieux dans les travaux parlementaires : constantes et évolutions récentes (1958-2011) », *Histoire@Politique,* 2014/3 (n° 24), p. 119.

G. DELEUZE, « À quoi reconnaît-on le structuralisme ? », *Histoire de la philosophie, t. 8. Le XXe siècle,* F. CHATELET (dir.), 1973, p. 299.

A.-M. DEVREUX, « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3, p. 462.

G. DHONNEUR et M.-Cl. JOUAN, V° *Mort encéphalique* in *Dictionnaire des sciences criminelles*, G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004, p. 639.

P. DI VITTORIO, V° *Dégénérescence*, in *Lexique de biopolitique. Les pouvoirs sur vie,* R. BRANDIMARTE *et alii* (dir.), trad. P. JANOT, Érès, 2009 pour la version française, p. 106.

F. DOUAIRE-MARSAUDON, « Le meurtre cannibale ou la production d'un homme-Dieu. Théories des substances et construction hiérarchique en Polynésie (Tonga) », in *Le corps humain. Conçu, supplicié, possédé, cannibalisé,* M. GODELIER et M. PANOFF (dir.), CNRS édition, 2009, p. 517.

P. DUBOUCHET, « La doctrine du droit de Kant », *RRJ*, 2005-2, p. 1058.

A.-M. DUGUET, L. MARTRILLE et G. BOUCLY, « Le corps morcelé et les restes humains », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 213.

J.-Ch. DUMONT, « La mort de l'esclave », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985. Centre de publication de l'université de Caen, 1987.

J.-Cl. DUPONT, « Un autre embryon ? Quelques relectures classiques de l'embryologie antique » in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 255.

M. DURIGNON, V° *Mort (causes de la),* in *Dictionnaire des sciences criminelles*,

G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004, p. 631.

F

A. FAGOT-LARGEAULT, « Un regard du philosophe sur le statut de l'embryon et de l'interruption volontaire de grossesse », *Revue française des affaires sociales*, La Documentation française, 2011/1, n° 1, p. 61-67.

A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI de PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles », *Esprit*, juin 1989, n° 6, p. 89.

É. FASSIN, « L'inversion de la question homosexuelle », *Revue française de psychanalyse,* 2003/1 (Vol. 67), p. 263.

É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et E. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 89.

É. FASSIN, « Usages de la science et sciences des usages », *L'homme, revue française d'anthropologie,* n° 154-155, avr.-sept. 2000, *Question de parenté*, p. 391.

J. FAVRET-SAADA, « La-pensée-Lévi-Strauss », *Journal des anthropologues* [En ligne], 82-83/2000. Disponible sur : https://jda.revues.org/3278 [consulté le 13 nov. 2016].

J. FAVRET-SAADA : « On n'est jamais aussi bien trahi que par les siens », *Prochoix,* 2000, n° 16, p. 31.

O. FILLOD, « Les faux-nez biologistes de la psychologie évolutionniste », [en ligne] 25 avr. 2012. Disponible sur : http://allodoxia.blog.lemonde.fr/2012/04/25/psychologie-evolutionniste-et-biologie/ [consulté le 13 nov. 2016].

M. FŒSSEL, « Kant : autonomie du droit et critique du théologico-politique », in *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, B. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.). Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 133.

M. de FONTETTE, « Les déviations doctrinales des deux premiers siècles de l'Église », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 193.

D. FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, « Controverses et anathèmes au sein du féminisme français des années 1970. », *Cahiers du Genre,* 2/2005 (n° 39), p. 13.

E. FOX KELLER, « Histoire d'une trajectoire de recherche. De la problématique "genre et science" au thème "langage et science" », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 45.

A. FROMENT et Ph. CHARLIER, « Anthropologie et cadavre(s). Deux points de vue(s). », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 56.

M. FROMMEL, « *Deutscher Mittelweg in der Anwendung des Embryonenschutzgesetzes (EschG) mit einer an den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand orientierten Auslegung der für die Reproduktions-medizin zentralen Vorschrift des §1, Abs.1, Nr 5 ESchG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des EschG* », Reprodutionsmedizin, Endokrinol, 1/2007.

Th. FUSAI et Al. QUEROY, « Aux limites du droit : l'éthique », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 223.

G

M. GAILLE, « Des terres morales inconnues. », *Anthropologie & Santé* [en ligne], 12/2016, mis en ligne le 30 mai 2016. Disponible sur : http://anthropologiesante.revues.org/1991 [consulté le 13 nov. 2016].

Y. LE GALL, « De quelques droits sacrés sous la Révolutions (et au-delà) », in *La religiosité du droit,* textes réunis par J. HOAREAU-DODINAU et G. METAIRIE, Cahiers de l'Institut d'Anthropologique Juridique, n° 35, éd. Pulim, 2013, p. 233.

J. GAYON, « De la biologie comme science historique », *Sens public,* 2004/09. Disponible sur : http://www.sens-public.org/spip.php?article32 [consulté le 13 nov. 2016].

P. GEARY, « Échanges et relations entre les vivants et les morts dans la société du haut Moyen-Âge », *Droit et culture*, 1986, p. 3-14.

M.-J. GERARD-SEGERS, « Droit et psychanalyse. Réflexion sur la portée anthropologique de la politique de filiation en Belgique », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 411.

M. LE GLAY, « La magie et la mort », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985, Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 245.

A. GNABA, « Une instance qui ne se réclame que d'elle-même : le Comité Consultatif National d'Éthique », *Socio-anthropologie* [en ligne], 15/2004, mis en ligne le 15 juill. 2006. Disponible sur : http:// socio-anthropologie.revues.org/415 [consulté le 13 nov. 2016].

D. GOSSET et V. HEDOIN, V° *Mort (datation de la)*, in *Dictionnaire des sciences criminelles*, G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), Dalloz, 2004, p. 634.

D. GOUREVITCH, « La mort de la femme en couches et dans les suites de couches », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, F. HINARD (dir.), acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985, Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 187.

J.-B. GOURINAT, « L'embryon végétatif et la formation de l'âme selon les stoïciens », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 59.

E-J. GRAHAM, « Memory and Materiality : Re-embodying the Roman Funeral », in *Memory and Mourning. Studies on Roman Death*, V. H. HOPE et J. HUSKINSON (éd.), Oxbow books, Oxford/Oakville, 2011.

A. GREEN, V° *Cure psychanalytique*, *Dictionnaire des sciences sociales,* J.-Fr. DORTIER, éd. Sciences humaines, 2013.

Cl. GRIGNON, « L'esprit scientifique et l'esprit de système », *Revue européenne des sciences sociales*, XLVI-142/2008.

B. GROULT, Introduction de l'ouvrage *Le fœtus, une personne ? Rencontre du 16 mai 2009 et autres contributions,* Association « Femmes pour le Dire, Femmes pour Agir ». M. PIOT (coord.), L'Harmattan, 2010. p. 13.

Chr. GUIONET, « Et si on réhabilitait les difficultés méthodologiques ? », in *Exploiter les difficultés méthodologiques. Une ressource pour l'analyse en sciences sociales*, Chr. GUIONNET et S. RÉTIF (dir.), coll. Des sociétés, PUR, 2015, p. 11

H

J.-L. HALPÉRIN, V° *Pufendorf*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPÉRIN (dir.), 2e éd., Dalloz, 2010, p. 467.

Th. HARDIER et J.-Fr. JAGIELSKI, « Les corps des disparus durant la Grande Guerre, l'impossible deuil », in *Quasimodo*, n° 9, *Corps en guerre. Imaginaires, idéologies, destructions*, t. 2, printemps 2006, Montpellier, p. 75.

S. HARDING, « *After the neutrality ideal. Science, politics and "strang objectivity" »*, Social Research, 1992, vol. 59, n° 3, p. 567. Disponible sur : http://www.jstor.org/stable/40970706 [consulté le 10 oct. 2016].

Fr. HÉRITIER, « Le mariage n'a rien de sacré, entretien avec V. GAIRIN, *Le Point,* 23 avr. 2013. Disponible sur http://www.lepoint.fr/societe/mariage-gay-francoise-heritier-le-mariage-n-a-rien-de-sacre-23-04-2013-1658243_23.php [consulté le 13 nov. 2016].

N. HARTSOCK, « *The feminist standpoint : Developing the ground for a specifically feminist historical matérialism* »,1983 in The feminist Standpoint Theory Reader, New-York, 2003, p. 44.

Cl. HERRENSCHMIDT et J. KELLENS, « La Question du rituel : le mazdéisme ancien et achéménide / The Problem of the Ritual within Ancient and Achaemenidean Mazdaism », *Archives des sciences sociales des religions*, n°85, janvier-mars 1994, p. 45.

B. HEYRIES, « Le transfert des corps des militaires de la Grande Guerre », colloque « Le traumatisme de guerre », Cercle d'études sur la Défense, 23 janvier 2008. Disponible sur : http://defense.ac-montpellier.fr /pdf/cercle/transfert_corps.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

Th. E. HILL Jr., « Kantian perspectives on the rational basis on human dignity », in *The Cambridge Handbook of Human Dignity,* M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD et D. MIETH (éd.), Cambridge University Press, 2014, p. 215.

P. HINTERMEYER, V° *Mort*, in *Dictionnaire du corps*. M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007.

I

« Déclaration sur la valeur et l'importance des musées universels », *Les nouvelles de l'ICOM,* 2004, n°1, p. 4.

L. ISRAEL, « Question(s) de méthode. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et société*, 2008/2 n° 69-70, p. 381.

J

Br. JACOMY, « Restes humains et peuples autochtones au musée des Confluences », *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques n°3,* 2012, p. 7.

B. JOLIBERT, « Subjectivité et vérité », in *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, coll. Proximité-Sociologie, éd. EME, Bruxelles, 2014, p. 13.

M. JOLY, « L'obsession du « dessous » : Diderot et l'image anatomique », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie* [En ligne], 43, oct. 2008, mis en ligne le 29 oct. 2010. Disponible sur : http:// rde.revues.org/3502 [consulté le 13 nov. 2016].

K

M. KAIL, « *Pour un antinaturalisme authentique, donc matérialiste » in Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Chr. DELPHY et S. CHAPERON (dir.),* coll. Nouvelles questions féministes, éd. Sylepses, 2002, p. 3839.

G. KEPEL, « Journal de Libye », *Le Débat* 2012/4 (n° 171), p. 179.

N. KERMABON, J.-B. PIERCHON, Fr. MYNARD, « Histoire(s), sépulture(s) et cadavre(s). Éléments d'introduction historique au(x) droit(s) de la Mort », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 26.

S. J. KERSTEIN, « Kantian dignity : a critique », in *The Cambridge Handbook of Human Dignity,* M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD et D. MIETH (éd.), Cambridge University Press, 2014, p. 222.

P. KINNAERT, « Islam, Judaïsme et transplantation d'organes », *Rev. Med. Brux*. 2006, p. 477.

Y. KNIBIEHLER, « Le cadre historique » in *Le fœtus, une personne ? Rencontre du 16 mai 2009 et autres contributions.* Association « Femmes pour le Dire, Femmes pour Agir », M. PIOT (coord.), L'Harmattan, 2010, p. 21.

B. KOELSCH, « Les sépultures des soldats originaires de l'Empire », in *Le sacrifice du soldat. Corps martyrisé, corps mythifié,* Chr. BENOIT, G. BOËTSCH, A. CHAMPEAUX et É. DEROO (dir.), CNRS éditions/ECPAD, 2009, p. 168.

C. KRAUS, « La bicatégorisation par sexes "à l'épreuve de la science". Le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains », in *L'invention du naturel. Les*

sciences et la fabrication du féminin et du masculin, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000, p. 187.

L

A. LANGANEY, « Collections humaines et sciences inhumaines : échantillons et reliques », *in* N. BANCEL *et al.*, *Zoos humains*, coll. Poche/Sciences humaines et sociales, La Découverte, 2004, p. 374.

J. LANSAC, P. O'BYRNE et J. M. MASSON, « Le déni de grossesse », COLLÈGE NATIONAL des GYNÉCOLOGUES et OBSTÉTRICIENS FRANÇAIS, 34e Journées nationales, déc. 2010. Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr /d_livres/2010_GO_145_lansac.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

J. D. LANTOS, « Plastination in Historical Perspective », in *Controversial Bodies,* J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 1.

M. LASSÈRE, « Les pauvres et la mort en milieu urbain dans la France du XIXe siècle : funérailles et cimetières », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1995, t. 42, p. 107.

L. LAUFER, « Une psychanalyse foucaldienne est-elle possible ? », *Nouvelle revue de psychosociologie* 2015/2 (n° 20), p. 233.

L. LAUFER, « La psychanalyse est-elle un féminisme manqué ? », *Nouvelle revue de psychosociologie* 2014/1 (n° 17), p. 17.

L. LAUFER, « Simone de Beauvoir et la psychanalyse : haine, attraits, résistances ? », *L'Homme et la société* 2011/1 (n° 179-180), p. 236.

L. LAUFER, « À propos d'Herculine Barbin : « le vrai sexe », *Revue Silène,* Centre de recherches en littérature et poétique comparées de Paris Ouest-Nanterre-La Défense. Disponible sur : http://www.revue-silene.com/f/index, 2010 [consulté le 13 nov. 2016].

L. LAUFER, « Psychanalyse hors case : un exercice politique », *Cliniques méditerranéennes*, 2010/1, n° 81, p. 95.

L. LAUFER, « La "belle mort" ou la mort du corps mort », *Figures de la psychanalyse*, 2006/1, n° 13, p. 143.

M. LEFEUVRE-DÉOTTE, « La mort dissoute. Un cas : l'Argentine », *Quasimodo*, n° 9 (« Corps en guerre. Imaginaires, idéologies, destructions. Tome 2 »), printemps 2006, Montpellier, p. 97. Texte disponible sur http://www.revue-quasimodo.org [consulté le 13 nov. 2016].

J. LE GOFF, « "Mon Moyen Âge va de la fin du IIe siècle jusqu'au XIXe siècle" », Entretien par Y. DEGUILHEM, *Journal du CNRS,* déc. 1991. Disponible sur : https://lejournal.cnrs.fr/articles/le-moyen-age-selon-jacques-le-goff [consulté le 13 nov. 2016].

D. LETT, « De l'errance au deuil. Les enfants morts sans baptême et la naissance de *limbus puerorum* aux XIIe-XIIe siècles », in *La petite enfance dans l'Europe médiévale et moderne,* R. FOSSIER (dir.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1997, p. 77.

P. LEMONNIER, « Maladie, cannibalisme et sorcellerie chez les Anga de Papouasie Nouvelle-Guinée », in *Le corps humain. Conçu, supplicié, possédé, cannibalisé,* M. GODELIER et M. PANOFF (dir.). CNRS édition, 2009, p. 396.

Cl. LÉVI-STRAUSS et D. ERIBON, *De près et de loin*, 2e éd., coll. Opus, éd. Odile Jacob, 1990.

P. LÉVY-SOUSSAN, « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant contre l'enfant : lois et construction psychique », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 165.

M.-Th. LORCIN, « Choisir un lieu de sépulture », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TEFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993, p. 245.

M

J. E. MAHON, « *Abortion and the Right to Be Pregnant* », in Philosoy and Political Engagement. Reflexion in the Public Sphere, A. FIVES et K. BREEN (éd.), éd. Palgrave McMillan, 2016, p. 57.

B. MARC, « De la négation au respect du corps des soldats de la Grande Guerre », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 223.

L. MAUGUÉ, « Supplice judiciaire et rituel politique : le corps du guillotiné à Genève au XIX[e] siècle, in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 197.

M. MAZUY, L. TOULEMON, É. BARIL, « Le nombre d'IVG est stable mais moins de femmes y ont recours », *Population,* 3/2014, p. 365.

D. MEHL, « L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie*, M. IACUB *et al.*, La Découverte, 2001, p. 51.

S. MEMENTEAU, « Le corps autopsié à l'épreuve du XIX[e] siècle » in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 25.

D. MEMMI « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices,* hors-série, mai 2001, p. 78.

D. MEMMI, « Que faire du corps aujourd'hui », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, p. 15.

V. MENES, « L'histoire du droit et le corps de la personne décédée ». Communication lors de la conférence *À corps perdus ? Visions croisées sur le corps de la personne décédée,* Paris 1, 11 avr. 2012, non publié.

P.-M. MOREL, « Aristote contre Démocrite, sur l'embryon », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008. p. 43-57.

Y. MULLER, « La mutilation de l'ennemi en Grèce classique : pratique barbare ou préjugé grec ? » in *Corps au supplice et violences de guerre dans l'Antiquité*, A. ALLÉLY (éd.), Ausonius éditions, 2014, p. 25 et, dans le même ouvrage, p. 41.

N

St. NADAUD, « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien (...) », *AJ fam.*, 2006, p. 403.

M. NDONGO DIMÉ et K. FALL, « La mort des néo-Québecois musulmans originaires de l'Afrique de l'Ouest. Pratiques et questionnement, ou comment sauver la face d'une identité musulmane et du lien communautaire », in *La mort musulmane en contexte d'immigration et d'islam minoritaire. Enjeux religieux, culturels, identitaires et espaces de négociations,* K. FALL et M. NDONGO DIMÉ (dir.), coll. Intercultures, PUL, 2011, p. 117.

I. NOVLJANIN GRIGNARD, « Les musées et leurs restes humains : différents regards et nouveaux enjeux », *Les cahiers du Musée des Confluences - Études scientifiques n°3,* 2012, p. 11.

J. NUNEZ, « La gestion publique des espaces confessionnels des cimetières de la Ville de Paris : l'exemple du culte musulman (1857-1957) », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 13.

O

R. OGIEN, « "Mon corps est à moi", "non c'est non". Que reste-t-il de ces principes ? », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 351.

Ph. OLIVIERO, « La notion de "pré-embryon" dans la littérature politico-scientifique », *Droits et science,* vol. 36, 1991, p. 85.

L. ORLANDO, « L'origine de l'humanité et l'Homme de Néandertal » in *Sur les chemins de la découverte,* PUF, 2006, p. 256.

N. OUDSHOORN, « Au sujet des corps, des techniques et des féminismes », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000.

P

J. PANNIER, « Le cimetières des protestants de Paris, près de l'hôpital de la Trinité », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, tome LVII.

K. PARK, « The criminal and the Saintly Body : Autopsy and Dissection in Renaissance Italy », *Renaissance Quaterly*, 1994, 47 (I), 1-33.

Chr. PATIN, « Les vies *post mortem* de Saartjie Baartman. Muséologie et économies sociales », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 65.

J. PEIFFER, « Les débuts de la critique féministe des sciences en France (1978-1988) », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000.

E. PEREZ, « Les enfants dans les cimetières médiévaux (VII^e^-XI^e^ siècle) : observation et hypothèses à propos de quelques données archéologiques. », in *Le corps des anges. Actes de la journée d'étude sur les pratiques funéraires autour de l'enfant mort au Moyen-Âge.* M.-Cl. COSTE (dir.). Silvana Editoriale, Milan, 2011, p. 57.

Br. PERREAU, « Faut-il brûler Legendre ? La fable du péril symbolique et de la police familiale », *Vacarme* 2003/4 (n° 25), p. 62.

F. PESSIONE, Ch. CANTRELLE *et al*., « Activité de prélèvement et de greffe d'organes en France en 2006 », *Médecine/Sciences,* 2007, 23, 761-4.

M.-Cl. PHAN, « Les déclarations de grossesses en France (XVI^e^-XVIII^e^) : essai institutionnel », *Revue d'histoire moderne et contemporaine,* n° 22, 1975, p. 61.

Cl.-N. PICKMANN, « Sexualité et sexuation dans l'enseignement de Lacan », in *L'anthropologie et Lévi-Straus et la psychanalyse. D'une structure l'autre,* M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008, p. 107.

P. PICQ, « Homo et la fin des certitudes », *Communications,* 2014/2, p. 19.

P. PICQ, « Les dessous de l'hominisation : les origines de l'homme entre science et quête de sens », *in Les mondes darwiniens. vol. 2*, Th. HEAMS *et al,*.éd. Matériologiques « Sciences & philosophie », 2011, p. 1371.

J. PIGEAUD, « La question du cadavre dans l'antiquité gréco-romaine », *Micrologus,* 1999, VII, p. 43.

M.-G. PINSART, « Le choix du sexe pour des raisons non-médicales : reconnaissance et omission des questions de genre », in *Genre et bioéthique,* M.-G. PINSART (coord.), Librairie philosophique J. VRIN, 2003.

A. PINTATORE, « Sur la philosophie italienne du droit de tendance analytique », *Droit et société,* 23/24, 1993.

M. PIOT, « J'ai rencontré la culpabilité » in *Le fœtus, une personne ? Rencontre du 16 mai 2009 et autres contributions.* Association « Femmes pour le Dire, Femmes pour Agir », M. PIOT (coord.), L'Harmattan, 2010, p. 7.

J.-P. POLY, « Le sac de cuir, la crise de l'an mil et la première renaissance du droit romain », in *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ siècles),* J. KRYNEN et Al. RIGAUDIERE (dir.), Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 39.

B. POUDERON, « L'influence d'Aristote dans la doctrine de la procréation des premiers pères et ses implications théologiques », in *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 158.

S. PROKHORIS, « Le point de vue du psychanalyste », in *Famille, éthique et justice*, H. PAULIAT, É. NÉGRON, L. BERTHIER (éd.), coll. D'Aguesseau, PULIM, 2016, p. 119.

S. PROKHORIS, « L'adoration des majuscules » in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et É. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2^e^ éd., 2001.

A. PROST, « Les cimetières militaires de la Grande Guerre, 1914-1940 », *Le Mouvement Social* 2011/4 (n° 237), p. 135.

R

J. G. RAY, D. A. HENRY et M. L. URQUIA, « *Sex ratios among Canadian liveborn infants of mothers from different countries* », Canadian Medical Association Journal, 2012, 184(9), p. 492. Disponible sur : http://www.cmaj.ca/content/184/9/E492.full.pdf+html [consulté le 13 nov. 2016].

G. REES, *« More Wondrous and more Worthy to behold. The future of public anatomy* », in Controversial Bodies, J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 36.

I. RODET-BELARBI et I. SEGUY, « Des humains traités comme des chiens », *Techniques & Culture* [En ligne], 2013-60, mis en ligne le 19 juin 2016. Disponible sur : http://tc.revues.org/6864. [consulté le 13 nov. 2016].

P. ROLLAND, « L'influence des convictions religieuses et éthiques sur la production du droit en France (le dispositif institutionnel). », *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Br. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 205.

M. RONGIÈRES, « Regard sur le corps et le cadavre dans l'Histoire », *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les Études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 159.

P.-A. ROSENTHAL, « Politique familiale et natalité en France : un siècle de mutation d'une question sociale », *Santé, société et solidarité,* 2010, vol. 9, n° 2, p. 17.

C. F. ROSS « The history and potential of public anatomy », », in *Controversial Bodies,* J. D. LANTOS (éd.), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 63

M. ROSSIGNEUX-MEHEUST, « Négocier sa mort. Le combat des vieillards en institution à Paris au XIX^{e} siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2014/3 (n° 61-3), p. 98.

G. RUBIN, « L'Economie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Cahiers du Cedref*, 1998, 7. Texte original : « *The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex* », in RAPP & RAYNAR, 1975, *Toward an Anthropology of Women*, New York & London, Monthly Review Press, p.157.

S

J.-Cl. SCHMITT, « La notion de sacré et son application à l'histoire du christianisme médiéval », *Les cahiers du centre de recherche historique* [en ligne], 9/1992, mis en ligne le 18 mars 2009.

Entretien avec J. W. SCOTT, « Ce que la *gender history* veut dire », *Revue Mouvements*, coll. Pensées critiques, La Découverte « Poche/Sciences humaines et sociales », 2009, p. 29.

D. SEILHEAN, V° *Autopsie*, *Dictionnaire du corps,* M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007, p. 88.

J.-M. SEILLAN, « Le *gore* colonial. Aspects du corps supplicié dans la littérature d'aventure africaines à la fin du XIX^{e} siècle », in *Corps saccagés. Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours,* Fr. CHAUVAUD (dir.), PUR, 2009, p. 263.

M.-A. SELOSSE et B. GODELLE, « Une idée reçue, l'évolution mène toujours au progrès », *La Recherche,* oct. 2007, n° 412.

D. SIBONY, « L'embryon est un événement », in *Le fœtus, une personne ? Rencontre du 16 mai 2009 et autres contributions.* Association « Femmes pour le Dire, Femmes pour Agir ». M. PIOT (coord.), L'Harmattan, 2010. p. 33.

Y. SIMONIS, « Note critique sur le droit et la généalogie chez Pierre Legendre », *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 53.

N. SIOUNANDAN, « La montée de l'immatériel dans les pratiques funéraires »,

CREDOC, *Consommation et modes de vie*, n° 270, ISSN 0295-9976, oct. 2014.

M. STRAUSS : « Lévi-Strauss lecteur de Freud, Lacan lecteur de Lévi-Strauss », in *L'anthropologie et Lévi-Strauss et la psychanalyse. D'une structure l'autre,* M. DRACH et B. TOBOUL (dir.), coll. Recherches, La Découverte, 2008, p. 71.

T

E. TAÏEB, « Le débat sur la publicité des exécutions capitales. Usages et enjeux du questionnaire de 1885 », *Genèses,* 1/2004 (n° 54), p. 130.

J. TARDIEU, « La dernière demeure : archéologie du cimetière et des modes d'inhumation », in *À réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval,* F. ALEXANDRE-BIDON et C. TEFFORT (dir.), PUL, Lyon, 1993, p. 223-244.

A. C. TAYLOR, « Corps immortels, devoir d'oubli. Forces humaines et trajectoires de vie chez les Achuar », in *Le corps humain. Conçu, supplicié, possédé, cannibalisé,* M. GODELIER et M. PANOFF (dir.), CNRS édition, Paris, 2009, p. 319.

J.-Fr TERNAY, « Images médicales du fœtus humain sur internet. Appropriations et détournements. », *L'embryon humain à travers l'histoire,* éd. Dasen, infolio, 2007.

I. THÉRY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.* 2013, n° 7-8, dossier 17.

I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit,* 1997/10, p. 159.

O. THÉVENON, « Évaluer l'impact des politiques familiales sur la fécondité », *Informations sociale*, 2014/3, n° 183, p. 160.

J. THIBAULT-PAYEN, « L'exil des cimetières et des morts à la veille de 1789 : l'exemple de la primitivité de l'Eglise », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 509.

J. J. THOMSON, « Pour une défense de l'avortement », *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12, p. 3, pour la version française / « A defense of abortion », *Philosophy and Public Affairs*, I (1), automne 1971 pour la version américaine.

M. TORT, « "Différences des sexes" et "ordre symbolique" », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 155.

M. TORT, « Quelques conséquences de la différence "psychanalytique" des sexes », *Les temps modernes,* 2000, n° 609, p. 176.

A. TOSEL, « La fondation de la catégorie juridique chez Kant », *Cahier Eric Weil : interprétations de Kant*, Presses universitaires de Lille, 1992, p. 130.

S. TRÉTEAU et L. BLANCHETTE, « Réflexion sur la condition de la mère de l'enfant handicapé : une intervention féministe à développer », *Service social*, vol. 40, n° 2, 1991, p. 117. Disponible sur : http://id.erudit.org/iderudit/706531ar [consulté le 13 nov. 2016].

P. TRIADOU, « L'échographie fœtale ou la révolution de l'obstétrique de la fin du XX^e^ siècle, entre images et imaginaire », *in L'embryon humain à travers l'histoire,* éd. Dasen, infolio, 2007.

P. TROMPETTE et O. BOISSIN, « Entre les vivants et les morts. Les pompes funèbres aux portes du marché », *Sociologie du travail*, 2000, vol.42, n°3, p. 483.

D. TRUCHET, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, n° 36, p. 57.

V

M. VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain dans la pensée médiévale », *L'embryon : formation et animation. Antiquité grecque et latine, tradition hébraïque, chrétienne et islamique*, L. BRISSON, M.-H. CONGOURDEAU et J.-L. SOLERE (éd.), Vrin, 2008, p. 233-254.

M. VAN-PRAËT, « Saartjie Baartman une restitution témoin d'un contexte muséal en évolution », in *La Vénus hottentote entre Barnum et Muséum*, coll. Archives, Publications

scientifiques Muséum d'histoire naturelle, 2013, p. 367.

E. VARIKAS, « Naturalisation de la domination et pouvoir légitime dans la théorie politique classique. », in *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, D. GARDEY et I. LÖWY (dir.), Archives contemporaines, 2000.

M. VEGETTI, « L'homme et les dieux », in *L'homme grec*, J.-P. VERNANT (dir.), Seuil, 1993 pour l'édition française, p. 377.

C. VILLENEUVE-GOKALP, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 2011/1, vol. 66.

J.-L. VOISIN, « Du meurtre au suicide et du suicide au meurtre : crimes et ordre moral à l'époque de Néron », in *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XX^e siècle,* B. GARNOT (dir.), Éditions universitaires de Dijon, 1994, p. 129

§2. Articles juridiques

A

H. ABDELHAMID, « Les principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : le système juridique égyptien entre la logique de la personne propriétaire de son corps et celle de la personne dépositaire de son corps », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 249.

H. ABDELHAMID, « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 181.

R. AGO, « Les avis consultatifs "obligatoires" de la Cour internationale de justice : problèmes d'hier et d'aujourd'hui », in *Mélanges Virally,* 1991, p. 9.

A. VUATTOUX, « Les jeunes filles roumaines sont des garçons comme les autres », *Plein Droit,* 2015, n° 104, p. 27.

Y

D. YOUF, « Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale », *RRJ*, 2004-2, p. 1467.

W

M. WITTIG, « *The category of Sex »,* Feminist Issues, Berkeley, 1982, 2, n° 2.

Z

P. ZAOUI, « L'ordre symbolique, au fondement de quelle autorité ? », *Esprit,* mars-avril 2005, p. 223.

E. ZUCKER-ROUVILLOIS, « L'expertise familiale ou la perte du doute scientifique », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et E. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2^e éd., 2001, p. 111.

A

N. AÏT-ZAÏ, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la Convention des droits de l'enfant » in *L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008.* L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.), Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant. Société de législation comparée. Colloques Vol. 11, 2008, p. 63.

O. AMIEL, « La domanialité publique d'une tête maorie » *JCP A.,* 2008, p. 27.

P. AMSELEK, « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chr., p. 337.

C. ANDIREU, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure : une liberté en question », *RRJ,* 2005-4, vol. 1, p. 2097.

J. ANTIPPAS, « De l'utilisation illicite de cadavres », *RLDI,* 2011, n° 68, act.

A. AOUDJ-MRAD, « Le corps de la femme et la biomédecine : le clair-obscur tunisien », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 201.

Chr. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD civ*. 2007, p. 23.

Chr. ATIAS, « Le pouvoir des idées en droit civil », *Connaissance politique,* 1983, n° 2, p. 113.

M.-È. ARBOUR et M. LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », *R.D.U.S.* (2009-10) 40, p. 268.

J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », 2001, p. 489.

É. AUBIN et I. SAVARIT-BOURGEOIS, « Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire », *AJDA,* 2009, p. 531.

Cl. AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique romaine ? », in *Mélanges Pierre Lévêque*, VI, 1992.

M.-Th. AVON-SOLETTI, « La force de la doctrine de droit naturel : pérennité à travers ses différents apports et fondement de la dignité de la personne », in *Droit naturel et droits de l'Homme. Société d'histoire du droit. Journées internationales 2009,* textes réunis par M. MATHIEU, préf. J.-M. CARABASSE, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 33.

L. AYNÈS, « Le contrat, loi des partie », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 17, mars 2005.

L. AZOUX-BACRIE, « Oser la conciliation, une passerelle nouvelle offerte aux acteurs de santé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 21.

Tr. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.

B

M. BANDRAG, « Unité ou pluralité de la notion de personne dans le Code civil. À la recherche de la personne de fait », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil* , P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLEAUD (dir.). Études juridiques, Économica, 2006, p. 11.

H. BATIFOL, « Question de l'interprétation juridique », *APD*, 1972, n° 17, p. 9.

A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.), Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 45.

A. BATTEUR, « Interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les "anormaux" et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA,* 1994, n° 149, p. 29.

M.-P. BAUDIN, « "Être ou ne pas être…" (à propos de la modification de l'article 725 du code civil par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001) », *D.* 2002, p. 1763.

M. BAUCIS, « Le Droit de la filiation n'est gouverné par aucune exigence constitutionnelle », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 195.

G. BEAUSSONIE, « L'extracommercialité relative d'un fichier de clientèle », note sous Cass. com. 25 juin 2013, n° 12-17037, *D.* 2013, 1867.

A. BÉCART-ROBERT, G. MOUTEL, V. HÉDOIN, C. HERVÉ, D. GOSSET, « Facteurs culturels et autopsie scientifique » in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 199.

D. de BECHILLON, « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.

D. de BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, p. 47.

D. de BECHILLON, « La valeur anthropologique du droit », *RTD civ.* 1995, p. 835.

D. de BECHILLON, « Réflexions critiques », *RRJ*, 1994-1, p. 247.

D. de BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 563.

B. BEIGNIER, « Constat de la mort : le critère de la mort cérébrale », *JCP G.* 1997.II.22830.

A. BELAUD-GUILLET, « Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie », *LPA*, 1998, n° 111, p. 8.

B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 255.

M.-Cl. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD civ.* 2001, p. 1.

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC*, 2016, n° 3, p. 505.

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la disponibilité des embryons pour la recherche », *RDC,* 2016, n° 1, p. 111.

Fl. BELLIVIER, « Le génome entre nature des choses et artefact », *Enquête* [En ligne], 7/1999, mis en ligne le 15 juill. 2013, [consulté le 13 nov. 2016].

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « Les implications juridico-éthiques des tests fœtaux précoces sur sang maternel : pièges et ressources du droit », *RDC,* 2013, n° 3, p. 1121.

Fl. BELLIVIER et Chr. NOIVILLE, « Hadès et le contrat », *Revue des contrats,* 2011, n° 2, p. 605.

P. BERCHON, *Rép. civ. Dalloz,* V° *Sépultures*.

J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

H. BERTAUX et E. JEANNETEAU, « Le corps humain à l'épreuve de l'exposition », *LPA,* 2015, n° 207, p. 21.

D. BERTHIAU, « Redéfinir le principe d'autonomie dans le prélèvement d'organes. Proposition de révision de certains aspects de la loi bioéthique de 6 août 2004 en la matière », *Médecine et Droit,* 2010, n° 104, p. 150.

R. BERTRAND, « Que faire des restes des exécutés ? », in *Exécution capitale. Une mort donnée en spectacle. XVI^e^-XX^e^ siècle,* R. BERTRAND et A. CAROL (dir.), PUP, Aix-en-Provence, 2003, p. 43.

G. BERNARD, « Vers des droits de l'homme… sans homme ? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant,* Institut Famille et République, 2016, p. 101.

Cl. BERNARD-XEMARD, « Prélèvements d'organes post mortem et incapacité juridique », *Dr. fam.* n° 7, juill. 2012, étude 14.

M. BIEGELMANN-MASSARI, « Quand le Code civil interdit le mariage et marie les défunts », *Droit et société,* 1995, n° 26.

J.-R. BINET, « l'acte d'enfant sans vie, un contentieux en gestation ? », *JCP G.* 2010, p. 400, n° 215.

J.-R. BINET, « *Exceptio est strictissime interpretationis* : l'enfant conçu au péril de la biomédecine », in *Libre droit. Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 85.

X. BIOY, « Quelques lectures théorique de la qualification ? », *Les affres de la qualification juridique,* M. NICOD (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 11.

X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », in *La personnalité juridique,* X. BIOY (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 97.

X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques », *Revue du droit public*, 2011, n° 1, p. 89.

X. BIOY, V° *Avortement*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008.

X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 51.

K. BLAIRON, « La circulation des personnes décédées dans l'Union européenne », in *La mort et le droit,* Br. PY (dir.), Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 31.

E. BLANCHARD, « Étrangers, de quel genre ? », *Plein droit*, 2007/4, n° 75, p. 4.

Y. BONGERT, « L'infanticide au siècle des Lumières », *Revue historique de droit français et étranger*, 1979, p. 247.

M. BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 239.

D. BORILLO, « Fantasme des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, D. BORILLO et E. FASSIN (dir.), coll. Politique d'aujourd'hui, PUF, 2e éd., 2001, p. 161.

P. BOSSET, « Droits de la personne et accommodements raisonnables le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2009/1, vol. 62, p. 1.

P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous,* M. JÉZÉQUEL (dir.)*,* éd. Yvon Blais, Québec, 2007, p. 3.

D. BOULMIER, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nie ou dénie de justice ? », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, p. 193.

M. BOUTEILLE-BRIGANT, « L'égalité des cadavres devant l'éternité et la loi », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 229.

D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales* 2011/1 (n° 1), p. 22.

J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Pierre Hébraud.* Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 111.

Y.-B. BRISSAUD, « L'infanticide à la fin du Moyen-Âge, ses motivations psychologiques et sa répression », *Revue historique de droit français et étranger*, 1972, n° 50, p. 229.

Ph. BRUN, « Les habitudes de penser de la doctrine », N. DISSAUX et Y. GUENZOUI (dir.), *Les habitudes du droit*, thèmes et commentaires actes, Dalloz, 2015, p. 83.

L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question », *AJDA,* 2006, p. 757.

F. DESSAINJEAN, « Le non statut des animaux domestiques », in *Contribution en l'honneur de professeur Jacques Bouveresse, Crise(s) & Droit(s)*, G. QUINTANE (dir.), coll. Académique, vol. 3, éd. L'épitoge-Lextenso, 2015, p. 177.

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel*

Waline. Le juge et le droit public, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297.

M. BRUGGEMAN, « Le rôle de l'état civil », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 23.

Cl. BRUNETTI-PONS, « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. fam.* 2001, n° 11, chr. 23.

Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme. Approche pluridisciplinaire », *RRJ,* 2004-1, p. 589.

O. BUI-XUAN, « L'inaliénabilité des collections en question », *AJDA,* 2010, p. 233.

Chr. BYK, « La recherche sur l'embryon humain : le point de vue juridique ». *Journal international de bioéthique*, 1995, vol. 6, n° 3, p. 221.

C

L. CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation,* Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 13.

A.-Bl. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexion sur le principe de gratuité en matière d'utilisation des éléments et produits du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865.

A.-Bl. CAIRE, « La cryogénisation. Entre science-fiction et science juridique », *RRJ*, 2011-4, p. 1953.

A. R. CALATYUD, « Jugements de valeurs et argumentation juridique », trad. G. TUSSEAU, *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 229.

G. CALVÈS, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 45.

H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935, chr., 177.

O. CAYLA, « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, 13, 1991, p. 3.

L. CARAYON, « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée » in *L'abnégation*, séminaire de droit privé du Centre Crépeau, Université Mc. Gill, Québec, à paraître.

L. CARAYON, « IVG et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in *La loi et le genre,* St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014, p. 107.

L. CARAYON et J. MATTIUSSI, « La concurrence normative en matière d'utilisation thérapeutique des éléments et produits du corps humain » in *La concurrence normative. Mythes et réalités,* R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), Société de législation comparée, 2013, p. 209.

J. CARBONNIER, « Études de psychologie juridique. Annales de l'Université de Poitiers (1949) – Extraits », *JCP G*. 2015, n° 1407.

J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *APD*, t. 34, Sirey, 1989, p. 197.

St. CARRÉ, « Le transport de corps, un ectoplasme juridique », *RRJ*, 2005-4, vol. 1, p. 2033.

F. CARRIÉ, « Le projet grands singes : mobilisation politique pour une redéfinition élargie de l'identité de la personne humaine », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 27.

A. R. CATALAYUD, « Jugements de valeur et argumentation juridique », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 229.

C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation de transfert d'embryon *post mortem* », *D.* 2001, 1397.

C. CHABAULT, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *LPA,* 1996, n° 54, p. 4.

S. CHARBONNEAU, « Les rapports du Droit et de la biologie dans l'encadrement juridique de la gestion des espèces animales », in *Les animaux et les droits européens. Au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, J.-P. MARGUENAUD et O. DUBOIS (dir.), éd. Pédone, 2009, p. 95.

C. CHARBONNEAU et Fr.-J. PANSIER, « *Hominibus bonae voluntatis* (le Pacs II), *Gaz. Pal.* 2000, doctr., p. 1953.

R. CHARVIN, « Essai sommaire sur l'interprétation de la réalité sociale par les juristes », in *Interpréter et traduire,* J.-J. SUEUR (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 55.

P. CHATELET, « L'IVG et l'euthanasie : deux facettes d'une même réalité pour le Conseil d'État ? », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 239.

J. CHEVALLIER, « Juriste engagé(e) », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 305.

J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 125.

J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique,* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998, p. 21.

J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique,* Y. POIRMEUR et Al. BERNARD (coord.), PUF, 1993, p. 259.

Al. CHEYNET de BEAUPRÉ, « La concession à perpétuité », *Dr. fam.* 2006, n° 10, étude 42.

Al. CHEYNET de BEAUPRÉ, « "Homme et femme il les créa" Retours sur l'égalité dans le droit de la famille », *D.* 2008, p. 1216.

J.-Y. CHEVALIER, « "Naître ou n'être pas". La Chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Lexis-Nexis-Litec, 2005, p. 125.

E. CHEVREAU, « Quelques remarques sur la continuité des "personnes juridiques" en droit romain classique », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard, éd. Panthéon-Assas*, 2009. p. 217.

Ph. CLÉMENT, A. JEAMMAUD, É. SERVERIN et Fr. VENNIN, « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Droit social,* 1987, p. 55.

L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

M. CORNU, « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907.

J. COUARD, « De quelques "choses" aux limites du droit », in *Aux limites du droit,* C. REGAD (dir.), Mare et Martin, 2016, p. 199.
M. COUDERC, « Les travaux préparatoire de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975, chron., p. 249.

D. COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLEAUD (dir.), études juridiques, Économica, 2006, p. 91.

Fr. COLONNA d'ISTRIA, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique. Approche interdisciplinaire », *RTD civ.* 2012, p. 1.

J. CORBELLA i DUCH, « Dommages moraux pour la disparition de restes humains », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 285.

I. CORPART, « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », *Dr. fam.* 2009, n° 3, étude 19.

I. CORPART, « Le fœtus mort, enfant de personne », *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 133.

I. CORPART, « Feu la cryogénisation », *D.* 2006, p. 1875.

I. CORPART, « Décès périnatal et qualification juridique du cadavre », *JCP G.* 2005.I.171.

I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », *JCP N.* 2004.1328.

P. COUVRAT, « Le nouveau Code pénal en sa forme », in *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu,* PUF, 1994.

M.-Cl. CRESPO BRAUNER et A. CAVALCANTE LOBATO, « Le corps humain en droit brésilien : une protection qui cherche à concilier la dignité humaine et l'autonomie corporelle », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 336.

S. CURSOUX-BRUYERE, « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine », *RRJ*, 1re partie 2005-3, p. 1377 ; 2de partie 2005-4, p. 2317.

D

G. DAVID, « La filiation gagnée par l'artifice », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 219.

J. DAVID, « Les droits de l'homme, le droit naturel et les femmes : regards de juristes du XIXe siècle », in *Droit naturel et droits de l'Homme. Société d'histoire du droit. Journées internationales 2009,* textes réunis par M. MATHIEU, préf. J-M. CARABASSE, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 167.

N. DEFFAINS « Le défunt devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 95.

M. DELMAS-MARTY, « Préface, la tragédie des trois C », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 7.

R. DEMOGUE « La notion de sujet de droit », *RTDC*, 1909, p. 639.

Ch. DEROBERT-RATEL « Le néo-malthusianisme en France et sa répression (1895-1920) », *RRJ*, 2005, 1re partie, vol. 3, p. 1707 / 2de partie, vol. 4, p. 2601.

S. DESMOULIN-CANSELIER, « Le bien-être animal : apparences trompeuses et opportunités », in *Le bien-être et le droit*, M. TORRE-SCHAUB (dir.), Publications de la Sorbonne, 2016, p. 133.

St. DETRAZ, « La discrimination "par ricochet", un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. pén.*, 2008, n° 6, étude 10.

E. DHONTE-ISNARD, « Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme », *RRJ*, 2004-2, p. 1480.

X. DIEUX, « Vers un droit "post-moderne" ? (Quelques impression sceptiques) », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 39.

X. DIJON et Chr. HENNAU-HUBLET, « Les droits de l'Homme corps et âme : la déchirure bioéthique », in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs,* S. M. HELMONS (dir.), Bruylant, Academia, 1999, p. 11.

C. DOMINGUEZ-HIDALGO, « Le corps et sa protection : les principes du droit chilien », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 345.

S. DOUAY, « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G.* 2003.II.10052.

Th. DOUVILLE, « Le statut de l'embryon et du fœtus », in *Les grandes décisions du Droit des personnes et de la* famille, LGDJ – Lextenso

éditions, 2e éd., 2016, p. 89.

Th. DOUVILLE, « "*Our Body*" au royaume de la Cour de cassation », *L'essentiel du droit des personnes et de la famille*, 2010, n° 9, p. 2.

R. DRAÏ, « Le Code civil et l'évolution du Droit des personnes. Préservation du principe généalogique ? », *Cahiers de méthodologie juridique,* n° 19, n° spécial *RRJ* 2004, p. 2777.

G. DRAGO, entretien avec A. PHILIPPOT, *JCP G.* 2016, n° 6, p. 315.

Fr. DREIFUSS-NETTER, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », in *Mélanges Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006.

Fr. DROMARD, « La prise en compte de la convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État à l'épreuve de la cryogénisation. (À propos de l'arrêt CE, 5e et 4e sous-sections réunies 6 janvier 2006 *Rémy Martinot et autres*) », *RRJ*, 2007-3, p. 1587.

E. DUBOUT « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *Jurisclasseur Libertés*, fac. 500.

M. DUCROZ, « Le juriste romain et la mort », in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, acte de colloque tenu à Caen du 20 au 22 novembre 1985, direction F. HINARD, Centre de publication de l'université de Caen, 1987, p. 145-157.

Chr. DUGAS de la BOISSONNY, « Quelques réflexions sur la perception de la mort du Moyen Âge à nos jours », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.), coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 115.

O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury,* Dalloz et Sirey, 1960, p. 349.

St. DUROY, « Le déclassement des biens meubles culturels et cultuels », *Revue du droit public* 2011, n° 1, p. 55.

St. DUROY, « Peut-on perdre la tête…maorie dans le respect du droit ? », *AJDA* 2011, p. 1225.

D. DUTRIEUX, « Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA*, 2015, n° 32, p. 6.

D. DUTRIEUX, « La gestion du terrain commun dans le cimetière : quels risques pour la commune ? », *JCP A*. 2013. 2095.

D. DUTRIEUX, « Cimetières et cultes : la solution des carrés confessionnels illégaux dans les cimetières communaux », *AJCT* 2012, p. 298.

D. DUTRIEUX, La réunion de corps est une exhumation : la Cour de cassation opposée à une bonne gestion des cimetières ? », *JCP A.* 2011. 2240.

D. DUTRIEUX, « Simplification et amélioration de la qualité du droit : les apports à la législation funéraire », *JCP A.* 2011. 2228.

D. DUTRIEUX, « Le décret relatif aux opérations funéraire : une simplification enfin adoptée », *JCP G.* 2011. 252.

D. DUTRIEUX, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *Defrénois*, 2002, n° 11, p. 719, n° 37556.

D. DUTRIEUX, « Le corps mort face à la régulation par le droit public », Colloque du CEFEL du 14 mai 2001*, Revue Générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 271.

C. DUVERT, « L'homme et la femme dans le Code civil ou le dialectique du donné et du construit », in *Différentiation et indifférentiation des personnes dans le Code civil*. P. BLOCH, C. DUVERT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Économica, 2005.

R. DWORKIN, « Le positivisme », trad. M. TROPER, *Droit et société,* 1985-I, p. 31.

R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », trad. Fr. MICHAUD, *Droit et société,* 1985-I, p. 51.

E

A. EBERHARDT, « La morale et le droit dans la pensée kantienne », *RRJ,* 2002-3, p. 1475.

B. EDELMAN, « Entre le corps – chose profane – et le cadavre – chose sacrée », *D.* 2010. 2754.

B. EDELMAN, « Morts à crédits », *D.* 2009. 2019.

B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995. 205.

B. EDELMAN, « Génétique et liberté », *Droits,* 1991, n° 13, p. 31.

P. ÉGÉA, « La "condition fœtale" entre "procréation et embryologie" », *Revue de droit sanitaire et social*, 2005. p. 232.

P. ESMEIN, « Le culte des morts » in *Mélanges Dabin*, Juridica, Bruxelles, p. 541.

N. EXPOSTA, « Dans quels cas les sépultures peuvent-elles être autorisées sur les propriété particulière ? », *Dr. adm.* 2000, comm. 236.

F

M. FABRE-MAGNAN, V° *Dignité humaine*, in *Dictionnaire des droits de l'Homme,* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008.

M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle (indisponibilité du corps humain et justice sociale)», *D.* 2008, chron., p. 31.

M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.

M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.* 2001, p. 285.

G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt », *RTD civ.* 2002-2, p. 221.

G. FAURÉ, « Bonnes mœurs et Dignité », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 201.

D. FENOUILLET, « La dignité de la personne », *Juriscl. Communication*, fasc. 44.

Chr. FERRARI-BREEUR, « L'(in)aliénabilité : quand le politique prime sur le droit », *Juris art etc.,* 2013, n°3, p. 43.

Br. FEUILLET-LIGER, « La biomédecine, promesse de liberté, in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 391.

Br. FEUILLET-LIGIER et Ph. PORTIER, « Religion et bio-droit en France. Vers une post-sécularité juridique ? », in *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Br. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 343.

G. FONTANIEU, « La question juridique des êtres humains sous l'angle de la dignité de la personne », *Les Annales de droit,* n° 8, 2014, p. 197.

P. FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 233.

É. FOUASSIER, « Vers une clause de conscience du pharmacien d'officine ? », *RDSS,* 2003, p. 43.

N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 839.

H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.* 2016. 1376.

H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016.1472.

Fr. FURKEL, « Le rôle essentiel du droit à la dignité, pierre angulaire de la loi fondamentale, dans la protection du corps humain en matière de biomédecine », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 44.

Fr. FURKEL, « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 7.

G

J.-CL. GALLOUX, « *De corpore juris*, première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA,* 14 déc. 1994, n° 149, p. 18.

J.-Chr. GALLOUX, « Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », in *La doctrine juridique,* Y. POIRMEUR et Al. BERNARD (coord.), PUF, 1993, p. 240.

M. GANZIN, « L'avortement dans la Rome antique », in *Études offertes à Alfred Jauffret*. Presses universitaires d'Aix-Marseilles, 1974, p. 267.

A. GARAPON, « Le sujet de droit », *RIEJ*, 1993-31, p. 69.

Th. GARÉ, « Vers une nouvelle forme de partage judiciaire : le partage des cendres du défunt ? », *JCP G.* 1998.II.10113.

M. GARRISON, « C'est mon corps et j'en fais ce que je veux : la notion de protection de la personne aux États-Unis », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 291.

J.-P. GASNIER, « Questions à propos du statut juridique du cadavre », *RRJ*, 2011-4, p. 1795.

J. GATÉ, « Genre et droit pénal : illustrations choisies », in *Ce que le genre fait au droit,* Dalloz, 2013, p. 47.

J. GAUDEMET, « La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien », in *La formation du droit canonique médiéval*, Londres, 1980, n° VIII.

Fr. GAUDU, « À propos du "contrat d'union civile" : critique d'un profane », *D.* 1998, chron., p. 19.

E. GEORGITSI, « Caractéristiques de l'espèce, identité de la personne, identification des bénéficiaires des droits. Retour sur un raisonnement fallacieux du juge constitutionnel allemand », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 71.

M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP* 1980.I.2966.

M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992, p. 344.

M. GOBERT, « Réflexion sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ,* 1992, p. 489.

J. LE GOFF, « Nouveau modes de subordination dans le travail », *Esprit,* mars-avril 2005, p. 143.

D. GOUBEAU, « Réflexions sur les principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine au Canada », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 281.

P. GOURDON, « Condamnation pour discrimination d'un maire ayant refusé de célébré un mariage en raison du transsexualisme de la future épouse », *JCP G.* 2011, n° 42, 1132, p. 1873.

A. LE GOUVELLO, « Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam*. 2015, comm. 85.

Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « Actions relatives à la filiation : règles générales », in *Droit de la famille,* P. MURAT (dir.), Dalloz Action, 7e éd., 2015, p. 700 et s.

Fr. GRANET, « Les droits européens et le décès périnatal », *L'esprit du temps*, Études sur la mort, 2001/1, no 119, p. 163.

J.-P. GRIDEL, V° *Cadavre*, in *Dictionnaire du corps*. M. MARZANO (dir.), Quadrige, PUF, 2007.

J-P. GRIDEL, « L'individu juridiquement mort ». *D.* 2000, chr., p. 266-6.

M. GRIMALDI, « Les dernières volontés », *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994.

T. GRÜNDLER, I. GUERLAIS, K. LE BOURHIS, « Les discriminations sur l'origine sociale, entre mythe et réalité », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 63.

T. GRÜNDLER, « Le droit à la protection de la santé », in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, D. ROMAN (dir.), 2010.

Chr. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in *Théorie des contraintes juridiques*, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Chr. GRZEGORCZYK (dir.), Bruylant-LGDJ, 2005.

Chr. GRZEGORCZYK, « Le Droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1990, n° 11.

Chr. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien, l'impossible définition », *APD,* 1979, t. 24, p. 259.

Chr. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit, trois hypostases », in *Le sujet de droit, APD,* 1979, p. 9.

P. GUIHO, « Réflexion sur le mariage posthume », in *Mélanges Falleti*, Dalloz, 1971, p. 321.

O. GUILLAUMONT, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A.* 2004.1799.

D. GUTMAN, « "Le juge doit respecter la cohérence du droit". Réflexions sur un imaginaire article $4^{1/2}$ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil,* G. FAURÉ et G. KOUBI (dir.), Économica, 2003, p. 109.

D. GUTMAN, « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », *RTD civ.* 2002, p. 455.

J. GUYADER, « Aux origines canoniques de la responsabilité pénale : volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Buchard de Worms », in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. THIREAU (dir.), PUF, 1997, p. 87.

H

L. HAGHIGHAT KHAH, « Au nom de Dieu. La protection de enfants dans la loi constitutionnelle de la République islamiste d'Iran. », in *L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008.* L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.). Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant. Société de législation comparée. Colloques vol. 11, 2008, p. 154.

H. HAMADI, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, *Champs libres,* n° 6, 2007, L'Harmattan, p. 161.
R. HANICOTTE, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.* 2012, n° 355, p. 5.

M. HARICHAUX, « La nouvelle "conciliation" médicale », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 108.

M. HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1898, p. 5 et 119.

J. HAUSER, « La nature juridique de l'embryon », *RTD civ.* 2016.76.

J. HAUSER, « Nature », *JCP G.* 2015, n° 1226.

J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* 2012, n° 9, dossier 4.

J. HAUSER, « La mort en ce jardin : suite et fin », *RTD civ.* 2010, p. 760.

J. HAUSER, « La mort en ce jardin !», *RTD civ.* 2009, p. 501.

J. HAUSER, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz/Lexis-Nexis/Litec, 2004, p. 201.

P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

B. HÉDIN, « La prise en charge par la commune des frais d'obsèques des personnes décédées sur son territoire », *JCP A.*, 2013.567.

Chr. HENNAU-HUBLET, « Le statut de l'embryon humain », *Journal International de bioéthique*, 1990, vol. 1, n° 2, p. 87-91.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'embryon de l'Union », *RTD eur.* 2012, p. 355.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in *Bioéthique et genre*, A.-Fr. ZATTARA-GROS (dir.), LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 21.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 239.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah. Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.

St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le consentement présumé du défunt aux prélèvements d'organes : un principe exorbitant mais incontesté », *RRJ,* 2001-1, p. 183.

X. HENRY, « Psychanalyse, inconscient et droit privé », *JCP G*. 2015, n° 1407.

M.-A. HERMITTE, « De la question de la race à celle de l'espèce. Analyse juridique du transhumanisme », in *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine,* G. CANSELIER et S. DESMOULIN-CANSELIER (dir.), Société de législation comparée, 2011, p. 155.

J. HERVEG, « La protection de la vie privée participe-t-elle au respect de l'individu après son décès ? Le cas des données du patient », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture.* A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 255.

M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, p. 65.

J.-Chr. HONLET, « Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Les juristes au laboratoire*,

M. HURTADO-BAUTISTA, « Le droit et la nature de chose dans la philosophie du Droit espagnole », *Annales de la faculté de Droit de Toulouse,* t. XII, 1964, p. 177.

L. HUSSON, « Le fait et le droit », in *Nouvelles études sur la pensée juridique,* Dalloz, 1974, p. 145.

I

M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet,* n° 12-13, 1998, p. 111.

H. INCOLLINCO-MONA, « La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », *RRJ*, 2004-3, p. 2073.

M.-L. IZORCHE, « Réflexion sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, p. 53.

J

Chr. JAMIN. « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G.* 2015, 1446.

Chr. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, 263.

Chr. JAMIN, *RTD civ*. 1994, chr. p. 934.

Ch. JARROSSON et Fr-X. TESTU, V° *Équité, Dictionnaire de la culture juridique,* Lamy-PUF, 2003, p. 638.

Ph. JESTAZ, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, p. 547.

Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits,* 1993, n° 18, p. 45.

Ph. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chr., p.12.

E. JEULAND, « L'Énigme du lien de droit », *RTD civ*. 2003, p. 455.

S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain. - À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Dr. fam*. n° 10, oct. 2001, chron. 22.

J. JULIEN, « La dernière demeure… », *Dr. fam*. n° 9, sept. 2004, étude 21.

K

P. KAYSER « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ,* 1998-2, p. 387.

D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 19 pour la trad. française par V. FORRAY et A. GUIGUE ; in *Legal Reasonning, Collected essays*, The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008 pour la version en anglais.

Fr. KERNALEGUEN, « Les principes de protection du corps humain en droit français : l'influence déterminante de la biomédecine », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 145.

D. KESSLER, « Principes déontologiques fondamentaux et expérimentation médicale après la mort », *RFDA,* 1993. 1002.

C. KLEINER, « Les biens culturels entre identité et mondialisation. Les apports du droit international », in *L'identité à l'épreuve de la mondialisation,* S. BOLLÉ et É. PATAUT (dir.), IRJS éditions, t. 72, 2016, p. 43.

R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in *La dignité de la personne humaine,* M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir.), Études juridiques, Économica, 1999, p. 67.

M. KUMM, « *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review* », New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper n° 118, oct. 2009.

L

X. LABBÉE, « Le cadavre du terroriste », *JCP A.* 2016, act. 712.

X. LABBÉE, « Le corps humain, le Droit et les Saintes Écritures », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 105.

X. LABBÉE, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G.* 2012, doct. 977.

X. LABBÉE, « Sacré cadavre », *JCP G.* 2011, p. 362, n° 197.

X. LABBÉE, « Souviens-toi que tu es poussière. À propos de la loi du 9 décembre 2009 », *JCP G.* 2009, act. 34.

X. LABBÉE, « L'affaire du cimetière musulman », *JCP A.* 2008, act. 415.

X. LABBÉE, « Juristes et médecins condisciples d'une même loi naturelle ? (Plaidoyer pour les sciences de la vie) », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 67.

X. LABBÉE, V° *Corps humain*, in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003.

X. LABBÉE, « Le statut juridique du corps humain après la mort », *Colloque du CEFEL du 14 mai 2001, Revue Générale de droit médical*, n° 8, 2002, p. 277-282.

X. LABBÉE, « Le culte des morts est une liberté publique », *D.* 1999, p. 422.

X. LABBÉE, « La dépouille mortelle est une chose sacrée », *D.* 1997, p. 376.

C. LABRUSSE-RIOU, « Préface », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, L.-L. CHRISTIAN *et alii*., coll. Droit et religion Bruylant, 2008.

C. LABRUSSE-RIOU, V° *Interruption de grossesse,* in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et St. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 2003.

C. LABRUSSE-RIOU, « L'embryon humain : qualifications juridiques et politique législative », in *La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux*, C. LABRUSSE-RIOU, B. MATHIEU et N.-J. MAZEN (dir.), *Revue générale de droit médical*, Les Études hospitalières, n° spécial, 2000, p. 161.

C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, p. 233.

C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeux des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits,* 1991, n° 13, p. 19.

A. LAGERWALL, « La prostitution, le port du voile et l'avortement devant la Cour européenne des droits de l'Homme : une affaire de femmes ? », in *Féminisme(s) et Droit international, Études du réseau Olympe,* E. TOURME JOUANNET, L. BURGORGUE-LARSEN, H. MUIR WATT et H. RUIZ-FABRI, coll. de l'institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Société de législation comparée, 2016, p. 345.

M. LAMARCHE, « De la Vénus Hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », *Dr. fam.* 2009, n° 5, alerte 37.

M. LAMARCHE, « Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soi-disant juridique », *Dr. fam.* 2008, n° 3, alerte 22.

P. LAMBERT, « Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE (dir.), Némésis / Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 63.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le comité intergouvernemental de l'UNESCO pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de restitution en cas d'appropriation illégale : un bilan assez mitigé », *RSC*, 2012, p. 265.

Ph. LARDINOIS, « L'avortement de fœtus anormal : révélateur privilégié de notre rapport à l'écart "naturel" à la "nature" ? », in *Images et usages de la nature en droit,* Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, p. 441.

E. LAZAYRAT, J. ROCHFELD et G. MÉMETEAU, « La distinction des personnes et des choses », *Dr. fam.* 2013, n° 4, étude 5.

Chr. LAZERGES, « Typologies des procédures de médiation pénale », in *Mélanges André Colomer*, Litec, 1993, p. 217.

A. LEBIGRE, « Inégalités sociales et Droit pénal », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 357.

G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics – Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. REDOR (dir.), Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 353.

G. LEBRETON, « Y a-t-il un progrès du droit ? », *D.* 1991, p. 99.

A. LECA, « *Corpus defuncti.* Les limites à la dissolution de la personnalité par la mort dans la compilation de Justinien. », *RRJ*, 2004-1, p. 459.

A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir. Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 289.

C. LE DOUARON, « Exposition "Our Body" : confirmation de l'interdiction », *D.* 2010, p. 2750.

A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Baptême et nom de baptême. Notes sur l'ondoiement », in *Histoire du droit social, mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 365.

P. LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ*. 1990, p. 639.

P. LEGENDRE, « Le ficelage institutionnel de l'humanité », entretien avec M. ELBAZ et Y. SIMONIS, *Anthropologie et Sociétés,* 1989, vol. 13, *Ordres juridiques et cultures,* p. 61.

J. LEOHNARD, « Cadavre à la une. Regard du Droit pénal sur la médiatisation de l'image du cadavre », in *La mort et le droit*, Br. PY (dir.),

coll. Santé, qualité de vie et handicap, Presses universitaires de Nancy, 2010, p. 207.

F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010.301.

F. LEMAIRE, « Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété privée par cryogénisation », *JCP G.* 2000.II.10287.

A. LEPAGE, *Rep. civ. Dalloz*, V° « Personnalité (droits de la) ».

J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », *AJDA,* 2008, p. 1896.

A.-M. LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur des discriminations », in *L'identité à l'épreuve de la mondialisation,* S. BOLLÉ et É. PATAUT (dir.), IRJS éditions, t. 2, 2016, p. 129.

A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, 2004, Économica, p. 247.

L. LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, actes du XVII[e] colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 45.

R. LIBCHABER, « Les incertitude du sexe », *D.* 2016, p. 20.

R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil. 1804-2004, Livre du bicentenaire* 2004, p. 297.

R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.* 1975.I.2681.

D. LOCHAK, « Introduction », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 21.

D. LOCHAK, « Le Haut Conseil à la (dés)intégration », *Plein droit* 2011/4, n° 91, p. 12.

D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges André Lajoie*, éd. Thémis, Université de Montréal, 2008, p. 659.

D. LOCHAK, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits* [en ligne], 64/hiver 2006, mis en ligne le 6 mars 2007, disponible sur : http:// conflits.revues.org/2136 [consulté le 13 nov. 2016].

D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique,* D. BORILLO, coll. Les voies du droit, PUF, 2[e] éd., 1999, p. 39.

D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? 1. Une neutralité impossible », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 293.

D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252.

D. LOCHAK, « Le droit : du normatif à la normalisation » in *Le sujet et la Loi,* éd. Éres, 1988, p. 23.

D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, n° 11, p. 778.

Gr. LOISEAU, « Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », *JCP G.* 2014.2067.

Gr. LOISEAU, « Statut du cadavre, le point de vue du privatiste », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 213.

Gr. LOISEAU, « Exposition de cadavres : les contrats d'assurance sont aussi illicites », *JCP G.* 2013.714.

Gr. LOISEAU, « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p. 2750.

Gr. LOISEAU, « Des cadavres mais des hommes », *JCP G*. 2009, n° 25, note 12.

Gr. LOISEAU, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009*,* p. 236.

Gr. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam*. 2008, n° 10, comm. 135.

Gr. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

Gr. LOISEAU, « Le cadavre et la loi », *Droit et patrimoine*, 2002, 105.

Gr. LOISEAU, « Les destinées réglementées de la dépouille mortelle », *Droit et patrimoine*, 2002, 110.

Cl. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », in *Droit civil, procédure et linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu,* PUF, 1994, p. 285.

A. LOPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, « La bioéthique, le droit et la biotechnologie humaine », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, B. PY, F. VIALLA et J.LEONHARD (dir.), vol. 1, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 171.

D. LUBAN, « *Legal modernism* », Michigan Law Review, vol. 84, n° 8, août 1986, p. 1656.

G. LYON-CAEN, « *Qualis labor, talis qualitas* », *La qualification, Droits,* 1993, n° 18, p. 67.

M

P. LE MAIGAT, « Entre le Sacré et le Profane : Retour sur une querelle idéologique, ontologique et politique sur le statut de l'embryon », *RDH* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 mai 2016. Disponible sur : http://revdh.revues.org/2079 [consulté le 13 nov. 2016].

D. MAINGUY, « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP G*. 2011, doctr. 250.

P. MAISTRE du CHAMBON, « L'amendement Garraud, retour sur un procès en sorcellerie », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004-2, p. 313.

Ph. MALAURIE, « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à Xavier Labbée », *JCP G.* 2012, 1096.

Ph. MALAURIE, « Respecter la vie humaine : œuvre de Dieu ou œuvre de la Nature ? », *LPA*, 5 déc. 2002, n° 243.

Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges Savatier*, Dalloz, Poitier, 1965, p. 603.

A. MALIVIN, « L'article 360 du Code pénal, ou l'inextricable question de la nécrophilie en droit », in *Le traitement juridique du sexe,* G. DELMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), coll. Presses universitaires de Seaux, L'Harmattan, 2010, p. 134.

D. MANAÏ, « Le corps entre la dynamique de l'autodétermination du sujet et le frein du respect de la dignité humaine », in *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 219.

L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe- l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, disponible sur : http:// revdh.revues.org/731 [consulté le 13 nov. 2016].

J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté d'expression nécrophage », *RTD civ*. 2007, p. 732.

J.-P. MARGUÉNAUD, « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, p.187.

B. MARRION, « Exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », note sous Civ. 1re 16 sept. 2010, *JCP G*. 2010, p. 1239.

P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu,* t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49.

R. MARTIN, « Les premiers jours de l'embryon. - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G.* 2002.I.115.

R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785.

O. MASSOT, « De l'euphémisme en droit à l'euphémisation du droit », *RIEJ,* 2003.51, p. 225.

B. MATHIEU, « La bioéthique, matrice des droits d'un homme nouveau », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* t. 2, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1209.

B. MATHIEU, « Les comités d'éthique hospitaliers. Étude sur un objet juridiquement non-identifié », *RDSS,* 2000, n° 36 (1), p. 73.

B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de la dignité et les interventions sur le génome humain », *RTD publ.* 1999, p. 93.

B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282.

L. MAYALI, « Droit et religion dans l'ordre normatif médiéval », in *Droit éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, B. FEUILLET-LIGERT et Ph. PORTIER (dir.), R. BOUDON (préf.). Bruylant, Bruxelles, 2012.

Fr. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage », in *La médiation en débat,* Fr. MONÉGER (dir.), Les recherches Pothier, Université d'Orléans, editoo, 2002, p. 35.

M. MEKKI, « L'ouverture disciplinaire et la théorie sociologique du droit : une approche renouvelée de l'objet droit ? », in *Droit, arts, sciences humaines et sociale : (dé)passer les frontières disciplinaires,* S. CHASSAGNARD-PINET, P. LEMAY, C. REGULSKI, D. SIMONNEAU (dir.), Droit et société n° 28, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 111

M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC*, 2006, n° 3, p. 679.

G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990, n° 4, p. 611.

G. MÉMETEAU, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *JCP G.* 1990.I.3443.

G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personne juridique. "Qui se souvient des Hommes" », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1994, p. 21.

M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Rev. trav.* 2015.672.

M. MERCAT-BRUNS, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *D*. 2013.2475.

M. MIAILLE, « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 87.

J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort, (le juge administratif face à la cryogénisation) », *D.* 2005, p. 1742.

J.-Fr. MILLET, « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA,* 2003, p. 1871.

A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G.* 2010, n° 99, p. 177.

A. MIRKOVIC, « Le rôle des comités d'éthique », in *Regard sur les biotechnologies,* C. DURAND (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 269.

A. MIRKOVIC, « Atteinte involontaire à la vie du fœtus : le débat n'est pas clos ! », *LPA*, juin 2002, n° 119, p. 4.

P. MIMIN, « Les cassations pour fautes de langage », *JCP G.* 1946.I.556.

P. MISTRETTA, « À l'orée de la fin de vie, états d'âme d'un pénaliste au royaume de l'éthique médicale », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Br. PY, Fr. VIALLA et J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, Bordeaux, 2015.

P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G.* 2005.I.100.

C. MOIROUD, « La reproduction de la vie et les institutions. Instituer et transmettre », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 41.

N. MOLFESSIS, « Les prédictions doctrinales », in *L'avenir du droit. Mélanges François Terré,* Dalloz/PUF/Jurisclasseur, 1999.

P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en France. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319.

J. MOREAU, « Le préfet ne peut que refuser l'autorisation de conserver, par cryogénisation, une personne défunte sur une propriété privée », *JCP A.* 2002, 1072.

J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000*,* p. 266-1.

M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 2002.1112.

J.-L. MOURALIS, « L'empreinte juridique du défunt », in *Le droit privée français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 289.

P. MURAT, « La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément », *Dr. fam*. 2008, n° 3, comm. 34.

P. MURAT, « La réforme de l'inscription à l'état civil de l'enfant prématurément perdu : entre progrès et occasion manquée », *Études sur la mort*, 2001/1 n° 119, p. 183.

P. MURAT, « Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression », *Dr. fam.* oct. 1999, p. 15, comm. n^o^ 112.

P. MURAT, « Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 maris 1997), *Dr. fam.* 1997, n° 9, chr. 9, p. 4.

P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS,* 1995, p. 451.

P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme,* L. LEVINET (dir.), Bruylant / Némesis, Bruxelles, 2010, p. 13.

N

Cl. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, n° 13, p. 841.

Cl. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Ph. PEDROT (dir.), Économica, 1999, p. 39.

S. NÉRON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G.* 2011, n° 38.

R. NERSON, « Exercice de vocabulaire », in *Mélanges Malinvaud*, LGDJ, 1967, p. 603.

Entretien avec L. NEUWIRTH par J. LAUFER et Ch. ROGERAT, « Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception », *Travail, genre et sociétés*, 2001/2, n° 6.

M. NICOD, « La réforme du droit des testaments », in *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir.* Journées nationales de Strasbourg, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. 9, Dalloz, 2006, p. 55.

J.-Fr. NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ*, 1998-2, p. 449.

C. NIVARD et M. MÖSCHEL, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistance », in *Ce que le genre fait au droit*, St. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (dir.), Dalloz, 2013, p. 77.

J. NOIREL, « Mariage 1960 : le mariage posthume », *S.* 1960, chr. p. 15.

M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna » in *L'enfant en droit musulman. (Afrique, Moyen-Orient). Acte du colloque du 14 janvier 2008.* L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.). Cour de cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant. Société de législation comparée. Colloques Vol. 11, 2008, p. 33.

P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept,* C. THIBIERGE *et alii*, LGDJ-Lextenso-Bruylant*,* 2009, p. 137.

O

S. OKTAY-OZDEMIR et G. S. TEK, « La disposition de son corps par la femme turque, un droit limité », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 213.

J.-B. d'ONORIO, « Le respect de la vie : le devoir de mémoire du droit », *Le droit dans le souvenir*. Liber amicorum *Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 215.

K. ORFALI, « Biomédecine, corps de femme et corps social aux États-Unis. », in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 303.

V. ORTET, « Le respect de la dépouille mortelle en droit français », in *Séminaire d'actualité de droit médical. Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort. Droit, éthique et culture*, A.-M. DUGUET (coord.), Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 167.

P

M. PAINCHAUX, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ*, 2004-3, p. 1567.

St. PAPI, « Droit funéraire et islam en France : l'acceptation de compromis réciproques », *AJDA,* 2007, p. 1968.

S. PARICARD, « La médecine saisie par la convenance personnelle », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, B. PY, F. VIALLA et J. LEONHARD (dir.), vol. 2, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 25.

S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008, p. 87.

Ph. PEDROT, « Repenser l'interprétation de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 299.

Ph. PEDROT, « Vie et mort : la frontière brouillée », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. DOAT, J. LE GOFF, Ph. PEDROT, Presses universitaire de Rennes, 2007, p. 77.

Ph. PEDROT, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G.* 1991.I.3483.

L.-E. PETTITI, « Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Justice, Médiation et Équité,* actes du colloque Droit et Démocratie, La documentation française, 1992, p. 35.

E. PERREAU, « Les droits de la personnalité », *RTD civ.* 1909, p. 528.

Ch. PERELMAN et P. FORIERS, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 415.

F. PEROCHON, « Madame ou Mademoiselle ? (Indiscrétion et discrimination) », in *Mélanges André Colomer*, Litec, 1993, p. 351.

O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel,* 2002/4, n° 52, p. 218.

C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chr. p. 29.

M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865.

E. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », *Le droit, de quelle nature ?,* Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, D. ROUSSEAU et A. VIALA (resp.), coll. Grands colloques, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 23.

M. PICHARD, « L'enfant : à propos d'une polysémie », *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet,* Dalloz, 2011, p. 469.

R. PIEROT, « Le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public,* t. 2, LGDJ, 1974, p. 683.

M. PIERRE, « L'épreuve affective : le cas de l'enfant sans vie », in *L'état civil dans tous ses états,* Cl. NEIRINK (dir.), Droit et société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme-LGDJ, 2008.

E. PIERROUX, « "Our Body, à corps ouverts" l'exposition fermée », *Gaz. Pal.* 2009, n° 148, p. 2.

I. POIROT-MAZÈRES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public". Ou comment le juge administratif appréhende… la cryogénisation », *Dr. adm.* 2006, n° 7, étude 13.

J.-M. PONTIER, « Une restitution, d'autres suivront. Des têtes maories aux manuscrits Ugigwe », *AJDA*, 2010, p. 1419.

H. POPU, « Le corps humain *post mortem*, une chose "extra-ordinaire" », *RRJ,* 2009-1, p. 229.

H. POPU, « La conservation d'un défunt par cryogénisation (suite) », *Defrénois*, 2006, n° 6, p. 500.

H. POPU, « Le respect des dernières volontés », *Defrénois*, 2005, n° 22, p. 1770.

A. PORTEAU-BITKER, « Une réflexion sur le suicide en droit pénal laïque des XIII^e^ et XIV^e^ siècle », *Nonnagesimo Anno. Mélanges Jean Gaudemet.,* PUF, 1999, p. 305.

A. PORTEAU-BITKER, « Criminalité et délinquance féminines dans le droit pénal des XIII^e^ et XIV^e^ siècle », *Revue historique de droit français et étranger,* 1980, n° 1, p. 13.

I. PRETELLI, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée », *Rev. crit. DIP,* 2015.559.

Gr. PUPPINCK, « L'avortement et la CEDH », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*. Études coordonnées par Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 305.

R

A-M. RAJON, « L'épreuve corporelle l'intersexualité à la naissance », *L'État civil dans tous ses états*, Cl. NEIRINCK (dir.), Droit et société, vol. 47, 2008, LGDJ, p. 71.

G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in *L'instituer : le donné, la volonté et la responsabilité. Approche pluridisciplinaire*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), préf. Al. SÉRIAUX, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 101.

G. RAOUL-CORMEIL, « Biomédecine et maîtrise du corps humain », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir.). Droit et justice n° 88, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 117.

G. RAOUL-CORMEIL, « La question du genre dans le Code civil », *RRJ*, 2009-1, p. 183.

G. RAOUL-CORMEIL, « Fondement de l'obligation à la dette des frais funéraires », *D.* 2009, p. 1927.

J. RAVANAS, « La défense *post mortem* du pseudonyme », *D.* 1996, p. 174.

G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 524.

G. RAYMOND, « Biotechnologie et droit de la filiation », *RIDP*, 1992, p. 251.

P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, p. 109.

M. REYNIER et Fr. VIALLA, « Perinde ac cadaver », *Médecine et droit*, 2011, p. 131.

S. RIALS, « Les standards, notion critique du droit », in *Les notions à contenu variable*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 43.

A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *RRJ*, 2001-3, p. 1361.

J. RICHARD, « Du Code noir de 1685 au projet de 1829 : de la semi-réification à l'humanisation de l'esclave noir », in *Esclavage et droit. Du Code noir à nos jours,* T. LE MARC'HADOUR et M. CARIUS (dir.), Artois Presses Université, Arras, 2010, p. 53.

J. RIVERO, « "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? », in *Le Conseil constitutionnel et les liberté,* 2e éd., PUAM / Économica, 1987, p. 101.

J. RIVERO, « Des juges qui ne veulent pas gouverner », *AJDA*, 1975, p. 134.

J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chr. 23, p. 99.
J.-L. REY, « La conservation d'un corps par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation pouvant être autorisé dans une propriété privée » ; *AJDA,* 2000, p. 896.

Fr. RINGEL et E. PUTMAN, « Après la mort... », *D.* 1991, chr., p. 241.

D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.* 2013, p. 1911.

D. ROMAN, « *"À corps défendant"*– La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007.1284.

F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145.

G. ROUSSET, « De l'état civil des enfants nés sans vie. - À propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008 », *JCP G.* 2008*,* n° 38, act. 553.

D. ROUSSEAU, « Une décision non commentée existe-t-elle ou commenter est-ce délirer ? », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 897.

G. ROUJOU de BOUBÉE, « Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus) », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autours de Michelle Gobert*, Économica, 2004, p. 195.

G. ROUJOU de BOUBÉE et B. LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.* 2000, chron., p. 181.

N. ROUBIER, « Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme », *Revue générale de droit*, 1994, p. 5-47.

P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD* 1964, t. 9, *Le droit subjectif en question*, p. 83.

N. ROULAND, « Les morts et le droit : variations anthropologiques », *Histoire et société. Mélanges offerts à Georges Duby. Volume 4 : La mémoire, l'écriture et l'histoire*, 1992, Université de Provence.

N. ROULAND, « Chronique d'anthropologie juridique : relire notre droit (pour une anthropologie du détour) » et « Penser le droit », *Droit*, 10, 1989.

S

A. SARIS et G. GIDROL-MISTRAL, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain - Volet 1 : la maxime « infans conceptus », *R.D.U.S.* vol. 43, 2013, p. 209.

V. SAN JULIAN PUIG, « Les principes de protection du corps de la personne et leur reflet sur la législation sanitaire espagnole », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 115.

J. SANDOR, « Piliers fondamentaux de la protection du corps dans le droit médical hongrois : dignité, autodétermination et non-

réification », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 165.

S. SCALBERT, « Utilité et force symbolique du droit. À propos de la reconnaissance dans le Code civil de l'animal comme "être vivant doué de sensibilité" », *Revue de droit rural,* 2015, n° 432, p. 14.

G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne sur son corps : portée et balises en droit belge », *Principes de protection du corps et Biomédecine. Approche internationale,* Br. FEUILLET-LIGER et G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, 2015, p. 67.

Th. SELLIN, « Esclavage et peines dans la Rome antique », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel,* éd. Pédone, 1980, t. 2, p. 437.

A. SÉRIAUX, « Pouvoir scientifique, savoir juridique », *Droits*, 13, 1991, p. 61.

A. SÉRIAUX, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.* 2005, p. 1966.

E. SERVERIN « Vie et mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D.* 1997, 557.

E. SERVERIN, « Contraception et avortement dans la presse juridique » in *La loi de 1920 et l'avortement. Stratégies de la presse et du droit au procès de Bobigny*, Lyon, Presses universitaires, 1979, p. 78.

J.-Fr. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité des personnes. Mélanges Christian Bolze,* Économica, 1999, p. 339.

L. SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du Droit », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), 1978, Bruylant, p. 219.

S. SLAMA, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, 2003.4.

X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA,* 2013.315.

K. STYANOVITCH, « Sens du mot droit et idéologie », *APD,* n° 19, *Le langage juridique*, 1975, p. 181.

Fr. SUDRE, « À propos du droit de juger équitablement », in *L'équité dans le jugement*, M.-L. PAVIA (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 41.

F. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377.

Entretien avec Al. SUPIOT par O. MONGIN, J. ROMAN et M. THÉRY, « La fonction anthropologique du droit. », *Esprit*, fév. 2001, p. 151.

Cl. SUREAU, « L'être prénatal, d'une réalité humaine à l'incertitude juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, H. GAUMONT-PRAT (coord.), Les études hospitalières, 2012, p. 331.

H. SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Fr. SUDRE et H. SURREL (dir.), coll. Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 117.

T

M. B. TABBAH, « La nature humaine, fondement premier du Droit », *Annales de la faculté de Droit de Toulouse,* t. XII, 1964, p. 223.

J.-J. TAISNE, « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes ? », *LPA,* déc. 2002, n° 243, p. 25.

A. TERRASSON de FOUGÈRES, « La résurrection de la mort civile », *RTD civ*. 1997, 893.

Fr. TERRÉ, « Le droit et le bonheur », *D*. 2010, chr., p. 26.

Fr. TERRÉ, « La doctrine de la doctrine », in *Mélanges Philippe Simler*, Litec/Dalloz, 2006, p. 59.

Fr. TERRÉ, « Volonté et qualification », *APD*, 1957, *Le rôle de la volonté dans le droit,* p. 99.

R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, n° 33, chron., p. 231.

C. THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit. », *RTD civ.* 2003, p. 599.

Y. THOMAS, « L'enfant à naître et l'"héritier sien". Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/1, p. 29.

Y. THOMAS, « *Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce ». *Micrologus*, VII, 1999, p. 73.

Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne, la nature », *Le Débat,* 1998/3, n° 100, p. 85.

Y. THOMAS, « Le "ventre" : corps maternel, droit paternel », *Le genre humain*, 1986, p. 211.

D. THOUVENIN, « Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires », in *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, coll. Forum Diderot, PUF, 1999, p. 50.

D. THOUVENIN, « Les lois du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, 18e cahier, p. 149.

D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 25.

D. THOUVENIN, « Le secret professionnel, droit ou devoir professionnel », *RDSS*, 1982, p. 586.

A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

Ph. LE TOURNEAU, « De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'IVG », *D.* 1990.284.

M. TOUZEIL-DIVINA et M. BOUTEILLE-BRIGANT, « Du cadavre, autopsie d'un statut », *Traité des nouveaux droits de la mort* (t. 2), M. TOUZEIL-DIVINA, M. BOUTEILLE-BRIGANT et J.-Fr. BOUDET (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 403.

M. TROPER, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, 2014, n° 1, p. 64.

M. TROPER et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Introduction », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, 2005.

M. TROPER, « Répliques à Denys de Béchillon », *RRJ*, 1994-1, p. 267.

M. TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? 2. Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1994, p. 310.

M. TROPER, « La doctrine et le positivisme », *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 286.

M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 41.

M. TROPER, *« La motivations des décisions constitutionnelles* », in *La motivation des décisions de justices,* Ch. PERELMAN et P. FOIRIERS, Bruylant, Bruxelles, 1978.

D. TSARAPATSANIS, « Quelques remarques conceptuelles sur la personnalité potentielle des entités prénatales », in *L'identité juridique de la personne humaine,* G. AÏDAN et É. DEBAETS (dir.), coll. Logiques juridique, L'Harmattan, 2013, p. 53.

D. TSARAPATSANIS, « Le mariage en tant que concept interprétatif. Une approche dworkinienne du mariage homosexuel », in *Le traitement juridique du sexe,* G. DELMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), coll. Presses universitaires de Seaux, L'Harmattan, 2010.

St. TZITZIS, « Scolies sur les nomina d'Antigone représentés comme droit naturel », *APD*, 1988-33, p. 243.

V

Al. VIALLA, V° *Valeurs et principes (Distinction)*, in *Dictionnaire des droits de*

l'Homme, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), 1re éd., 2008.

Fr. VIALLA, « Penser sa mort ? », *D.* 2016.1869.

Fr. VIALLA, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle "de sexe masculin" », *D.* 2015.2295.

D. VIGNEAU, « La mise à disposition de l'embryon ou du fœtus humain », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*. Études coordonnées par Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD, LEH éditions, Bordeaux, 2015, p. 321.

D. VIGNEAU, « "Dessine-moi" un embryon », *LPA,* déc. 1994, n° 149, p. 62.

A. VITU, « Le crime de suppression d'enfant. Remarques pour servir à une refonte de l'article 345, alinéa 1er, du Code pénal », in *Mélanges en l'honneur de doyen Pierre Bouzat,* éd. Pédone, 1980, p. 383.

J. VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.* 1970.I.2305.

W

P. WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnels », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,* V. CHAMPEIL-DESPLAT et N. FERRÉ (éd.), LGDJ, 2007, p. 279.

P. WACHSMANN, V° *Qualification,* in *Dictionnaire de la culture juridique,* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Lamy-PUF, 1re éd., 2003.

P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits,* 1999, n° 28, p. 29.

M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public. Mélanges Scelle*, t. II, LGDJ, 1970, p. 612.

M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin,* t. 1, Bruylant-Sirey, 1963, p. 359.

L. WEILER, « La médiation familiale », in *Les transformations du contentieux familial,* L. WEILER (dir.), PUAM, 2012, p. 59.

Z

Fr. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

RAPPORTS, ÉTUDES, DOCUMENTATION TECHNIQUE

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel médical et scientifique,* 2015.

CONGRÉGATION pour la DOCTRINE de la FOI, *Instruction* Ad resurgendum cum Christo *sur la sépulture des défunts et la conservation des cendres en cas d'incinération*, 15 août 2016. Disponible sur : http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20160815_ad-resurgendum-cum-christo_fr.html#_ftnref4 [consulté le 13 nov. 2016].

DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport annuel d'activité,* 2015.

INSTITUT RANDSTADT – CRAPE, *Le travail, l'entreprise et la question religieuse,* étude 2015.

COMMISSION SCIENTIFIQUE NATIONALE des COLLECTIONS, *Rapport au Parlement*, 2015.

MINISTÈRE de la CULTURE et de la COMMUNICATION / MINISTÈRE de l'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE/ INRAP/ RÉGION GUADELOUPE, *Mémoire de fouilles. Guadeloupe, une histoire retrouvée. Focus sur l'archéologie*, mai 2015.

SÉNAT, *Note sur les sanctions applicables à la discrimination en raison de la pauvreté*, Y. VAUGRENARD, n° LC 253, janv. 2015.

SÉNAT, *Note sur la discrimination en raison de la pauvreté*, Y. VAUGRENARD, n° LC 251, déc. 2014.

COLLÈGE NATIONAL des GYNÉCOLOGUE et OBSTÉTRICIENS FRANÇAIS, *Recommandation pour la pratique clinique. Les pertes de grossesse (texte court)*, 2014. Disponible sur : http://www.cngof.asso.fr/data/RCP/CNGOF_2014_pertes_grossesse.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel médical et scientifique*, 2014.

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel*, 2014.

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel sur le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 2014.

MINISTÈRE de la CULTURE et de la COMMUNICATION / MINISTÈRE de l'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE/ INRAP/ VILLE de POITIERS, *Mémoire de fouilles. Poitiers antique. Quarante ans d'archéologie,* oct. 2014.

MINISTÈRE de l'INTÉRIEUR, *Rapport du Conseil national des opérations funéraires 2007-2013*, août 2014.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de la commission des lois n° 1663, par S. DENAJAL, 18 déc. 2013.

P. DELMAS-GOYON, *« Le juge du XXI^e^ siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la Garde des Sceaux, déc. 2013.

HAUT CONSEIL à l'ÉGALITÉ entre les FEMMES et les HOMMES, Rapport relatif à l'accès à l'IVG, n° 2013-1104-SAN-009, 7 nov. 2013.

CCNE, avis n° 120, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*, 25 avr. 2013.

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Activité d'assistance médicale à la procréation,* 2013.

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal,* 2013.

J.-P. SEGADE, D. BELLION, J. FOURNIER, *Pistes d'évolution de la règlementation des soins de conservation,* Rapport IGAS (n° ROM2013-130P) et IGA (n°12052/13019/01), juill. 2013.

CCNE, *Fin de vie autonomie de la personne, volonté de mourir,* avis n° 121, 2013.

État civil. Instruction générale annotée et actualisée, éd. 2012, Pédagofiche.

HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Recommandations pour les conditions d'exercice de la thanatopraxie,* déc. 2012.

DÉFENSEUR des DROITS, *Rapport relatif à la législation funéraire*, oct. 2012.

SERVICE de l'ADOPTION INTERNATIONALE, *Actu*, n° 9, sept.-oct. 2011. Disponible sur : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/News9_def.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport* n° 3403, J. LEONETTI, 11 mai 2011.

AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique,* 2010.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *rapport visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*, fait au nom de la commission des affaires culturelles et l'éducation sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, C. LE MOAL, n° 2447, 7 avr. 2010.

CCNE, Avis n° 111 *sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, 7 janv. 2010.

IGAS, *La mort à l'hôpital*, F. LALANDE et O. VEBER, n° RM2009-124P, La documentation française, janv. 2010.

HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Révision de la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires*, 27 nov. 2009.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de M. BLANC, n° 2095, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 nov. 2009

IGAS, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, Cl. AUBIN et D. JOURDAIN MENNINGER, oct. 2009, n° RM2009-098A.

Droit de l'homme et identité de genre, rapport pour le Conseil de l'Europe, M. T. HAMMARBERG (rapp.), oct. 2009.

CONSEIL NATIONAL du SIDA, *Note valant avis sur les opérations funéraires pour les personnes décédées infectées par le VIH,* 12 mars 2009.

COUR de CASSATION, *Rapport annuel 2009. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation,* La documentation française.

L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, rapport au Garde des Sceaux, S. GUINCHARD (prés.), La documentation française, 2008.

SÉNAT, Rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2008-2009, séance du 3 déc. 2008, n° 119.

SÉNAT, *Les enfants nés sans vie,* Législation comparée, n° LC 184, avr. 2008.

INSPECTION GÉNÉRALE de la MAIRIE DE PARIS, rapport audit du secteur funéraire de la ville de Paris, n° 05-13, juill. 2007.

MINISTÈRE de l'INTÉRIEUR, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics,* J.-P. MACHELON, sept. 2006, La documentation française.

SÉNAT, rapport de la commission des lois par J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 13 juin 2006, n° 386.

SÉNAT, *rapport d'information sur le bilan et les perspectives de la législation funéraire*, J.-P. SUEUR et J.-R. LECERF, session ordinaire 2005-2006, séance du 31 mai 2006, n° 372.

IGAS et IGAENR, *Pratique hospitalière concernant les fœtus mort-nés et nouveau-nés décédés. CHU de Paris, Lyon et Marseille. Rapport de synthèse,* avril 2006, n° 2006-024 et 2006-016.

CHAMBRE RÉGIONALE des COMPTES d'ÎLE-de-FRANCE, *Observations définitives sur la gestion de la SAEMPF,* 24 fév. 2006, n° G/130/06-0205 E.

CCNE, avis n° 89, *À propos de la conservation des corps des fœtus et des enfants mort-nés,* oct. 2005.

DEPARTMENT for CULTURE, MEDIA and SPORT, *Guidance for the Care of Human Remains in Museums,* oct. 2005, Londres.

CONSEIL d'ÉTAT, *Un siècle de laïcité,* Rapport public 2004, La documentation française.

Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine, Rapport de recherche réalisé dans le cadre de l'appel à projet « Les principes fondamentaux du droit » avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, St. HENNETTE-VAUCHEZ, Ch. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, avril 2004.

COMMISSION sur l'APPLICATION du PRINCIPE de LAÏCITÉ dans la RÉPUBLIQUE, *Rapport au président de la République*, 11 déc. 2003.

Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier, rapport n° 2002 009 de l'IGAS et 02-020 de EGENR, La documentation française, mars 2002.

SÉNAT, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon*, étude de législation comparée n° LC 75, mai 2000.

Un avenir pour la paternité ? » Jalons pour une politique de la paternité, rapport présenté au ministère de l'Emploi et de la Solidarité au nom du groupe de travail « paternité » par A. BRUEL, 24 juin 1997.

ASSEMBLÉE NATIONALE, rapport n° 2449 de M. Jean-François MATTEI, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 15 déc. 1995.

UNION EUROPÉENNE, recommandation n° r (99) 3 du Comité des ministres aux États membres, relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale, adoptée par le Comité des ministres le 2 févr. 1999.

Br. FEUILLET-LE MINTIER, *Les comités régionaux d'éthique en France : réalités et perspectives,* Mission de recherche Droit et Justice, oct. 1998.

HAUT CONSEIL à l'INTÉGRATION, *Les conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, La Documentation française, mars 1992.

CONSEIL de l'EUROPE, recommandation 1159 (1991) relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie.

CCNE, 22 mai 1984, Avis n° 1, *sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.*

PRESSE et CRÉATION ARTISTIQUE

§1. Articles de presse et travaux de vulgarisation

B

P. B., « Le "cannibale de Rotenburg" condamné à perpétuité », *Le Figaro*, 10 mai 2006. Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/international/2006/05/10/01003-20060510ARTFIG90256-le_cannibale_de_rotenburg_condamne_a_la_perpetuite.php, [consulté le 13 nov. 2016].

G. BAUDIN, « Che Guevara, mythe jusqu'à l'os. Les restes du légendaire guérillero formellement identifiés le 7 juillet en Bolivie », *Libération,* 11 juill. 1997. Disponible sur : http://www.liberation.fr/planete/1997/07/11/che-guevara-mythe-jusqu-a-l-os-les-restes-du-legendaire-guerillero-formellement-identifies-le-7-juil_210978 [consulté le 13 nov. 2016].

G. BELLAVOINE, « Enterrement d'Abdel-Malik Nabil Petitjean à Montluçon : le maire se prononce contre », *La Montagne,* 8 août 2016. Disponible sur : http://www.lamontagne.fr/auvergne/actualite/2016/08/08/enterrement-d-abdel-malik-nabil-petitjean-a-montlucon-le-maire-se-prononce-contre_12028615.html [consulté le 13 nov. 2016].

Ph. BERNARD, « Cameron veut sortir le Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Le Monde,* 1er oct. 2014. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/10/01/cameron-veut-sortir-le-royaume-uni-de-la-cedh_4498759_3214.html [consulté le 13 nov. 2016].

C

A. CARRIÉ, « Il donne son corps à la médecine… qui lui réclame 409 euros. », *Midi Libre.* Disponible sur : http://www.midilibre.fr/2012/10/03/aude,572224.php [consulté le 13 nov. 2016].

G

J. GARCIA, « Donner son corps pour faire des économies. », *El Pais* reproduit dans *Courrier international*, 11 janv. 2011. Disponible sur : http://www.courrierinternational.com/article/2011/01/05/donner-son-corps-pour-faire-des-economies [consulté le 13 nov. 2016].

R. GOTT, « Le corps du Che », *Le Monde diplomatique,* août 2005, p. 14-15. Disponible sur : https://www.monde-diplomatique.fr/2005/08/GOTT/12432 [consulté le 13 nov. 2016].

L. GUYON, « Donner son corps à la médecine, un casse-tête. », *La Charente Libre,* 21 mars 2013. Disponible sur : http://www.charentelibre

.fr/2013/03/21/indispensable-pour-les-etudiants-et-la-recherchedonner-son-corps-un-casse-tete-le-don-du-corps-a-la-science-necessite-l-autorisation-formelle-du-donneur-celui-ci-doit-etre-majeur-et-faire-connaître-sa-decision-par-un-acte-tes,1825768.php. [consulté le 13 nov. 2016].

L

C. LANGLOIS, « L'homme de Néanderthal et ses relations avec l'*homo sapiens »*, disponible sur : http://planet-terre.ens-lyon.fr/article/neanderthal-sapiens.xml [consulté le 13 nov. 2016].

D. LE LANNOU, « Vitrification ovocytaire et don d'ovocyte », disponible sur : https://www.cecos.org/node/4215 [consulté le 13 nov. 2016].

E. LAUNET, « La mort à profit. », *Libération*, 14 mai 2009. Disponible sur : http://next.liberation.fr/culture/2009/05/14/la-morts-a-profit_557860 [consulté le 13 nov. 2016].

Fr. LECLERC, « À Nice, donner son corps à la science peut coûter cher », *Nice Matin,* 30 sept. 2012. Disponible sur http://archives.nicematin.com/nice/a-nice-donner-son-corps-a-la-science-peut-couter-cher.1005465.html [consulté le 13 nov. 2016].

M

D. de MALLEVOÜE, « De plus en plus de handicapés proposés à l'adoption », *Le Figaro,* 27 oct. 2008. Disponible sur : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/10/27/01016-20081027ARTFIG00259-de-plus-en-plus-de-handicapes-proposes-a-l-adoption-.php [consulté le 13 nov. 2016].

L. MARTIN, « Autopsies judiciaires : sortir du flou », *Le Panorama du médecin,* 2010, n° 5201, p. 12.

L. MILLOT, « Le cannibale de Rotenbourg révulse l'Allemagne », *Libération*, 14 déc. 2002. Disponible sur : http://www.liberation.fr/planete/2002/12/14/le-cannibale-de-rotenburg-revulse-l-allemagne_424721, [consulté le 13 nov. 2016].

H. MORIN, « Anthropologie, des squelettes dans les limbes », *Le Monde science et techno,* 12 oct. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/sciences/article/2015/10/12/anthropologie-des-squelettes-dans-les-limbes_4788041_1650684.html [consulté le 13 nov. 2016].

N

A. NDIAYE, « Casamance, quatre raisons qui font perdurer le conflit », *Le Monde Afrique,* 15 déc. 2015. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2015/12/15/casamance-quatre-raisons-qui-font-perdurer-un-conflit_4832635_3212.html [consulté le 13 nov. 2016].

P

H. PROLONGEAU, « Enterré sous X… », *Le Monde,* 3 avr. 2007. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/societe/article/2007/04/03/enterres-sous-x_891234_3224.html. [consulté le 13 nov. 2016].

.

LIGUE de PROTECTION des OISEAUX, *Placettes d'alimentation pour nécrophages. Cahier technique,* 2001, mise à jour sept. 2005. Disponible sur : https://www.lpo.fr/images/rapaces/cahiers_techniques/CT_equarrissage.pdf. [consulté le 13 nov. 2016].

S

W. SHERRY, *La religion et le don d'organes et de tissus*, Centre universitaire de santé Mc. Guill, Canada, mars 2009. Disponible sur : http://transplantquebec.ca/sites/default/files/La%20religion%20et%20le%20don%20d'organes%20et%20de%20tissus_0.pdf [consulté le 13 nov. 2016].

T

V. THIVENT, « De têtes maories en crânes algériens », *Sciences actualités.fr,* 22 fév. 2012. Disponible sur : http://www.cite-sciences.fr/fr/ressources/science-actualites/detail/news/de-tetes-maories-en-cranes-algeriens/?tx_news_pi1[controller]=News&tx_news_pi1[action]=detail&cHash=bb278235b4016fcbaefad7fa789e0947 [consulté le 13 nov. 2016].

§2. Œuvres de fiction et artistiques

A. Littérature

Énéide Livre VI, trad. M. de JARS de GOURNAY, 1641.

R. BANKS, *Lointain souvenir de la peau*, trad. P. FURLAN, Actes sud, 2012.

R. BARJAVEL, *Le grand secret,* Pocket-Presses de la cité, 1973.

Ch. BAUDELAIRE, « Une charogne », in *Les fleurs du mal,* Librairie générale française, 1972, p. 43

M. GABELLA et A. JEAN, *La licorne*, Delcourt, t. 1 à 4, 2006-2012.

J. N. M de GUERLE*, Commentaire* du *Satyricon de T. Pétrone*, t. 2, Bibliothèque Latine-Française, vol. 60, éd. C. L. F. Pancoucke, 1835.

V. HUGO, *Le dernier jour d'un condamné,* Librio Littérature, 2012.

J. KESSEL, *Le Lion*, NRF, Gallimard, 1958.

P. LEMAITRE, *Au revoir là-haut,* Albin Michel, 2015.

J. LITTEL, *Les bienveillantes,* NRF, Gallimard, 2006.

R. QUENEAU, *La Bête Noire*, n° 1, avr. 1935, repris in *Le voyage en Grèce*, NRF, 1973.

RESTIF de la BRETONNE, *Les nuits de Paris*, Londres-Paris, 1788-94.

SOPHOCLE, *Antigone*, trad. J. BOUSQUET et M. VACQUELIN, Librio Théâtre, 2005.

SOPHOCLE, *Antigone*, trad. P. MAZON, Livre de poche Classique, 1991.

J. TEULÉ, *Je, François Villon*, Julliard, 2006.

Shl. VENEZIA, *Sonderkommando. Dans l'enfer des chambres à gaz,* Albin Michel, 2007.

Fr. VILLON, *Ballade des pendus,* (titre initial *Autre ballade*)*,* éd. Antoine Vérard, 1501. Transcription en français contemporain, in *Le 16^{e}siècle,* Manuel de l'élève, coll Lagarde et Michard, éd Bordas, 1993.

B. Œuvres audio-visuelles

P. AGÜERO*, Eva ne dort pas,* Argentine, 2016.

C. CONDON et J.-Y. LE NAOUR, *On a volé le maréchal !*, France, 2011.

A. FARHADI, *Une séparation,* Iran, 2011.

K. LOACH, *Moi Daniel Blake,* Royaume-Uni, 2016.

Cl. LANZMAN, *Shoah,* France, 1985.

C. Autres

Pour ne pas vivre seul, S. BALASKO et D. FAURE, 1972, Polygram Universal Music / Barclay / Orlando Production.

O. DIX, *La guerre*, triptyque 1939-1932, peinture sur bois.

INDEX

« *Les mauvais indexeurs sont légion, et le plus singulier est que chacun d'eux commet le même genre de bévues – des bévues dont on imaginait pas que qui que ce soit pût les commettre, jusqu'à ce qu'on les retrouve, noir sur blanc, encore et toujours* »[3579].

Les indications renvoient aux numéros de paragraphes.

Acte d'enfant né sans vie : 37, 75, 135 et s., nbp 1269, nbp 2232, 716 et s., 872 et s., annexe 1.

Adoption :

- *post mortem* : 134, 871.
- et don d'embryon : nbp 586 , 758.

AMP :

- débats : 323, 470, 491, 427.
- et embryons surnuméraires : nbp 3, 760 et s.
- et état des personnes : nbp 1136.
- modalités : 749 et s., 794.

Anthropologie : 455 et s., 482, 484 et s., 502.

- dogmatique : 357, 418.
- transgression : 403, 496 et s., 509.
- et sacralité : 419 et s., 473 et s., 492 et s., 510, 696.

Antigone : 481, nbp 2099.

Archéologie : nbp 1711, 48, 542, 734.

Associations :

- action et interpellation des : 256 et s., 264, 644, 659, 683, nbp 368.
- funéraires : 543, 583, nbp 2769, 683.

Assurance :

- interprétation du contrat : 270, nbp 2972.
- assurance-obsèque : nbp 2769, 543, 663, 583.

Autopsie : 151, 626, 637, 863.

Autorité parentale : 125, 150, 156, 712, nbp 586, nbp 596, nbp 629, nbp 783.

Avortement :

- généralités : 592 et s., 601, 707 et s., 742, 752 et s., 874 et s.
- auto-avortement :112, 159 et s., 707, 711, 875.
- clause de conscience : 707, nbp 1846, nbp 3559.
- conditions de légalité : 264, 266, 294, 301, 394, 486, 709 et s., 742, 791, 841, 846, 855 et s., 874.
- délai : 342, 380, 712, 841, 855, 876.

[3579] H. B. WHEATLEY, *How to make an index,* 1902, cité par B. SCHOTT, *Les miscellanées culinaires de Mr. Schott,* trad. B. DONNÉ, éd. Allia, 2007, p. 154.

- infraction pénale : nbp 217, 111, 112, 159, 351, 369, 383, 593 et s., 607 et s., 707, 742, 752 et s.
- interruption médicale de grossesse (IMG) : 709, 715 et s., 716, 801 et s., 791, 841, 874, 723, 738, 757, 831, 857.
- interruption volontaire de grossesse (IVG) : 342 et s., 707 et s., 716, 831 et s., 872 et s.
- et qualification de l'embryon : 157 et s., 214, 219, 235, 338, 369, 371, 377, 381, 383, 589, 601, 604, 873.
- loi Veil : 338 et s., 346, 294, 302, 706.
- opposition à : 186, 254, 258, 294, 318, 357, 377, 427, 481, 486 et s., 497, 585, 589, 705, 755 et s.
- terminologie : nbp 217, 61, 381.

Biologie : 3, 90 et s., 87, 110, 339, 390 et s., 397 et s., 414 et s., 437 et s., 458, 466, 469, 481, 484, 487, 506, 713, 754, 763.

Brevetabilité : 88, 280 et s., nbp 858, nbp 1104.

Cadavre (terminologie) : 5, 68 et s.

Carrés :

- confessionnels : 348, 648, 678 et s., 837 et s.
- des indigents : 650, 770, 642, 655, 678, 830.

Chose :

- catégorie juridique : 6, 58, 145, 333, 371.
- sacrée : 371, 390, 402 et s., 509 et s., 526, 529 et s., 555 et s.

Cellules-souches : nbp 3, 281, 292, 340, 705.

Cimetière : 291, 539, 562 et s., 568, 642, 650 et s., 655 et s., 674 et s., 699, 732 et s., 770, 776, 832, 848.

Cohérence : **14 et s.**, 111, 142, 200, 212, 221, 248, 274, 317 et s., 354, 371, 390, 690, 723, **727 et s.**, 820, 857, 871.

Concession : 203 ,380, 633, 657 et s., 677, 684, 700, 733, 770, 776, 839, 848, annexe 3.

Conciliation (v. Modes alternatifs de règlement des conflits)

Crémation : 5, 67, 149, 225, 478, 545, 556 et s., 628, 640, 656, 685 et s., 700, nbp 618, nbp 2859.

Cryogénisation funéraire : 180, 224 et s., 416, 426, **687 et s.**, 848, annexe 4.

Curatelle au ventre : 112, 594.

Défunt (terminologie) : 66 et s.

Dernières volontés : 128 et s., 284, 675, 868.

Délibération : 798 et s.

Dévoration : 486, **839**, 867.

Don :

- d'embryon : 415, 761, 794, nbp 586, nbp 930.
- d'organes : 4, 77, 125, 267, 356, 635 et s., 811, **855 et s.**, 731, 777, 802, annexe 2.
- du corps à la science : 124, **639 et s.**, 699, 867, nbp. 2972.

Dignité : **46 et s.**, 94, 119 et s., 235 et s., 287 et s., 335, 345, **397 et s.**, 452 et s., 484 et s., **500 et s.**, 668, 695, 710, 728, 847.
Diagnostic pré-implantatoire (DPI) : 43, 723, 738, 757 et s., 857.
Diagnostic pré-natal (DPN) : 43, 80, 738, 808.
Discrimination : 825 et s.
Doctrine : 14 et s., 361 et s.
Droit souple : **788 et s.**, 669, nbp 3243.
Droits subjectifs : 102, 190, 261, 385.
Embryon (terminologie) : 5, 87 et s.
Epistémologie : 23, 409 et s.
Esclave : 449, 542 et s., 553, 557, 672, nbp 592, nbp 1372, nbp 2228, nbp 2230, nbp 2251.
Espèce humaine (terminologie) : 43, 91, 397.
Être humain (terminologie) : **90 et s.**, 235 et s., 381 et s.
État civil : 38, 103, **129 et s.**, 207, 236.
Études critiques : 429 et s.
Enfant (terminologie) : nbp 16, 79 et s.
Euphémisme : 59, 67, **73 et s.**, 196, 204.
Exposition :
- d'enfant : 591.
- objets culturels : 174, 501, 673, **698 et s.**, 734, 774, 831.
- peine : 553, 575 et s., 629.

Fosse commune : 539, 542, **544**, 553, 561, 563, 652, 655, 677, 776.
FOUCAULT (Michel) : 429, 577, 579, 581, 602, 622, 820.
Frais funéraires : 115, 641, 660 et s., 540, 683, annexe 3.
Genre (v. études critiques) :
Gestation pour autrui (GPA) : 741, 766.
Homicide (prénatal) : 158, 183, 186, 214 et s., 222, 238, 244, 280, 293, 315, 318, 322, 326, 342, 355, 371, 381, 383, 414, 426, 600, 608 et s., 752.
Image (des morts) : 121 et s., 198, 223, 287, 629 et s., 735.
Infans conceptus *:*
- notion : 105, 276, 370, 590.
- usages : 110, 116, 210 et s.

Interdisciplinarité : 409 et s.
Interprétation :
- généralités : 16, 20, 165, 168, **170**, **189**, 205 et s., 250, **279 et s.**, **305 et s.**, 701, 744, 802.
- interprétation stricte de la loi pénale : 202, **214 et s.**, 322.

Invalides : 652, 773.
IMG / IVG (v. avortement) :
KANT (Emmanuel) : 398, **502 et s.**, 510.
LACAN (Jacques) : 422 et s., 457, **461 et s.**, 465 et s.
LEGENDRE (Pierre) : **419 et s.**, 432, 458, 473 et s., 489, 492 et s.
Législateur :
- intention du : 61, 82, 85, 88, 159, 200, 238, **297 et s.**, **311 et s.**, **328 et s.**, 696, 766.

- rôle du : 248, 265, 280, 293 et s., **300 et s.**, **321 et s.**, 475, 798 et s., **854 et s**.

LÉVI-STRAUSS (Claude) : 421, **455 et s.**, 467, 473, 478, 492.

Liberté des funérailles : 6, 128, 140, 224 et s., 367, 636, 639, 650, 683, 860 et s.

Majeur protégé : 125, nbp 457, nbp 2616.

Mariage :

- posthume : **131 et s.**, 871.
- couples de même sexe : 357, 418, 426, 470, 489.

Médiation (**v. Modes alternatifs de règlement des conflits**)

Militaires : 632, 639, 652 et s., 678, 711, 731, 773, nbp 2105, nbp 2810.

Mineur : 79 et s., 120, 125, 306, 735.

Modes alternatifs de règlement des conflits : **789 et s**.

Momie : 672, 700, 831.

Mort :

- définition : 5.
- mort civile : 107, 382, nbp 1381.
- peine de : 146, 534, **574 et s**., 611, 616, 625, 702, 707, nbp 2500, nbp 1366.

Musée : 665 et s., 699 et s., 774 et s., 812, 831.

Nazisme : **489**, 667, nbp 1238, nbp 2587, nbp 2590.

Nom : 66, 140 et s.

Obligation alimentaire (v. frais funéraires)

***Our Body* (décisions)** : 174, 286, 694 et s., **698 et s**.

Panthéon : 651, 653, 732, 773.

Personne :

- personne juridique : 6, 102, 785.
- personne humaine : 49, 171, 184, 186, 190, 216, **229 et s.**, 308, 333, 336, 340, **381 et s.**, 393, 398, 403, 414.

Philosophie : **502 et s.**

Plastination (v. aussi *Our Body*) : 703, 848.

Prénom (v. Nom)

Presse (infractions de) : **119 et s.**, 123, 366, 630, 735.

Propriété : 42, 66, **145 et s.**, 149, 150, 156, 158, 174, 190, 195, 202, 221, 262, 285, 340, 367, 699.

Psychanalyse : 422 et s., 432, 454, 461, 464 et s., 481, 484, 492, 495, 502.

Restitution (de restes humains) : 627, **665 et s.**, 774 et s., 812, 867.

Rites funéraires :

- christianisme : 558 et s., 685.
- islam : 639, **677 et s.**, 837, 864.
- judaïsme : 677, nbp 2155.
- romains : 538 et s..
- autre : 486, 837, 839, nbp 2859, nbp 2878.

RUBIN (Gayle) : **458 et s.**, 466.

Sacré (v. Chose sacrée)

Secret médical : 117, 380.

Sépulture (v. Rites funéraires)

***Soft law* (v. Droit souple)**
Spécisme : 452, nbp 3240.
Successions : 72, 74, **106 et s.**, 212, 272, 572, 765.
Suppression d'enfant : 202, **207 et s.**, 236, 280, 309.
Thanatopraxie : 335, **348**, **643 et s.**, 700, 769, 831, 834, 842.
Valeurs : 10, 20 et s., 334 et s., **343 et s.**, 407, 427, 432, 478, 621, 728, 745, 784, 802, 888.
Violation de sépulture : **52 et s.**, 123, 195, 257, **283 et s.**, 533, 564, 734.
Volonté *post mortem* : 66, 104, **124 et s.**, 132 et s., 146, 150, 270, 284, 306, 370, 406, 635, 638 et s., 703, 731, 793, 817, 860.

TABLE des MATIÈRES

Liste des abréviations

Sommaire

INTRODUCTION 1

§1. Objet de l'étude : les corps humains avant la naissance et après la mort 1

§2. Sujet de l'étude : la catégorisation 5

§3. Démarche de la recherche 9

PARTIE 1 L'INUTILE RECHERCHE DE LA QUALIFICATION DES CORPS 25

TITRE 1 LES FLOTTEMENTS DU DROIT POSITIF 27

SOUS-TITRE 1 DES QUALIFICATIONS AMBIGUËS 29

Chapitre 1 L'imprécision des textes 31

Section 1 Des corps innommés 32

§1. Les qualifications absentes 32

A. La classification ambiguë des embryons et des cadavres dans les dispositions relatives aux personnes 32

1) La subdivision du Code civil : une facilité ? 33

2) Les subdivisions du Code pénal : des destinataires imprécis 33

a) Les « infractions bioéthiques » : protection de l'embryon ou de la collectivité ? 33

b) L'interruption illégale de grossesse : protection de l'embryon ou des femmes enceintes ? 36

c) L'atteinte aux cadavres et aux sépultures 37

i. Éléments liminaires sur le rapport entre dignité et personnalité 37

ii. La dignité et les corps morts : ambiguïté de la valeur protégée 39

B. La rareté des qualifications explicites 42

1) L'utilisation introuvable du terme de chose 42

2) L'utilisation incidente du terme de personne 43

§2. Les dénominations multiples 45

A. Des désignations sans contenu conceptuel 45

1) Défunt et cadavre : la personne morte ou son corps ? 46

a) Le terme « défunt » 46

b) Le terme « cadavre » 47

2) L'absence de conceptualisation derrière la variété des termes 48
a) Des formulations issues de traditions sectorielles 49
b) Évolution historique des termes : euphémisation du droit 50
B. Des désignations porteuses de nouvelles catégories juridiques ? 53
1) L'enfant : unité ou diversité ? 54
2) Les termes scientifiques : nouvelle notions juridiques ou facilité de rédaction ? 58
a) L'embryon ou le fœtus : distinction scientifique ou sens spécifiquement juridique ? 58
b) L'être humain : référence biologique ou création juridique ? 60
Section 2 Des corps inqualifiables 65
§1. Les résidus de la personnalité 66
A. L'existence de droits fugaces 68
1) L'embryon titulaire de droits : les difficultés de la maxime *infans conceptus*. 69
a) Les fondements historiques du débat : l'ambiguïté des textes 69
b) Le soubassement contemporain du débat : l'application du régime de la personne 72
2) Les morts titulaires de droits : des dispositions équivoques 74
a) La subsistance d'intérêts protégés 75
b) Le prolongement de la force de la volonté 81
B. L'existence d'un état partiel 87
1) L'évolution possible de l'état civil après la mort 87
2) L'existence possible d'un état anténatal 90
§2. Les fragilités de la chose 98
A. La disposition du corps mort : pouvoirs limités des proches 102
1) Le pouvoir des proches sur le cadavre 102
2) Le pouvoir de l'État sur les cadavres 104
B. La disposition de l'embryon : pouvoir encadré des personnes 105
1) La destruction règlementée des embryons 105
2) La destruction non-sanctionnée des embryons 108
Chapitre 2 Les hésitations de la jurisprudence 111
Section 1 Statuer en classant : la rareté des qualifications directes 116
§1. Les qualifications directes du mort : des positions timides 116

A. La disparition de la personnalité avec la mort : qualifications directes négatives 117
1) La réité du cadavre 117
2) La disparition des droits de la personne 118
B. La survie de la personnalité après la mort : qualifications directes ambiguës 119
§2. Les qualifications directes de l'embryon : des positions tranchées 121
A. Le refus de la qualification de personne : affirmations négatives 121
B. La qualification directe de personne : affirmation de l'existence d'un enfant 123
Section 2 Statuer sans nommer : la diversité des qualifications indirectes 125
§1. La qualification indirecte de chose : subtilité des motivations 126
A. Le droit applicable *post mortem* : une stratégie argumentative divisée 127
1) L'application du régime de la chose 127
2) Le rejet du régime de la personne 130
a) Les droits de la personnalité : droits des vivants 130
b) Les infractions d'atteinte à la personne : protection des vivants 132
B. L'embryon : refus d'application du statut de personne 135
1) Questions historiques : usage récurrent de l'interprétation systémique 136
a) Suppression d'enfant et délai légal de conception 136
b) Rente d'accident du travail et *infans conceptus* 139
2) Question contemporaine : usage ambigu de l'interprétation stricte de la loi pénale 141
§2. La qualification indirecte de personne : ambivalence des motivations 143
A. La confusion subsistante sur la titularité des droits 143
1) L'embryon : un sujet de droits sans droits ? 143
2) Le cadavre et son entourage : quels sujets de droits ? 148
B. La distinction émergente entre personne juridique et personne humaine 151
1) Le cadavre comme personne humaine 151
2) L'embryon comme personne humaine 154
SOUS-TITRE 2 DES QUALIFICATIONS ÉLUDÉES 163
Chapitre 1 La jurisprudence du détour *165*

Section 1 Le détour méthodologique : contourner la qualification 168
§1. Désigner des sujets incontestables 168
A. Connaître du litige 169
1) Admettre l'action des proches 169
2) Contrôler l'action collective 171
B. Trancher le litige 174
1) Protéger les droits des personnes certaines 174
a) Désigner les titulaires de droits 175
b) Limiter la mise en œuvre des droits 179
2) S'appuyer sur des obligations entre personnes certaines 181
§2. Moduler son action créatrice 183
A. Découvrir des méta-normes 184
1) La généralisation de régimes spécifiques 185
2) La création de principes généraux 186
a) L'utilisation de principes généraux d'interprétation 186
b) La création de principes généraux substantiels 189
i. Apparition d'un principe de respect dû aux morts 189
ii. Mutation du principe de respect vers la notion de dignité 193
B. S'attacher à la lettre des textes 194
1) Refus d'étendre le domaine de la loi 195
2) Refus d'apprécier les effets de la loi 198
Section 2 Le détour politique : renvoyer à l'intention législative 200
§1. Les multiples modes de recours au législateur 201
A. La référence au rôle du législateur : justification de l'action prétorienne 201
1) La justification d'un retrait de la jurisprudence 201
2) La justification d'une intervention de la jurisprudence 204
B. La référence à l'intention du législateur : justification de l'interprétation prétorienne 208
1) Le recours aux travaux préparatoires et aux débats parlementaires 209
2) Buts, classements et cohérence du droit : indices de la volonté du législateur 212
§2. L'absence de politique jurisprudentielle 216
A. Des innovations secondées par le législateur 217

B. Des innovations essentiellement initiées par le législateur 220
Chapitre 2 L'insaisissable intention législative 223
Section 1 Les travaux parlementaires : confusion sur les catégories juridiques 226
§1. Le corps mort : le refus de la « simple chose » 226
§2. Le corps prénatal : une personne contestée 231
Section 2 Les ressorts du débat : valeurs politiques et non catégories juridiques 238
§1. L'apparence du consensus 239
§2. La réalité de l'affrontement 242
A. Divisions actuelles sur la construction du droit 242
B. La crainte d'une « pente glissante idéologique » 246
TITRE 2 LES ERREMENTS DE LA DOCTRINE 255
Chapitre 1 Passer par la qualification doctrinale : le dit 257
Section 1 La catégorisation : réaction de la doctrine aux complexités du droit 257
§1. La subdivision récurrente des catégories 258
A. Premiers temps de l'interrogation : subdivision de la catégorie de personne 258
1) La personnalité *post mortem* : question incidente 259
2) La personnalité prénatale : qualification nuancée 261
B. Face aux évolutions du droit : subdivision de la catégorie de chose 263
§2. Le dépassement incertain des catégories 265
A. Sujets, centres d'intérêts et seuils : systèmes alternatifs de catégorisation ? 265
1) Le renouveau du sujet de jouissance 265
a) Le sujet de jouissance : réémergence d'une notion ancienne 266
b) Le centre d'intérêt : prolongement du sujet de jouissance 267
2) L'émergence de la pensée par seuils 268
B. La personne humaine : nouvel outil de dépassement des catégories ? 269
Section 2 La catégorisation : démarche prescriptive de la doctrine à l'égard du droit 275
§1. Le respect de la nature des corps : le critère biologique 277
§2. Le respect de la nature de l'Homme : les critères de dignité et de sacralité 282
A. La dignité : notion sociale ou transcendentale ? 282
B. La sacralité : essence ou conséquence ? 286

Chapitre 2 Dépasser la qualification doctrinale : le non-dit *295*
Section 1 Critique d'une interdisciplinarité mal maîtrisée 296
Sous-section 1 La nécessité d'un regard critique 297
§1. Les rapprochements opérés par la doctrine 298
A. Nature biologique de l'être humain : immutabilité, mortalité 298
B. Nature symbolique et anthropologique de la personne : distinction des sexes, distinction des générations 301
§2. Les instruments d'une lecture critique de la doctrine 309
Sous-section 2 Les apports d'un regard critique 318
§1. Fondements biologiques du droit : double obstacle épistémologique 319
A. Sur la causalité en biologie 320
B. Sur la neutralité de la science biologique 324
§2. Fondements anthropologiques et psychanalytiques du droit : le risque normatif 331
A. Anthropologie structurale : discipline descriptive ou normative ? 331
B. Psychanalyse : pratique ou science ? 338
Section 2 Critique d'une démarche néo-jusnaturaliste 351
§1. Un néo-jusnaturalisme fondant un discours d'ordre 352
A. Le rattachement possible au droit naturel 352
B. La défense de positions conservatrices 355
§2. Un néo-jusnaturalisme dissimulé par un discours scientificisé 363
A. L'anthropologie dogmatique : un néo-jusnaturalisme laïque 364
B. Dignité et sacralité : un néo-junaturalisme aux fondements incertains . 370
1) Les deux visages de la dignité 370
a) La dignité kantienne comme objectivité 371
b) La dignité comme essence 375
2) Les deux faces de la sacralité 377
a) L'introuvable sacré laïc 377
b) Un sacré historique à la réalité contestable 380

PARTIE 2 L'INDISPENSABLE ÉTUDE DE LA HIÉRARCHISATION DES CORPS 389

TITRE 1 IDENTIFIER LES HIÉRARCHISATIONS 393

Chapitre 1 Des hiérarchisations historiques 395

Section 1 Le régime des corps morts : outil d'exclusion 397

Sous-section 1 La sacralité : entre protection et exclusion des corps 398

§1. La « sacralité » romaine : des conditions excluantes 398

A. Les sépultures *res religiosae* : un statut protecteur soumis à conditions 398

1) La qualification de *res religiosae* : une protection théorique 399

2) Les conditions de la qualification : des exclusions pratiques 402

B. Exclus de fait et exclus de droit : la diversité des situations 405

1) Sacralité et exclusion sociale 405

2) Sacralité et exclusion politique et religieuse 408

a) Les corps craints : exclusion « religieuse » 408

b) Les corps suppliciés : exclusion politique 411

§2. Le sacré chrétien : une notion hiérarchisante 415

A. La pensée chrétienne du corps mort : renouveau théorique 415

B. La mutation de la notion de « chose sacrée » : renouveau juridique 418

1) Les premiers temps du christianisme : une nouvelle perception de la sacralité 418

2) Le réinvestissement de la mort par l'Église : le retour des hiérarchies entre corps morts 421

Sous-section 2 L'utilité des corps : le cadavre outil de politique publique 429

§1. Utilité pénale des cadavres : outil d'exemplarité pour les vivants 430

A. Le droit pénal ancien : marquer les corps 432

B. Le droit pénal contemporain : l'abandon des corps morts 436

§2. Utilité scientifique des cadavres : entre progrès de la connaissance et exclusion sociale 437

A. La dissection : admission précoce d'un usage scientifique des corps marginaux 438

B. L'expérimentation : la mise à disposition des « corps vils » par le droit 440

Section 2 La protection des embryons : outil de contrôle 442

§1. La protection de l'embryon en droit romain : entre pragmatisme et contrôle social 444
A. Des interrogations théoriques sans grandes conséquences 444
B. Une pratique de l'avortement tournée vers le contrôle des femmes 447
1) Autorisation ou répression de l'avortement : une réalité difficile à percevoir 449
2) La répression de l'avortement et la hiérarchie des corps 451
§2. La protection de l'embryon aux périodes médiévale et moderne : renouvellement du contrôle des corps 452
A. La révolution théorique de la pensée chrétienne 452
1) La protection de l'embryon comme impératif de droit naturel 453
2) La protection due à l'embryon comme être faible 459
B. Le contrôle juridique des corps féminins 461
1) Une répression constante du droit canonique 462
a) Les premiers temps de la répression : uniformité théorique, hiérarchies pratiques 462
b) Les variations de la place de l'animation et le renforcement de la répression 463
2) Une répression grandissante du pouvoir séculier 466
a) La répression sévère mais désordonnée de l'avortement avant le XII^e^ siècle 467
b) L'apparition d'un système public de contrôle des grossesses 468
Chapitre 2 Des hiérarchisations persistantes 473
Section 1 La mort : prolongement des hiérarchies entre vivants 474
§1. Mutations des atteintes aux corps morts 475
A. Le renoncement apparent aux usages répressifs des corps 475
1) Uniformisation des usages pénaux du corps 475
2) Subsistance de fait d'un usage répressif des corps 477
B. L'impératif de santé publique : argument d'un pouvoir généralisé sur les corps morts 482
1) Autoriser l'atteinte de tous les corps : une politique de santé publique 482
a) Prélèvements cadavériques et consentement : l'apparence de l'uniformité 483

b) Don du corps à la science : des risques de marginalisation 485
2) Interdire la préparation de certains corps : les limites de la santé publique 490
§2. Subsistance des hiérarchies dans les pratiques funéraires 494
A. Accès à la sépulture : hiérarchisations sociales 495
1) L'exclusion des corps vils et la valorisation des corps glorieux 495
2) L'inégalité sociale dans l'accès à la sépulture 499
a) L'exclusion des corps pauvres 500
b) Le domaine funéraire : prétexte à la surveillance des pauvres 505
B. Accès à la sépulture : hiérarchisations culturelles 509
1) Conservation des restes humains et données culturelles 510
2) Encadrement des pratiques funéraires et liberté de conscience 517
a) Traitement des cadavres et laïcité : l'exemple de l'islam 518
b) Traitement des cadavres et normalité : de quelques usages marginaux des corps 528
i. Traitement des cadavres et liberté de conscience : l'exemple de la cryogénisation 528
ii. L'exposition de « corps contemporains » : au-delà de la systématisation du raisonnement judiciaire 539
Section 2 La protection de la vie : prétexte au contrôle des corps 545
§1. Le principe de respect de la vie : justification du contrôle du corps des femmes 546
A. La persistance d'une représentation négative de l'avortement 547
B. La réalité d'un régime d'exception 551
§2. Les exceptions au principe de respect de la vie : hiérarchies des corps embryonnaires 555
A. Des protections différenciées 555
B. Des hiérarchisations complexes 558
TITRE 2 REMÉDIER AUX HIÉRARCHISATIONS 565
Chapitre 1 Traiter uniformément les corps humains avant la naissance et après la mort : une entreprise délicate 567
Section 1 La simplicité théorique d'un système homogène 567
§1. Considérer également tous les cadavres 569
§2. Protéger également tous les embryons 572

Section 2 La complexité pratique d'un système homogène 576
§1. Les limites pratiques d'un traitement homogène des corps : l'acceptabilité du droit 579
A. Les conséquences pratiques difficilement acceptables d'une protection uniforme des embryons 580
1) Protéger les embryons et négliger les femmes 581
a) Protéger les embryons dans l'AMP et porter atteinte aux corps les femmes ? 581
b) Protéger les embryons *in utero* et porter atteinte à la vie des femmes ? 582
2) Protéger l'embryon et changer de regard sur la reproduction 585
a) Protéger l'embryon et restreindre les possibilités actuelles ? 585
b) Protéger les embryons et ouvrir de nouvelles possibilités ? 589
B. Les conséquences pratiques difficilement envisageables d'une protection uniforme des cadavres 591
1) L'attention fluctuante portée aux corps morts 592
2) Les conséquences d'une attention soutenue aux corps morts 594
§2. Les limites juridiques d'un traitement homogène des corps : les multiples impératifs du droit 598
Chapitre 2 Amoindrir les hiérarchies entre les personnes : une tâche nécessaire 603
Section 1 Négocier des possibilités : une solution à envisager 606
§1. Construire un droit souple 606
A. Apaiser le conflit : conciliation et médiation 607
1) L'émergence générale des modes alternatifs de règlement des conflits 607
2) L'utilité possible de la médiation dans les conflits relatifs aux embryons et aux cadavres 610
B. Collectiviser la décision : la délibération 613
1) L'importance de la délibération dans le champ médical 613
a) La délibération : un évitement du législateur 613
b) La délibération : un encadrement du législateur 616
2) Les apports possibles de la délibération dans le traitement des corps avant la naissance et après la mort 619
a) Interrogation sur les évolutions possibles de la délibération IMG .. 619

b) Interrogations sur les extensions possibles du processus délibératif aux corps morts 622
§2. Surveiller le droit souple 624
A. Comitologie et égalité 625
B. Comitologie et pouvoir 627
Section 2 Porter attention aux inégalités : des possibilités à explorer 631
§1. La lutte contre les discriminations : un outil inadapté 633
A. L'inutilité probable du contrôle juridictionnel pour la remise en cause des régimes existants 637
B. L'utilité possible de la notion d'accommodement pour l'assouplissement des régimes existants 641
1) Adoucir le droit ? 643
2) Transformer le droit ? 646
§2. Les droits et libertés des personnes : des outils incertains 648
A. Intérêt théorique des droits et libertés : rendre visible les fondements moraux du droit positif 649
B. Limites pratiques et perspectives nouvelles de l'invocation des droits et libertés 652
1) L'improbable sanction des régimes existants : l'inefficacité du contrôle de proportionnalité 652
a) L'émergence générale du contrôle de proportionnalité 652
b) L'inutilité actuelle du contrôle de proportionnalité concernant les corps humains avant la naissance et après la mort 654
2) La possible évolution des régimes existants : une imagination sans limite 659
a) Porter attention aux proches des défunts 659
i. Laisser aux proches les décisions portant sur l'intégrité du corps .. 660
ii. Laisser aux proches la décision portant sur le traitement funéraire des corps 664
b) Porter attention aux géniteurs, porter attention aux femmes 666
i. Ouvrir l'accès à l'acte d'enfant sans vie 666
ii. Choisir l'intégrité corporelle contre l'intérêt à la vie 670
Conclusion générale *680*

ANNEXES 685

BIBLIOGRAPHIE..... 703

INDEX..... 763

TABLE DES MATIÈRES..... 769