



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

---

Year : 2022

## Le corps humain après la mort

Tschumy Nicolas

Tschumy Nicolas, 2022, Le corps humain après la mort

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>

Document URN : urn:nbn:ch:serval-BIB\_E4FBDB96563B7

### **Droits d'auteur**

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

### **Copyright**

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

## Le corps humain après la mort

Le cadavre d'un être humain peine à entrer dans les catégories traditionnelles du droit. Son statut juridique pose de nombreuses questions : le cadavre est-il un objet de droit ? Si oui, de quelle nature ? Qui décide du sort d'un cadavre ? Quels actes peuvent être pratiqués sur une dépouille et à quelles conditions ?

Pour répondre à ces questions, cette étude analyse de manière transversale comment le droit suisse appréhende le corps d'un être humain après sa mort. L'auteur étudie ainsi le statut du cadavre sous l'angle du droit civil, mais également sa protection pénale et constitutionnelle. Il questionne les limites de la protection juridique du cadavre face à certains cas particuliers comme les enfants mort-nés, les momies ou les squelettes.

Cette thèse étudie également les normes spéciales qui règlementent certains actes sur un cadavre. Ces dispositions figurent principalement dans la loi sur la transplantation, la LRH, le CPP, la loi sur les profils d'ADN, la LAGH ainsi qu'au sein des lois cantonales en matière de santé publique et funéraire. Enfin, l'auteur fait des propositions de lege ferenda susceptibles de clarifier le statut juridique du cadavre.

Cet ouvrage apporte des réponses aux professionnels du droit, mais également du domaine médical ou funéraire qui se trouvent confrontés à des questions juridiques relatives au sort d'un cadavre humain.

Nicolas Tschumy  
Le corps humain après la mort

Nicolas Tschumy

# Le corps humain après la mort

Le statut du cadavre en droit suisse



Stämpfli Editions



RMS ISBN 978-2-8804-9528-2



9 782880 495282 >

Stämpfli ISBN 978-3-7272-3955-7



9 783727 239557 >



Stämpfli Editions





Collection lausannoise

Nicolas Tschumy

**Le corps humain après la mort**



Collection lausannoise

**Volume 82**

Comité éditorial

Hansjörg Peter; Damiano Canapa, Robert J. Danon,  
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Volumes 1 à 72 publiés dans la collection Recherches juridiques  
lausannoises



Stämpfli Editions



Collection lausannoise

Nicolas Tschumy

# Le corps humain après la mort

Le statut du cadavre en droit suisse



Stämpfli Editions

**RMS**  
EDITIONS

Lausanne, le 10 décembre 2021

## Imprimatur

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 24 septembre 2021 par

**Monsieur Nicolas Tschumy**

---

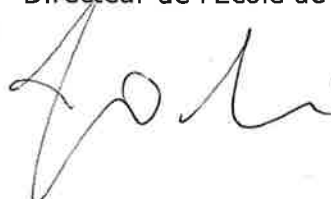
dont le titre est le suivant :

**« Le corps humain après la mort – le statut du cadavre en droit suisse »**

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

***summa cum laude.***

Francesco Maiani  
Directeur de l'Ecole de Droit



---

Le Directeur de l'Ecole de droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 24 septembre 2021 par *Monsieur Nicolas Tschumy* dont le titre est le suivant :

« Le corps humain après la mort – Le statut du cadavre en droit suisse ».

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention *summa cum laude*.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2022  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

Print ISBN 978-3-7272-3955-7 (Stämpfli)  
Print ISBN 978-2-88049-528-2 (RMS)

Dans notre librairie en ligne [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com),  
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-3937-3

printed in  
switzerland



---

## Remerciements

La rédaction d'une thèse de doctorat en droit est un travail éminemment solitaire. C'est, certes, un lieu commun, mais aussi une profonde vérité. Toutefois, ces cinq années auront été une superbe aventure humaine. Il me faut donc remercier les nombreuses personnes qui ont contribué à ce travail.

En premier lieu, je dois exprimer mon immense gratitude à mon directeur de thèse, le Professeur Philippe Meier. Sa disponibilité, ses remarques et ses réflexions toujours pertinentes, tant sur le plan formel que matériel, ainsi que son approche du droit ont grandement participé à la qualité de ce travail. J'ai eu la chance d'être son assistant durant la même période et j'ai ainsi bénéficié des meilleures conditions pour mener mes recherches.

Mes remerciements vont également aux membres du jury de soutenance : la Professeure Bettina Hummer, vice-directrice de l'École de Droit, pour le temps consacré à mon travail et pour en avoir présidé le jury ; le Professeur Denis Piotet, pour avoir accepté d'en être l'expert interne et pour avoir toujours eu la porte de son bureau ouverte pour discuter de problèmes de droits réels ; les experts externes, le Professeur Olivier Guillod, de l'Université de Neuchâtel, et le Professeur Philippe Ducor, de l'Université de Genève, pour leurs remarques constructives et leurs questions pertinentes.

Je dois également remercier les nombreux spécialistes qui ont été d'accord de répondre à mes questions : le Professeur David Baud, chef du Service d'obstétrique du Département femme-mère-enfant du CHUV ; le Docteur Hughes Cadas, maître d'enseignement et de recherche à l'Unité facultaire d'anatomie et de morphologie du CURML ; Madame Delphine Carré, coordinatrice locale référente du don d'organes et de tissus au CHUV ; Mesdames Viviane Cina et Eveline Davoine, *Master of science*, conseillères génétiques au Service de médecine génétique du CHUV ; Madame Nicole Egli, secrétaire scientifique de la Commission cantonale vaudoise d'éthique de la recherche sur l'être humain ; le Professeur Jean-Pierre Hornung, professeur honoraire de la FBM et professeur invité de l'Unité facultaire d'anatomie et de morphologie du CURML ; Monsieur Stephan Johner, procureur à la Division affaires spéciales du Ministère public central du Canton de Vaud ; le Docteur Eric Masserey, médecin cantonal adjoint du Canton de Vaud ; la Doctoresse Katarzyna Michaud, spécialiste FMH en médecine légale, médecin associée au CURML ; Monsieur Edmond Pittet, directeur des Pompes funèbres générales SA ; le Docteur Samuel Rotman, médecin adjoint, Privat-docent et maître d'enseignement et de recherche clinicien à l'Institut universitaire de pathologie du CHUV ; Monsieur Jean-Pierre Sanga, ancien chef de l'Office de l'inhumation et des incinérations de la Ville de Lausanne ; Monsieur Carmelo Simili, *Master of science*, biologiste à l'Unité de génétique forensique du CURML. Je dois encore citer mon



ancien colocataire, Bastien Guggisberg, chef de clinique en pédiatrie au CHUV, pour ses explications médicales informelles.

Je pense aussi à mes collègues assistants qui auront fait de ces cinq années dans les étages supérieurs de l'Internef une période inoubliable. L'extraordinaire ambiance qui y a régné a exercé une grande influence sur le bon déroulement de ce travail. Je pense notamment à Adrien, Aldina, Alice, Andrea, Arthur, Bastien, Brian, Damien, David-André, Emilia, Enzo, Fabien, Félicien, Guy, Hadrien, Laura, Lionel, Livio, Louise, Ludovic, Kastriot, Katya, Kévin, Maïté, Manon J., Manon N., Matthieu B., Matthieu V., Marie, Maya, Nicolas B., Nicolas R., Olivia, Pascal, Pauline, Raquel, Romina, Ryan, Sophie, Viviane, William et à toutes celles et tous ceux que je m'excuse d'avoir omis. Enfin, il y a une place particulière dans ces remerciements pour les membres du « Meier Team » : les deux Valérie, Patrick, Clémence et Vanessa.

Il faut évoquer le microcosme de l'UNIL : le personnel de la BCU et de la cafétéria de l'Internef ; le personnel administratif et technique de l'École de Droit, en particulier Magali, pour leur disponibilité et leur gentillesse.

Je profite de ces lignes pour mentionner les membres du groupe scout de la Brigade de Sauvabelin à Lausanne, qui aura été une sorte de seconde famille pendant 18 ans. Chaque activité scout aura été un bol d'air frais durant mes études et les trois premières années de ce doctorat.

Je dois encore remercier spécialement les déjà mentionnés, Louise, Raquel et Patrick qui ont relu certains chapitres de ma thèse. Merci à Maya et William pour leur aide pour les résumés, respectivement en allemand et en anglais. Ma gratitude va enfin à mes parents pour leur soutien inconditionnel et à Natalia pour être la plus belle découverte et rencontre de ces cinq années de recherche. Merci à eux trois d'avoir accepté la lourde tâche de relire le manuscrit de ce travail sur le plan formel. Ce travail leur est dédié.

La Combaz, le 15 octobre 2021

Nicolas Tschumy

---

*À mes parents*  
*À Natalia*



---

Le plus grave dans la vie c'est la mort,  
mais ce n'est quand même pas si grave.

Maxime populaire (tiré de *Petits suicides  
entre amis* de Arto Paasilinna)



---

# Table des matières

Table des abréviations .....	XXIII
Bibliographie .....	XXXV

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
I. L'objet de l'étude .....	1
II. L'intérêt de l'étude .....	3
III. Les délimitations de l'étude .....	4
IV. La méthodologie de l'étude .....	5
V. La structure de l'étude .....	5

<b>Chapitre 1 : L'ambivalence face au cadavre</b> .....	<b>7</b>
I. Introduction .....	7
II. Le cadavre réifié .....	8
III. Le cadavre personifié .....	11
IV. Conclusion .....	15

<b>Chapitre 2 : La mort</b> .....	<b>17</b>
I. Introduction .....	17
II. Une tentative de définition .....	18
A. La mort en elle-même .....	18
B. La mort comme contraire de la vie .....	19
C. Une définition impossible .....	20
III. Le critère de la mort .....	20
A. La mort cardiaque .....	22
B. La mort cérébrale .....	23
1. Les avancées de la médecine .....	23
a. Les techniques de réanimation .....	23
b. La médecine de transplantation .....	23
c. De nouvelles propositions dans la littérature scientifique .....	24
d. Le comité Ad Hoc de la <i>Harvard Medical School</i> .....	25
2. Les directives de l'ASSM .....	25
3. Les droits cantonaux .....	27
4. La jurisprudence du Tribunal fédéral .....	28
a. L'arrêt Gross (ATF 98 Ia 508) .....	28
b. L'arrêt Himmelberger (ATF 123 I 112) .....	29
5. La réglementation fédérale .....	30
a. L'arrêté fédéral du 22 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants .....	30
b. L'article constitutionnel sur la médecine de transplantation .....	30
c. La loi sur la transplantation .....	31
IV. Le constat de la mort .....	33
A. Dans le domaine de la transplantation .....	33
1. La compétence réglementaire du Conseil fédéral .....	33
2. Les signes cliniques .....	34
a. En cas de mort due à une lésion primaire affectant le cerveau .....	35
b. En cas de mort après un arrêt circulatoire persistant .....	36

c.	Les règles spéciales pour les enfants.....	36
d.	Les examens complémentaires.....	36
3.	La personne apte à constater le décès.....	37
B.	Hors du domaine de la transplantation .....	37
C.	Le constat du décès des embryons et fœtus .....	40
V.	L'annonce de la mort .....	40
VI.	Le moment de la mort .....	40
VII.	Le débat autour de la mort cérébrale.....	42
A.	Les critiques du critère de la mort cérébrale.....	42
B.	Les propositions de solutions.....	46
1.	Le prélèvement à cœur arrêté .....	46
2.	Le concept de mort basée sur l'autonomie limitée .....	47
3.	La fin de l'exigence de décès du donneur .....	48
VIII.	Conclusion .....	48
<b>Chapitre 3 : L'absence de personnalité après la mort .....</b>		<b>53</b>
I.	Introduction.....	53
II.	La notion de personne.....	53
A.	La personne comme sujet de droit.....	53
B.	La personne comme concept normatif.....	54
C.	La personne et le corps humain .....	55
1.	L'unité entre le corps et la personne .....	57
2.	La protection du corps.....	59
III.	La protection de la personnalité après la mort.....	63
A.	En droit privé.....	63
1.	La position du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire .....	63
2.	Les doctrines minoritaires .....	66
a.	L'avocat des morts ( <i>Totenanwalt</i> ) .....	66
b.	La protection <i>post mortem</i> des droits de la personnalité .....	66
B.	En droit public .....	68
C.	En droit pénal .....	69
D.	Appréciation personnelle.....	70
IV.	Conclusion .....	74
<b>Chapitre 4 : Le droit de disposer d'un cadavre.....</b>		<b>75</b>
I.	Introduction.....	75
II.	La nature du droit.....	77
A.	Un droit fondamental.....	78
B.	Un droit de la personnalité.....	82
III.	Le droit du défunt.....	84
IV.	Les droits des proches.....	85
A.	Le droit de faire respecter la volonté du défunt .....	86
1.	Les proches du défunt .....	88
a.	Les proches parents.....	88
b.	Les personnes en ménage commun.....	89
c.	Les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec le défunt .....	90
d.	La désignation d'un proche par le défunt.....	92
e.	L'exécuteur testamentaire .....	93
2.	Le conflit entre les proches du défunt .....	94

B.	Le droit de déterminer le sort du cadavre du défunt .....	94
1.	Le proche le plus étroitement lié au défunt .....	95
2.	La personne de confiance .....	98
3.	Le caractère subsidiaire du droit .....	99
4.	La volonté présumée du défunt .....	100
5.	Le défunt n'ayant jamais été capable de discernement.....	101
6.	Un devoir des proches ? .....	101
V.	L'exercice du droit de disposer d'un cadavre.....	102
A.	La nature juridique du consentement.....	102
B.	Les conditions de validité du consentement .....	104
1.	La capacité de discernement .....	104
2.	La forme.....	105
a.	La liberté de forme.....	105
b.	La charge successorale.....	107
3.	La liberté .....	108
4.	L'information .....	109
5.	Les conséquences d'un consentement vicié .....	112
VI.	Les limites du droit de disposer d'un cadavre.....	114
A.	La loi .....	114
B.	L'ordre public et les bonnes mœurs.....	117
C.	La nullité de l'acte juridique.....	118
VII.	Les restrictions aux droits de disposer d'un cadavre.....	119
A.	La base légale .....	119
B.	L'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui .....	120
C.	Le principe de proportionnalité .....	121
D.	L'essence du droit.....	124
VIII.	Conclusion .....	124
<b>Chapitre 5 : Des droits réels sur un cadavre ? .....</b>		<b>127</b>
I.	Introduction.....	127
II.	La nature juridique du cadavre.....	127
A.	Dans la jurisprudence .....	127
B.	Dans la doctrine .....	128
1.	Le cadavre comme objet de droit sui generis .....	129
2.	Le cadavre comme chose, non objet de droits réels .....	131
3.	Le cadavre comme chose, objet de droits réels .....	132
C.	Conclusion intermédiaire.....	134
III.	La qualification du cadavre comme chose .....	135
A.	La notion de chose.....	135
1.	Le caractère matériel.....	136
2.	Le caractère délimité.....	136
3.	Le caractère maîtrisable .....	137
4.	Le caractère impersonnel .....	137
5.	<i>Excursus</i> : le statut des parties détachées du corps humain.....	138
a.	La réification de la partie détachée .....	139
b.	La subsistance des droits de la personnalité.....	140
c.	Les catégories proposées par Philippe Ducor.....	141
d.	Les normes de droit public.....	142
e.	Le principe de non-patrimonialité.....	143



6.	Le caractère non animal .....	143
B.	Conclusion intermédiaire.....	144
IV.	L'extracommercialité du cadavre.....	146
A.	La notion de chose hors du commerce.....	147
1.	Les choses publiques.....	147
2.	Les autres choses hors du commerce .....	148
B.	L'interdiction du profit sur le cadavre .....	150
1.	L'art. 21 CDHB .....	151
2.	Les bonnes mœurs.....	154
C.	Les autres normes de droit public.....	155
D.	Conclusion intermédiaire.....	156
V.	Le cadavre comme objet de droits réels .....	156
A.	Les types de droits réels sur le cadavre.....	156
1.	Le droit de propriété.....	156
2.	Les droits réels restreints.....	157
B.	L'utilité d'un droit réel sur le cadavre .....	158
1.	La cession à un tiers .....	158
2.	Pour une durée indéterminée.....	159
3.	Des actes de disposition matériels.....	159
4.	Conclusion intermédiaire .....	159
C.	L'acquisition d'un droit réel sur un cadavre.....	160
1.	Une acquisition dérivée ou originaire ?.....	160
2.	L'occupation .....	161
a.	La prise de possession.....	161
b.	Une chose sans maître.....	162
c.	La volonté de devenir propriétaire .....	163
D.	La relation avec les droits de la personnalité .....	164
1.	Le consentement à l'acquisition d'un droit réel .....	165
2.	La coexistence des droits réels et des droits de la personnalité sur le cadavre .....	167
a.	L'existence d'un conflit de droits absolus.....	167
b.	La prépondérance des droits de la personnalité.....	168
VI.	Conclusion .....	169
	<b>Chapitre 6 : La protection pénale du cadavre .....</b>	<b>173</b>
I.	Introduction.....	173
II.	Historique .....	174
A.	Les codes cantonaux.....	174
B.	Le Code pénal suisse .....	174
III.	Le bien juridique protégé .....	176
IV.	La profanation du lieu où repose un mort .....	179
A.	Les éléments objectifs .....	179
1.	La profanation.....	179
2.	Le caractère grossier .....	180
3.	Le lieu où repose un mort.....	181
B.	L'élément subjectif.....	184
C.	Les concours.....	184

V.	La profanation ou le trouble d'une cérémonie ou d'un convoi funèbre.....	185
A.	Les éléments objectifs .....	185
1.	Le trouble ou la profanation .....	185
2.	Le convoi ou la cérémonie funèbre .....	185
B.	Les éléments subjectifs .....	186
1.	Le caractère méchant.....	186
2.	L'intention.....	187
C.	Les concours.....	188
VI.	La profanation ou l'outrage public d'un cadavre humain .....	188
A.	Les éléments objectifs .....	188
1.	La profanation .....	188
2.	L'outrage public.....	194
3.	<i>Excursus</i> : les expositions de cadavres plastinés.....	195
4.	Le cadavre humain .....	199
B.	L'élément subjectif.....	201
C.	Les concours.....	201
VII.	La soustraction d'un cadavre humain, d'une partie de cadavre humain ou des cendres d'un mort .....	203
A.	Les éléments objectifs .....	203
1.	La soustraction .....	203
2.	L'ayant droit.....	206
3.	L'objet de la soustraction .....	208
a.	Un cadavre humain .....	208
b.	Une partie d'un cadavre humain .....	209
c.	Les cendres d'un mort.....	210
B.	L'élément subjectif.....	210
C.	Les concours.....	211
VIII.	Conclusion .....	211
<b>Chapitre 7 : La dignité après la mort .....</b>		<b>213</b>
I.	Introduction.....	213
II.	La dignité humaine .....	213
A.	Les sources .....	213
B.	La nature juridique .....	215
1.	Un principe constitutionnel.....	215
2.	Le fondement des autres droits fondamentaux .....	216
3.	Un droit fondamental individuel .....	217
C.	Le contenu .....	218
D.	Les destinataires .....	220
E.	Le début et la fin de la dignité humaine.....	220
III.	Le droit à une sépulture décente.....	222
A.	Les sources .....	223
1.	La Constitution fédérale du 29 mai 1874 .....	224
2.	La Constitution fédérale du 18 avril 1999.....	226
B.	La nature juridique .....	226
1.	Un droit subjectif .....	227
2.	Un principe objectif .....	228
C.	Les destinataires .....	230

D.	Le contenu .....	230
1.	La notion de sépulture.....	231
2.	La notion de décence.....	232
a.	Les usages locaux .....	232
b.	La volonté du défunt et de ses proches .....	233
c.	Les rites funéraires religieux.....	234
d.	Les actes sur le cadavre.....	236
e.	Les personnes décédées et les enfants n'ayant pas acquis la personnalité.....	237
IV.	Le droit de disposer d'un cadavre .....	238
V.	L'interdiction du profit.....	238
VI.	Le sentiment de piété .....	239
VII.	Conclusion .....	239
<b>Chapitre 8 : Les cadavres « spéciaux ».....</b>		<b>241</b>
I.	Introduction.....	241
II.	Les catégories de cadavres .....	242
A.	Le corps des personnes décédées.....	242
1.	L'acquisition de la personnalité .....	242
a.	La naissance accomplie.....	242
b.	La notion d'enfant.....	243
c.	Le caractère vivant.....	245
2.	Le décès .....	248
3.	Les personnes décédées placées sous respiration artificielle.....	248
a.	En vue d'un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules.....	249
b.	Dans le cadre d'un projet de recherche .....	250
c.	Les femmes enceintes en état de mort cérébrale primaire.....	250
B.	Le corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité.....	252
1.	Les catégories d'enfants n'ayant pas acquis la personnalité.....	252
a.	La terminologie de la LPMA .....	252
(i)	Les embryons.....	253
(ii)	Les fœtus .....	253
b.	La terminologie de l'OEC.....	254
(i)	Les enfants mort-nés.....	254
(ii)	Les enfants nés sans vie.....	254
c.	Synthèse.....	255
2.	Le statut du corps d'un enfant n'ayant pas acquis la personnalité.....	256
a.	L'état civil.....	256
b.	La sépulture des enfants n'ayant pas acquis la personnalité .....	257
c.	La jurisprudence de la CourEDH.....	260
d.	Dans la doctrine .....	262
3.	Appréciation personnelle .....	263
III.	Le cadavre et ses parties.....	268
A.	Le cadavre altéré.....	268
B.	Les parties de cadavre.....	269
C.	Les éléments artificiels intégrés au cadavre.....	272
IV.	La disparition du cadavre.....	273
A.	L'extinction du droit de disposer du cadavre.....	277

B.	La fin du sentiment de piété.....	280
C.	Exemples choisis .....	281
1.	Les squelettes .....	281
2.	Les momies .....	282
3.	Les cadavres ayant subi des soins de thanatopraxie .....	283
4.	Les pièces anatomiques.....	283
5.	Les cadavres inhumés .....	286
6.	Les cendres.....	286
V.	Conclusion .....	289
<b>Chapitre 9 : La transplantation d'organes, de tissus et de cellules .....</b>		<b>291</b>
I.	Introduction.....	291
II.	Le cadre normatif.....	294
III.	Les conditions du prélèvement sur une personne décédée .....	296
A.	Le décès.....	296
B.	Le consentement du donneur.....	296
1.	Le choix d'un modèle de consentement .....	298
a.	Les lois cantonales antérieures à la LTx .....	298
b.	La jurisprudence du Tribunal fédéral.....	298
c.	L'élaboration de la LTx .....	299
(i)	L'arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants du 22 mars 1996 .....	299
(ii)	Le projet de loi de 1999 .....	299
(iii)	Le Message du Conseil fédéral.....	300
(iv)	Les débats parlementaires.....	300
d.	Depuis l'adoption de la LTx .....	301
e.	L'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes ».....	303
f.	Synthèse.....	305
2.	La volonté du défunt .....	309
a.	La nature juridique.....	309
b.	Les conditions de validité .....	309
(i)	L'âge et la capacité de discernement .....	309
(ii)	La forme .....	311
(iii)	<i>Excursus</i> : le registre national du don d'organes .....	313
(iv)	Le contenu .....	315
(v)	Le moment.....	317
(vi)	La révocation .....	317
c.	Le rôle des proches .....	317
3.	La décision des proches .....	319
a.	Le cercle des proches .....	319
b.	La volonté présumée.....	320
c.	Le moment, la forme et le contenu de la décision.....	322
4.	La personne de confiance.....	324
C.	L'accord du ministère public .....	325
IV.	Les mesures médicales préliminaires .....	326
V.	La gratuité et la prise en charge des frais .....	327
VI.	Le prélèvement sur des embryons et des fœtus .....	327

VII. La restitution du cadavre.....	330
VIII. Les dispositions pénales.....	330
IX. Conclusion.....	331
<b>Chapitre 10 : La recherche.....</b>	<b>333</b>
I. Introduction.....	333
II. Le cadre normatif.....	334
A. Au niveau international.....	334
B. En Suisse.....	336
1. La loi relative à la recherche sur l'être humain.....	337
2. Les normes éthiques.....	339
III. Les conditions de la recherche sur une personne décédée.....	339
A. Le constat du décès.....	339
B. Le consentement.....	340
1. De la personne décédée.....	340
a. Les conditions de validité.....	340
(i) La capacité de discernement.....	340
(ii) La forme.....	341
(iii) L'objet.....	341
2. Des proches ou de la personne de confiance.....	342
3. Les exceptions à l'exigence du consentement.....	343
a. Les personnes décédées depuis plus de 70 ans.....	343
b. Les prélèvements lors d'autopsies et de transplantations.....	344
IV. Les personnes décédées placées sous respiration artificielle.....	346
V. La recherche sur des embryons, des fœtus et des enfants mort-nés.....	347
A. En cas d'interruption de grossesse.....	348
B. En cas d'avortement spontané.....	350
VI. Le transport, l'exportation et la conservation.....	351
VII. L'autorisation du projet de recherche.....	353
VIII. Les dispositions pénales.....	354
IX. Conclusion.....	355
<b>Chapitre 11 : Les autopsies.....</b>	<b>357</b>
I. Introduction.....	357
II. L'autopsie médico-légale.....	363
A. Le cadre normatif.....	363
B. L'autorité compétente.....	364
C. Le constat du décès.....	366
D. La levée de corps médico-légale.....	367
E. L'examen externe.....	369
F. L'autopsie proprement dite.....	370
1. Le déroulement.....	370
2. Les situations nécessitant une autopsie médico-légale.....	372
3. Les règles formelles.....	373
4. Le rapport d'autopsie.....	374
G. L'exhumation.....	374
H. La restauration et la restitution du cadavre.....	375
I. Les frais.....	377

J.	La violation des règles sur les autopsies médico-légales .....	377
1.	Les sanctions .....	377
2.	Le droit de recours .....	378
3.	L'atteinte à la paix des morts .....	381
III.	L'autopsie médicale .....	381
A.	Le cadre normatif .....	382
B.	Le consentement .....	382
C.	La personne qui demande l'autopsie .....	384
D.	Le déroulement .....	386
E.	Le rapport d'autopsie et le dossier médical .....	387
F.	La restitution du cadavre .....	388
G.	Les frais .....	389
H.	La violation des règles sur les autopsies médicales .....	389
IV.	L'autopsie d'anatomie .....	390
A.	Le cadre normatif .....	390
B.	Le don du corps .....	391
1.	Les exigences .....	391
2.	Les formalités .....	392
3.	Les motifs de refus d'un cadavre .....	393
C.	Le déroulement de l'autopsie .....	394
D.	La restitution du cadavre .....	395
E.	Les frais .....	395
F.	Les pièces anatomiques .....	396
V.	L'autopsie sanitaire .....	396
VI.	L'autopsie en droit des assurances sociales .....	398
VII.	Conclusion .....	399
<b>Chapitre 12 : Les examens génétiques .....</b>		<b>401</b>
I.	Introduction .....	401
A.	Généralités .....	401
B.	Le profil d'ADN .....	402
C.	L'analyse génétique .....	405
D.	En lien avec le cadavre .....	405
II.	Le cadre normatif .....	407
A.	Au niveau international .....	407
B.	En Suisse .....	408
1.	La loi sur les profils d'ADN .....	409
2.	Le Code de procédure pénale .....	411
3.	La procédure pénale militaire .....	411
4.	La loi sur l'analyse génétique humaine .....	411
III.	Le profil d'ADN .....	413
A.	Dans le cadre d'une procédure pénale soumise au CPP .....	414
1.	La compétence .....	415
2.	Le déroulement .....	417
3.	Les voies de droit .....	418
4.	La destruction de l'échantillon .....	419
5.	L'effacement du profil .....	420

B.	Dans le cadre d'une procédure pénale non soumise au CPP.....	420
C.	Pour identifier une personne inconnue .....	421
1.	La compétence .....	422
2.	Le déroulement .....	422
3.	Les voies de droit .....	423
4.	La destruction de l'échantillon.....	423
5.	L'effacement du profil .....	424
D.	Pour établir un lien de filiation.....	424
1.	Les conditions .....	425
a.	Le motif valable.....	425
b.	Le consentement des plus proches parents.....	425
c.	<i>Excursus</i> : l'affaire Jäggi et le droit de connaître ses origines .....	426
d.	En cas d'absence de proches parents .....	428
e.	La volonté du défunt ? .....	429
2.	Le prélèvement.....	429
3.	L'établissement du profil .....	430
4.	La conservation de l'échantillon .....	430
5.	Les voies de droit.....	431
IV.	L'analyse génétique .....	431
A.	Sur une personne décédée.....	432
1.	Un lien avec une maladie héréditaire .....	432
2.	La demande d'une personne apparentée.....	433
3.	Une question de santé ou de <i>planning</i> familial.....	433
4.	La subsidiarité de l'analyse génétique.....	434
5.	La volonté du défunt ?.....	434
6.	Une prescription par un médecin ?.....	434
7.	Le conseil génétique.....	435
B.	Sur un embryon, un fœtus ou un enfant mort-né .....	435
C.	Le déroulement de l'analyse.....	437
D.	La destruction de l'échantillon et l'effacement des données .....	437
E.	Les voies de droit.....	438
F.	Les dispositions pénales .....	438
V.	Conclusion .....	438
	<b>Chapitre 13 : La sépulture .....</b>	<b>441</b>
I.	Introduction.....	441
II.	Le cadre normatif.....	443
A.	Le droit international .....	443
B.	Le droit fédéral .....	444
C.	Les droits cantonaux.....	445
III.	Le droit d'organiser ses funérailles et de choisir son mode de sépulture .....	447
IV.	Les entreprises de pompes funèbres.....	449
A.	L'autorisation de pratiquer .....	451
B.	Les devoirs professionnels.....	452
1.	La discrétion et la décence .....	452
2.	Le respect du libre choix .....	453
C.	Le contrat de pompes funèbres .....	454
1.	Les parties .....	454
2.	Les prestations .....	455

---

3.	La qualification du contrat .....	456
4.	En cas de monopole public.....	457
5.	<i>Excursus</i> : le contrat de prévoyance funéraire.....	458
V.	Le transport du cadavre.....	458
A.	En Suisse .....	458
B.	Le transport international de cadavre.....	460
1.	Le laissez-passer mortuaire.....	460
2.	Le cercueil.....	461
3.	La franchise de douane.....	462
VI.	Les soins mortuaires .....	462
VII.	La thanatopraxie.....	462
A.	Les soins de conservation .....	463
B.	Les soins de restauration.....	464
VIII.	La cérémonie funèbre.....	464
IX.	La sépulture proprement dite .....	465
A.	L'unité de la sépulture.....	465
1.	Le principe .....	465
2.	Les exceptions.....	465
a.	La mère morte en couches .....	465
b.	L'inhumation d'urne dans une tombe existante .....	466
c.	Les tombes familiales et les superpositions de cercueils.....	466
B.	La mise en bière .....	466
C.	Les délais d'inhumation.....	467
D.	La conservation du cadavre .....	468
E.	L'autorisation de sépulture .....	469
F.	Les modes de sépulture.....	469
1.	L'enterrement.....	470
2.	La crémation .....	470
3.	Les modes alternatifs de sépulture .....	472
4.	La cryogénéisation.....	474
G.	Les tombes.....	478
a.	En cas d'enterrement .....	478
b.	En cas de crémation .....	479
H.	Les monuments funéraires.....	481
I.	Les impératifs sanitaires .....	482
J.	<i>Excursus</i> : les conséquences de la pandémie de Covid-19.....	482
K.	Les frais funéraires .....	486
a.	Les droits cantonaux .....	487
b.	Dans les assurances sociales .....	489
L.	Le registre.....	490
X.	Les exhumations .....	490
A.	L'exhumation ordinaire.....	491
1.	La période d'inhumation .....	491
2.	Le sort des restes .....	491
B.	L'exhumation extraordinaire .....	492
C.	L'exhumation judiciaire .....	495
1.	Dans le cadre d'une procédure pénale.....	495
2.	Dans le cadre d'un procès civil .....	495
XI.	Conclusion .....	496



<b>Chapitre 14 : Le contentieux autour du cadavre : exemples choisis .....</b>	<b>499</b>
I. Introduction.....	499
II. Premier exemple : un litige entre les proches du défunt avant les funérailles .....	499
III. Deuxième exemple : un litige au sujet d'une exhumation extraordinaire.....	511
IV. Troisième exemple : une exhumation dans un procès civil .....	516
V. Conclusion .....	521
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>523</b>
I. Synthèse .....	523
II. Perspectives .....	527
<b>Zusammenfassung.....</b>	<b>533</b>
<b>Summary .....</b>	<b>539</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>545</b>
Annexe I Dispositions cantonales sur le constat du décès.....	545
Annexe II Projets de recherches sur des personnes décédées.....	548
Annexe III Dispositions cantonales sur les autopsies.....	549
Annexe IV Dispositions cantonales de droit funéraire.....	551
Annexe V Liste des entretiens.....	554
<b>Index .....</b>	<b>555</b>

---

## Table des abréviations

<i>a (+abréviation)</i>	ancien(ne)
Abs.	<i>Absatz</i> (al.)
ADN	acide désoxyribonucléique
AG	Argovie
AGVE	<i>Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide</i>
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa(s)
AMM	Association médicale mondiale
ap.	après
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article(s)
Art.	<i>Artikel</i> (art.)
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ASTO	Association suisse des tutrices et tuteurs officiels
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral publié au Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral.
ATSG	<i>Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts</i> , du 6 octobre 2000 (LPGA, RS 830.1)
BE	Berne
<i>BestG</i>	<i>Bestattungsgesetz</i> de Bâle-Ville, du 11 mars 2020 (390.100)
<i>BestV</i>	<i>Bestattungsverordnung</i> de Bâle-Ville, du 2 mars 2021 (390.110)
<i>BesV</i>	<i>Bestattungsverordnung</i> zurichoise, du 20 mai 2015 (818.61)
BGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts</i> (ATF)
BGG	<i>Bundesgesetz über das Bundesgericht</i> , du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110)
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
BJM	<i>Basler juristische Mitteilungen</i>
BL	Bâle-Campagne
BLV	Base législative vaudoise
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil des États)

BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national)
BS	Bâle-Ville
BV	<i>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft</i> , du 18 avril 1999 (Cst., RS 101)
c.	contre
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCER	Commission cantonale d'éthique de la recherche (Genève)
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (France)
CDHB	Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, du 4 avril 1997 (RS 0.810.2)
CDPJ	Code vaudois de droit privé judiciaire, du 12 janvier 2010 (BLV 211.02)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CER-VD	Commission cantonale d'éthique de la recherche sur l'être humain du canton de Vaud
CE TI	<i>Comitato etico cantonale Ticino</i>
CF	Conseil fédéral
<i>Cf.</i>	<i>confer</i>
chap.	chapitre
CHUV	Centre hospitalier universitaire vaudois
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano, RS 0.275.12)
CMS	Cahiers médico-sociaux
CNDO	Comité national du don d'organes
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (Code des obligations, RS 220)
CODIS	Banque de données nationale sur les profils d'ADN ( <i>Combined DNA Index System</i> )
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme

CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPM	Code pénal militaire, du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
CURML	Centre universitaire romand de médecine légale
DBD	Donneur(s) en état de mort cérébrale ( <i>Donors after brain death</i> )
DCD	Donneur(s) en état de mort cérébrale après un arrêt cardio-circulatoire ( <i>Donors after circulatory death</i> )
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	direction
DSG	<i>Bundesgesetz über den Datenschutz</i> , du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EKNZ	<i>Ethikkommission Nordwest- und Zentralschweiz</i>
EKOS	<i>Ethikkommission Ostschweiz</i>
EMRK	<i>Europäische Menschenrechtskonvention</i> , du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101)
etc.	<i>et cetera</i>
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FAO	Feuille des avis officiels (Vaud)
Fedpol	Office fédéral de la police
FF	Feuille fédérale
fig.	figure(s)
FMH	Fédération des médecins suisses ( <i>Foederatio medicorum helveticorum</i> )
FR	Fribourg
GE	Genève

<i>GesG</i>	<i>Gesundheitsgesetz</i> zurichoise, du 2 avril 2007 (810.1)
GL	Glaris
GR	Grisons
<i>GrabmV</i>	<i>Grabmalverordnung</i> de Bâle-Ville, du 2 mars 2021 (390.170)
GUMG	<i>Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen</i> , du 8 octobre 2004 (LAGH, RS 810.12)
HFG	<i>Bundesgesetz über die Forschung am Menschen</i> , du 30 septembre 2011 (LRH, RS 810.30)
HK	<i>Handkommentar</i>
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève
ICD	<i>International Classification of Diseases</i>
intro.	introduction
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> , du 18 décembre 1987 (LDIP, RS 291)
J.-C.	Jésus-Christ
JAMA	<i>Journal of the American Medical Association</i>
JdT	Journal des tribunaux
JU	Jura
KEK BE	<i>Kantonale Ethikkommission Bern</i>
KEK ZH	<i>Kantonale Ethikkommission Zürich</i>
KOSS	<i>Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht</i>
KVG	<i>Bundesgesetz über die Krankenversicherung</i> , du 18 mars 1994 (LAMal, RS 832.10)
LA	Loi fédérale sur l'aviation, du 21 décembre 1948 (RS 748.0)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LaCP	Loi genevoise d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 (E 4 10)
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004 (RS 810.12)
<i>nLAGH</i>	(nouvelle) Loi sur l'analyse génétique humaine, du 15 juin 2018 (RS 810.12)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire, du 19 juin 1992 (RS 833.1)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance maladie, du 18 mars 1994 (RS 832.10)

---

LArm	Loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions, du 20 juin 1997 (Loi sur les armes, RS 514.54)
LAS	Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, du 24 juin 1977 (Loi fédérale en matière d'assistance, RS 851.1)
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 23 mars 2007 (RS 312.5)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LCdF	Loi fédérale sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957 (RS 742.101)
LChP	Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 20 juin 1986 (Loi sur la chasse, RS 922)
LCim	Loi genevoise sur les cimetières, du 20 septembre 1876 (K 1 65)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LD	Loi sur les douanes, du 18 mars 2005 (RS 631.0)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDEP	Loi fédérale sur le dossier électronique du patient, du 19 juin 2015 (RS 816.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, RS 818.101)
LGG	Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain, du 21 mars 2003 (Loi fédérale sur le génie génétique, RS 814.91)
<i>litt.</i>	<i>littera</i>
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur, du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LOJV	Loi vaudoise d'organisation judiciaire, du 12 décembre 1979 (BLV 173.01)
LPADN	Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, du 20 juin 2003 (Loi sur les profils d'ADN, RS 363)

LPA-VD	Loi vaudoise sur la procédure administrative, du 28 octobre 2008 (BLV 173.36).
LPD	Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS 235.1)
<i>n</i> LPD	(nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données, du 25 septembre 2020 (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998 (RS 810.11)
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, du 23 juin 2006 (Loi sur les professions médicales, RS 811.11)
LPNMS	Loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites, du 10 décembre 1969 (BLV 450.11)
LPol	Loi bernoise sur la police, du 10 février 2019 (551.1)
LPTH	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21)
LRCS	Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires, du 19 décembre 2003 (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, RS 810.31)
LRH	Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, du 30 septembre 2011 (Loi relative à la recherche sur l'être humain, RS 810.30)
LS	Loi genevoise sur la santé, du 7 avril 2006 (K 1 03)
LSP BE	Loi bernoise sur la santé publique, du 2 décembre 1984 (811.01)
LSP VD	Loi vaudoise sur la santé publique, du 29 mai 1985 (BLV 800.01)
LSR	<i>Life Science Recht</i> – Revue juridique des technologies pharmaceutiques, bio- et médicotecniques
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes, du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants, RS 812.121)
LTBC	Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels, du 20 juin 2003 (Loi sur le transfert des biens culturels, RS 444.1)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTI	Loi fédérale sur les titres intermédiés, du 3 octobre 2008 (RS 957.1)
LTx	Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (Loi sur la transplantation, RS 810.21)

LU	Lucerne
LVCPP	Loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse, du 19 mai 2009 (BLV 312.01)
MCF	Message du Conseil fédéral
MedR	<i>Medizinrecht</i>
<i>n (+abréviation)</i>	nouveau, nouvel(le)
NE	Neuchâtel
NEK-CNE	Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (Suisse)
n°	numéro(s)
NW	Nidwald
NZZ	<i>Neue Zürcher Zeitung</i>
aO. 2 Covid-19	(ancienne) Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19, RS 818. 101.24)
O. 3 Covid-19	Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), du 19 juin 2020 (Ordonnance 3 COVID-19, RS 818. 101.24)
aO. Covid-19 sit. part.	(ancienne) Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, du 19 juin 2020 (Ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26)
O. Covid-19 sit. part.	Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, du 23 juin 2021 (Ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26)
OACA	Ordonnance sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative, du 14 février 2007 (RS 810.122.2)
aOADNS	(ancienne) Ordonnance sur le système d'information fondé sur les profils d'ADN, du 31 mai 2000 (Ordonnance ADNS, RS 361.1)
OAGH	Ordonnance sur l'analyse génétique humaine, du 14 février 2007 (RS 810.122.1)
OAGH-DFI	Ordonnance du DFI sur l'analyse génétique humaine, du 14 février 2007 (RS 810.122.122)
OAMal	Ordonnance sur l'assurance maladie, du 27 juin 1995 (RS 832.102)
OAOTx	Ordonnance sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation, du 16 mars 2007 (Ordonnance sur l'attribution d'organes, RS 810.212.4)



OCA	Ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins, du 14 février 2007 (RS 832.105)
OCLin	Ordonnance sur les essais cliniques dans le cadre de la recherche sur l'être humain, du 20 septembre 2013 (Ordonnance sur les essais cliniques, RS 810.305)
OCR	Ordonnance sur les règles de la circulation routière, du 13 novembre 1962 (RS 741.11)
OD	Ordonnance sur les douanes, du 1 <sup>er</sup> novembre 2006 (RS 631.01)
OEC	Ordonnance sur l'état civil, du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)
OEin	Ordonnance bernoise sur les enterrements et les incinérations, du 27 octobre 2010 (811.811)
OEIT	Ordonnance sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports, du 17 décembre 2014 (RS 742.161)
OEp	Ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, du 29 avril 2015 (Ordonnance sur les épidémies, RS 818.101.1)
OFEC	Office fédéral de l'état civil
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	<i>Orell Füssli Kommentare</i>
OFROU	Office fédéral des routes
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents, du 20 décembre 1982 (RS 832.202)
OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données, du 14 juin 1993 (RS 235.11)
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OPADN	Ordonnance sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, du 3 décembre 2004 (Ordonnance sur les profils d'ADN, RS 363.1)
OPAS	Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie, du 29 septembre 1995 (RS 832.112.31)
Org LRH	Ordonnance d'organisation concernant la loi relative à la recherche sur l'être humain, du 20 septembre 2013 (Ordonnance d'organisation concernant la LRH, RS 810.308)

ORH	Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques, du 20 septembre 2013 (Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain, RS 810.301)
OTx	Ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine, du 16 mars 2007 (Ordonnance sur la transplantation, RS 810.211)
OW	Obwald
P-(+abréviation)	projet
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (RS 273)
PCR	Réaction en chaîne par polymérase ( <i>Polymerase Chain Reaction</i> )
PJA	Pratique juridique actuelle
PPM	Procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 (RS 322.1)
PPMin	Loi fédérale sur la procédure applicable aux mineurs, du 20 mars 2009 (Procédure pénale applicable aux mineurs, RS 312.1)
<i>pr.</i>	<i>principium</i>
Pra	<i>die Praxis [des Bundesgerichts]</i>
PV	procès-verbal
RAPS	Registre des projets de recherche en Suisse ( <i>Registry of all Projects in Switzerland</i> )
RCim	Règlement genevois d'exécution de la loi sur les cimetières, du 16 juin 1956 (K 1 65.01)
RDS	Revue de droit suisse
RDSPF	Règlement vaudois sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres, du 12 septembre 2012 (BLV 818.41.1)
RDT	Revue du droit de la tutelle
réf.	référence(s)
rés.	résumé
resp.	responsable(s)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois

RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RLPNMS	Règlement vaudois d'application de la loi du 10 décembre 1969 sur la protection de la nature, des monuments et des sites, du 22 mars 1989 (BLV 450.11.1)
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Règlement de service de l'armée, du 22 juin 1964 (RS 510.107.0)
RSép	Règlement genevois sur le sort du cadavre et la sépulture, du 22 août 2006 (K 1 55.08)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SESE	Service suisse d'enquête de sécurité
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i> (RSJ)
SO	Soleure
SSML	Société suisse de médecine légale
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
STE	Série des traités européens
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch</i> , du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0)
STR	Séquence microsatellite ( <i>Short Tandem Repeats</i> )
ss	et suivant(e)s
SZ	Schwytz
TF	Tribunal fédéral suisse
TG	Thurgovie
TI	Tessin
Tit. fin.	Titre final
TPF	Tribunal pénal fédéral
trad.	traduction

UFAM	Unité facultaire d'anatomie et de morphologie (CURML)
UR	Uri
UVG	<i>Bundesgesetz über die Unfallversicherung</i> , du 20 mars 1981 (LAA, RS 832.20)
VD	Vaud
vol.	volume(s)
VS	Valais
ZBJV	<i>Zeitschrift des bernischen Juristenvereins</i> (RJB)
ZBl	<i>Schweizerisches Zentrallblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>
ZG	Zoug
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> , du 10 décembre 1937 (CC, RS 201)
ZH	Zurich
Ziff.	<i>Ziffer</i> (ch.)
ZPO	<i>Schweizerische Zivilprozessordnung</i> , du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272)
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>



---

## Bibliographie

- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Médecine personnalisée – Bases pour la formation interprofessionnelle prégraduée, postgraduée et continue des professionnels de la santé – Recommandations de l’ASSM, du 18 avril 2019 (cité : ASSM, Médecine personnalisée)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Diagnostic de la mort en vue de la transplantation d’organes et préparation du prélèvement d’organes – Directives médico-éthiques de l’ASSM, du 16 mai 2017 (cité : ASSM, Diagnostic de la mort 2017)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Recherche avec l’être humain – Guide pratique de 2009, révisé en 2015 (cité : ASSM, Guide recherche 2015)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Utilisation de cadavres et de parties de cadavres dans la recherche médicale et la formation prégraduée, postgraduée et continue – Recommandations de l’ASSM, du 27 novembre 2008, adaptées fin 2014 (cité : ASSM, Utilisation de cadavres)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, *Factsheet* : Transplantations d’organes : modèles de l’opposition ou modèle du consentement – Faits et arguments, 2013 (ASSM, *Factsheet*)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Directives anticipées – Directives et recommandations médico-éthiques, du 19 mai 2009, mises à jour au 1<sup>er</sup> janvier 2013 (cité : ASSM, Directives anticipées)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Prise en charge des patientes et patients en fin de vie – Directives médico-éthiques, du 25 novembre 2004, révisées le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (cité : ASSM, Fin de vie)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Soins palliatifs – Directives et recommandations médico-éthiques, du 23 mai 2006, révisées au 1<sup>er</sup> janvier 2013 (cité : ASSM, Soins palliatifs)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d’organes – Directives médico-éthiques, du 24 mai 2005, révisées le 24 mai 2011 (cité : ASSM, Diagnostic de la mort 2011)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Biobanques : Prélèvement, conservation et utilisation de matériel biologique humain – Directives médico-éthiques et recommandations, du 23 mai 2006, retirées le 28 novembre 2013 (cité : ASSM, Biobanques)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Diagnostic de la mort des embryons et fœtus – Prise de position, du 3 août 2005 (cité : ASSM, Mort des embryons et fœtus)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Directives pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d’une transplantation d’organes, du 13 juin 1996 (cité : ASSM, Diagnostic de la mort 1996)
- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Directives pour la définition et le diagnostic de la mort, du 25 janvier 1969, révisées le 17 novembre 1981 et le 6 mai 1983 (cité : ASSM, Diagnostic de la mort 1969)
- ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, A Code of Practice for the Diagnosis of Brainstem Death, du 27 mars 1998, révisée le 10 octobre 2008

- AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, A definition of irreversible coma, JAMA, vol. 205, n° 6, du 5 août 1968, p. 337 (cité : AD HOC COMMITTEE)
- AEBI-MÜLLER REGINA, Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, RJB 2008, p. 82 ss (cité : AEBI-MÜLLER, RJB)
- AEBI-MÜLLER REGINA, EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse : Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ?, Jusletter du 2 octobre 2006 (cité : AEBI-MÜLLER, Jusletter)
- AEBI-MÜLLER REGINA *et alii*, Arztrecht, Berne 2016
- AEBI-MULLER REGINA/JAGGI MATTHIAS, Streit um die Abstammung – Länderbericht Schweiz, *in* Streit um die Abstammung – Ein europäischer Vergleich (SPICKHOFF ANDREAS *et alii*, édit.), Bielefeld 2007, p. 343 ss
- AEBI-MÜLLER REGINA/MORAND ANNE-SOPHIE, « Projekt Krematoriumleichenschau » – Von Pietätsgefühlen und andere Interessen, *in* Der Mensch als Mass – Festschrift für Peter Breitschmid (ARNET RUTH *et alii*, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2019, p. 73 ss
- AFFOLTER KURT/MOTTIEZ PAUL, La responsabilité des frais funéraires en cas de succession répudiée, lorsque le tuteur a donné son accord à l'inhumation – Avis de droit de l'ASTO, RMA 2010, p. 279 ss
- ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, Les cimetières en Suisse entre laïcité et respect de la foi des communautés religieuses : cas des cimetières musulmans, *in* Coopération entre État et communauté religieuse selon le droit suisse (PAHUD DE MORTANGES RENÉ/TANNER ERWIN, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 389 ss (cité : ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse)
- ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, Cimetière musulman en occident – Normes juives, chrétiennes et musulmanes, Paris 2002 (cité : ALDEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident)
- ALEXANDRE-BIDON DANIELLE, Le corps et son linceul, *in* À réveiller les morts – La mort au quotidien dans l'Occident médiéval (ALEXANDRE-BIDON DANIELLE/TREFFORT CÉCILE, sous la dir.), Lyon 1993, p. 183 ss
- AMOOS MIHAELA, La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, thèse, Lausanne 2002
- AMSTUTZ MARC/MORIN ARIANE, Einleitung vor Art. 184 OR ss., *in* Basler Kommentar Obligationenrecht I (WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID, édit.), 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN)
- ARIÈS PHILIPPE, L'homme devant la mort, Tome I : Le temps des gisants, Paris 1977 (cité : ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome I)
- ARIÈS PHILIPPE, L'homme devant la mort, Tome II : La mort ensauvagée, Paris 1977 (cité : ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome II)
- ARIÈS PHILIPPE, Essais sur l'histoire de la mort en Occident – Du Moyen Âge à nos jours, Paris 1975 (cité : ARIÈS, Essais)

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, art. 3, 49 et 119 Cst., *in* Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL), Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : AUBERT, Petit commentaire)
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, art. 89 LTF, *in* Commentaire de la LTF (CORBOZ BERNARD *et alii*), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014, p. 616 ss (cité : Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN)
- AUER ANDREAS, L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale, RDAF 2003 I, p. 161 ss
- BACQUÉ MARIE-FRÉDÉRIQUE, Les soins du corps mort, cet invariant culturel de l'humanité, *Études sur la mort* 2013/1 (143), p. 7 ss
- BADDELEY MARGARETA, art. 482 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-BADDELEY)
- BADER HANS, Leichnam und Leichensache – Ihre Rechtstellung, RSJ 1924, p. 365 ss
- BÄR WALTER, Leichenschau und Obduktion, *in* Handbuch des Arztrechts (HONSELL HEINRICH, édit.), Zurich 1994, p. 433 ss
- BÄR WALTER/KELLER-SUTTER MORTEN, Leichenschau, Obduktion und Transplantation, *in* Arztrecht in der Praxis (KUHN MORITZ W./POLDNA TOMAS, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2007, p. 767 ss
- BARRAS VINCENT, La notion de mort en médecine : une perspective historique, *in* L'immortalité – un sujet d'avenir (TISSOT JEAN-DANIEL *et alii*, édit.), Lausanne 2014, p. 24 ss
- BARRELET DENIS *et alii*, Le nouveau droit d'auteur – Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021
- BAUD JEAN-PIERRE, Présentation du corps en personne, *Cahiers médico-sociaux* 1995, vol. 39, p. 59 ss (cité : BAUD, CMS)
- BAUD JEAN-PIERRE, L'affaire de la main volée – Une histoire juridique du corps, Paris 1993 (cité : BAUD, La main volée)
- BAUMANN MAX, *Personenrecht des ZGB*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2011
- BAUMGARTNER STEPHANIE, *Organtransplantation : Zustimmungs- oder Widerspruchslösung*, Zurich/Bâle/Genève 2015
- BAUR ISABEL/LEHMANN PASCAL/STAUDINGER SINA, Zur Zukunft des strafrechtlichen Untersuchungsverfahrens – Aktuelle Entwicklungen in der Digitalisierung aufgezeigt am Beispiel des aussergewöhnlichen Todesfalls, *Jusletter* du 20 mars 2020
- BAYLE FRANÇOIS, Croix gammée contre caducée – Les expériences humaines en Allemagne pendant la Deuxième Guerre Mondiale, Neustadt 1950
- BEAUTHIER JEAN-POL, *Traité de médecine légale*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2011
- BEAUTHIER FRANÇOIS/BEAUTHIER JEAN-POL, *Autopsie médico-légale, in* *Traité de médecine légale* (BEAUTHIER JEAN-POL), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2011, p. 111 ss
- BECCHI PAOLO, Die Wiederbelebung der Hirntoddebatte und das Problem der Organtransplantation, *in* *Éthique et Droit en matière de Bioéthique* (WINIGER BÉNÉDICT *et alii*, édit.), Baden Baden 2013, p. 119 ss
- BELLANGER FRANÇOIS/PIREK MILENA, L'État et ses biens, RDS 2021 I, p. 183 ss
- BELLIVIER FLORENCE, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux 2015



- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, Art. 7 und 119 BV, *in* Basler Kommentar Bundesverfassung (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, édit.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-BELSER/MOLINARI)
- BENDANI YASMINA, art. 105 CPP, *in* Commentaire romand Code de procédure pénale suisse (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-BENDANI)
- BERETTA PIERA, Art. 31 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-BERETTA)
- BERGER THOMAS M. *et alii*, Perinatal care at the limit of viability between 22 and 26 completed gestation in Switzerland – 2011 Revision of the Swiss recommendations, *Swiss Medical Weekly* 2011 (141), n° 13280
- BERNARD JULIEN, Pourquoi donner son corps à la science ? Les donateurs et le récit des motifs, *in* *Études sur la mort*, 2016/1 (149), p. 31 ss (cité : BERNARD, Pourquoi)
- BERNARD JULIEN, Croquemort – Une anthropologie des émotions, Paris 2009 (cité : BERNARD, Croquemort)
- BERNARD JULIEN/LE GRAND-SÉBILLE CATHERINE, Introduction : Le don du corps, cet inconnu, *Études sur la mort* 2016/1 (149), p. 7 ss
- BERNAT JAMES L., Controversies in defining and determining death in critical care, *Nature Review Neurology* 2013, vol. 9, p. 164 ss
- BERSAY CLAUDE, La crémation, *Études sur la mort* 2004/1 (125), p. 91 ss
- BERTHOD MARC-ANTOINE, La circulation des morts, l’ancrage des corps et le deuil sans frontière, *Diversité urbaine* 2018 (18), p. 87 ss (cité : BERTHOD, La circulation des morts)
- BERTHOD MARC-ANTOINE, De si beaux cadavres : réflexions sur les soins de conservation des morts, *La Pensée sauvage*, 2006/3, vol. 7, p. 427 ss (cité : BERTHOD, De si beaux cadavres)
- BERTHOD MARC-ANTOINE/MAGALHÃES DE ALEMEIDA ANTÓNIO, Introduction : Saisir la mort, entre réflexions et terrains, *in* *L’accompagnement social et la mort* (MAGALHÃES DE ALMEIDA ANTÓNIO/MARC-ANTOINE BERTHOD, sous la dir.), Lausanne 2020, p. 11 ss
- BERTHOUD FRÉDÉRIC, Le droit aux valeurs d’affection – Étude sous l’angle de l’art. 28 CC, thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2008
- BESSON SAMANTHA, Droit international public – Précis de droit et résumés de jurisprudence, Berne 2019
- BIAGGI RAFFAELLA, Art. 47 UVG, *in* Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht – Bundesgesetz über die Unfallversicherung (HÜRZELER MARC/KIESER UELI, édit.), Berne 2018 (cité : KOSS UVG-BIAGGI)
- BIEDERMANN ALEX *et alii*, Investigation de lien de parenté à l’aide d’ADN : lecture différentielle de rapport d’expertise, *Jusletter* du 22 avril 2013
- BIERI RICHARD, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens (Art. 262 StGB), thèse, Fribourg 1954

- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/FANKHAUSER ROLAND, Art. 11 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édit.), 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER)
- BIOTTI-MACHE FRANÇOIS, La thanatopraxie historique, *Études sur la mort* 2013/1 (143), p. 13 ss
- BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 360-387 ZGB, Zurich 2015 (cité : ZK ZGB-BOENTE)
- BOHNET FRANÇOIS, Commentaire pratique – Actions civiles, Vol. I : CC et LP, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BOHNET, Actions civiles)
- BOHNET FRANÇOIS, art. 261-269 CPC, *in* Commentaire romand Code de procédure civile (BOHNET FRANÇOIS *et alii*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-BOHNET)
- BOILLET VÉRONIQUE, art. 118b-119a Cst., *in* Commentaire romand Constitution fédérale (MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, édit.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-BOILLET)
- BONDOLFI ALBERTO, Die Frage der Organtransplantation und das Aufleben der Hirntod-Debatten, *in* Éthique et Droit en matière de Bioéthique (WINGER BÉNÉDICT *et alii*, édit.), Baden Baden 2013, p. 139 ss (cité : BONDOLFI, Hirntod)
- BONDOLFI ALBERTO, Zum moralischen Status der Leiche – Einige ethische Überlegungen mit Berücksichtigung der katholischen Tradition, *in* Ethisch denken und moralisch handeln in der Medizin – Anstösse zur Verständigung (BONDOLFI ALBERTO), Zürich 2000, p. 225 ss (cité : BONDOLFI, Status der Leiche)
- BONDOLFI ALBERTO, Der Status der Leiche im Blick auf die Organentnahme, *in* Éthique et droit – Hirntod und Organspende (BONDOLFI ALBERTO/KOSTKA ULRIKE/SEELMANN KURT, édit.), Bâle 2003, p. 91 ss (cité : BONDOLFI, Organentnahme)
- BONOMI ANDREA, art. 129 LDIP, *in* Commentaire romand Loi fédérale sur le droit international privé/Convention de Lugano (BUCHER ANDREAS, édit.), Bâle 2011 (cité : CR LDIP/CL-BONOMI)
- BORGHI MARCO, Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse, *in* La transplantation d'organes – Repères pour une législation fédérale (BORGHI MARCO/DOMINIQUE SPRUMONT, édit.), Fribourg 1995, p. 3 ss (cité : BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle)
- BORGHI MARCO, Transplantation d'organes et de tissus : Aspects juridiques, *in* Éthique et transplantation (BONDOLFI ALBERTO/MALACRIDA ROBERTO/ROHNER ADRIEN, édit.), Comano 1993, p. 163 ss (cité : BORGHI, Transplantation)
- BORGHI MARCO, L'image de la mort en droit public, *in* L'image de l'homme en droit (STEINAUER PAUL-HENRI, resp. de la publication), Fribourg 1990, p. 27 ss (cité : BORGHI, L'image de la mort)
- BOVAY BENOÎT/BLANCHARD THIBAUT/GRISSEL RAPIN CLÉMENTINE, Procédure administrative vaudoise – LPA-VD annotée, Bâle 2012
- BOVET CHRISTIAN/GRODECKI STÉPHANE, art. 6 CC, *in* Commentaire romand Code Civil I (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-BOVET/GRODECKI)
- BOXHO PHILIPPE/BEAUTHIER JEAN-POL, Définition de la mort, *in* Traité de médecine légale (BEAUTHIER JEAN-POL), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2011, p. 25 ss.

- BREITENMOSER STEPHAN, Art. 13 BV, *in* Basler Kommentar Bundesverfassung (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, édit.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-BREITENMOSER)
- BREITSCHMID PETER, Vor. Art. 467-536 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-BREITSCHMID)
- BREITSCHMID PETER, Das Gut rinnt wie das Blut – oder wie Gesellschaft, Gesetz oder Individuen es wollen? – Fragen zu Erbe und (Kenntnis der) Abstammung, *Successio* 2007, p. 142 ss (cité : BREITSCHMID, Das Gut rinnt wie das Blut)
- BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen, *Successio* 2011, p. 19 ss
- BREITSCHMID PETER/MATT ISABEL, Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge, *Successio* 2011, p. 82 ss
- BREYER FRIEDERICH *et alii*, Organmangel – Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar ?, Berlin/Heidelberg 2006
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Art. 158 ZPO, *in* Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung : Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO (GÜNGERICH ANDREAS, édit.), Berne 2012 (cité : BK ZPO-BRÖNNIMANN)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personensandes), Zurich 2000
- BUCHER ANDREAS, art. 10, 33 et 66-70 LDIP, *in* Commentaire romand Loi fédérale sur le droit international privé/Convention de Lugano (BUCHER ANDREAS, édit.), Bâle 2011 (cité : CR LDIP/CL-BUCHER)
- BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2009
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 27 ZGB, Berne 1993 (cité : BK ZGB-BUCHER)
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 11-26 ZGB, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1976 (cité : BK ZGB-BUCHER)
- BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 11–19d ZGB, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (cité : BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER)
- BÜCHLER ANDREA, Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen – Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG), *RDT* 2005, p. 32 ss (cité : BÜCHLER, *RDT* 2005)
- BÜCHLER ANDREA, Ablehnung der Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutz durch das Bundesgericht, *Bemerkungen zu BGE 129 I 302, PJA* 2004, p. 740 ss (cité : BÜCHLER, *PJA* 2004)
- BÜCHLER ANDREA, Die Kommerzialisierung Verstorbener – Ein Plädoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsrechtsaspekte, *PJA* 2003, p. 3 ss (cité : BÜCHLER, *PJA* 2003)
- BÜCHLER ANDREA/DÖRR BIANKA S., Medizinische Forschung an und mit menschlichen Körpersubstanzen – Verfügungsrechte über den Körper im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrechten und Forschungsinteressen, *RDS* 2008, p. 381 ss

- BÜCHLER ANDREA/FREI MARCO, Ethische und rechtliche Aspekte der Transplantation fötalen menschlichen Hirngewebes, Jusletter du 8 octobre 2007
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht : Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2020
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, p. 1 ss
- BULETTI MARCO, Élimination des déchets médicaux – L’environnement pratique : Office fédéral de l’environnement, des forêts et du paysage, Berne 2004
- BURCH STÉPHANIE, Das Konzept des « Hirntodes » – Überlegungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit einem Phänomen an der Grenze zwischen Leben und Tod, Jusletter du 22 novembre 2010
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1931
- BÜRGI FRANCK M., Der aussergewöhnliche Todesfall aus kriminalistisch-strafrechtlicher Sicht, thèse, Zurich 1977
- BURKART MONIKA, Das Recht, in Würde zu sterben – Ein Menschenrecht : eine verfassungsrechtliche Studie zur Frage der menschenwürdigen Grenze zwischen Leben und Tod, thèse, Zurich 1983
- CAIRE ANNE-BLANDINE, La cryogénéisation entre science-fiction et science juridique, Revue de la recherche juridique droit prospectif 2011(4), p. 1953 ss
- CARBONNIER, JEAN, Droit Civil – Introduction – Les personnes, 12<sup>e</sup> éd., Paris 1979
- CAVELTI URS JOSEF/KLEY ANDREAS, Art. 15 BV, in Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, édité.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-CAVELTI/KLEY)
- CAYOL AMANDINE, Avant la naissance et après la mort : l’être humain, une chose digne de respect, CRDF 2011 (9), p. 117 ss
- CHARLIER PHILIPPE, Ouvrez quelques cadavres – Une anthropologie médicale du corps mort, Paris 2015
- CHARLIER PHILIPPE *et alii*, Human remains exhibition and ethics principles : A French medical experience and evaluation, La revue de médecine légale 2014 (5), p. 140 ss (cité : CHARLIER *et alii*, Human remains)
- CHARLIER PHILIPPE *et alii*, When Does the Fetus Become a Person ? A French Retrospective Study and Review of The Literature of Rituals Related to Medical Interruptions of Pregnancies, *in-utero* Fetal Death and Late Miscarriages, Anthropology 2013 (1/2), p. 105 ss (cité : CHARLIER *et alii*, When Does the Fetus Become a Person ?)
- CHENAUX JEAN-PHILIPPE, Transplantation d’organes : sauver des vies – Histoire, coûts, résultats, éthique, législations, menaces centralisatrices, Lausanne 2000
- CHRISTEN MARKUS/BAUMANN HOLGER/SPITALE GIOVANNI, der Einfluss von Zustimmungsmodellen, Spenderegistern und Angehörigen-Entscheid auf die Organspende – Eine Beurteilung der aktuellen Literatur, Février 2018, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/literaturbeurteilung-einfluss-von-zustimmungsmodellen-spenderegistern-und-angehörigen-entscheid-auf-Organ>

- spenden.pdf.download.pdf/Literaturbeurteilung-Zustimmungsmodelle-Organpende.pdf, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021
- CHRISTENSEN BIRGIT/MICHEL MARGOT, Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen – Eine Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes, Jusletter du 30 janvier 2012 (cité : CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter)
- CLAIRE GWÉNAËLLE, L'exposition anatomique « Our Body » : une atteinte à la dignité du cadavre ?, Médecin & Droit 2011, p. 136 ss
- COCHAND ALEXIA, L'émergence et le développement de la transplantation d'organes en Suisse, in Don et transplantation d'organes en Suisse – Enjeux historiques et sociologiques (1945-2020) (HAMMER RAPHAËL/BARRAS VINCENT/PASCUAL MANUEL, sous la dir.), Genève 2021, p. 43 ss
- COQUOZ CHRISTIAN, Les recours pendant la procédure préliminaire, RPS 2010, p. 353 ss
- COQUOZ RAPHAËL, Profils ADN : matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire ? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN, RPS 2000, p. 161 ss (cité : COQUOZ R., RPS 2000)
- COQUOZ RAPHAËL *et alii*, Preuve par l'ADN : La génétique au service de la justice, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2013
- COLOMBARA ALAIN, L'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier et exécution forcée, thèse, Lausanne 1992
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Avis n° 111 sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservations ou d'exposition muséale, du 7 janvier 2010 (cité : CCNE, Exposition cadavres)
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Saisine adressée au Comité par Guillaume Boudy, Directeur général de la Cité des sciences et de l'industrie, à propos du projet d'exposition « Body world », à vocation anatomique, in Cahier du Comité consultatif national d'éthique, n° 54 Janvier-Mars 2008, p. 52 ss (cité : CCNE, Body World)
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Avis n° 89 à propos de la conservation des corps des fœtus et enfants mort-nés – Réponse à la saisine du Premier Ministre, du 22 septembre 2005 (cité : CCNE, Conservation fœtus)
- COMMISSION D'EXPERT POUR LA GÉNÉTIQUE HUMAINE ET LA MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, Rapport au Département fédéral de l'intérieur et au Département fédéral de justice et police, du 19 août 1988, FF 1989 III, p. 986 ss (cité : Rapport génétique humaine)
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'AVANT-PROJET DU CODE PÉNAL, Avant-Projet de Code pénal suisse – Texte adopté par la deuxième commission d'experts, Berne 1916 (cité : Avant-projet CP 1916)
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'AVANT-PROJET DU CODE PÉNAL, Procès-Verbal de la deuxième commission d'experts, Vol. IV, Lucerne 1913 (cité : PV Avant-Projet CP 1913)
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'AVANT-PROJET DU CODE PÉNAL, Avant-projet de Code pénal suisse – Nouvelle rédaction de la Commission d'experts, Berne 1908 (cité : Avant-projet CP 1908)

- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'AVANT-PROJET DU CODE PÉNAL, Avant-projet de Code pénal suisse et de loi fédérale concernant l'application du Code pénal suisse, d'après les décisions de la Commission d'experts chargée par le Département fédéral de la justice de la révision de l'Avant-projet de 1896, Berne 1903 (cité : Avant-projet CP 1903)
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'AVANT-PROJET DU CODE PÉNAL, Avant-projet de Code pénal suisse, modifié d'après les décisions de la commission d'expert, Berne 1896 (cité : Avant-projet CP 1896)
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, Don d'organes – Considérations éthiques sur les modèles d'autorisation du prélèvement d'organes, Prise de position n° 31/2019, du 27 juin 2019 (cité : NEK-CNE, Don d'organes)
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, La pratique de l'interruption de grossesse à un stade avancé – Considérations éthiques et recommandations, Prise de position n° 30/2018, du 13 décembre 2018 (cité : NEK-CNE, Interruption de grossesse)
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, Le consentement présumé en matière de don d'organes – Considérations éthiques, Prise de position n° 19/2012, du 29 mars 2012 (cité : NEK-CNE, Consentement présumé)
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, Les directives anticipées – Considérations éthiques sur le nouveau droit de la protection de l'adulte, tenant compte en particulier de la démence, Prise de position n° 17/2011, de mai 2011 (cité : NEK-CNE, Directives anticipées)
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, La recherche sur les embryons et les fœtus humains – Prise de position n° 11/2006, de janvier 2006 (cité : NEK-CNE, Embryons et fœtus)
- CONFÉRENCE DES INSPECTEURS CANTONAUX DES FORÊTS, Letzte Ruhestätte im Wald, Bulletin d'information n° 3 de juillet 2005, <https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/fachinfo-daten/mitteilungsblattnr3.pdf.download.pdf/mitteilungsblattnr3.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021
- CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, du 27 novembre 2008 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 203)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, du 24 janvier 2002 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 186)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R (99) 3 du Comité des ministres aux États membres, relative à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale, du 2 février 1999 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, du 4 avril 1997 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de l'Accord sur le transfert des corps des personnes décédées, du 26 octobre 1973 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 80)

- CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE, Don d'organes à cœur arrêté, Genève 2014, <https://www.hug.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/don-coeur-arrete-avis.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HUG)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN, du 4 décembre 2020, FF 2021 44 (cité : MCF LPADN 2020)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur la transplantation), du 25 novembre 2020, FF 2020, p. 9231 ss (cité : MCF LTx 2020)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur le contre-projet indirect du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes », du 13 septembre 2019, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/erlaeuterungen-indirekter-gegenvorschlag-organspendeinitiative-13-09-2019.pdf.download.pdf/Erlaeuternder\\_Bericht\\_Organspende-Initiative\\_FR.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/erlaeuterungen-indirekter-gegenvorschlag-organspendeinitiative-13-09-2019.pdf.download.pdf/Erlaeuternder_Bericht_Organspende-Initiative_FR.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : CF, Rapport Contre-projet 2019)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, du 15 septembre 2017, FF 2017, p. 6565 ss (cité : MCF LPD 2017)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 5 juillet 2017, FF 2017, p. 5253 ss (cité : MCF LAGH 2017)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte – Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 14.3776, 14.3891, 14.4113 et 15.3614, du 29 mars 2017, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/gesetzgebung/kesr/ber-br-f.pdf.download.pdf/ber-br-f.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : CF, Rapport protection de l'adulte)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Améliorer le traitement à l'état civil des enfants nés sans vie – Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 14.4183 Streiff-Feller, du 3 mars 2017, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-02/ber-br-f.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : CF, Rapport postulat Streiff-Feller)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi sur la transplantation, du 8 mars 2013, FF 2013, p. 2057 ss (cité : MCF LTx 2013)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, du 3 décembre 2010, FF 2011, p. 291 ss (cité : MCF LÉp)
- CONSEIL FÉDÉRAL, La relation entre droit international et droit interne – Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, du 5 mars 2010, FF 2010, p. 2067 ss (cité : CF, Rapport droit international)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, du 21 octobre 2009, FF 2009, p. 7259 ss (cité : MCF LRH)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain, du 12 septembre 2007, FF 2007, p. 6345 ss (cité : MCF 118b Cst.)

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6635 ss (cité : MCF Protection de l'adulte)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, du 21 décembre 2005, FF 2006, p. 1057 ss (cité : MCF CPP)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif au Code de procédure civile suisse (CPC), du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6841 ss (cité : MCF CPC)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 11 septembre 2002, FF 2002, p. 6841 ss (cité : MCF LAGH 2002)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant sur l'interdiction du clonage d'être humain, du 12 septembre 2001, FF 2002, p. 271 ss (cité : MCF CDHB)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (loi sur la transplantation), du 12 septembre 2001, FF 2002, p. 19 ss (cité : MCF LTx)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001, p. 4000 ss (cité : MCF LTF)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, du 8 novembre 2000, FF 2000, p. 19 ss (cité : MCF LPADN)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à un article constitutionnel sur la médecine de la transplantation, du 23 avril 1997, FF 1997 III, p. 613 ss (cité : MCF 119a Cst.)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997, I, p. 1 ss (cité : MCF Cst.)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'initiative populaire « Pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), du 26 juin 1996, FF 1996 III, p. 197 ss (cité : MCF LPMA)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant un arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants, du 1<sup>er</sup> mars 1995, FF 1995 II, p. 945 ss, (cité : MCF arrêté)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur l'assurance militaire, du 27 juin 1990, FF 1990 III, p. 189 ss (cité : MCF LAM)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'initiative populaire « Contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », du 18 septembre 1989, FF 1989 III, p. 945 ss (cité : MCF 119 Cst.)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO), du 5 mai 1982, FF 1982 II, p. 661 ss (cité : MCF 28 CC 1982)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'appui d'une loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, du 17 novembre 1976, FF 1976 III, p. 1229 ss (cité : MCF LAS)



- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'appui d'un projet de loi sur l'assurance-accidents, du 18 août 1976, FF 1976 III, p. 143 ss (cité : MCF LAA)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'appui d'un projet de Code pénal suisse du 23 juillet 1918, FF 1918 IV, p. 1 ss (cité : MCF CP)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant le projet du Code civil suisse du 28 mai 1904, FF 1904 IV, p. 1 ss (cité : MCF CC)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport présenté à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1896, du 21 avril 1897, FF 1897 II, p. 1 ss (cité : CF, Rapport de gestion 1896).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport présenté à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1882, du 30 mai 1883, FF 1883 II, p. 921 ss (cité : CF, Rapport de gestion 1882).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport présenté à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1880, du 30 avril 1881, FF 1881 II, p. 539 ss (cité : CF, Rapport de gestion 1880).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message à la haute Assemblée fédérale concernant les frais de maladie et de sépulture des ressortissants pauvres d'autres Cantons, du 2 juin 1875, FF 1875 III, p. 284 ss (cité : MCF loi 1875)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à la haute Assemblée fédérale sur son postulat du 24 décembre 1874, concernant du l'inhumation dans les Cantons, du 24 mai 1875, FF 1875 III, p. 263 ss (cité : CF, Rapport inhumation 1875)
- CORBOZ BERNARD, art. 72, 93 et 95 LTF, *in* Commentaire de la LTF (CORBOZ BERNARD *et alii*), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014, p. 616 ss (cité : Commentaire LTF-CORBOZ)
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cité : CORBOZ, Les infractions)
- CORPATAUX VINCENT, L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques – Étude de droit suisse dans une perspective européenne, thèse Neuchâtel, Bâle 2012
- CRAMER CARL ERWIN, Die Behandlung des menschlichen Leichnams in Zivil- und Strafrecht, thèse, Zurich 1885
- CRETIAZ BERNARD, Vous parler de la mort, Ayer 2003
- CRIGNON-DE OLIVEIRA CLAIRE/GAILLE-NIKODIMOV MARIE, À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit, Paris 2008
- DE CAPITANI ALEX, Aussergewöhnliche Todesfälle und Organspende – Aufgaben der Staatsanwaltschaft, *in* Transplantation – Transmortalität : Rechtliche und ethische Kontroversen (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK/MAUSBACH JULIAN, édit), Zurich/Saint-Gall 2016, p. 101 ss
- DELANNOY YANN *et alii*, Restauration des corps après autopsies : aspects législatifs, techniques et éthiques, La presse médicale 2013 (42), p. 145 ss
- DE LUZE ESTELLE, Les proches dans le Code civil, Jusletter du 8 décembre 2014
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, Rapport explicatif concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 18 février 2015, [https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6013/53/cons\\_1/doc\\_2/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6013-53-cons\\_1-doc\\_2-fr-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6013/53/cons_1/doc_2/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6013-53-cons_1-doc_2-fr-pdf-a.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : DFI, LAGH)

- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, Loi sur la transplantation, Rapport explicatif sur le projet de loi, décembre 1999 (cité : DFI, LTx)
- DE PORET OMBLINE, Le statut de l'animal en droit civil, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2006
- DE ROOD MONIQUE/KRÉMER RENÉ/BEAUTHIER JEAN-POL, Mort naturelle et mort subite, *in* Traité de médecine légale (BEAUTHIER JEAN-POL), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2011, p. 31 ss.
- DEVAUD CORALIE, L'information en droit médical – Étude de droit suisse, thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2009
- DIEBOLD NICOLAS, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 24. Mai 2017, 2C\_234/2016, zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 2017, p. 545 ss
- DIGGELMANN OLIVER, Art. 13 BV, *in* Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-DIGGELMANN)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III : Delikte gegen die Einzelnen, 11<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2018
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV : Delikte gegen die Allgemeinheit, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2017
- DONZALLAZ YVES, Traité de droit médical, Volume I : L'État, le médecin, les soignants et le patient : entre droit, éthique et règles de l'art, Berne 2021 (cité : DONZALLAZ, Vol. I)
- DONZALLAZ YVES, Traité de droit médical, Volume II : Le médecin et les soignants, Berne 2021 (cité : DONZALLAZ, Vol. II)
- DONZALLAZ YVES, Traité de droit médical, Volume III : Le patient, Berne 2021 (cité : DONZALLAZ, Vol. III)
- DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire, Berne 2008 (cité : DONZALLAZ, LTF)
- DROESE LORENZ, Art. 10 IPRG, *in* Basler Kommentar Internationales Privatrecht (GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K., édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2020 (cité : BSK IPRG-DROESE)
- DROESE LORENZ/STECK DANIEL, Art. 450 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-DROESE/LORENZ)
- DUBÉY JACQUES, art. 7 Cst., *in* Commentaire romand Constitution fédérale (MARTENET VINCENT/DUBÉY JACQUES, édit.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-DUBÉY)
- DUBÉY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018 (cité : DUBÉY, Vol. I)
- DUBÉY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018 (cité : DUBÉY, Vol. II)
- DUBÉY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014

- DUBOUX RENÉ, Le registre des décès – Généralité et cas spéciaux, *Revue de l'état civil* 1974, p. 203 ss
- DUCOR PHILIPPE, Statut juridique des parties détachées du corps humain – Une approche anatomique et fonctionnelle, *RDS* 2016 II, p. 251 ss (cité DUCOR, RDS)
- DUCOR PHILIPPE, Protection de la personnalité des sujets de recherches, *Jusletter* du 26 janvier 2015 (cité : DUCOR, Jusletter)
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Questions de vie et de mort, *in* *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 161 ss (cité : DUMOULIN, Questions de vie et de mort)
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Prélèvement et transplantation d'un organe provenant d'un donneur décédé, *in* *Médecin et droit médical* (BERTRAND DOMINIQUE *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Chêne-Bourg 2009, p. 277 ss (cité : DUMOULIN, Prélèvement)
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Transplantation d'organes en suisse : le droit au carrefour de la vie et de la mort, Neuchâtel 1997 (cité : DUMOULIN, Transplantation)
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Le transfert fiduciaire : « Donner pour reprendre » – *Mancipio dare ut remancipetur* – Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, thèse Genève, Bâle/Genève/Munich 2000
- DURIGON MICHEL, *Pratique de la thanatopraxie*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux 2016
- DUTRIEUX DAMIEN, *Le droit funéraire*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2004
- EDELMAN BERNARD, *Ni chose ni personne, le corps humain en question*, Paris 2009
- EGGER AUGUST, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 1-10 ZGB und Art. 11-89 ZGB*, Zurich 1930 (cité : ZK ZGB-EGGER)
- EGGER CORALINE/FRACASSO TONY, Autopsie, *in* *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 687 ss
- EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES, Art. 378 ZGB, *in* *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-EICHENBERGER/KOHLER)
- ELIAS NORBERT, *La solitude des mourants* (MULLER SIBYLLE, trad.), Paris 1998.
- ELGER BERNICE/MAURON ALEX, Analyses génétiques, *in* *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 407 ss
- EPINEY ASTRID, Art. 190 BV, *in* *Basler Kommentar Bundesverfassung* (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, édit.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-EPINEY)
- ENGEL PIERRE, *Contrats de droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2000 (cité : ENGEL, Contrats)
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997 (cité : ENGEL, Traité)
- ENGI LORENZ, *Die religiöse und ethische Neutralität des Staates : Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrecht*, Zurich 2017

- ERARD FRÉDÉRIC, *Le secret médical – Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, thèse Neuchâtel, Zurich 2021
- ERARD FRÉDÉRIC/GUILLOD OLIVIER, *Levée générale du secret médical et assistance au suicide*, Jusletter du 29 janvier 2018
- ERNST WOLFGANG, Art. 919 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-ERNST)
- ESCHER ARNOLD, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 457-579 ZGB*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1937 (cité : ZK ZGB-ESCHER)
- FANKHAUSER ROLAND, Art. 11 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-FANKHAUSER)
- FANKHAUSER ROLAND, *Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts*, BJM 2010, p. 240 ss (cité : FANKHAUSER, BJM)
- FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA, *Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, FamPra.ch 2019, p. 1069 ss
- FAMOS CLA RETO, *Religieuse Gräberfelder auf öffentlichen Friedhöfen – Verfassungsrechtliche Überlegungen*, *in* *Konfessionelle Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen* (FAMOS CLA RETO/PAHUD DE MORTANGES RENÉ/RAMAJ BURIM), Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 35 ss
- FIOLKA GERHARD, Art. 262 StGB, *in* Basler Kommentar Strafgesetzbuch II (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB II-FIOLKA)
- FOËX BÉNÉDICT, art. 641-645 CC, *in* *Commentaire romand Code Civil II* (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-FOËX)
- FOËX BÉNÉDICT, art. 7 CC, *in* *Commentaire romand Code Civil I* (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-FOËX)
- FONTANA JOËLLE, art. 422-428 CPP, *in* *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse* (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-FONTANA)
- FLEINER FRITZ, *Verfassungsmässiger Schutz der Feuerbestattung*, RSJ 1919, p. 1 ss
- FLURI S./GEBBERS J.-O., *Glanz, Sinn (und Elend ?) der Autopsie*, Forum Médical Suisse n° 4, du 23 janvier 2002, p. 79 ss
- FRACASSO TONY/GRODECKI STÉPHANE, *L'examen du cadavre (art. 253 CPP) face aux droits fondamentaux, au CPP, à la médecine légale et à la pratique latine : la quadrature du cercle*, RPS 2017, p. 203 ss
- FREI ANDREA MARCO, *Die erweiterte Zustimmungslösung gemäss Art. 8 Transplantationsgesetz*, thèse, Zurich 2012
- FRICKER CHRISTOPH/MAEDER STEFAN, Art. 255-259 StPO, *in* Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-FRICKER/MAEDER)

- GÄCHTER THOMAS/CHRISTENSEN BIRGIT, *Pandemie, Selbstbestimmung, Solidarität und die Widerspruchsregelung*, Jusletter du 30 août 2021
- GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, *Gesundheitsrecht – Ein Kurzlehrbuch*, Bâle 2008
- GAINAT CATHERINE, *Les mort-nés et les fœtus – Le quartier des enfants dans un cimetière communal*, in *L'accompagnement social et la mort* (MAGALHÃES DE ALMEIDA ANTÓNIO/MARC-ANTOINE BERTHOD, sous la dir.), Lausanne 2020, p. 271 ss
- GALETTI BENEDETTA SARA, *La mort provoquée – Les limites de la réglementation légale, leurs fondements et des propositions d'alternatives*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2020
- GARIBIAN SÉVANE (sous la dir.), *La mort du bourreau – Réflexions interdisciplinaires sur le cadavre des criminels de masse*, Paris 2016
- GATTIKER MONIKA, *Das Humanforschungsgesetz (HFG): ein Gesetzesentwurf mit Lücken !*, PJA 2006, p. 1535 ss
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 11<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2020
- GAUGLER H. V., *Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion unter Berücksichtigung des neuen schweizerischen StGB*, RSJ 1938/1939, p. 337
- GAUTHIER JEAN-GABRIEL, *Des cadavre et des hommes ou l'art d'accommoder les restes*, Genève 2000
- GAUILLET AURÉLIE, art. 11 Cst., in *Commentaire romand Constitution fédérale* (MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, édité.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-GAUILLET)
- GEHRIG CHRISTIAN/LA HARPE ROMANO, *L'identification médico-légale par l'ADN*, in *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 783 ss
- GEISER THOMAS/JAMETTI MONIQUE, Art. 33 IPRG, in *Basler Kommentar Internationales Privatrecht* (GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K., édité.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2020 (cité : BSK IPRG-GEISER/JAMETTI)
- GERBER MICHÈLE/SAGER PATRICIA/RÜEFLI CHRISTIAN, *Willensäusserung im Organspendewesen – Ländervergleich Willensäusserungsmodelle Organspende*, Berne, le 15 mai 2019, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/laendervergleich-willensaeusserungsmodelle-organspende-bericht.pdf.download.pdf/laendervergleich-willensaeusserungsmodelle-organspende-bericht.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021
- GIRARD PAUL FRÉDÉRIC, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd. revue et mise à jour par FELIX SENN, Paris 1929.
- GLESS SABINE, Art. 141 StPO, in *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung* (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-GLESS)
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européennes des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018
- GORER GEOFFREY, *Ni pleurs ni couronnes – précédé de – Pornographie de la mort* (ALLOUCH HÉLÈNE, trad.), Paris 1995

- GRAEN DENNIS (édit.), *Tod und Sterben in der Antike*, Stuttgart 2011
- GREMAUD JEAN-LUC *et alii*, Identification génétique de personne défunte : quel échantillon de référence choisir ?, *Revue Médicale Suisse* 2008 (164), vol. 4, p. 1615 ss
- GRIOT GUBERT, *Das Recht am eigenen Körper : auf Grund des Art. 28 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, thèse Zurich, Sarnen 1921
- GROS SARAH, *La capacité de discernement de l'adulte en droit privé – Aspects matériels et procéduraux*, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2019
- GROSS DOMINIK, *Weitere Formen der Transmortalität : Kryonik – Ausweg oder Irrweg ?*, in *Transplantation – Transmortalität : Rechtliche und ethische Kontroversen* (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK/MAUSBACH JULIAN, édit.), Zurich/Saint-Gall 2016, p. 107 ss
- GROSS DOMINIK/SCHWEIKARDT CHRISTOPH/SCHÄFER GEREON, *Die Zergliederung toter Körper : Kontinuitäten, Brüche und Disparitäten in der Entwicklung der anatomischen, forensischen und klinischen Sektion*, in *Der Umgang mit der Leiche – Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive* (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK, édit.), Francfort-sur-le-Main 2010, p. 331 ss
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, *Les personnes physiques – Traité de droit civil*, Tome II/2, Fribourg 1974 (cité : GROSSEN, Traité)
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, *La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels)*, RDS 1960 II, p. 1 ss (cité : GROSSEN, RDS)
- GRUBERSKI THOMAS, *Art. 62 und 63 HFG*, in *Stämpfli Handkommentar – Humanforschungsgesetz (HFG) Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen* (RÜTSCHÉ BERNHARD, édit.), Berne 2015 (cité : HK HFG-GRUBERSKI)
- GRÜNEWALD SERAINA, *Verwirklichung von Grundrechten in der föderalen Schweiz : dargestellt am Beispiel des Bestattungsrechts bei Tot- und Fehlgeburt*, ZBl 2019, p. 59 ss
- GUÉNIAT OLIVIER/CALLANDRET YANIS/DE SEPIBUS MURIELLE, art. 253-254 CPP, in *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse* (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS)
- GUGGENBÜHL MARKUS, *Art. 32-34 ZGB*, in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-GUGGENBÜHL)
- GUILLOD OLIVIER, *Droit médical*, Bâle 2020 (cité : GUILLOD, Droit médical)
- GUILLOD OLIVIER, *Droit des personnes*, 5<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 2018 (cité : GUILLOD, Droit des personnes)
- GUILLOD OLIVIER, *L'évolution du droit de la santé au cours des dernières décennies*, in *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 67 ss (cité : GUILLOD, L'évolution du droit de la santé)
- GUILLOD OLIVIER, art. 261-263 CC, in *Commentaire romand Code Civil I* (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-GUILLOD)
- GUILLOD OLIVIER, *Cent ans de sollicitude : un Code civil soucieux de la personne humaine*, RDS 2007 II, p. 51 ss (cité : GUILLOD, RDS)

- GUILLOD OLIVIER, Le nouveau-né, l'embryon et le diagnostic périnatal – quelques repères juridiques, *Bulletin des médecins suisses* 1991 (20/72), p. 841 ss (cité : GUILLOD, Le nouveau-né)
- GUILLOD OLIVIER, Implication juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique – Aspects du droit de la personnalité, *SJ* 1986, p. 113 ss (cité : GUILLOD, *SJ*)
- GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient – Autodétermination ou paternalisme ? thèse, Neuchâtel 1986 (cité : GUILLOD, *Consentement*)
- GUILLOD OLIVIER/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Définition de la mort et prélèvement d'organes – Aspects constitutionnels, Avis de droit demandé par l'OFSP, Neuchâtel 1999, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/definition-de-la-mort-et-prelevement-d%27organes.pdf.download.pdf/D%C3%A9finition%20de%20la%20mort%20et%20pr%C3%A9l%C3%A9vement%20d%27organes.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021
- GUILLOD OLIVIER/GUINAND JEAN, Validité et efficacité du testament biologique, *RDS* 1988 I, p. 401 ss
- GUILLOD OLIVIER/MADER MÉLANIE, Mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes, Avis de droit sur des questions en rapport avec la loi fédérale sur la transplantation, Neuchâtel 2010, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/gutachten-vorbereitende-med-massnahmen-guillod.pdf.download.pdf/avis-droit-mesures-medicales-preliminaires.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021
- GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, art. 19 et 20 CO, *in* Commentaire romand Code des obligations I (THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, éd.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-GUILLOD/STEFFEN)
- GUINAND JEAN, Implication juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique – Aspects contractuels, *SJ* 1986, p. 125 ss (cité : GUINAND, *SJ*)
- GUINAND JEAN, Les droits de la personnalité et les transplantations d'organes, *in* Seizième journée juridique : novembre 1976, Genève 1977, p. 1 ss (cité : GUINAND, *Les droits de la personnalité*)
- GUINAND JEAN, Rapport sur le corps humain, personnalité juridique et famille en droit suisse, *in* Le corps humain et le droit (journées belges) – Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXVI, Paris 1977, p. 159 ss (cité : GUINAND, *Rapport sur le corps humain*)
- GUINAND JEAN/STETTLER MARTIN/LEUBA AUDREY, Droit des successions, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2005
- GÜNGERICH ANDREAS, Art. 261-269 ZPO, *in* Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung : Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO (GÜNGERICH ANDREAS, éd.), Berne 2012 (cité : BK ZPO-GÜNGERICH)
- GUYAN PETER, Art. 158 ZPO, *in* Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, éd.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-GUYAN)

- HAAB ROBERT, Einleitung, *in* Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 641-729 ZGB (HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER), Zurich 1977 (cité : ZK ZGB-HAAB)
- HAAS RAPHA L, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, thèse Lucerne, Zurich/B le/Genève 2007
- HAAS-LEIMACHER CHRISTELLE, Le corps humain et ses organes après le décès : la mort au service de la vie ?, *Successio* 2011, p. 106 ss
- HAFTER ERNST, Leichensektionen und Strafrecht, RPS 1946, p. 393 ss (cité : HAFTER, RPS 1946)
- HAFTER ERNST, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil, zweite Hälfte, Berlin 1943 (cité : HAFTER, Besonderer Teil)
- HAFTER ERNST, Leichensektionen und Strafrecht, RPS 1940, p. 259 ss (cité : HAFTER, RPS 1940)
- HALIOUA BRUNO, Le procès des médecins de Nuremberg – L’irruption de l’éthique médicale moderne, Paris 2007
- HAMILTON STUART J./GREEN MICHAEL A., Gross Post-Mortem changes in the Human Body, *in* Taphonomy of Human Remains, Forensic Analysis of the Dead and Depositional Environment (SCHOTSMANS ELINE M. J./MÁRQUEZ-GRANT NICHOLAS/FORBES SHARI L.,  dit.), New York 2017, p. 11 ss
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts – Zweiter Band : Grundrechte, Zurich 1982
- HANGARTNER YVO/LOOSER MARTIN E., Art. 190 BV, *in* Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (EHRENZELLER BERNARD *et alii*,  dit.), 3   d., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-HANGARTNER/LOOSER)
- HANSJAKOB THOMAS, Art. 253-254 StPO, *in* Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) (DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR, édit.), 2   d., Zurich 2014
- HANUS MICHEL, Le cadavre cr matis , * tudes sur la mort* 2006/1 (129), p. 133 ss
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5   d., Berne 2020
- HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 252-269c ZGB, 4   d., Berne 1984 (cité : BK ZGB-HEGNAUER)
- HEIMANN DANIEL, Zustimmung – Widerspruch – Information : Diskussion um das optimale Zustimmungsmodel in der Transplantationsmedizin, *in* Biomedizinrecht, Herausforderung – Entwicklungen – Perspektiven (D RR BIANKA S./MICHEL MARGOT, édit.), Zurich/Saint-Gall 2007, p. 303 ss
- HELLRIGL J RG, Privatrechtliche Aspekte von Ver usserungsgesch ften bezüglich menschlicher Organe – Unter besonderer Berücksichtigung der Sittenwidrigkeit, thèse, Zurich 2000
- HERTIG RANDALL MAYA/MARQUIS JULIEN, art. 10 Cst., *in* Commentaire romand Constitution fédérale (MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES,  dit.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS)



- HERTZ ROBERT, Contribution à une étude sur la représentation collective de la mort, L'année sociologique 1905-1906, p. 48 ss
- HINDERLING HANS, Der Besitz, *in* Traité de droit privé suisse, Tome V/1, Bâle/Stuttgart 1977, p. 403 ss (cité : HINDERLING, Der Besitz)
- HINDERLING HANS, Nochmals zur Frage der Zulässigkeit von Organübertragungen, RSJ 1969, p. 234 ss (cité : HINDERLING, RSJ 1969)
- HOFER PASCAL, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz : Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, thèse Cologne, Berlin 2006
- HÖFLING WOLFRAM, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, RJB 1996, p. 787 ss
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2016 (cité : HOHL, Tome I)
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II : Compétence, délais, procédure et voies de recours, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cité : HOHL, Tome II)
- HOHL-CHIRAZI CATHERINE, art. 241 CPP, *in* Commentaire romand Code de procédure pénale suisse (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-HOHL-CHIRAZI)
- HOLLIGER RAPHAELA, Widerspruchslösung – Zustimmungslösung, RSJ 2020 (116), p. 443 ss (cité : HOLLIGER, RSJ)
- HOLLIGER RAPHAELA, Postmortale Organspende – Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : HOLLIGER, Postmortale Organspende)
- HOTTELIER MICHEL, Commentaire de l'arrêt du TF 1F\_1/2007 du 30 juillet 2007 (révision de l'arrêt du TF 1P.600/1999 du 22 décembre 1999), PJA 2008, p. 228 ss
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/ROBERTO VITO, Sachenrecht, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2017
- HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2<sup>e</sup> éd., Tome I, Berne 1914
- HUBERT-FROIDEVAUX ANOUCHKA, L'attribution d'un bien à cause de mort, en particulier à une valeur déterminée, thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2009
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Art. 19/20 OR, *in* Basler Kommentar Obligationenrecht I (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, éd.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-HUGUENIN/MEISE)
- HUGUENIN CLAIRE/REITZE CHRISTOPHE, Art. 27 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, éd.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE)
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal – Partie spéciale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2009
- HUYGHE FRANÇOIS-BERNARD, ADN et enquêtes criminelles, Paris 2008
- HUXTABLE RICHARD, Cryonics in the Courtroom : Which interest ? Whose interests ?, *Medical Law Review* 2018, p. 476 ss

- ISSENHUTH-SCHARLY GISLAINE, Autonomie individuelle et biobanques – Étude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse), thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2009
- JACKOWSKI CHRISTIAN/HAUSMANN ROLAND/JOSITSCH DANIEL, Eine Dunkelziffer bei Tötungsdelikten, in der Schweiz Fiktion oder Realität ?, *Kriminalistik* 2014/10, p. 607 ss
- JÄGGI PETER, Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, *RDS* 1960 II, p. 133 ss
- JEANDIN NICOLAS, art. 295, 308 et 319 CPC, in *Commentaire romand Code de procédure civile* (BOHNET FRANÇOIS *et alii*, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-JEANDIN)
- JEANDIN NICOLAS, art. 28-28a CC, in *Commentaire romand Code Civil I* (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-JEANDIN)
- JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018
- JENNI CHRISTOPH, Art. 45 HFG, in *Stämpfli Handkommentar – Humanforschungsgesetz (HFG) Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen* (RÜTSCHKE BERNHARD, édit.), Berne 2015 (cite : HK HFG-JENNI)
- JOMINI PATRICIA, La transplantation d'organes : le don d'organes et la xénotransplantation, in *Aspects pénaux du droit du vivant* (MOREILLON LAURENT *et alii*, édit.), Bâle 2004, p. 107 ss
- JONAS HANS, Gehirntod und menschliche Organbank : zur pragmatischen Umdefinierung des Todes, in *Technik, Medizin und Ethik – Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Francfort-sur-le-Main 1985, p. 219 ss
- JOUVET MICHEL, Le diagnostic électro-sous-cortico-graphique de la mort du système nerveux central au cours de certains comas, *Clinique Neuro-Psychiatrique*, Hôpital Édouard Herriot, Lyon, Neurophysiologie clinique électroencéphalographique 1959, p. 805 ss.
- JOYE CHARLES, Créature du Dr von Hagens : indignité cachée dans la lumière, *Le Temps*, 20 septembre 2017 (cité : JOYE, *Le Temps*)
- JOYE CHARLES, Immortalité, propriété intellectuelle et dignité humaine, in *L'immortalité – un sujet d'avenir* (TISSOT JEAN-DANIEL *et alii*, édit.), Lausanne 2014, p. 146 ss (cité : JOYE, *Immortalité*)
- JOYE CHARLES, Statut juridique et réutilisation de l'échantillon biologique, in *L'analyse génétique humaine – quelles perspectives législatives ?* (JOYE CHARLES, édit.), Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 89 ss (cité : JOYE, *Statut*)
- JOYE CHARLES, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité – Étude d'un conflit, thèse Lausanne, Zurich 2002 (cité : JOYE, *Génome*)
- JUNOD VALÉRIE/ROMAGNOLI SIMONE, Analyses génétiques : qui peut consentir à quoi ?, in *Réflexions romande en droit de la santé – Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016* (DUPONT ANNE-SYLVIE/GUILLOD OLIVIER, édit.), Zurich 2016, p. 227 ss.
- KÄLIN OLIVER, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, thèse, Zurich 2002
- KARLEN PETER, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, thèse, Zurich 1988

- KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL, Art. 517-518 CC, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU)
- KARAVAS VAGIAS, Körperverfassungsrecht : Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts, Zurich/Saint-Gall 2018.
- KASTORYANO RIVA, Que faire des corps des djihadistes ?, Paris 2015
- KEHL ROBERT, Die Rechte der Toten, Zurich 1991
- KELLER MARTINA, 42,90 Euro pro Arm – Geschichte einer Recherche, *in* Der Umgang mit der Leiche – Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK, édit.), Francfort-sur-le-Main 2010, p. 371 ss
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrecht, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018
- KIESER UELI/GEHRING KASPAR/BOLLINGER SUSANNE, Orell Füssli Kommentar – Bundesgesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zurich 2018 (cité : OFK KVG/UVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER)
- KILLIAS MARTI/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2016
- KLEY ANDREAS, Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung, *in* Le droit des religions dans la nouvelle Constitution fédérale (PAHUD DE MORTANGES RENÉ, édit.), 2001 Fribourg, p. 9 ss
- KNELLWOLF ESTHER, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen, thèse, Zurich 1990
- KOCH HANS-GEORG, Hirntod und Schwangerschaft : Überlegungen aus rechtlicher Sicht, *in* Mélanges en l'honneur de Jan Stepan à l'occasion de son 80<sup>e</sup> anniversaire (BEDNARIKOVA JARMILA/CHAPMAN FRANK C. II, édit.), Zurich 1994, p. 187 ss
- KOHLER-VAUDAUX MARYAM, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, thèse Lausanne, Zurich 2006
- KOTTMANN HELENA, Das Organhandelsverbot in der Schweizer Rechtsordnung, Hintergrund und Regelungsgehalt der Schweizer Strafbestimmungen zum Organhandel, Jusletter du 28 avril 2008
- KRAMER ERNEST A., Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 19-22 OR, Berne 1991 (cité : BK OR-KRAMER)
- KREB HARTMUT, Organentnahme nach dem Hirntod bei Kindern – Ethische und rechtliche Gratwanderung, MedR 2015 (33), p. 855 ss
- KÜNZLE HANS RAINER, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 517-518 ZGB, Berne 2011 (cité : BK ZGB-KÜNZLE)
- KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, thèse d'habilitation, Zurich 2000 (cité : KÜNZLE, Der Willensvollstrecker)
- KÜNZLER FRITZ, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB (Der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit), thèse, Zurich 1951

- LABBÉE XAVIER, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, thèse, Lille 1990
- LACHENMEIER PASCAL, *Der Tod im Liberalen Staat – Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt*, thèse, Bâle 2008 (cité : LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*)
- LACHENMEIER PASCAL, *Medizin und Recht : Todeszeitpunkt umstritten*, Plädoyer 2008, p. 32 ss (cité: LACHENMEIER, *Medizin und Recht*)
- LACHENMEIER PASCAL, La mort cérébrale, *in* Mort cérébrale et don d'organe – Programme national de recherche n° 46 : Implants et transplants (KOSTA ULRIKE/HAUCK MAX E., édité.), Bâle 2002, p. 15 ss (cité : LACHENMEIER, *La mort cérébrale*)
- LACHENMEIER PASCAL, Le statut du cadavre, *in* Mort cérébrale et don d'organe – Programme national de recherche n° 46 : Implants et transplants (KOSTA ULRIKE/HAUCK MAX E., édité.), Bâle 2002, p. 18 ss (cité : LACHENMEIER, *Le statut du cadavre*)
- LACROIX MARIÈVE/TORRES-CEYTE JÉRÉMIE, Requiem pour un cadavre, *Revue de droit de McGill* 62 (2), p. 487 ss
- LA HARPE ROMANO, *Précis de médecine légale – Guide de poche de l'expertise forensique*, Chêne-Bourg 2016
- LA HARPE ROMANO *et alii*, Constatations médico-légale lors de la découverte d'un cadavre, *in* Droit de la santé et médecine légale (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 681 ss (cité : LA HARPE *et alii*, *Constatations médico-légales*)
- LA HARPE ROMANO/FRYC OLDRICH/BURKHARDT SANDRA, Certificat et constat de décès, *in* Droit de la santé et médecine légale (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 669 ss
- LA HARPE ROMANO/GEHRIG CHRISTIAN, Recherche en paternité : aspects médico-techniques, *in* Droit de la santé et médecine légale (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 779 ss
- LA HARPE ROMANO/ROTMAN SAMUEL/BURKHARDT SANDRA, La levée de corps, *in* Droit de la santé et médecine légale (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 675 ss
- LAMENDIN DIDIER, La thanatopraxie, *Études sur la mort* 2004/1 (125), p. 75 ss
- LAQUEUR THOMAS WALTER, *Le travail des morts : Une histoire culturelle des dépouilles mortelles* (BORRAZ HÉLÈNE, trad.), Paris 2018
- LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, Art. 6 ZGB, *in* *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, édité.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER)
- LARGEY THIERRY, *Le statut juridique de l'air – Fondements pour une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international*, thèse Lausanne, Berne 2017
- LARRIBE PIERRE, Une présentation des soins de thanatopraxie, *Études sur la mort* 2013/1 (143), p. 61 ss
- LE BRETON DAVID, Patrimonialité du corps : Approche anthropologique, *in* *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité – Panorama international* (FEUILLET-

- LIGER BRIGITTE/OKTAY-ÖZDÉMİR SAİBE, sous la dir.), Bruxelles 2017, p. 351 ss (cité : LE BRETON, Patrimonialité du corps)
- LE BRETON DAVID, Corps et personne : quelle(s) anthropologie(s) pour le droit ?, *in* La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international (FEUILLET-LIGER BRIGITTE/ORFALI KRISTINA, sous la dir.), Bruxelles 2016, p. 11 ss (cité : LE BRETON, Corps et personne)
- LE BRETON DAVID, L'adieu au corps, Paris 2013 (cité : LE BRETON, L'adieu au corps)
- LE BRETON DAVID, Déclinaisons du cadavre – Esquisse anthropologique, *Frontières* 2010 (231), p. 8 ss (cité : LE BRETON, Déclinaison du cadavre)
- LE BRETON DAVID, La chair à vif – De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes, éd. revue et complétée, Paris 2008 (cité : LE BRETON, La chair à vif)
- LE BRETON DAVID, Le cadavre ambigu : approche anthropologique, *Études sur la mort* 2006/1 (129), p. 79 ss (cité : LE BRETON, Le cadavre ambigu)
- LEEMANN HANS, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 641-729 ZGB, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1920 (cité : BK ZGB-LEEMANN)
- LEMANN DANIELLE/KUHN HANSPETER, Qui est responsable de la constatation du décès ?, *Bulletin des médecins suisses* 2007 (88/02), p. 54 ss
- LEUBA AUDREY, art. 467-469 et 498 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-LEUBA)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Art. 122 BV, *in* Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-LEUENBERGER)
- LEUENBERGER SOPHIE, La procédure préliminaire : Ministère public vs Police, qui mène l'enquête ?, *Jusletter* du 7 octobre 2013
- LEWIS ARIANE/GREER DAVID, Current controversies in brain death determination, *Nature Review Neurology* 2017 (13), p. 505 ss
- LIVER PETER, Das Eigentum, *in* Traité de droit privé suisse, Tome V/1, Bâle/Stuttgart 1977, p. 1 ss
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse – Partie spéciale, Tome I : art. 111 à 212, Neuchâtel 1955 (cité : Logoz, Tome I)
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse – Partie spéciale, Tome II : art. 213 à 332, Neuchâtel 1956 (cité : Logoz, Tome II)
- LOISEAU GRÉGOIRE, Typologie des choses hors du commerce, *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, p. 46 ss
- LOMBARDI PATRICK, La charge de droit privé, *Not@lex* 2017, p. 41 ss
- LÜTHY GEROLD *et alii*, « Aussergewöhnliche Todesfälle » und ihre strafprozessuale Klärung, *in* Gerichtsmedizin : Bindeglied zwischen Medizin und Recht – Festgabe zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Fritz Schwarz, Berne 1968, p. 14 ss
- MADER MÉLANIE, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompenses – Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes ?, thèse Neuchâtel, Bâle 2011
- MAECHLER ALBERT, Das Begräbniswesen nach schweizerischem Bundesrecht, thèse, Berne 1892.

- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume II : Droits fondamentaux, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (cité : MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II)
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume I : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : MAHON, Droit constitutionnel, Vol. I)
- MAHON PASCAL, art. 7, 15 et 190 Cst., *in* Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL), Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 67 ss (cité : MAHON, Petit commentaire)
- MAIRE DÉLIA, Postmortale Organspende im Kontext vorbereitender medizinischer Massnahmen, thèse, Zurich 2020
- MALINVERNI GIORGIO *et alii*, Droit constitutionnel suisse, Vol. I : L'État, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité : MALINVERNI *et alii*, Vol. I)
- MALINVERNI GIORGIO *et alii*, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité : MALINVERNI *et alii*, Vol. II)
- MANAÏ DOMINIQUE, La dignité de la personne décédée en droit suisse, Jusletter du 10 février 2020 (cité : MANAÏ, Jusletter)
- MANAÏ DOMINIQUE, Gratuité et non-commercialisation du corps humain en droit suisse : des valeurs relatives, *in* La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité – Panorama international (FEUILLET-LIGER BRIGITTE/OKTAY-ÖZDEMİR SAİBE, sous la dir.), Bruxelles 2017, p. 169 ss (cité : MANAÏ, Gratuité et non-commercialisation)
- MANAÏ DOMINIQUE, La dignité humaine : unité conceptuelle et pluralité des contenus en droit suisse, *in* La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international (FEUILLET-LIGER BRIGITTE/ORFALI KRISTINA, sous la dir.), Bruxelles 2016, p. 219 ss (cité : MANAÏ, La dignité humaine)
- MANAÏ DOMINIQUE, 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 (FEUILLET-LIGER BRIGITTE/SCHAMPS GENEVIÈVE, sous la dir.), Bruxelles 2015, p. 219 ss (cité : MANAÏ, Le corps)
- MANAÏ DOMINIQUE, Droits du patient et biomédecine, Berne 2013 (cité : MANAÏ, Droits du patient)
- MANAÏ DOMINIQUE, *De Jure Corporis* ou les droits de la personnalité au regard des éléments du corps humain, *in* Genève au confluent du droit interne et du droit international (BEL-LANGER FRANÇOIS/DE WERRA JACQUES, édit.), Genève 2012, p. 91 ss (cité : MANAÏ, *De Jure Corporis*)
- MANAÏ DOMINIQUE, art. 11 et 31-38 CC, *in* Commentaire romand Code Civil I (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-MANAÏ)
- MANAÏ DOMINIQUE, L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable, Jusletter du 19 janvier 2009 (cité : MANAÏ, L'embryon face au droit)
- MANAÏ DOMINIQUE, La personne et son corps : de la symbiose à la dissociation, *in* Personne, société, nature – La titularité de droits, du rationalisme juridique du XVII<sup>e</sup> siècle à l'écologie moderne (SCHMIDLIN BRUNO, sous la dir.), Fribourg 1996, p. 29 ss (cité : MANAÏ, La personne et son corps)
- MANAÏ DOMINIQUE, Le droit civil saisi par la vie sans corps et le corps sans vie, *in* Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique – Mélanges offerts à la Société

- suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main/Genève 1991, p. 205 ss (cité : MANAI, *Le droit civil*)
- MANAI STÉPHANE, Les attributs de la personnalité du sportif et leur commercialisation dans le contexte du contrat de sponsoring individuel : Étude du droit suisse, thèse, Lausanne 2008 (cité : MANAI S., *Thèse*)
- MANAOUIL CÉCILE/CHÂTELAIN DENIS/JARDÉ OLIVIER, Le consentement présumé en matière d'autopsies médicales doit-il être remis en question ?, *La Revue de médecine interne* 2011(32), p. 201 ss
- MANDOFIA BERNEY MARINA, Droits des proches d'un patient décédé quant aux interventions sur le corps, *in Médecin et droit médical* (BERTRAND DOMINIQUE *et alii*, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Chêne-Bourg 2003, p. 231 ss
- MANDOFIA MARINA/BURGISSER MICHEL, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, *SJ* 1988, p. 177 ss
- MANDRESSI RAFAEL, *Le regard de l'anatomiste – Dissections et inventions du corps en Occident*, Paris 2003
- MARCHAND SYLVAIN, art. 27 CC, *in Commentaire romand Code Civil I* (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT, édit.), Bâle 2010 (cité : CR CC I-MARCHAND)
- MARESCOTTI KARIN, Aspects juridiques et éthiques de la transplantation d'organes, *in Médecin et droit médical* (BERTRAND DOMINIQUE *et alii*, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Chêne-Bourg 2003, p. 237 ss
- MARESCOTTI KARIN/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Transplantation d'organes, *in Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 451 ss
- MARGAIRAZ CHRISTIANE/BERTRAND DOMINIQUE, Le praticien et la demande d'autopsie, *in Médecin et droit médical* (BERTRAND DOMINIQUE *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Chêne-Bourg 2009, p. 303 ss
- MARGOT LISA, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, *FamPra.ch* 2017, p. 696 ss
- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, Principe de dignité et cour européenne des droits de l'homme, *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (FEUILLET-LIGER BRIGITTE/ORFALI KRISTINA, sous la dir.), Bruxelles 2016, p. 235 ss
- MARTENET VINCENT, art. 35 et 190 Cst., *in Commentaire romand Constitution fédérale* (MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, édit.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-MARTENET)
- MARTENET VINCENT, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, *RDS* 2006 I, p. 419 ss
- MARTENET VINCENT/DEVAUD CORALIE, La révocation du consentement en soin médicaux, *in Mélanges en l'honneur de François Dessemontet* (PHILIPPIN EDGAR *et alii*, édit.), Lausanne 2009, p. 265 ss
- MARTENET VINCENT/ZANDIRAD DAVID, art. 15 Cst., *in Commentaire romand Constitution fédérale* (MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, édit.), Bâle 2021 (cité : CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD)

- MARTI ARNOLD, Art. 6 ZGB, in Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 1-7 ZGB (BAUMANN MAX/DÜRR DAVID/LIEBER VIKTOR/MARTI ARNOLD), 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1998 (cité : ZK ZGB-MARTI)
- MASTRONARDI PHILIPPE, Art. 7 BV, in Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-MASTRONARDI)
- MAURER SUSAN/KERSTING DANIEL, Ist der Leichnam eine Sache ?, Jusletter du 29 août 2011
- MAURER SUSAN/TAG BRIGITTE, Leichen als « res extra commercium » mit Markwert?, in Die Leiche als Memento mori (GROSS DOMINIK *et alii*, édit.), Francfort-sur-le-Main 2010, p. 125 ss
- MAUSBACH JULIAN, Die Strafbestimmungen des Humanforschungsgesetzes zum Umgang mit verstorbenen Personen, in Der Umgang mit der Leiche – Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK, édit.), Francfort-sur-le-Main 2010, p. 294 ss (cité : MAUSBACH, Die Strafbestimmungen)
- MAUSBACH JULIAN, Datenbekanntgabe und Schweigepflicht im schweizerischen Transplantationsgesetz – Des Umgang mit Daten im Spiegel der erweiterten Zustimmungslösung, Jusletter du 26 octobre 2009 (cité : MAUSBACH, Datenbekanntgabe)
- MAUSBACH JULIAN/MIA AURELIA HUBER, Forschung an verstorbenen Personen, Jusletter du 18 août 2014
- MEIER PHILIPPE, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Allgemeine Bemerkungen und Art. 388-404 ZGB, Zurich 2021 (cité : ZK ZGB-MEIER)
- MEIER PHILIPPE, Droit des personnes – Personne physiques et morales, art. 11-89a CC, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2021 (cité : MEIER, Droit des personnes)
- MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte – Articles 360-456 CC, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : MEIER, Protection de l'adulte)
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, FamPra.ch 2012, p. 255 ss (cité : MEIER, FamPra 2012)
- MEIER PHILIPPE, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 (cité : MEIER, Protection des données)
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Systematischer Teil, Allgemeine Bestimmungen und Art. 641-645 ZGB, 5<sup>e</sup> éd., Berne 1981 (cité : BK ZGB-MEIER-HAYOZ)
- MEILI ANDREAS, Art. 28 und 28a ZGB, in Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-MEILI)
- MERZ HANS, Anfang und Ende der Persönlichkeit, RDS 1957, p. 8 ss
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, Art. 8 EMRK, in Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar (MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN, édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : HK CEDH-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM)



- MICHEL JÉRÔME, *L'affaire Martinot ou Prométhée congelé : Le juge, la mort et le rêve d'immortalité*, Issy-les-Moulineaux 2015
- MOECKLI DANIEL, *Persönlichkeitsschutz, in Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Vol. II : Rechtsstaatlichkeit – Grund- und Menschenrecht* (DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 1383 ss
- MOLINARI EVA MARIA, *Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung – Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichend Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2018
- MOLLARET PIERRE/GOULON MAURICE, *Le coma dépassé*, *Revue neurologique* 1959 (101), p. 3 ss
- MONIER RAYMOND, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6<sup>e</sup> éd., Tome I, Paris 1947
- MONTAVON MICHAEL, *La dignité humaine de l'enfant mort-né*, *Jusletter* du 27 août 2012
- MONTEVERDE SETTIMIO/RID ANNETTE, *Controversies in the determination of death : perspectives from Switzerland*, *Swiss Medical Weekly* 2012 (142), n<sup>o</sup> 13667.
- MOOSER MICHEL, *La succession insolvable*, *in Journée de droit successoral 2020* (PRADERVAND-KERNEN MARYSE/MOOSER MICHEL/EIGENMANN ANTOINE, édit.), Berne 2020, p. 91 ss
- MOOR PIERRE, *Entre Antigone et Créon : la médiation juridique*, *in Antigone et le devoir de sépulture : acte de colloque international de l'Université de Lausanne* (GILBERT MARIEL, sous la dir.), Genève 2005, p. 99 ss
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif, Volume I : Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012
- MOOR PIERRE/POLTIER ÉTIENNE, *Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011
- MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, *Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives – Les biens de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018
- MOREAUX PASCAL, *Quelques aspects de l'histoire funéraire dans la civilisation judéo-chrétienne en France*, *Études sur la mort* 2004/1 (125), p. 9 ss
- MOREILLON LAURENT, art. 262 CP, *in Commentaire romand Code pénal II* (MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS, édit.), Bâle 2017 (cité : CR CP II-MOREILLON)
- MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, *Code de procédure pénale : Petit commentaire*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016
- MÜHLEMANN WANDA, *L'appréciation de la preuve pénale guidée par les réseaux bayésiens*, *Jusletter* du 24 février 2014
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation*, *RDS* 1971, p. 457 ss
- MÜLLER NICOLAS/LENHERR RENATO, *Spende nach Herztod oder Hirntod – Gibt es einen Unterschied ?*, *in Transplantation – Transmortalität : Rechtliche und ethische Kontroversen* (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK/MAUSBACH JULIAN, édit.), Zurich/Saint-Gall 2016, p. 41 ss

- MUTZENBERG PATRICK/MANGIN PATRICE/ELGER BERNICE, *Le droit de recours en matière d'autopsies médico-légales*, Médecine & Droit 2012, p. 188 ss
- NAEF JUDITH/BAUMANN-HÖLZLE RUTH/RITZENTHALER-SPIELMANN DANIELA, *Patientenverfügungen in der Schweiz – Basiswissen Recht, Ethik und Medizin für Fachpersonen aus dem Gesundheitswesen*, Zurich/Bâle/Genève 2012
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und Dem Entwurf 1991*, thèse, Zurich 1992
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Art. 12 StGB, *in* Basler Kommentar Strafrechtbuch I (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Art. 35 DSG, *in* Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P., édit.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK DSG-NIGGLI/MAEDER)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, Art. 139 StGB, *in* Basler Kommentar Strafrechtbuch II (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Révision de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) et de l'ordonnance sur les émoluments en matière d'état civil (OEEC) – « Solution fédérale Infostar » et traitement à l'état civil des enfants mort-nés ou nés sans vie – Rapport explicatif, du 9 mars 2018, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/zivilstand/rechtsgrundlagen/ve-ber-zstv-zstgv-2018-f.pdf.download.pdf/ve-ber-zstv-zstgv-2018-f.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFJ, Rapport OEC)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA POLICE, Procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative (OACA) – Rapport explicatif, mai 2020, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/genetischeuntersuchung/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/vl-gumv-vdzv/vdzv-erlaeuterungen.pdf.download.pdf/oaca\\_rapport\\_2020-05.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/genetischeuntersuchung/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/vl-gumv-vdzv/vdzv-erlaeuterungen.pdf.download.pdf/oaca_rapport_2020-05.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : FEDPOL, Rapport OACA)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, COVID-19 : Informations et recommandations concernant les enterrements, état au 27 avril 2020, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/covid-19-empfehlungen-bestattungen.pdf.download.pdf/covid-19-empfehlungen-bestattungen-fr.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFSP, Covid-19)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 22 avril 2020 (cité : OFSP, Rapport aO. 2 Covid-19, du 22 avril 2020)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 3 avril 2020 (cité : OFSP, Rapport aO. 2 Covid-19, du 3 avril 2020)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Maladies infectieuses et agents pathogènes à déclaration obligatoire – Guide de la déclaration obligatoire 2020, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/infektionskrankheiten/leitfaden->

- meldepflicht.pdf.download.pdf/guide-de-la-declaration-obligatoire.pdf, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFSP, Maladies infectieuses)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Fiche d'information – La transplantation de la cornée, janvier 2017, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/fb-cornea.pdf.download.pdf/cornea\\_f.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/fb-cornea.pdf.download.pdf/cornea_f.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFSP, Cornée)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Commentaire de l'ordonnance du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Ordonnance sur les épidémies, OEp) et de l'ordonnance du 29 avril 2015 sur les laboratoires de microbiologie, du 17 avril 2016, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/epidemiengesetz/erl-bericht-epg.pdf.download.pdf/rapport-explicatif-sur-l\\_ordonnance-lep.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/epidemiengesetz/erl-bericht-epg.pdf.download.pdf/rapport-explicatif-sur-l_ordonnance-lep.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFSP, Commentaire OEp)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Examen des mesures susceptibles d'augmenter le nombre d'organes disponibles pour une transplantation en Suisse – Rapport en réponse aux postulats Gutzwiller (10.3703), Amherd (10.3701) et Favre (10.3711), mars 2013, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/bericht-postulate-gutzwiller-amherd-favre.pdf.download.pdf/bericht-postulate-gutzwiller-amherd-favre-f.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFSP, Mesures)
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules d'origines humaine (Ordonnance sur la transplantation), du 19 décembre 2005 (cité : OFSP, Rapport OTx)
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉTAT CIVIL, Reconnaissance d'enfants mort-nés ou décédés – Circulaire n° 20.08.12.01 – Données sur la filiation, le nom et le droit de cité des enfants mort-nés ou des enfants décédés avant la reconnaissance, du 1<sup>er</sup> décembre 2008, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/zivilstand/weisungen/ws-ks-am/20-08-12-01.pdf.download.pdf/20-08-12-01-f.pdf>, consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFEC, Circulaire)
- OFFICE FÉDÉRAL DES ROUTES, Modification d'ordonnances relevant du droit de la circulation routière (OCR, OSR, OETV et OAO) – Commentaires détaillés, révision du 24 juin 2015, [https://www.astra.admin.ch/dam/astra/fr/dokumente/abteilung\\_strassenverkehr/allgemein/revision\\_vom\\_24\\_juni2015-detailerlaeuterungen.pdf.download.pdf/revision\\_du\\_24\\_juin2015-commentairesdetaillies.pdf](https://www.astra.admin.ch/dam/astra/fr/dokumente/abteilung_strassenverkehr/allgemein/revision_vom_24_juni2015-detailerlaeuterungen.pdf.download.pdf/revision_du_24_juin2015-commentairesdetaillies.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OFROU)
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, ICD-10 : International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems : tenth revision, vol. 2, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2004, [https://www.who.int/classifications/icd/ICD-10\\_2nd\\_ed\\_volume2.pdf](https://www.who.int/classifications/icd/ICD-10_2nd_ed_volume2.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : OMS)
- OTT WALTER/GRIEDER THOMAS, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz, PJA 2001, p. 627 ss
- OTTIMOFIORE GIUSEPPA, Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2012
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Die historische Entwicklung des staatlichen Bestattungsrecht in der Schweiz, in *Konfessionelle Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen* (FAMOS CLARETO/PAHUD DE MORTANGES RENÉ/RAMAJ BURIM), Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 1 ss

- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Art. 15 BV, *in* Basler Kommentar Bundesverfassung (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, édit.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-PAHUD DE MORTANGES)
- PANNATIER KESSLER DELPHINE, art. 713, 714, 718, 723, 724 et 726 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-PANNATIER KESSLER)
- PAPAUX ALEXANDRE, art. 139 CP, *in* Commentaire romand Code pénal II (MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS, édit.), Bâle 2017 (cité : CR CP II-PAPAUX)
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom des droits de la personnalité de l'enfant : facettes choisies, *in* Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï (BADDELEY MARGARETA/FOËX BÉNÉDICTE/LEUBA AUDREY/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, édit.), Genève 2014, p. 97 ss
- PAU BÉATRIX, Le ballet des morts : État, armée, famille : s'occuper des corps de la Grande Guerre, Paris 2016
- PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4<sup>e</sup> éd., Berne 1993
- PELET ODILE, Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne, thèse Neuchâtel, Berne 2002
- PELLET LUC, Le droit du vivant sous l'angle constitutionnel, *in* Aspects pénaux du droit du vivant (MOREILLON LAURENT *et alii*, édit.), Bâle 2004, p. 3 ss
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité : Étude de droit suisse, international et européen, thèse Lausanne, Berne 2015
- PFENNINGER HEINRICH, Leichenschändung, RPS 1921, p. 33 ss (cité : PFENNINGER, RPS)
- PFENNINGER HEINRICH, Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890 (cité : PFENNINGER, Das Strafrecht)
- PFISTER ELIANE, Postmortale Organspende : Es spricht mehr für die Zustimmungslösung als für die Widerspruchslösung, Bioethica Forum 2010, vol. 3, n<sup>o</sup> 2, p. 68 ss
- PICHONNAZ PASCAL, art. 919 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-PICHONNAZ)
- PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2020 (cité : PICHONNAZ, Les fondements romains)
- PICHONNAZ PASCAL, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, *in* La pratique contractuelle : actualité et perspective (PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ, édit.), Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 21 ss (cité : PICHONNAZ, Les contrats innommés)
- PILLER GRÉGOIRE, art. 518 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-PILLER)
- PIOMBINO-MASCALI DARIO/GILL-FRERKING HEATHER/BECKETT RONALD G., The Taphonomy of natural Mummies, *in* Taphonomy of Human Remains, Forensic Analysis of the Dead and Depositional Environment (SCHOTSMANS ELINE M. J./MÁRQUEZ-GRANT NICHOLAS/FORBES SHARI L., édit.), New York 2017, p. 101 ss

- PIOTET DENIS, art. 519/520 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, édit.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-PIOTET)
- PIOTET DENIS, La prétention hors de la personnalité et hors du patrimoine : contribution à la systématique des droits privés subjectifs, *in* Privat Law – national – global – comparative – Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (BÜCHLER ANDREA/MÜLLER-CHEN MARKUS, édit.), Band II, Berne 2011, p. 1415 ss (cité : PIOTET, Contribution à la systématique)
- PIOTET DENIS, Méthodologie de la pesée des intérêts dans les conflits entre droits absolus, *in* Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxi – Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht – Festschrift für Hans Peter Walter (FORSTMOSER PETER/HONSELL HEINRICH/WIEGAND WOLFGANG, édit.), Berne 2005, p. 147 ss (cité : PIOTET, Méthodologie)
- PIOTET DENIS, Le conflit entre le droit de la personne sur ses caractéristiques génétiques et celui exclusif d'un tiers d'en faire usage, *in* Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung – Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag (GEISER THOMAS. *et alii*, édit.), Berne 2002, p. 705 ss (cité : PIOTET, Le conflit)
- PIOTET DENIS, Pluralité de disciplines juridiques, pluralité de définitions du sujet de droit ?, *in* Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag (SCHWEIZER RAINER J. *et alii*, édit.), Zurich 2002, p. 129 ss (cité : PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques)
- PIOTET DENIS, Droit cantonal complémentaire, *in* Traité de droit privé suisse, Tome I/II, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998 (cité : PIOTET, Droit cantonal)
- PIOTET DENIS, Quelques réflexions sur les limites juridiques du corps, Cahiers médico-sociaux 1995 (39), p. 69 ss (cité : PIOTET, CMS)
- PIOTET PAUL, À propos du moment exact du décès, JdT 1969, p. 34 ss (cité : PIOTET P., À propos du moment exact du décès)
- PIOTET PAUL, La détermination du moment du décès, JdT 1968, p. 558 ss (cité : PIOTET P., La détermination)
- PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2011
- POPU HÉLÈNE, La dépouille mortelle chose sacrée : À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée, thèse, Lille 2009
- PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, Controversies in the Determination of Death, Washington 2008
- PIEUR JEAN, La mort dans l'antiquité romaine, Rennes 1986
- PY BRUNO, La mort et le droit, Paris 1997
- RAIMBAULT PHILIPPE, Le corps humain après la mort – Quand les juristes jouent au « cadavre exquis » ..., Droit et société 2005/3, n° 61, p. 817 ss
- RAMAJ BURIM, Anhang – Dokumentation des Friedhofsrechts in der Schweiz, *in* Konfessionelle Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen (FAMOS CLA RETO/PAHUD DE MORTANGES RENÉ/RAMAJ BURIM), Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 59 ss
- RASELLI NICCOLÒ, Schickliche Beerdigung für « Andersgläubige », PJA 1996, p. 1103 ss

- REINACH JULIEN (trad.), *Gaius, Institutes*, Paris 2003 (5<sup>e</sup> tirage de l'éd. de 1951) (cité : GAIUS)
- REMUND PETER, *Die rechtliche Organisation des Bestattungswesens im Aargau*, thèse Fribourg, Aarau 1948
- RÉMY MARC, *L'ordre d'autopsie médico-légale : le droit d'opposition et le contrôle judiciaire en procédure pénale suisse*, *forumpenale* 2012 (1), p. 38 (cité : RÉMY, *Ordre d'autopsie*)
- REUSSER RUTH, Art. 374 ZGB, in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/ FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-REUSSER)
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Art. 119 BV, in *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar* (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER)
- REY HEINZ, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2007
- REY HEINZ/STREBEL LORENZ, Art. 664 ZGB in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-REY/STREBEL)
- REYNIER MATHIEU/VIALLA FRANÇOIS, *Perinde ac cadaver*, *Médecine & Droit* 2011, p. 131 ss
- RICHER JEAN-PIERRE *et alii*, *Réflexions sur les activités pédagogiques et de recherches en médecine en relation avec le don du corps à la science à l'ère de l'outil numérique et de la pédagogie par simulation*, *Études sur la mort* 2016/1 (149), p. 49 ss
- RIEBEN LAURENT/MAZOU MIRIAM, art. 175 CP, in *Commentaire romand Code pénal II* (MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS, édit.), Bâle 2017 (cité : CR CP II-RIEBEN/MAZOU)
- RIEMER HANS MICHAEL, *Personenrecht des ZGB – Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2002
- RIENZO LORENZO/STUDER LUKAS, *Strafprozessuale Aspekte bei aussergewöhnlichen Todesfällen*, *forumpenale* 2020 (3), p. 202 ss
- RIKLIN FRANZ, Art. 175 StGB, in *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II* (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB II-RIKLIN)
- ROACH MARY, *Macchabées – la vie mystérieuse des cadavres* (CÉCILE DÉNIARD, trad.), Paris 2005
- RODRIGUEZ RODRIGO/KRÜSI MELANIE/UMBRICHT ROBERT, Art. 129 IPRG, in *Basler Kommentar Internationales Privatrecht* (GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K., édit.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2020 (cité : BSK IPRG-RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT)
- ROHMER SANDRINE/VUILLE JOËLLE, art. 255, 258 et 259 CPP, in *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse* (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-ROHMER/VUILLE)
- ROHMER SANDRINE, *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée – Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*, thèse Genève, Zurich 2006 (cité : ROHMER, Thèse)

- ROGUIN ERNEST, La règle de droit – Analyse générale, spécialités – Souveraineté des États, assiette de l'impôt, théorie des statuts – Système des rapports de droit privé – Précédé d'une introduction sur la classification des disciplines, Paris/Leipzig/Lausanne 1889
- ROMAGNOLI SIMONE *et alii*, Considérations éthique et juridiques sur les modalités du don dans la transplantation – Une comparaison entre les dons de cellules souches sanguines et les don d'organes, Jusletter du 29 août 2011
- ROSCH DANIEL, Art. 419 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-ROSCH)
- ROSENTHAL DAVID, Art. 35 DSG, *in* Handkommentar zum Datenschutzgesetz (ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE), Zurich/Bâle/Genève 2008 (HK DSG-ROSENTHAL)
- ROSSEL VIRGILE/MENTHA FRITZ-HENRI, Manuel de droit civil suisse, Tome I, Lausanne 1908
- ROTMAN SAMUEL/ZAUGG THOMAS/BART PIERRE-ALEXANDRE, Les autopsies médicales comme contrôle de qualité de la prise en charge des patients en médecine interne, Revue médicale suisse 2016 (540), vol. 12, p. 2015 ss
- ROUILLER CLAUDE, Le principe de la neutralité confessionnelle relative : Réflexions sur la liberté de religion conçue comme un moyen d'intégration, faites à partir du droit d'accomplir les rites funéraires, PJA 2003, p. 944 ss
- ROUVINEZ JULIEN, La licence des droits de la personnalité – Étude de droit privé suisse, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2011
- RÜETSCHI DAVID, Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, Bulletin des médecins suisses 2004 (85/23), p. 1222 ss (cité : RÜETSCHI D.)
- RÜETSCHI SVEN, Art. 183 CPC, *in* Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung : Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO (GÜNGERICH ANDREAS, édit.), Berne 2012 (cité : BK ZPO-RÜETSCHI)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Art. 39 und 40 HFG, *in* Stämpfli Handkommentar – Humanforschungsgesetz (HFG) Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (RÜTSCHÉ BERNHARD, édit.), Berne 2015 (cité : HK HFG-RÜTSCHÉ)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Recht von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/Saint-Gall 2009, (cité : RÜTSCHÉ, Recht von Ungeborenen)
- RÜTSCHÉ BERNHARD/ANNER MICHEL, Art. 42 und 43 HFG, *in* Stämpfli Handkommentar – Humanforschungsgesetz (HFG) Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (RÜTSCHÉ BERNHARD, édit.), Berne 2015 (cité : HK HFG-RÜTSCHÉ/ANNER)
- SCHABAS WILLIAM A., The European Convention on Human Rights – A Commentary, Oxford 2015
- SCHAUMANN CLAUDIA, Die heterologe künstliche Insemination – Verhältnis zwischen Samen-spender und Samenvermittler, these, Fribourg 1991
- SCHERRER WERNER, Art. 718, 719, 723 und 724 ZGB, *in* Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Art. 641-729 ZGB (HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER), Zurich 1977 (cité : ZK ZGB-SCHERRER)
- SCHLÄPFER JULIUS, Der strafrechtliche Schutz des Andenkens Verstorbener im schweizerischen Recht, thèse Zurich, Affoltern am Albis 1937

- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Sachenrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2017
- SCHMID PATRIZIA, *Organentnahmen an Verstorbenen : Rechtsgut und Rechtfertigung*, thèse Bâle, Bâle/Genève/Munich 2003 (cité : SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*)
- SCHMID PATRIZIA, *La nouvelle loi suisse sur la transplantation d'organes*, in *Mort cérébrale et don d'organe – Programme national de recherche n° 46 : Implants et transplants* (KOSTA ULRIKE/HAUCK MAX E., éd.), Bâle 2002, p. 9 ss (cité : SCHMID, *La nouvelle loi suisse sur la transplantation d'organes*)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2017 (cité : SCHMID/JOSITSCH, *Handbuch*)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) Praxiskommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2018 (cité : SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*)
- SCHMIDLIN BRUNO, *Droit privé romain I – Origines et sources – Famille, Biens, Succession*, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2012 (cité : SCHMIDLIN, *Droit privé romain*)
- SCHMIDLIN BRUNO, *la personne individuelle : pierre angulaire du système du droit moderne*, in *Personne, société, nature – La titularité de droits, du rationalisme juridique du XVIII<sup>e</sup> siècle à l'écologie moderne* (SCHMIDLIN BRUNO, sous la dir.), Fribourg 1996, p. 1 ss (cité : SCHMIDLIN, *La personne individuelle*)
- SCHMITT NICOLAS, *Le fédéralisme jusque dans la mort*, Newsletter de l'Institut du fédéralisme 1/2016
- SCHÖNING ROLF, *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*, thèse, Zurich 1996
- SCHOTT MARKUS, Art. 98 BGG, in *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz* (NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *et alii*, éd.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK BGG-SCHOTT)
- SCHOTT MARKUS/MAYORAZ JEAN-FRANÇOIS, *Totalrevision des Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen*, LSR 2018, p. 267
- SCHUBARTH MARTIN, Art. 262 StGB, in *Stämpfli Handkommentar : Delikte gegen den öffentlichen Frieden* (Art. 258-263 StGB) (SCHUBARTH MARTIN, éd.), Berne 2008, p. 171 ss (cité : HK StGB-SCHUBARTH)
- SCHUBARTH MARTIN, Art. 137 StGB, in *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht – Schweizerisches Strafgesetzbuch – Besonderer Teil, 2. Band : Delikte gegen das Vermögen* (Art. 137-172 StGB) (SCHUBARTH MARTIN/ALBRECHT PETER), Berne 1990 p. 1 ss (cité : SCHUBARTH, *Delikte gegen das Vermögen*)
- SCHWANDER IVO, Art. 713, 718, 723, 724 und 726 ZGB, in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, éd.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-SCHWANDER)
- SCHWEIZER PHILIPPE, art. 158, 183 et 186 CPC in *Commentaire romand Code de procédure civile* (BOHNET FRANÇOIS *et alii*, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-SCHWEIZER)
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 10 und 35 BV, in *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar* (EHRENZELLER BERNARD *et alii*, éd.), 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cité : SGK BV-SCHWEIZER)
- SCHWEIZER RAINER J., *Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben – Gutachten zu Händen des Bundesamts für Gesundheit*, Zurich/Bâle/Genève 2002 (cité : SCHWEIZER, *Umgang mit Embryonen*)



- SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, *in* Verfassungsrecht der Schweiz (THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JORG PAUL, édit.), Zurich 2001, p. 691 ss (cité : SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz)
- SCHWENZER INGEBORG/COTTIER MICHELLE, Art. 261-263 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édit.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER)
- SEELMANN KURT, « Körperwelten » und Pietät, *Neue Zürcher Zeitung*, 4 octobre 1999 (cité : SEELMANN, NZZ)
- SEELMANN KURT, Kein Diebstahl an Betäubungsmitteln möglich?, *Recht* 1997, p. 35 ss (cité : SEELMANN, Recht)
- SEILER HANSJÖRG, Art. 89 und 95 BGG, *in* Stämpfli Handkommentar – Bundesgerichtsgesetz (BGG) (SEILER HANSJÖRG *et alii*), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2015 (cité : HK BGG-SEILER)
- SINGER PETER, *Rethinking Life and Death – The Collapse of Our Traditional Ethics*, Oxford 1994
- SKARUPINSKI PHILIPP, *Die Postmortale Gewebespende : Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Schweiz*, thèse Zurich, Zurich/Saint-Gall 2017
- SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE LÉGALE, Legalinspektion, du 26 juin 2009, [https://www.sgrm.ch/inhalte/Forensische-Medizin/Durchfuehrung\\_Legalinspektion\\_01.pdf](https://www.sgrm.ch/inhalte/Forensische-Medizin/Durchfuehrung_Legalinspektion_01.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : SSML, Legalinspektion)
- SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE LÉGALE, Swiss Principles and Rules for Medico-Legal Autopsy, du 20 avril 2007, [https://www.sgrm.ch/inhalte/Forensische-Medizin/Durchfuehrung\\_Rechtsmed\\_Obduktion\\_01.pdf](https://www.sgrm.ch/inhalte/Forensische-Medizin/Durchfuehrung_Rechtsmed_Obduktion_01.pdf), consulté pour la dernière fois le 21 décembre 2020 (cité : SSML, Medico-Legal Autopsy)
- SOCIÉTÉ SUISSE DE NÉONATOLOGIE, Le soutien à l'adaptation et la réanimation du nouveau-né – Recommandations révisées de la Société Suisse de Néonatalogie (2017), *Paediatrica* 2019 (29), p. 30 ss
- SONTAG, ERNST, Zur Auslegung des Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 schweizerischen Strafgesetzbuches, öffentliche Beschimpfung eines Leichnams, *RPS* 1948, p. 386
- SPLISGARDT MARC, *Widerrechtlichkeit von klinischen Obduktionen*, thèse Zurich, Bâle 2007
- SPÖNDLIN WILHELM, *Rechtsverhältnisse an Friedhöfen – unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechtes*, thèse, Zurich 1910
- SPRECHER FRANZISKA, Rechtliche Rahmenbedingungen der medizinischen Humanforschung, *in* *Biomedizinrecht : Herausforderung – Entwicklungen – Perspektiven* (DÖRR BIANKA S./MICHEL MARGOT, édit.), Zurich/Saint-Gall 2007, p. 107 ss
- SPRECHER THOMAS, Art. 261-269 ZPO, *in* Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-SPRECHER)
- SPRUMONT DOMINIQUE, *La protection des sujets de recherche, notamment dans le domaine biomédical*, thèse Fribourg, Berne 1993
- SPRUMONT DOMINIQUE/SCHORNO DEBORAH/CORPATAUX VINCENT, Le statut juridique du corps humain : rapport suisse, *in* *Le Droit de la santé : Aspects nouveaux – Rapport des*

- contributeurs suisse aux Journées internationales Capitant 2009 (GUILLOD OLIVIER/WESSNER PIERRE, éd.), Neuchâtel 2010, p. 141 ss
- STAEHELIN DANIEL, Art. 474 und 482 ZGB, *in* Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, éd.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-STAEHELIN)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II : Propriété foncière/Propriété mobilière/Généralités sur les droits réels limités/Servitudes foncières, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2020 (cité : STEINAUER, Les droits réels, Tome II)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I : Introduction à l'étude des droits réels/Possession et registre foncier/Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages, 6<sup>e</sup> éd., Berne 2019 (cité : STEINAUER, Les droits réels, Tome I)
- STEINAUER PAUL-HENRI, art. 474, 477 et 664 CC, *in* Commentaire romand Code Civil II (PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS, éd.), Bâle 2016 (cité : CR CC II-STEINAUER)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2015 (cité : STEINAUER, Le droit des successions)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, *in* Traité de droit privé suisse, Tome II/1, Bâle 2009 (cité : STEINAUER, Le titre préliminaire)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Tertium Datur ?, *in* Figures juridiques – Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire (GAUCH PETER/PICHONNAZ PASCAL, éd.), Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 51 ss (cité : STEINAUER, Tertium Datur ?)
- STEINAUER PAUL-HENRI, L'enfant dans le Code civil, *in* L'image de l'homme en droit (STEINAUER PAUL-HENRI, éd.), Fribourg 1990, p. 471 ss (cité : STEINAUER, L'enfant dans le Code civil)
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014
- STEINER PHILIPPE, La transplantations d'organes – Un commerce nouveau entre les êtres humains, Paris 2010
- STETTLER MARTIN, La référence aux proches dans le droit actuel et future de la protection des adultes, *in* Pour un droit pluriel – Études offertes au professeur Jean-François Perrin (KELLERHALS JEAN/MANAÏ DOMINIQUE/ROTH ROBERT, éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, p. 109 ss
- STOOS CARL, Code pénal suisse – Avant-projet de Code pénal et motifs à l'appui de l'Avant-projet (GAUTIER ALFRED, trad.), Berne 1894 (cité : STOOS, Avant-projet)
- STOOS CARL, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, 2. Band, Bâle/Genève 1893 (cité : STOOS, Die Grundzüge)
- STOOS CARL, Les codes pénaux suisses – Rangés par ordre de matière et publiés à la demande du Conseil fédéral, Bâle/Genève 1890 (cité : STOOS, Les codes pénaux suisses)
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I : Straftaten gegen Individualinteressen, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2010
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II : Straftaten gegen Gemeininteressen, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2013

- STRÄULI BERNHARD, art. 393 et 396 CPP, *in* Commentaire romand Code de procédure pénale suisse (JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-STRÄULI)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Eigentum und Besitz, *in* Traité de droit privé suisse, Tome VI, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014
- SWISSTRANSPLANT, Rapport annuel 2020, [https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user\\_upload/Swisstransplant/Jahresbericht/2020/Endversion/swt\\_jb2020\\_fr\\_low\\_rz.pdf](https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Swisstransplant/Jahresbericht/2020/Endversion/swt_jb2020_fr_low_rz.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : SWISSTRANSPLANT, 2020)
- SWISSTRANSPLANT, Rapport annuel 2018, [https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user\\_upload/Bilder/Home/Swisstransplant/Jahresbericht/Swisstransplant\\_rapport\\_annuel\\_2018\\_1\\_.pdf](https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Bilder/Home/Swisstransplant/Jahresbericht/Swisstransplant_rapport_annuel_2018_1_.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : SWISSTRANSPLANT, 2018)
- SWISSTRANSPLANT, Conditions applicables à l’inscription dans le Registre national du don d’organes, [https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user\\_upload/Bilder/Home/Organspenderegister/Datenschutz/20190128\\_Bedingungen\\_Spenderegister\\_def\\_DE.pdf](https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Bilder/Home/Organspenderegister/Datenschutz/20190128_Bedingungen_Spenderegister_def_DE.pdf), consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021 (cité : SWISSTRANSPLANT, Conditions registre)
- SWISSTRANSPLANT/COMITÉ NATIONAL POUR LE DON D’ORGANES, The Swiss Donation Pathway – Module I : Détection des donneurs : bases légales et pertinence pratique, version 1.0, Décembre 2020 (cité : SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I)
- SWISSTRANSPLANT/COMITÉ NATIONAL POUR LE DON D’ORGANES, The Swiss Donation Pathway – Module II : Prise en charge des proches et communication, version 1.0, Décembre 2020 (cité : SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module II)
- SWISSTRANSPLANT/COMITÉ NATIONAL POUR LE DON D’ORGANES, The Swiss Donation Pathway – Module V : Coordination et communication du processus de don d’organes, version 2.0, Décembre 2020 (cité : SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module V)
- SWISSTRANSPLANT/COMITÉ NATIONAL POUR LE DON D’ORGANES, The Swiss Donation Pathway – Module IX : Détection, annonce et suivi d’un donneur DCD, version 1.0, Décembre 2020 (cité : SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module IX)
- TAG BRIGITTE, Rechtliche Aspekte der Sektion nach Schweizer recht, *in* Der Umgang mit der Leiche – Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive (TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK, édit.), Francfort-sur-le-Main 2010, p. 25 ss (cité : TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion)
- TAG BRIGITTE, Cadre légal relatif à l’utilisation du cadavre dans la recherche et dans la formation prégraduée, postgraduée et continue, *in* Utilisation de cadavres et de parties de cadavres dans la recherche médicale et la formation prégraduée, postgraduée et continue – Recommandations de l’ASSM, du 27 novembre 2008, adaptées fin 2014, p. 8 s (cité : TAG, ASSM)
- TAG BRIGITTE, Zum Umgang mit der Leiche – Rechtliche Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteil durch die Plastination, MedR 1998 (9), p. 387 ss (cité : TAG, Plastination)
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2018

- TANNER ERWIN, Bestattung nach islamischen Ritus und staatliches Begräbniswesen, *in* Les musulmans et l'ordre juridique Suisse (PAHUD DE MORTANGES RENÉ/TANNER ERWIN, éd.), Fribourg 2002, p. 243 ss.
- TARDIEU JOËLLE, La dernière demeure : Archéologie du cimetière et des modes d'inhumations, *in* À Réveiller les morts – La mort au quotidien dans l'Occident médiéval (ALEXANDRE-BIDON DANIELÉ/TREFFORT CÉCILE, sous la dir.), Lyon 1993, p. 223 ss
- TERCIER PIERRE, Qui sont nos « proches » ? , *in* Famille et Droit – Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernard Schnyder à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire (GAUCH PETER *et alii*, éd.), Fribourg 1995, p. 799 ss (cité : TERCIER, Qui sont nos « proches » ?)
- TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 (cité : TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité)
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019
- THÉVENAZ ALAIN, La protection contre soi-même – Étude de l'article 27 alinéa 2 CC, thèse Lausanne, Berne 1997
- THÉVENOZ LUC/DE WERRA JACQUES, Introduction aux art. 184-529 CO, *in* Commentaire romand Code des obligations I (THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, éd.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA)
- THOMAS LOUIS-VINCENT, Le cadavre – de la Biologie à l'Anthropologie, Bruxelles 1980 (cité : THOMAS, Le cadavre)
- THOMAS LOUIS-VINCENT, Anthropologie de la mort, Paris 1975 (cité : THOMAS, Anthropologie de la mort)
- THORMANN PHILIPP/VON OVERBECK ALFRED, Das Schweizerische Strafgesetzbuch – Zweiter Band Besondere Bestimmungen : Art. 111-332 StGB – Einführung und Anwendung des Gesetzes : Art. 333-401 StGB, Zurich 1941
- TRECHSEL STEFAN/LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Art. 175 StGB, *in* Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar (TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, éd.), 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2021
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Art. 262 StGB, *in* Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar (TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, éd.), 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2021
- TSCHENTSCHER AXEL, Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes, RJB 2017, p. 678 ss. (cité : TSCHENTSCHER, RJB)
- TSCHENTSCHER AXEL, Art. 10 und 11 BV, *in* Basler Kommentar Bundesverfassung (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, éd.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-TSCHENTSCHER)
- TSCHUMY JEAN-LUC, La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée, thèse, Lausanne 1987 (cité : TSCHUMY J.-L., Thèse)
- TSCHUMY NICOLAS, Les frais funéraires en droit privé, Not@lex 2019, p. 1 ss (cité : TSCHUMY, Not@lex)
- TSCHUMY NICOLAS, Le consentement aux actes sur le cadavre, *in* Le consentement en droit, programme doctoral romand de droit (BESSON SAMANTHA/MAUSEN YVES/PICHONNAZ PASCAL, éd.), Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 279 ss (cité : TSCHUMY, CUSO)

- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, *Der Spätabbruch in der Schweiz – Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2014
- TUOR PETER, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Art. 457-536 ZGB*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1952 (cité : BK ZGB-TUOR)
- UHLMANN FELIX, Art. 93 BGG, *in* *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz* (NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *et alii*, édit.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK BGG-UHLMANN)
- UMMEL MARINETTE *et alii*, *La réutilisation des tissus humains*, Neuchâtel 2002
- UMMEL MARINETTE/HARARI JULIETTE, *Testament et mesures personnelles anticipées dans le domaine médical*, *in* *Droit de la santé et médecine légale* (LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, sous la dir.), Chêne-Bourg 2014, p. 295 ss
- URRY LISA *et alii*, *Campbell biologie*, 11<sup>e</sup> éd., adaptation française CAMPEAU-PÉLOQUIN ANTOINE/RACINE CHANTAL, Montréal 2020
- VAN HOLLEBEKE INGRID, *Le don et la transplantation d'organes*, *Bulletin des médecins suisses* 2003 (84/36), p. 1829 ss
- VARLET VINCENT/JOYE CHARLES/FORBES SHARI L./GRABHERR SILKE, *Revolution in death sciences : body farms and taphonomics blooming – A review investigating the advantages, ethical and legal aspects in a Swiss context*, *International Journal of Legal Medicine* 2020 (134/5), p. 1875 ss
- VEATCH ROBERT, *The Impending Collapse of the Whole Brain Definition of Death*, *Hasting Center Report* 23 (4-1993), p. 18 ss
- VERSPIEREN PATRICK, *Confusions et débats autour de la « mort encéphalique »*, *in* *Centre Laennec* 2010/4, p. 8 ss
- VIEL MARIE-THÉRÈSE, *Droit funéraire et gestion de cimetières*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1999
- VILLARD KATIA/CORBOZ BERNARD, art. 12 CP, *in* *Commentaire romand Code pénal I* (MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE, édit.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2020 (cité : CR CP I-VILLARD/CORBOZ)
- VON FLÜE KARIN/ZEUGIN KÄTHI, *Im Todesfall – Der komplette Ratgeber*, Zurich 2018
- VON TOBEL WALTER, *Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion*, thèse, Zurich 1946
- VOVELLE MICHEL, *La mort et l'Occident – De 1300 à nos jours*, Paris 1983
- VRSELJA ZVONIMIR *et alii*, *Restoration of brain circulation and cellular functions hours post-mortem*, *Science* vol. 568, 18 avril 2019, p. 337 ss
- WALDMANN BERNHARD, Art. 35 BV, *in* *Basler Kommentar Bundesverfassung* (WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, édit.), Bâle 2015 (cité : BSK BV-WALDMANN)
- WAPPÄUS HEINRICH, *Zur lehre von den dem Rechtsverkehr entzogen Sache nach römischen und heutigem Recht*, Göttingen 1876
- WEDER ULRICH, Art. 262 StGB, *in* *StGB/JStG Orell Füssli Kommentar* (DONATSCH ANDREAS, édit.), 20<sup>e</sup> éd., Zurich 2018 (cité : OFK StGB/JStG-WEDER)
- WEIMAR PETER, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch : 457-561 ZGB*, Berne 2009 (cité : BK ZGB-WEIMAR)

- WEISS JULIUS *et alii*, Attitudes towards organ donation and relation to wish to donate posthumously, *Swiss Medical Weekly* 2017 (147), n° 14401
- WEISS JULIUS/IMMER FRANZ F., Don d'organes en Suisse : consentement explicite ou présumé?, *Bulletin des médecins suisses* 2018 (99/5), p. 137 ss
- WERRO FRANZ, art. 47 CO, in *Commentaire romand Code des obligations I* (THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, édité.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-WERRO)
- WÉRY PHILIPPE/BEAUTHIER JEAN-POL, De l'ouverture des corps aux racines de la médecine légales, in *Traité de médecine légale* (BEAUTHIER JEAN-POL), 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2011, p. 21 ss.
- WIDMANN HANS-JOACHIM, Der Bestattungsvertrag im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, 5<sup>e</sup> éd., Cologne 2009 (cité : WIDMANN, Der Bestattungsvertrag)
- WIDMANN HANS-JOACHIM, Der Bestattungsvertrag – ein Werkvertrag ? PJA 2003, p. 959 ss (cité : WIDMANN, PJA)
- WILSON BARBARA, The Right to Know One's Origins and the Margin of Appreciation of State : the Case of *Jäggi v. Switzerland* (ECHR), in *Le défi des frontières : Mélanges en l'honneur de Roland Bieber* (ÉPINEY ASTRID/HAAG MARCEL/HEINEMANN, édité.), Baden-Baden 2007, p. 262 ss
- WINNIGER BÉNÉDICT, art. 18 CO, in *Commentaire romand Code des obligations I* (THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, édité.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-WINNIGER)
- WITTWER CAROLINE/BREITSCHMID PETER, Entwicklungen im Transplantationsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, *Jusletter* du 22 novembre 2010
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Art. 262 StGB, in *Schweizerisches Stragesetzbuch – Handkommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2020, p. 700 ss
- WOLF STEPHAN/WIEGAND WOLFGANG, Art. 641-645 ZGB, in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, édité.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND)
- WURZBURGER ALAIN, Art. 82 et 86 LTF, in *Commentaire de la LTF* (CORBOZ BERNARD *et alii*), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014, p. 616 ss (cité : *Commentaire LTF-WURZBURGER*)
- WYTENBACH JUDITH, Menschenwürde, in *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Volume II : Rechtsstaatlichkeit – Grund- und Menschenrecht* (DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN, édité.), Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 1355 ss
- WYSS CLAUDIA, Lebensanfang – Lebensende : Die Neonatologie im Spannungsfeld lebenserhaltender und palliativer Behandlungsmethoden – Unter Berücksichtigung rechtlicher, medizinischer und ethischer Aspekte, thèse, Zurich 2020 (cité : WYSS C., Lebensanfang)
- WYSS SABINE, Art. 370-372 ZGB, in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, édité.), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-WYSS)
- ZAUGG HELENA, Art. 36-38 HFG, in *Stämpfli Handkommentar – Humanforschungsgesetz (HFG) Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen* (RÜTSCHKE BERNHARD, édité.), Berne 2015 (cité : HK HFG-ZAUGG)

- ZEGG LADINA, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers – Ausdruck einer Wertvollstellung im Recht, *in* Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 121 (VASELLA JUANA/MORAND ANNE-SOPHIE, édit), Zurich 2018, p. 51 ss
- ZIEGER MARTIN, Forensische DNA-Analyse : so viel wie nötig, so wenig wie möglich?, Jusletter 12 octobre 2020 (cité : ZIEGER, Forensische DNA-Analyse)
- ZIEGER MARTIN, Abstammungsuntersuchungen nach dem revidierten GUMG, Jusletter du 2 septembre 2019 (cité : ZIEGER, GUMG)
- ZIEGLER ANDREAS R., Introduction au droit international public, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2020 (cité : ZIEGLER, Introduction)
- ZIEGLER JEAN, Les vivants et la mort, Paris 1975 (cité : ZIEGLER J., Les vivants et les morts)
- ZOLLINGER ULRICH/KIPFER GÉRALDINE, Art. 253-254 StPO, *in* Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER)
- ZOLLINGER ULRICH/HARTMANN KARL, Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei, Bulletin des médecins suisses 2001 (82/26), p. 1384 ss
- ZÜRCHER EMIL, Code pénal suisse – Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908 (GAUTHIER ALFRED, trad.), Berne 1914

---

# Introduction

## I. L'objet de l'étude

Cette étude a pour objet l'analyse du statut juridique du cadavre humain en Suisse<sup>1</sup>. Il s'agit d'analyser comment l'ordre juridique helvétique appréhende le corps d'un être humain après sa mort. Dans quelle catégorie juridique le cadavre rentre-t-il ? Existe-t-il des droits sur un cadavre et si oui, de quelle nature sont-ils ? Qui peut décider du sort d'un cadavre humain ? Jusqu'à quand le corps d'un être humain doit-il être considéré comme un cadavre ? Quels actes ou interventions sont autorisés sur une dépouille et à quelles conditions ?

Notre étude a pour but de présenter le statut du cadavre de manière transversale et de l'analyser de manière systématique. Le droit appréhende le cadavre sous différents plans dont nous allons présenter le panorama. Notre travail analyse les normes de droit privé, de droit public et de droit pénal définissant le statut du cadavre.

Le Petit Robert définit le cadavre comme « *corps mort, surtout en parlant de l'homme et des gros animaux* »<sup>2</sup>. Le terme de « *cadavre* » apparaît dans le texte d'un certain nombre de lois<sup>3</sup>. Il n'existe pas de définition légale du cadavre en droit suisse. Le terme de cadavre est généralement traduit en allemand par « *Leiche* » et « *cadavere* » en italien<sup>4</sup>. A notre connaissance, la jurisprudence

---

<sup>1</sup> La présente étude a fait l'objet d'une présentation dans le cadre du concours 2021 de « Ma thèse en 180 secondes » de l'Université de Lausanne. La présentation est disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=EhShDEZZpcg> (consulté pour la dernière fois le 31 octobre 2021).

<sup>2</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 324. Il propose comme synonymes les termes « *corps* », « *dépouille* », « *macchabée* » ou « *mort* ». Du point de vue étymologique, le mot cadavre vient du latin « *cadaver* », lui-même tiré du verbe « *cadere* » signifiant « *tomber* ». L'expression de « *dépouille mortelle* » peut également être utilisée pour désigner le corps humain après la mort : Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 687.

<sup>3</sup> Sans être exhaustif, nous pouvons mentionner dans le droit fédéral, l'art. 262 du Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0) ; les art. 253 et 254 du Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0) ; l'art. 69 de la procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 (PPM, RS 322.1) ; les art. 66 à 73 de l'ordonnance sur les épidémies, du 29 avril 2015 (OEp, RS 818.101.1).

<sup>4</sup> Art. 253 et 254 CPP ; art. 49 LEp ; art. 66 à 73 OEp. Relevons que l'art. 262 CP utilise le terme de « *cadavre humain* », qui est traduit par « *Leichnam* » en allemand et « *cadavere umano* » en italien. L'art. 69 PPM parle aussi de « *Leichnam* » en allemand et de cadavre en français. La version italienne de l'art. 69 PPM n'évoque pas le terme de



n'a jamais défini la notion de cadavre humain. Les rares définitions proposées par la doctrine n'apportent pas de précision à la définition du cadavre selon le sens commun<sup>5</sup>. Le cadavre est le corps mort d'un être humain. La doctrine s'attarde avant tout sur la notion de corps en précisant comment celui-ci va disparaître. Il semble ardu, contre-productif et vain de donner une définition plus précise que celle offerte par les dictionnaires.

- 4 En droit français, Xavier Labbé propose une définition très large et considère qu'il ne se justifie pas de faire une sélection a priori, mais plutôt de tirer des conclusions des régimes juridiques existant pour chaque élément<sup>6</sup>. Cette approche nous semble être la bonne. Il n'est ni utile ni nécessaire de vouloir arrêter une définition du cadavre, surtout à ce point de notre travail. Au contraire, au fil des développements sur le statut juridique du cadavre, nous nous interrogerons sur les limites de cette notion.

---

cadavre. Dans le droit bernois, le terme de dépouille est traduit par « *Leiche* » à l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance sur les enterrements et les incinérations (OEn), du 27 octobre 2010 (811.811) ; dans le droit valaisan, le terme cadavre est aussi traduit par « *Leiche* » à l'art. 129 al. 2 et 3 de la loi sur la santé, du 14 février 2008 (800.1) et l'ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains, du 27 août 2014 (818.400) ; dans le droit grisons, le terme « *Leiche* » est traduit par « *salma* » en italien et « *bara* » en romanche à l'Art. 55 Abs. 1 et 56 Abs. 1 de la *Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden (Gesundheitsgesetz)*, du 2 septembre 2016 (500.000).

- <sup>5</sup> BIERI, p. 21 : « *Le cadavre ou la dépouille est le corps sans vie d'un être humain décédé ou mort-né, mais pas le fœtus expulsé non développé, jusqu'à l'instant où le lien entre les différentes parties est supprimé par le processus naturel de décomposition ou par d'autres formes de destruction, en particulier la crémation, au point que les différentes parties ne rendent plus reconnaissable l'ensemble du corps mort (notre traduction)* » ; VON TOBEL, p. 13 : « *Le cadavre est le corps humain sans vie jusqu'au moment où le lien entre ses différentes parties est supprimé par le processus naturel de décomposition ou par d'autres formes de destruction, en particulier la crémation ; de même, le corps humain sans vie qui est disséqué à des fins scientifiques, aussi longtemps que subsiste l'intention d'une inhumation commune des différentes parties conformément aux traditions des funérailles ; enfin, le corps humain sans vie tant qu'il n'a pas été préparé artificiellement pour échapper à la destruction à des fins scientifiques (notre traduction)* » ; BADER, p. 366 : « *corps humain sans vie (notre traduction)* » ; CRAMER, p. 20 : « *l'enveloppe sans vie d'un être humain, aussi longtemps qu'il n'a pas été enterré (notre traduction)* ».
- <sup>6</sup> LABBÉE, p. 167 s. : « *l'ensemble des restes mortels de l'individu, sous quelques formes que ce soit (qu'il s'agisse de la dépouille en elle-même, des cendres résultant d'une incinération, d'ossements très anciens ...)* ».

## II. L'intérêt de l'étude

Notre étude présente un intérêt sur le plan de la théorie juridique en abordant plusieurs questions fondamentales. L'étude du statut du cadavre nous permettra de revenir sur les effets de la fin de la personnalité et l'éventualité d'une protection *post-mortem* de celle-ci. Nous aurons également l'occasion de nous intéresser aux notions de personne et de chose et de nous questionner sur la dichotomie entre ces deux notions qui structure l'esprit des juristes de droit continental. 5

Notre étude présente un intérêt en raison de son actualité. Un premier exemple est celui de l'exposition *Real Human Bodies* qui était programmée en octobre 2018 à Lausanne après un passage à Berne. Cette exposition présente des pièces anatomiques et des cadavres humains « plastinés ». À la suite des accusations d'une association chrétienne contre la torture et la peine de mort selon laquelle les cadavres utilisés dans l'exposition sont ceux de prisonniers chinois, la Municipalité de Lausanne a interdit l'exposition, les organisateurs n'ayant pas pu fournir d'éléments prouvant l'origine licite des cadavres. Cette interdiction a été confirmée par le Tribunal cantonal vaudois dans un arrêt rendu le 19 octobre 2018<sup>7</sup>. 6

Un deuxième exemple est l'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes » qui a abouti le 18 avril 2019<sup>8</sup>. L'initiative souhaite modifier l'art. 119a de la Constitution fédérale pour y inscrire le système du consentement présumé, où la personne est présumée avoir donné son accord au don d'organes si elle n'a pas exprimé de volonté contraire. Cette initiative a pour objectif de lutter contre la pénurie chronique d'organes en Suisse. Le Conseil fédéral propose un contre-projet indirect à l'initiative visant à modifier la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 (LTx)<sup>9</sup>, pour y inscrire le système du consentement présumé, tout en garantissant le rôle des proches du défunt<sup>10</sup>. La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE) a également pris position en rejetant la solution de l'initiative et en proposant un système de déclaration obligatoire<sup>11</sup>. 7

Ces deux exemples prouvent que le statut juridique du cadavre soulève des questions très actuelles. Le premier exemple touche à la problématique de la légalité de certaines pratiques nouvelles en lien avec le cadavre. Le second 8

<sup>7</sup> Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, du 19 octobre 2018, GE.2018.0223. Sur cette exposition, cf. *infra* n° 482.

<sup>8</sup> FF 2019, p. 3079 ss. Sur cette initiative, cf. *infra* n° 763 ss.

<sup>9</sup> RS 810.21.

<sup>10</sup> FF 2020, p. 9231 ss.

<sup>11</sup> NEK-CNE, Don d'organes.

exemple interroge sur les personnes qui peuvent décider du sort d'un cadavre et sur la mise en balance d'intérêts privés et publics dont le cadavre est l'enjeu.

- 9 Enfin, la problématique du statut juridique du cadavre présente un intérêt particulier car elle a fait l'objet de peu de recherches en droit suisse. Il existe certes une série de publications datant de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle qui s'intéressent à cette question<sup>12</sup>. Il faut en particulier mentionner la thèse de Walter von Tobel datant de 1946 consacrée à « *Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion* » et celle de Richard Bieri parue en 1954 ayant pour sujet « *Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens (Art. 262 StGB)* »<sup>13</sup>.
- 10 Depuis les années 2000, la question du statut du cadavre fait seulement l'objet de contributions doctrinales ponctuelles<sup>14</sup>. Certains auteurs ont aussi eu l'occasion de traiter de cette problématique dans le cadre de publications consacrées à d'autres thématiques<sup>15</sup>. C'est notamment le cas dans plusieurs ouvrages sur le droit médical<sup>16</sup>. Toutefois, ces publications ne consacrent pas plus de quelques dizaines de pages pour les plus longues, à cette question. Il n'existe pas de monographie récente sur ce sujet.

### III. Les délimitations de l'étude

- 11 Si notre étude se veut la plus complète possible, l'exhaustivité est illusoire. Il est donc nécessaire de définir le cadre de notre travail. Notre étude traite de la dépouille mortelle d'un être humain. Nous n'allons pas traiter du statut du cadavre des animaux. En l'absence de précision, nous utiliserons le terme « cadavre » pour désigner le corps d'un être humain après sa mort. Le terme de « dépouille » est utilisé comme un synonyme de cadavre.
- 12 Cette étude se limite au droit suisse. Nous nous référons occasionnellement à des éléments de droits étrangers, notamment des pays voisins, lorsque cela nous

---

<sup>12</sup> BADER ; GAUGLER ; GRIOT.

<sup>13</sup> BIERI ; VON TOBEL.

<sup>14</sup> MANAĪ, Jusletter ; MAURER/KERSTING ; BREITSCHMID/MATT ; HAAS-LEICHMACHER ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion* ; MAURER/TAG ; LACHENMEIER, *Le statut du cadavre*.

<sup>15</sup> MAIRE ; HOLLIGER, p. 137 ss ; SKARUPINSKI, p. 18 ss ; DUCOR, RDS, p. 270 ss ; KÄLIN.

<sup>16</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1275 ss sur : « *Le droit de décider du sort de son corps* » ; BÜCHLER/MICHEL, p. 57 ss sur : « *Der tote menschliche Körper* » ; GUILLOD, *Droit médical*, n° 637 ss sur : « *Les interventions sur le cadavre* » ; MANAĪ, *Droits du patient*, p. 271 ss consacrées à : « *La protection juridique de la personne décédée* ».

a paru pertinent, en particulier quand il n'existe pas de réponse à une question en droit suisse.

Notre travail présente le droit positif. Il contient parfois quelques éléments historiques pour expliquer l'origine et l'évolution de certaines normes actuelles. Certains aspects du statut juridique du cadavre relèvent des législations cantonales. Nous allons en principe présenter le droit matériel des 26 cantons suisses, à l'exception du chapitre sur la sépulture où nous avons décidé de nous limiter à sept cantons se voulant représentatifs de l'ensemble du pays<sup>17</sup>. Pour le droit cantonal de procédure, nous nous sommes limité en général au droit du canton de Vaud.

Notre étude s'intéresse au cadavre en tant qu'objet matériel. Nous n'allons pas traiter de la question de la protection de l'honneur du défunt ou de la protection de l'image du cadavre. Les problématiques des données personnelles ou d'accès au dossier médical du défunt ne sont pas abordées.

#### **IV. La méthodologie de l'étude**

Ce travail est une thèse de droit. Nos sources principales sont les sources « classiques » d'une étude juridique, c'est-à-dire la loi, la jurisprudence et la doctrine. Cependant, notre sujet nous a confronté à des problématiques qui dépassent le champ du droit (autopsie, transplantation d'organes, génétique, etc.). Nous avons donc consulté certains ouvrages relevant d'autres domaines scientifiques, telles l'histoire, l'anthropologie, la sociologie, la médecine ou la biologie. Ces sources permettent de porter un regard plus large sur ces questions et de présenter le contexte dans lequel se situent nos réflexions juridiques, mais ne prétendent évidemment pas à l'exhaustivité. Enfin, nous avons mené des entretiens avec des personnes dont la profession implique des actes sur des cadavres humains. Ces entretiens ont eu pour objectif de présenter et de mieux comprendre la réalité pratique de ces actes dans le canton de Vaud. Ces entretiens apportent un éclairage exemplatif et n'ont pas la prétention d'être représentatifs de l'ensemble de la Suisse. La liste de ces entretiens figure à l'Annexe V.

#### **V. La structure de l'étude**

Notre étude vise à présenter un panorama du statut juridique du cadavre. Nous nous sommes efforcé de construire une présentation linéaire d'une matière qui ne l'est pas. Il serait plus juste de la considérer comme réticulaire, puisque les

<sup>17</sup> Sur les raisons de ce choix, cf. *infra* n° 1135.

différents éléments constituant le statut du cadavre sont liés entre eux et se répondent.

- 17 Notre étude est divisée en 14 chapitres. Le premier chapitre comprend les prolegomènes de notre travail et examine le cadavre sous un angle non juridique (chapitre 1). Les sept chapitres suivants constituent notre partie générale. Cette partie s'ouvre sur un chapitre présentant la problématique de la mort, de sa définition et de son constat du point de vue juridique (chapitre 2), puis nous traiterons de l'absence de personnalité après la mort (chapitre 3). Cela nous permettra de nous intéresser ensuite au droit de disposer d'un cadavre (chapitre 4) et à la question de l'éventualité de droits réels sur un cadavre (chapitre 5). Nous aborderons encore la protection pénale du cadavre (chapitre 6) et la dignité après la mort (chapitre 7). Notre partie générale se termine avec un chapitre analysant les limites de la notion de cadavre, en traitant des cadavres « spéciaux » (chapitre 8).
- 18 Les cinq derniers chapitres de notre étude remplissent la fonction de partie spéciale. Nous allons étudier la réglementation en matière de transplantation d'organes, de tissus et de cellules (chapitre 9), de recherche (chapitre 10), d'autopsies (chapitre 11), d'examen génétiques (chapitre 12) et de sépulture (chapitre 13). Notre dernier chapitre présente des exemples de contentieux autour du cadavre (chapitre 14).
- 19 Pour la version qui a été déposée le 29 juin 2021, il a été tenu compte, dans la mesure du possible, de l'état de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine au 31 mai 2021. Pour la publication, nous avons intégré les modifications et les publications intervenues jusqu'au 31 octobre 2021.

---

# Chapitre 1 : L'ambivalence face au cadavre

## I. Introduction

Avant d'aborder l'analyse du statut juridique du cadavre, il nous a semblé pertinent d'évoquer quelques éléments qui dépassent le cadre du droit et de nous intéresser à ce que les anthropologues et les sociologues nous apprennent sur le cadavre. Un élément nous apparaît comme particulièrement intéressant. 20

Face à un cadavre, l'être humain se trouve confronté à une énigme. Le cadavre nous questionne sur le mystère de la mort et nous renvoie à notre propre finitude<sup>18</sup>. Il est l'image de notre destin, un *memento mori*<sup>19</sup>. La dépouille devient ainsi un objet de fantasme<sup>20</sup>. Elle sert de surface de projection à nos valeurs et son statut culturel est le reflet de celui de la mort<sup>21</sup>. 21

Le cadavre est une présence qui signifie l'absence<sup>22</sup>. Le cadavre endosse le rôle à la fois d'objet et d'instrument de la transformation qu'est la mort<sup>23</sup>. Sa nature est fondamentalement ambiguë<sup>24</sup>. Cette ambiguïté conduit à un comportement ambivalent vis-à-vis de la dépouille, mélange de répugnance et de respect<sup>25</sup>. Le corps mort suscite à la fois l'effroi et la fascination<sup>26</sup>. Le cadavre nous place devant une alternative insoluble : doit-on le considérer comme une personne ou comme une chose<sup>27</sup> ? 22

Comme nous allons le constater dans notre travail, ce dilemme entre un cadavre considéré comme une personne ou comme une chose, fait l'objet d'un intense débat de la part des juristes<sup>28</sup>. Mais ce débat ne se limite pas à une question de 23

---

<sup>18</sup> ELIAS, p. 22 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 111.

<sup>19</sup> LAQUEUR, p. 122 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 250.

<sup>20</sup> CHARLIER, p. 45 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 11. GAUTHIER, p. 14, qui considère que l'absence du cadavre dans le monde contemporain favorise le fait qu'il devienne un objet de fantasme.

<sup>21</sup> CHARLIER, p. 45 et 77 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 9.

<sup>22</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 45 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 250.

<sup>23</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 81.

<sup>24</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 79.

<sup>25</sup> THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 250.

<sup>26</sup> MANDRESSI, p. 170.

<sup>27</sup> BONDOLFI, *Status der Leiche*, p. 230 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 98.

<sup>28</sup> *Cf. infra* n° 293 ss.

pure technique juridique, il va bien au-delà<sup>29</sup>. Il influence directement le statut anthropologique du corps humain après la mort. Nous allons traiter de l'approche qui réifie le cadavre (II), puis de celle qui le personnifie (III).

## II. Le cadavre réifié

- 24 La première manière d'appréhender le cadavre consiste à s'arrêter à sa nature matérielle. Dans cette approche réaliste, le cadavre se limite à un phénomène biologique<sup>30</sup>. Selon cette vision, le cadavre n'est qu'un corps inerte<sup>31</sup>. Il est constitué de matière organique qui va irrémédiablement entrer en décomposition. Il s'agit de viande, d'un amas de cellules.
- 25 L'étymologie des termes servant à désigner le corps mort va dans ce sens. Le mot « cadavre » vient du terme latin « *cadaver* » qui est lui-même issu du verbe « *cadere* » qui signifie tomber, chuter : le cadavre ne peut plus soutenir son propre poids<sup>32</sup>. Quant au mot « dépouille », il tire son origine du verbe latin « *despoliare* » enlever, arracher : la dépouille est l'enveloppe privée de contenu<sup>33</sup>. Ces deux termes mettent donc en lumière le caractère inerte du corps mort.
- 26 La réification du cadavre peut être rapprochée d'une conception dualiste du corps et de l'esprit, selon laquelle la disparition de l'esprit au moment de la mort fait du cadavre un pur objet<sup>34</sup>. Le cadavre n'est « rien », c'est le néant<sup>35</sup>. C'est un objet dépourvu de signification<sup>36</sup>. Comme le résume l'anthropologue Louis-Vincent Thomas : « *Réifier le cadavre, c'est le désinvestir de toute*

---

<sup>29</sup> Dans ce chapitre, les termes de personne et de chose ne font pas référence aux notions juridiques du même nom. Nous traiterons en détail de ces dernières dans les chapitres 3 et 5.

<sup>30</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 98.

<sup>31</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 274 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 11 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 84.

<sup>32</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 324 ; LAQUEUR, p. 123 ; CHARLIER, p. 46. On notera qu'une autre explication étymologique est parfois proposée. Le mot cadavre serait la contraction de l'expression « *caro data vermibus* » (la chair donnée aux vers), cf. OTTIMOFIORE, p. 561 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 9.

<sup>33</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 687 ; CHARLIER, p. 46 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 54.

<sup>34</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 82.

<sup>35</sup> THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 250.

<sup>36</sup> CHARLIER, p. 47.

valeur qui rappelle l'être qu'il a été »<sup>37</sup>. Cette approche nie la personne qui a habité le corps et permet de traiter le cadavre comme une chose<sup>38</sup>. Le corps perd sa valeur d'incarnation<sup>39</sup>. On refuse l'humanité du cadavre<sup>40</sup>. Louis-Vincent Thomas considère qu'il y a trois modalités de réification du cadavre<sup>41</sup>.

La première de ces modalités revient à faire du cadavre un déchet, qui dérange et doit donc être éliminé au plus vite<sup>42</sup>. Les cadavres sont souvent considérés comme un problème pour l'hygiène et la santé publique<sup>43</sup>. Le traitement du cadavre fait d'ailleurs écho à celui des ordures<sup>44</sup>. 27

La deuxième modalité de réification du cadavre le transforme en une simple matière première dont on tire des objets<sup>45</sup>. On peut penser à l'horreur des camps nazis dans lesquels les cadavres de certains prisonniers servaient à la fabrication de divers produits (savons, vêtements, abat-jours, etc.)<sup>46</sup>. 28

La troisième modalité est le cadavre-marchandise qui s'insère dans le circuit économique pour être au service de la science<sup>47</sup>. Historiquement, il faut évoquer les problèmes d'approvisionnement en « matière première » des anatomistes pour leurs dissections<sup>48</sup>. Face à la retenue des autorités qui mettaient à disposition un nombre limité de corps aux anatomistes, ceux-ci ont eu recours à des voies détournées pour se fournir en cadavres : exhumations clandestines de corps récemment enterrés, vols ou achats de cadavres non réclamés auprès des hôpitaux, des fossoyeurs et des bourreaux ou meurtres de vagabonds<sup>49</sup>. Les vols ou enlèvements de cadavres vont susciter des réactions, parfois violentes, 29

---

37 THOMAS, *Le cadavre*, p. 98.

38 THOMAS, *Le cadavre*, p. 98.

39 LE BRETON, *La chair à vif*, p. 245.

40 LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 86.

41 THOMAS, *Le cadavre*, p. 98.

42 LE BRETON, *La chair à vif*, p. 280 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 98 s.

43 THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 251. Comme nous le verrons, la législation en matière funéraire relève en général du domaine de la santé, cf. *infra* n° 1139 et Annexe IV.

44 THOMAS, *Le cadavre*, p. 99. En Suisse, la majorité des personnes décédées ont recours à la crémation. Leur cadavre connaît ainsi un sort qui n'est pas sans rappeler celui des ordures ménagères.

45 THOMAS, *Le cadavre*, p. 100.

46 THOMAS, *Le cadavre*, p. 100 s.

47 THOMAS, *Le cadavre*, p. 101.

48 LE BRETON, *La chair à vif*, p. 119.

49 LE BRETON, *La chair à vif*, p. 72 et 120 ; MANDRESSI, p. 79 et 177 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 86 ; ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Tome II, p. 78.



de la population victime de ces actes<sup>50</sup>. Ce mouvement atteindra son paroxysme au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>51</sup>.

- 30 De nos jours, si la médecine de transplantation est fondée sur le principe du don altruiste, il existe bel et bien un « marché » (gratuit) des organes<sup>52</sup>. Un marché où la demande dépasse l'offre, entraînant une situation de pénurie. Un marché où les organes sont échangés entre hôpitaux, parfois au-delà des frontières nationales. Il faut également évoquer le trafic illégal et le marché noir d'organes humains.
- 31 Les cadavres plastinés préparés par l'institut de Gunther von Hagens ont acquis leur renommée au travers de leurs expositions controversées<sup>53</sup>. Mais cet institut a également une importante activité commerciale de vente de plastinats destinés à des institutions médicales<sup>54</sup>. Il existe ainsi un marché des pièces anatomiques<sup>55</sup>.
- 32 De manière générale, la manipulation du cadavre repose sur sa réification et l'évacuation de l'image du défunt<sup>56</sup>. En particulier, l'ouverture des cadavres et les différentes formes d'autopsies nécessitent cette mise à distance. Le cadavre doit être une chose pour pouvoir être disséqué<sup>57</sup>. L'anatomie est fondée sur la dissociation entre l'homme et le corps<sup>58</sup>. Le cadavre devient ainsi un objet scientifique auquel le savant ne donne pas de sens métaphysique et pour lequel il s'interdit tout sentiment<sup>59</sup>. L'anatomie encourage la conception cartésienne du corps comme une machine<sup>60</sup>. Comme l'explique David Le Breton, avec l'es-

---

<sup>50</sup> MANDRESSI, p. 185 et 192 ss.

<sup>51</sup> MANDRESSI, p. 182.

<sup>52</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 102.

<sup>53</sup> CHARLIER, p. 176 ss ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 236 ss.

<sup>54</sup> Cf. notamment l'article du journal *24Heures* « Plongée dans l'ancre du docteur von Hagens », des 16-17-18 septembre 2017.

<sup>55</sup> Cf. l'enquête de Reuters « The Body Trade : Cashing in on the donated dead », du 24 octobre 2017, disponible sur : <https://www.reuters.com/investigates/special-report/usa-bodies-brokers/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021) sur le marché des pièces anatomiques dans le domaine de la recherche aux États-Unis d'Amérique. Cf. également le reportage de l'émission de la RTS *Temps présent* « Ceci est mon corps, livré à la science », du 1<sup>er</sup> juillet 2021.

<sup>56</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 103.

<sup>57</sup> CHARLIER, p. 19 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 250 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 11 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 103.

<sup>58</sup> CORPATAUX, n° 364 ; CRIGNON-DE OLIVEIRA/GAILLE-NIKODIMOV, p. 44 s. ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 250.

<sup>59</sup> CHARLIER, p. 17 ss.

<sup>60</sup> CHARLIER, p. 49 ; CORPATAUX, n° 364 et les réf. citées ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 106 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 10 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 83 ; MANDRESSI, p. 206 s.

sur des dissections et de l'anatomie entre le XIV<sup>e</sup> et le XVII<sup>e</sup> siècle, le corps cesse d'être considéré comme un tout, mais devient un puzzle d'organes et de fonctions organiques<sup>61</sup>. Il voit dans la naissance de l'anatomie le moment d'une rupture anthropologique qui est l'un des fondements de la médecine moderne : la séparation entre l'homme et son corps<sup>62</sup>.

Malgré la réification du cadavre, un trouble subsiste pour celui qui pratique une autopsie<sup>63</sup>. Ouvrir un cadavre reste un geste grave<sup>64</sup>. Même les personnes régulièrement en contact avec des cadavres dans le cadre de leur profession semblent ne jamais s'y habituer complètement<sup>65</sup>. Un médecin n'autopsiera pas l'un de ses proches<sup>66</sup>. Le sentiment que l'être ne s'éteint pas avec la mort est toujours enraciné dans les mentalités occidentales<sup>67</sup>. Le souhait du philosophe grec Diogène le Cynique de voir son cadavre jeté par-dessus les murs de la cité et abandonné sans sépulture aux bêtes sauvages continue à paraître choquant<sup>68</sup>. Il existe une résistance sociale au fait de considérer le cadavre comme une simple enveloppe vide<sup>69</sup>. Le statut de machine conféré au corps par la biomédecine est contredit par la relation intime que l'individu entretient avec sa propre chair<sup>70</sup>. Cela nous mène à la deuxième approche qui se situe à l'opposé de la réification : la personnification du cadavre. 33

### III. Le cadavre personnifié

Cette approche revient à aller au-delà de la simple réalité matérielle du cadavre. Le cadavre représente alors quelque chose de radicalement différent de ce qu'il est<sup>71</sup>. Selon Thomas Laqueur : « *Pour les vivants, il est toujours – du moins pour un certain temps – plus que ce qu'il est* »<sup>72</sup>. 34

<sup>61</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 243 ; MANDRESSI, p. 142.

<sup>62</sup> LE BRETON, *Corps et personne*, p. 15 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 243 s. ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 87.

<sup>63</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 11 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 85.

<sup>64</sup> MANDRESSI, p. 170.

<sup>65</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 11 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 253.

<sup>66</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 275 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 85.

<sup>67</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 246.

<sup>68</sup> LAQUEUR, p. 62.

<sup>69</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 17.

<sup>70</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 295 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 87.

<sup>71</sup> LAQUEUR, p. 122.

<sup>72</sup> LAQUEUR, p. 20.

35 En Occident, l'idée d'une sensibilité du cadavre a existé durant l'Antiquité, le Moyen-Âge et jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>73</sup>. Ces convictions attribuaient au corps mort une forme de vie latente<sup>74</sup>. La chrétienté débat, à partir du II<sup>e</sup> siècle, de l'importance de l'état du corps et de la sépulture pour la résurrection<sup>75</sup>. Les théologiens considéraient que la destruction matérielle du cadavre n'a pas de conséquence pour la résurrection : Dieu peut façonner à nouveau ce qu'il a déjà façonné une première fois<sup>76</sup>. Malgré cela, le sentiment populaire persistait à croire que la violation d'une sépulture compromettait la vie éternelle<sup>77</sup>. Selon la conception populaire, le mort est « endormi » dans sa tombe, en attendant le retour du Christ<sup>78</sup>. Il est d'ailleurs révélateur que le mot « cimetière » vienne du grec « *koimētērion* » (κοιμητήριον) signifiant le lieu où l'on dort<sup>79</sup>. On peut évoquer par ailleurs la tradition judiciaire de la *cruentatio* : croyance qui a servi de moyen de preuve, selon laquelle, le cadavre d'une personne victime d'un homicide recommence à saigner par ses plaies en présence de son assassin<sup>80</sup>. On croit également que le cadavre peut bouger ou émettre des sons<sup>81</sup>. Ces superstitions peuvent être reliées à la hantise d'être enterré vivant et à la difficulté de diagnostiquer la mort avec certitude<sup>82</sup>. L'idée d'une sensibilité du cadavre était également un argument pour s'opposer aux dissections<sup>83</sup>.

---

<sup>73</sup> LE BRETON, Déclinaison du cadavre, p. 10 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 272 ; LE BRETON, Le cadavre ambigu, p. 84 ; THOMAS, Le cadavre, p. 33 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome II, p. 65.

<sup>74</sup> GAUTHIER, p. 85 ; THOMAS, Le cadavre, p. 32 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome II, p. 65, qui parle de *vis vegetans* ou de *vestigium vitae*. Cette croyance d'une vie du défunt dans son cadavre existait en particulier en Europe du Nord, cf. MANDRESSI, p. 58.

<sup>75</sup> MANDRESSI, p. 26 ss.

<sup>76</sup> CHARLIER, p. 48 ; MANDRESSI, p. 29 ss ; ALEXANDRE-BIDON, p. 184 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome I, p. 40.

<sup>77</sup> MANDRESSI, p. 31 s. ; LE BRETON, Déclinaison du cadavre, p. 10 ; ALEXANDRE-BIDON, p. 184 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome I, p. 39 ss.

<sup>78</sup> GAUTHIER, p. 85 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome I, p. 30 ss.

<sup>79</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 436 ; LAQUEUR, p. 125 ; THOMAS, Le cadavre, p. 56.

<sup>80</sup> LE BRETON, La chair à vif, p. 273 ; LE BRETON, Le cadavre ambigu, p. 84 ; THOMAS, Le cadavre, p. 33 ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome II, p. 65.

<sup>81</sup> THOMAS, Le cadavre, p. 33.

<sup>82</sup> THOMAS, Le cadavre, p. 19 et 33 s.

<sup>83</sup> LE BRETON, Déclinaison du cadavre, p. 10 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 273 ; LE BRETON, Le cadavre ambigu, p. 83 s. ; ARIÈS, L'homme devant la mort, Tome II, p. 63 ss.

Indépendamment de la croyance en une vie après la mort, le cadavre témoigne du fait que le défunt continue à exister<sup>84</sup>. Le corps reste habité par la personne<sup>85</sup>. La dépouille devient alors le substitut du défunt et en conserve la personnalité<sup>86</sup>. Pour les proches du défunt, le cadavre ne subit pas de rupture dans son humanité<sup>87</sup>. L'individu existe à travers ses relations et la mort ne met pas un terme aux liens entre les proches et le défunt<sup>88</sup>. Cela a pour conséquence que l'on prend soin du cadavre comme s'il était encore en vie<sup>89</sup>. Le corps va être lavé lors de la toilette mortuaire<sup>90</sup>. Ce soin vise tant la propreté que le respect du corps<sup>91</sup>. Des objets personnels ou des aliments peuvent accompagner le défunt dans sa sépulture. Le défunt est habillé avec soin pour ses obsèques<sup>92</sup>. On va veiller le mort, on lui parle<sup>93</sup>. Le corps est manipulé avec douceur. Tous ces rites funéraires témoignent d'une continuité et d'une présence du défunt au travers de son cadavre. Dans une culture positiviste et individualiste, le cadavre d'un proche est chéri pour entretenir l'illusion de sa présence<sup>94</sup>. Il devient alors un objet de pitié<sup>95</sup>. Les funérailles sont entourées d'une solennité pour ne pas troubler le repos du mort<sup>96</sup>.

Il existe un fort attachement à la dépouille de la personne<sup>97</sup>. La présence du cadavre facilite le deuil et son absence le complique<sup>98</sup>. Malgré les obstacles administratifs et financiers, les familles rapatrient les défunts décédés à l'étranger<sup>99</sup>. Un cadavre manquant est toujours problématique<sup>100</sup>. D'une part, le cadavre permet d'identifier le défunt<sup>101</sup>. D'autre part, il est en général nécessaire de retrouver le corps pour pouvoir amorcer le processus de deuil et éviter la

<sup>84</sup> LAQUEUR, p. 87.

<sup>85</sup> LAQUEUR, p. 123.

<sup>86</sup> GAUTHIER, p. 85.

<sup>87</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 276 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 12.

<sup>88</sup> CHARLIER, p. 58.

<sup>89</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 9 ; HERTZ, p. 78.

<sup>90</sup> BIOTTI-MACHE, p. 16 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 255, selon lequel cette pratique est quasiment universelle.

<sup>91</sup> BIOTTI-MACHE, p. 16.

<sup>92</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 12.

<sup>93</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 12 ; HERTZ, p. 78.

<sup>94</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 116.

<sup>95</sup> THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 254.

<sup>96</sup> ELIAS, p. 48.

<sup>97</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 9.

<sup>98</sup> BONDOLFI, *Organentnahme*, p. 102.

<sup>99</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 12.

<sup>100</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 87 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 45.

<sup>101</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 46.

persistance d'un espoir<sup>102</sup>. Enfin, la découverte du cadavre permet de fournir des informations sur les circonstances de la mort et coupe court à l'imaginaire qui pourrait se développer en l'absence de réponse<sup>103</sup>.

- 38 L'idée de personnification se retrouve également lorsqu'on s'en prend au cadavre dans un but d'humiliation ou de mépris. Achille s'acharne sur le corps d'Hector en le traînant à l'arrière de son char et le rend ainsi méconnaissable, niant son identité<sup>104</sup>. Jusqu'au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, les cadavres des condamnés faisaient souvent l'objet de sévices (mutilations, pendaison, crémation, dépeçage, défiguration ou dissection)<sup>105</sup>. S'en prendre au cadavre permet de continuer à s'en prendre au défunt<sup>106</sup>. Le fait de mettre à disposition pour une dissection le cadavre d'un criminel faisait partie de sa peine. Ces sanctions sur les cadavres des condamnés visaient à nier leur identité et leur humanité<sup>107</sup>. Dans ce sens, la privation de funérailles est la sanction ultime<sup>108</sup>. On exclut le défunt de la communauté humaine<sup>109</sup>. La privation de sépulture est réservée aux morts qui dérangent, que l'on veut oublier : condamnés à mort, suicidés, prostituées, criminels de masse, terroristes<sup>110</sup>. À l'inverse, le cadavre peut être un outil politique, au service d'une idéologie. Il faut mentionner par exemple le culte des reliques des martyrs de la chrétienté, les mausolées de certains chefs d'État ou le problème de la sépulture des personnes migrantes<sup>111</sup>.
- 39 Cette approche défend une vision unitaire du corps et de l'esprit. Le corps est la souche identitaire de l'homme<sup>112</sup>. Comme le rappelle David Le Breton, la condition humaine est nécessairement corporelle<sup>113</sup>. Tout rapport au monde né-

---

<sup>102</sup> CHARLIER, p. 110 s. ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 88.

<sup>103</sup> CHARLIER, p. 111.

<sup>104</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 81 s. ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 109 s.

<sup>105</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 10 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 273 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 84.

<sup>106</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 10 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 273 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 82.

<sup>107</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 257.

<sup>108</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 110.

<sup>109</sup> LAQUEUR, p. 21.

<sup>110</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 106 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 265. Sur le corps des criminels de masse, cf. GARIBIAN. Sur le sort des terroristes djihadistes, cf. KASTORYANO.

<sup>111</sup> BERTHOD, *La circulation des morts*, p. 93 ss.

<sup>112</sup> LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 79.

<sup>113</sup> LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 8 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 79.

cessite la médiation du corps<sup>114</sup>. Si le corps est l'homme, sa mort ne change rien, il reste celui qu'il fut<sup>115</sup>.

#### IV. Conclusion

Le dilemme entre un cadavre réifié ou un cadavre personnifié semble être une constante anthropologique. Aujourd'hui encore, les sociétés occidentales restent divisées sur le statut du cadavre humain<sup>116</sup>. 40

Aucune des deux approches n'a réussi à éclipser l'autre définitivement. Le statut du cadavre constitue un entre-deux, un compromis entre ces deux approches. Par exemple, le médecin légiste qui pratique une autopsie, réduisant le cadavre à un champ d'investigation, continue à voir dans le cadavre un patient, qu'il traite avec respect et retenue<sup>117</sup>. Au terme de l'autopsie, il prend soin de restaurer l'apparence du corps avant de le rendre aux proches du défunt<sup>118</sup>. Les deux approches que nous avons présentées peuvent se combiner et ne sont pas exclusives l'une de l'autre. En fonction des circonstances, l'une peut prendre le dessus sur l'autre. 41

L'ambivalence du cadavre va se retrouver lorsque nous allons étudier son statut juridique. Comme nous le verrons dans notre étude, elle apparaît dans le débat sur la nature juridique du cadavre, entre personne et chose (au sens technique du terme)<sup>119</sup>. Elle se retrouve également en filigrane des normes régissant les actes sur le cadavre. Ces normes autorisent certaines interventions sur un cadavre, tout en les soumettant à certaines conditions, en particulier en exigeant un consentement. 42

---

<sup>114</sup> LE BRETON, Déclinaison du cadavre, p. 8.

<sup>115</sup> LE BRETON, La chair à vif, p. 285.

<sup>116</sup> LE BRETON, Déclinaison du cadavre, p. 10. Pour David Le Breton la question du don d'organes met en lumière le débat sur le statut du cadavre dans la société occidentale : LE BRETON, La chair à vif, p. 279.

<sup>117</sup> CHARLIER, p. 116.

<sup>118</sup> CHARLIER, p. 93 ; LE BRETON, Le cadavre ambigu, p. 88.

<sup>119</sup> Cf. *infra* n° 293 ss.



---

## Chapitre 2 : La mort

### I. Introduction

Ce chapitre est consacré à l'étude de l'évènement naturel qu'est la mort sous le prisme du droit. La détermination du moment exact de la mort est primordiale en raison de ses effets considérables dans l'ordre juridique. À titre d'exemple, dès le moment où une personne est décédée, l'obligation de soin du médecin prend fin<sup>120</sup> ; il est possible de prélever les organes d'un donneur selon l'art. 8 al. 1 *litt.* b LTx<sup>121</sup> ; l'instant du décès d'une personne détermine ses héritiers selon l'art. 542 du Code civil du 10 décembre 1907 (CC)<sup>122</sup>. Il est donc essentiel de pouvoir déterminer précisément le moment du décès<sup>123</sup>. 43

En premier lieu, il est nécessaire de faire la distinction entre différents éléments<sup>124</sup>. 44

- La définition de la mort. Cela revient à répondre à la question : qu'est-ce que la mort ? Nous verrons que cette question dépasse le domaine juridique et ne semble pas avoir de réponse définitive.
- Le critère de la mort permet de répondre à la question : à quoi reconnaît-on la mort ? Cette question est bien entendu liée à la définition de la mort, mais appelle une réponse précise et en principe valable pour l'ensemble de l'ordre juridique. Le critère doit permettre de déterminer si une personne est morte ou vivante avec certitude.
- Le constat de la mort traite des moyens d'établir que le critère de la mort est rempli. C'est la question : comment prouver la mort ? Cela implique de définir des règles techniques. La science médicale joue un rôle central dans

---

<sup>120</sup> BONDOLFI, Hirntod, p. 141 ; MANAI, Droits du patient, p. 275 ; MONTEVERDE/RID, p. 1 ; PIOTET P., La détermination, p. 558.

<sup>121</sup> AEBI-MÜLLER *et alii*, n° 234.

<sup>122</sup> RS 210. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 453. *Cf.* aussi l'art. 32 CC pour la preuve de la mort.

<sup>123</sup> L'art. 8 *litt.* g ch. 2 de l'ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC, RS 211.112.2) demande l'heure exacte du décès. L'art. 83 al. 1 ch. 1 aOEC prévoyait même la mention de la minute du décès. PIOTET P., La détermination, p. 559.

<sup>124</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 81 ; DFI, LTx, p. 34. MANAI, Droits du patient, p. 273 ; FREI, p. 21 ; HÖFLING, p. 796.



le constat de la mort<sup>125</sup>. En fonction des circonstances de la mort, la manière de constater que le critère de la mort est rempli peut varier<sup>126</sup>.

- 45 Nous allons donc commencer par une tentative de définition de la mort (II), puis nous traiterons du critère de la mort (III). Nous aborderons ensuite le constat de la mort (IV), l'annonce (V) et le moment de la mort (VI). Enfin, nous terminerons avec le débat qui entoure la mort cérébrale (VII).

## II. Une tentative de définition

### A. La mort en elle-même

- 46 L'art. 31 al. 1 CC ne contient pas de définition de la mort : le législateur ne voulait pas prendre le risque de fournir une définition qui soit rapidement dépassée par les progrès scientifiques<sup>127</sup>. Ce silence qualifié témoigne de la prudence et de l'humilité du législateur face à une question aussi complexe<sup>128</sup>. Le Code civil ne contient aucune indication sur la manière de constater la mort<sup>129</sup>. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion donner une définition de la mort : « *Un être humain doit être considéré comme mort dès que les fonctions nécessaires à la survie ont totalement et définitivement cessé* »<sup>130</sup>. Deux éléments en ressortent : la notion de « fonctions nécessaires à la survie » qui est donc centrale pour définir la mort (et, par opposition, la vie) et le caractère total et irréversible de la

---

<sup>125</sup> HOFER, p. 73, qui parle même de monopole de la constatation (*Feststellungsmonopol*) ; HÖFLING, p. 796.

<sup>126</sup> DFI, LTx, p. 34 ; DEVAUD, p. 17.

<sup>127</sup> Ni l'exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil, ni le Message du Conseil fédéral concernant le projet de Code civil n'abordent la question de la définition de la mort et ne donnent d'explication à ce silence, cf. par exemple HUBER, p. 73 s. ; MCF CC, FF 1904 IV, p. 19. Sur les raisons du silence du législateur, cf. ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 3a ; MEIER, Droit des personnes, n° 39 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 40 ; GUILLOD, Droit médical, n° 633 ; MANAI, Jusletter, § 4 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 81 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 33 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 445 ; MANAI, Droits du patient, p. 273 ; CR CC I-MANAI, n° 20 ad art. 31 ; BUCHER, n° 209 ; RIEMER, n° 130 ; BRÜCKNER, n° 61 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.4.1.2 ; HINDERLING, RSJ 1969, p. 237 ; MERZ, p. 329.

<sup>128</sup> MANAI, Jusletter, § 4 ; MANAI, Droits du patient, p. 273 ; PIOTET P., La détermination, p. 562.

<sup>129</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4a. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 81.

<sup>130</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b. BSK ZGB I-BERETTA, n° 32 ad art. 31 ; GUINAND, Rapport sur le corps humain, p. 168.

cessation de ces fonctions. La formule des juges de Mon Repos reste cependant très vague et peu satisfaisante. Elle ne permet pas de déterminer dans un cas concret si une personne est morte ou vivante.

## B. *La mort comme contraire de la vie*

Une autre approche consiste à définir la mort par opposition à la vie<sup>131</sup>. Bien qu'elle garantisse le droit à la vie, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) ne la définit pas<sup>132</sup>. La loi est tout aussi muette<sup>133</sup>. Le Tribunal fédéral propose une définition de la vie protégée par la Constitution : « *l'ensemble des fonctions biologiques et psychiques caractérisant l'être humain* »<sup>134</sup>. Là encore, la formule des juges de Mon Repos n'est guère utile.

L'art. 31 al. 2 CC exige que l'enfant naisse « vivant » pour lui octroyer la qualité de personne. Comme pour la mort, le législateur n'a pas défini la vie<sup>135</sup>. Selon la doctrine, il suffit que l'enfant montre des signes de vie, comme des battements de cœur ou une respiration, même quelques instants<sup>136</sup>. La pulsation du cordon ombilical et les mouvements sont aussi des signes de vie<sup>137</sup>. Certains auteurs estiment que par souci de cohérence avec le critère de la mort, un enfant ne doit pas être en état de mort cérébrale pour être vivant<sup>138</sup>. Ces éléments ne

<sup>131</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 1637, qui définit la mort comme : « *la cessation définitive de la vie (d'un être vivant)* ».

<sup>132</sup> RS 101. Le droit à la vie est garanti à l'art. 10 al. 1 Cst. et à l'art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101). MEIER, Droit des personnes, n° 19 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 301 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 55 ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 161.

<sup>133</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 5.

<sup>134</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 16 ad art. 10 ; HOLLIGER, p. 82 ; BORGHI, L'image de la mort, p. 33.

<sup>135</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 41 ; HUBER, p. 73 s., qui mentionne les évolutions de la science médicale.

<sup>136</sup> BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 161 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 431 ; CR CC I-MANAÏ, n° 5 ad art. 31 ; BUCHER, n° 195 ss ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167 ; MERZ, p. 329. Sur cette question, cf. *infra* n° 609 ss.

<sup>137</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345. BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167.

<sup>138</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 24 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 42 ; BUCHER, n° 196. *Contra* : CR CC I-MANAÏ, n° 5 ad art. 31. Cf. *infra* n° 57 ss pour le critère de la mort cérébrale et n° 611 pour plus de détails sur la question des enfants en état de mort cérébrale.

permettent pas de donner une définition détaillée de la vie et ne précisent pas la définition de la mort<sup>139</sup>.

### C. Une définition impossible

- 49 Aucune définition de la vie ou de la mort ne saurait être définitive<sup>140</sup>. Cette question dépasse largement le domaine juridique et concerne aussi bien la philosophie que la biologie<sup>141</sup>. Comme le relèvent Olivier Guillod et Jean-François Dumoulin : « *Il est par conséquent difficile, pour ne pas dire impossible, d'arrêter de façon certaine le moment précis où finit la vie et où, par conséquent, commence la mort* »<sup>142</sup>. Pour la biologie, la mort est un processus et non pas un instant précis<sup>143</sup>.
- 50 Cependant, le droit doit fixer avec certitude l'état d'une personne vivante ou morte à chaque instant. Pour cela, le droit doit choisir, plutôt qu'une définition, un critère de la mort<sup>144</sup>. Comme nous le verrons, l'ordre juridique suisse ne consacre pas une définition de la mort, mais un critère<sup>145</sup>. Le choix d'un tel critère est ardu, car il soulève des questions éthiques ou philosophiques<sup>146</sup>.

## III. Le critère de la mort

- 51 La mort est un évènement naturel, mais qui a des conséquences juridiques. L'ordre juridique doit définir un critère permettant de prouver la survenance de cet évènement. La mort n'a pas changé au cours de l'histoire, en re-

---

<sup>139</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 82 ; DFI, LTx, p. 35.

<sup>140</sup> CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 5 ; URRY *et alii*, p. 2, qui rattachent la vie à certaines capacités : une structure ordonnée, l'adaptation évolutive, la réaction au stimulus de l'environnement, la reproduction, la croissance et le développement, l'utilisation d'énergie et l'homéostasie ; VERSPIEREN, p. 16 ; PY, p. 17.

<sup>141</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 9.

<sup>142</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 5.

<sup>143</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 81. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1005 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 34 ; GALETTI, n° 27 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 80 ; AEBI-MÜLLER *et alii*, n° 235 ; HK HFG-ZAUGG, n° 2 ad art. 76 ; FREI, p. 14 ; BÄR, p. 435 ; THOMAS, Le cadavre, p. 16.

<sup>144</sup> FREI, p. 14 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 5.

<sup>145</sup> FREI, p. 22. *Cf. infra* n° 78 ss.

<sup>146</sup> DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 161.

vanche, le critère déterminant peut évoluer<sup>147</sup>. Ce critère est en partie de nature descriptive, car il se fonde sur les connaissances que la biologie et la médecine ont du processus de mort<sup>148</sup>. Le critère a aussi un caractère normatif<sup>149</sup>. La mort au sens de l'art. 31 al. 1 CC est un concept juridique<sup>150</sup>. Un moment particulier du processus de la mort est choisi comme le moment déterminant à partir duquel une personne est considérée comme décédée. Ce critère détermine la fin de la personnalité. Il doit donc tenir compte de la nature relationnelle de la personne<sup>151</sup>. Le critère légal de la mort doit être pragmatique et opérationnel afin de répondre aux interrogations et aux défis propres au domaine juridique. Ce critère va préciser la notion de « fonctions nécessaires à la survie » et de « cessation irréversible et totale »<sup>152</sup>.

La mort, telle qu'elle est appréhendée par le droit, se doit d'être unique et identique pour tous<sup>153</sup>. La cause ou les circonstances de la mort ne jouent pas de rôle dans la perte de la personnalité<sup>154</sup>. Le critère ne doit pas être influencé par les circonstances qui aboutissent au trépas<sup>155</sup>. Il doit être conforme aux exigences de la Constitution, notamment le droit à la vie<sup>156</sup>. La manière de constater la mort peut varier en fonction des circonstances<sup>157</sup>. 52

Malgré cet aspect normatif, les juristes vont se fonder sur les connaissances de la médecine dans le choix d'un critère de la mort. Il y a un critère juridique, qui est constaté par un médecin via des observations empiriques<sup>158</sup>. Le choix d'un critère correspond au choix d'une manifestation de la mort, qui en permet la preuve, mais n'est pas une définition de la mort en elle-même<sup>159</sup>. La médecine ne va pas définir la mort, mais se prononcer sur la présence ou l'absence de signes de vie et sur le caractère réversible d'une situation<sup>160</sup>. 53

<sup>147</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 11.

<sup>148</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 5 et 9.

<sup>149</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 998 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 34 ss ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 84 ; MANAI, Droits du patient, p. 271 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 5 ; HÖFLING, p. 797. Sur cette question, LACHENMEIER, Der Tod im liberalen Staat, p. 152 ss.

<sup>150</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 68.

<sup>151</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 95 ; MÜLLER, p. 464.

<sup>152</sup> Cf. *supra* n° 46.

<sup>153</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 633 ; DEVAUD, p. 17 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 9.

<sup>154</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 38 ; DUCOR, RDS, p. 271.

<sup>155</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 9.

<sup>156</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490, consid. 4b. MÜLLER, p. 464.

<sup>157</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 9.

<sup>158</sup> BONDOLFI, Hirntod, p. 140 ; MANAI, Droits du patient, p. 275.

<sup>159</sup> HAAS-LEICHMACHER, p. 107 ; PIOTET P., La détermination, p. 561.

<sup>160</sup> BONDOLFI, Hirntod, p. 140.

- 54 Nous allons traiter des deux principaux critères de la mort : la mort cardiaque et la mort cérébrale. Nous allons présenter les circonstances qui ont conduit à l'apparition puis à l'adoption de la mort cérébrale comme critère déterminant. Nous reviendrons aussi sur l'évolution du cadre normatif qui a abouti à la consécration de ce critère à l'art. 9 de la LTx.

### A. *La mort cardiaque*

- 55 Durant des siècles, il n'a pas été nécessaire de fixer un critère de mort dans la loi. Il est intéressant de relever que les règles contenues dans le Code civil (qui date de 1907) traitent d'autres problèmes, comme de la question des comourants (art. 32 al. 2 CC), de la mort tenue pour certaine (art. 34 CC) ou de l'absence (art. 35 ss CC). La conception de la mort était suffisamment univoque<sup>161</sup>. Celle-ci se manifeste par de nombreux signes : lividité cadavérique (*livor mortis*), rigidité cadavérique (*rigor mortis*), pâleur *post mortem* (*pallor mortis*) et perte de température (*algor mortis*)<sup>162</sup>. Néanmoins ces signes apparaissent quelque temps après la mort et ne permettent pas de la dater précisément.
- 56 L'arrêt de la respiration, puis l'absence de battement du cœur et de circulation sanguine ont été considérés comme délimitant la mort<sup>163</sup>. La mort est causée par une défaillance irréversible du cœur et des poumons<sup>164</sup>. Ce critère peut facilement être constaté<sup>165</sup>. Le critère de la mort cardiaque est lié à une conception philosophique du cœur comme siège de l'âme<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 79.

<sup>162</sup> LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 676 ; BURCH, p. 2.

<sup>163</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 990 ; GUILLOD, Droit médical, n° 633 ; MANAI, Droits du patient, p. 271 ; BRÜCKNER, n° 62 ; HINDERLING, RSJ 1969, p. 236.

<sup>164</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 79. BÜCHLER/MICHEL, p. 34 ; MANAI, Droits du patient, p. 271 ; MERZ, p. 329.

<sup>165</sup> PIOTET P., La détermination, p. 562. Cependant il faut réserver certaines situations de « *vie a minima* » où il est difficile de s'assurer de l'arrêt cardiaque de façon certaine, cf. BOXHO/BEAUTHIER, p. 27.

<sup>166</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 79 ; FREL, p. 17 ; HINDERLING, RSJ 1969, p. 236. Pour une petite histoire des conceptions médicales de la mort, cf. BARRAS, p. 24 ss ; ROACH, p. 151 ss.

## B. *La mort cérébrale*

### 1. **Les avancées de la médecine**

#### a. Les techniques de réanimation

À partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les progrès des techniques de réanimation et de respiration artificielle ont amené les médecins à revoir cette conception<sup>167</sup>. Une défaillance du système cardio-respiratoire n'est plus irréversible<sup>168</sup>. L'arrêt cardio-circulatoire n'est alors déterminant qu'après l'épuisement des possibilités de réanimation<sup>169</sup>. La médecine intensive a développé des appareils capables de compenser temporairement la défaillance de certains organes<sup>170</sup>. Il est possible de maintenir artificiellement en vie une personne dont le cœur ou le système respiratoire ont cessé de fonctionner<sup>171</sup>. Il se pose alors le problème de la possibilité et de l'opportunité de mettre un terme à la respiration artificielle<sup>172</sup>. 57

#### b. La médecine de transplantation

Par ailleurs, le développement de la médecine de transplantation a aussi remis en question le critère de la mort cardiaque. Deux exigences s'imposent aux médecins. Il est essentiel de définir précisément à partir de quel moment un patient est mort, ce qui autorise le prélèvement de ses organes vitaux pour autant que les autres conditions légales et médicales soient réunies<sup>173</sup>. 58

Le critère doit être favorable à l'obtention d'organes dans un état qui permet leur transplantation<sup>174</sup>. En particulier, la perspective de parvenir à une transplantation cardiaque nécessitait la définition d'un nouveau critère de la mort<sup>175</sup>. 59

<sup>167</sup> GALETTI, n° 439 ; BARRAS, p. 32 ss ; MANAI, Droits du patient, p. 271 ; CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 9 ; STEINER, p. 26 s. ; BÄR, p. 435 ; PIOTET P., La détermination, p. 559.

<sup>168</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 79. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 94 ; FREI, p. 18.

<sup>169</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 79. MERZ, p. 348.

<sup>170</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 80. En particulier le respirateur artificiel.

<sup>171</sup> BRÜCKNER, n° 63.

<sup>172</sup> BERNAT, p. 164 ; MONTEVERDE/RID, p. 1 ; STEINER, p. 27 ; SINGER, p. 23 s. ; PIOTET P., La détermination, p. 560.

<sup>173</sup> GALETTI, n° 439 ; PIOTET P., La détermination, p. 560.

<sup>174</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 633.

<sup>175</sup> BECCHI, p. 121. La première greffe de cœur a été réalisée en Afrique du Sud par Christian Barnard, le 3 décembre 1967 au Cap, cf. HÖFLING, p. 793.

En effet, il n'est pas possible de transplanter un cœur s'il faut attendre son dysfonctionnement complet et irréversible pour pouvoir le prélever<sup>176</sup>. Cela rend impossible de disposer d'un cœur « frais » pour une greffe<sup>177</sup>. Il était donc devenu inéluctable de remettre en question la pertinence du critère de la mort cardiaque afin de déterminer si un patient est mort et s'il est admis de prélever ses organes<sup>178</sup>.

c. De nouvelles propositions dans la littérature scientifique

- 60 À partir des années 1950, la science médicale a cherché à définir un nouveau critère de la mort. En 1959, Michel Juvet détermine le diagnostic de « la mort » du système nerveux central<sup>179</sup>. Dans l'étude de quatre cas, il constate que malgré le maintien temporaire en vie par un respirateur artificiel, des patients gravement blessés au crâne n'ont pas repris leur respiration spontanée<sup>180</sup>. Selon lui, il ne faut tenter de réanimer un patient par respiration artificielle que si un retour à une activité nerveuse est possible ; ce qui doit être exclu si le système nerveux central est « mort »<sup>181</sup>.
- 61 La même année, les neurologues Pierre Mollaret et Maurice Goulon ont été les premiers à décrire l'état de « coma dépassé »<sup>182</sup>. Cet état est défini comme une disparition totale des fonctions de vie relationnelle (conscience, mobilité, sensibilité et réflexes) et de vie végétative (respiration, circulation et thermorégulation)<sup>183</sup>. Ils ne considèrent pas que cet état corresponde à la mort, qui n'intervient qu'avec l'arrêt définitif du cœur<sup>184</sup>. Ces recherches témoignent de l'intérêt de la science médicale de cette époque pour une meilleure compréhension des dysfonctionnements du cerveau.

---

<sup>176</sup> BARRAS, p. 33 ; PIOTET P., La détermination, p. 560.

<sup>177</sup> PIOTET P., La détermination, p. 564.

<sup>178</sup> MONTEVERDE/RID, p. 2 ; HÖFLING, p. 793 ; PIOTET P., La détermination, p. 559.

<sup>179</sup> JOUVET, p. 805 ss. Cf. BECCHI, p. 120 ; STEINER, p. 28 ss.

<sup>180</sup> JOUVET, p. 805.

<sup>181</sup> JOUVET, p. 808.

<sup>182</sup> MOLLARET/GOULON, p. 3. Cf. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 85 ; BECCHI, p. 120 ; HÖFLING, p. 792.

<sup>183</sup> MOLLARET/GOULON, p. 4 ss.

<sup>184</sup> MOLLARET/GOULON, p. 5. Cf. HÖFLING, p. 792.

d. Le comité Ad Hoc de la *Harvard Medical School*

C'est en 1968 que le Comité Ad Hoc de la *Harvard Medical School* propose pour la première fois de considérer la « mort cérébrale » comme le nouveau critère de la mort<sup>185</sup>. La mort cérébrale est alors définie comme un coma irréversible, dans lequel le cerveau a arrêté de fonctionner de manière permanente<sup>186</sup>. Les signes cliniques d'un tel état sont : l'absence de réceptivité et de réponse aux stimuli, l'absence de mouvement ou de respiration spontanée, l'absence de réflexes et un électroencéphalogramme plat<sup>187</sup>. 62

Selon le comité, les nouvelles observations de la science médicale doivent aboutir à l'adoption d'un nouveau critère légal de la mort<sup>188</sup>. Le comité fonde sa proposition sur deux motifs : 63

- À la suite des efforts entrepris pour la maintenir en vie, une personne peut se retrouver dans la situation où son cœur bat, mais son cerveau est irrémédiablement endommagé. Cette situation est extrêmement complexe et pénible pour les proches du patient et pour les membres des équipes médicales, surtout lorsqu'il y a une demande pour des places dans les services de soins intensifs.
- Un critère obsolète de la mort conduit à des controverses pour le prélèvement d'organes dans le cadre de la médecine de transplantation<sup>189</sup>.

## 2. Les directives de l'ASSM

La proposition du Comité Ad Hoc de Harvard a rapidement eu un succès international<sup>190</sup>. Ainsi l'Académie suisse des sciences médicales publiera en 1969 ses directives pour la définition et le diagnostic de la mort<sup>191</sup>. Ces directives ont été adoptées par l'ASSM, une fondation de droit privé ; elles n'ont donc pas de 64

---

<sup>185</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 337. Cf. DONZALLAZ, Vol. I, n° 991 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 86.

<sup>186</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 337.

<sup>187</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 337 ss.

<sup>188</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 339.

<sup>189</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 337 ; MCF LTx, FF 2002, p. 80 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 86.

<sup>190</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 633 ; BECCHI, p. 123.

<sup>191</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 1969.



portée juridiquement contraignante<sup>192</sup>. Néanmoins, comme nous allons le voir, les directives de l'ASSM ont eu une influence décisive sur l'ordre juridique suisse. Selon ces directives, l'être humain est mort à l'une des deux conditions alternatives suivantes<sup>193</sup> :

- a) arrêt cardiaque irréversible, entraînant l'interruption de la circulation sanguine dans l'organisme et par là même dans le cerveau : mort cardio-circulatoire ;
- b) défaillance complète et irréversible des fonctions ou mort du cerveau : mort cérébrale.

65 Même si elles évoquent la mort cardiaque, ces directives font primer le critère de la mort cérébrale. Elles considèrent que la défaillance complète et irréversible du cerveau conduit à celle du reste du corps<sup>194</sup>. Le diagnostic de la mort cérébrale autorise l'arrêt de la respiration artificielle et le prélèvement d'organes<sup>195</sup>.

66 Malgré plusieurs révisions de ces directives, le texte n'évolue pas pendant plusieurs années sur cette question<sup>196</sup>. La version de 1996 précise que la défaillance doit toucher le cerveau et le tronc cérébral<sup>197</sup>. Les directives de 2005 proposent une nouvelle formulation :

La mort peut être due aux causes suivantes :

- une défaillance complète et irréversible du cerveau, y compris du tronc cérébral, due à une lésion ou une maladie primaire affectant le cerveau ;
- un arrêt cardiaque et circulatoire persistant, qui diminue ou interrompt la circulation sanguine cérébrale pendant assez longtemps pour provoquer une défaillance irréversible du cerveau et du tronc cérébral, c'est-à-dire la mort (mort par arrêt cardio-circulatoire)<sup>198</sup>.

67 Cette révision des directives a été engagée à l'occasion de l'adoption de la LTx<sup>199</sup>. Les directives ont été modifiées en 2011, sans que le critère de la mort ait changé<sup>200</sup>. La mort est constatée par la mise en évidence des signes d'une

---

<sup>192</sup> BSK ZGB I-BERETTA, n° 33 ad art. 31 ; BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle, p. 21 ; BORGHI, L'image de la mort, p. 35.

<sup>193</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 1969, n° 4.

<sup>194</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 1969, n° 3.

<sup>195</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 1969, n° 9.

<sup>196</sup> Les directives ont été révisées en 1981 et 1983.

<sup>197</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 1996, ch. 1.

<sup>198</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2005, ch. 1.

<sup>199</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2005, p. 2. Sur l'entrée en vigueur de la LTx, cf. *infra* n° 78.

<sup>200</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2011, ch. 1.

défaillance irréversible et totale des fonctions cérébrales, y compris du tronc cérébral<sup>201</sup>. On distingue la mort cérébrale primaire, due à une lésion directe du cerveau, de la mort cérébrale secondaire, causée par la défaillance du système cardio-circulatoire qui entraîne l'interruption de l'oxygénation du cerveau et donc son dysfonctionnement<sup>202</sup>.

Les directives de l'ASSM ont été révisées le 16 mai 2017<sup>203</sup>. Cette révision des directives a suivi la révision de la LTx du 19 juin 2015<sup>204</sup>. La révision de la LTx et des directives vise notamment à encadrer et favoriser le don d'organes à cœur arrêté<sup>205</sup>. Sur la question du critère de la mort, une nouvelle formulation est proposée, qui ne change rien sur le plan matériel :

La mort peut être due aux causes suivantes :

- une lésion ou une maladie cérébrale primaire qui en cas de défaillance irréversible du cerveau y compris du tronc cérébral mènent à la mort (mort consécutive à une lésion cérébrale primaire) ;
- un arrêt circulatoire persistant qui interrompt la circulation sanguine cérébrale suffisamment longtemps pour provoquer une défaillance irréversible du cerveau y compris du tronc cérébral et donc la mort (mort après arrêt circulatoire persistant)<sup>206</sup>.

### 3. Les droits cantonaux

Le développement de la médecine de transplantation en Suisse a soulevé la question d'un critère précis de la mort. Jusqu'en 1999, les cantons étaient compétents en matière de transplantation d'organes<sup>207</sup>. Vingt-deux cantons avaient légiféré en matière de médecine de transplantation<sup>208</sup>. De nombreux cantons

<sup>201</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2005, p. 3.

<sup>202</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 42 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 36 ad art. 31 ; CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 9 ; HOFER, p. 71 ss.

<sup>203</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017.

<sup>204</sup> <https://www.assm.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Transplantation-d-organes/Transplantation-d-organes-diagnostic-mort.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Pour la révision de la LTx, RO 2016, p. 1163 et RO 2017, p. 5629.

<sup>205</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070 ss. Sur le don à cœur arrêté, cf. *infra* n° 114 ss et le chapitre 9.

<sup>206</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, p. 13.

<sup>207</sup> Cf. *infra* n° 77.

<sup>208</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 54. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 14 ; HOFER, p. 29 ss.

avaient choisi de renvoyer aux directives de l'ASSM dans leur réglementation, notamment sur la question du critère du décès<sup>209</sup>.

#### 4. La jurisprudence du Tribunal fédéral

70 Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur le critère de la mort cérébrale et la conformité des directives de l'ASSM avec la Constitution lors de l'examen de dispositions cantonales.

##### a. L'arrêt Gross (ATF 98 Ia 508)

71 En 1972, le Tribunal fédéral a dû examiner la législation zurichoise sur la transplantation d'organes<sup>210</sup>. L'art. 44 de l'ordonnance zurichoise sur les établissements médicaux cantonaux du 25 mars 1971 prévoyait que la mort était établie selon les directives de l'ASSM<sup>211</sup>. Les recourants estimaient que le renvoi aux directives de l'ASSM était contraire à l'art. 31 al. 1 CC<sup>212</sup>.

72 Les juges de Mon Repos rappellent que l'art. 31 al. 1 CC ne contient pas de règle sur le constat de la mort<sup>213</sup>. C'est un silence qualifié qui renvoie aux dernières connaissances de la science. La législation zurichoise procède à ce renvoi en se référant aux directives de l'ASSM<sup>214</sup>.

73 La liberté personnelle, qui protège la personnalité, comprend en premier lieu le droit à la vie, qui ne peut pas être restreint<sup>215</sup>. Il faut définir les limites de cette protection : cette tâche ne peut pas revenir au juge constitutionnel<sup>216</sup>. Son rôle n'est pas de définir le véritable critère de la mort, mais d'examiner si le critère proposé par les sciences naturelles correspond à la protection minimale garantie par la Constitution<sup>217</sup>. Il revient à la médecine de déterminer le critère permettant le diagnostic de la mort<sup>218</sup>. Le Tribunal fédéral relève l'approbation

---

<sup>209</sup> AR, BE, BL, GE, LU, OW, SO, TI et ZH, *cf.* MCF LTx, FF 2002, p. 54 ; DEVAUD, p. 15 ; HOFER, p. 30.

<sup>210</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.).

<sup>211</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), faits A.

<sup>212</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), faits B. FREI, p. 23.

<sup>213</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 3a. HOFER, p. 34.

<sup>214</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 3a.

<sup>215</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4a.

<sup>216</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

<sup>217</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

<sup>218</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

quasiment unanime par la science médicale du critère de la mort cérébrale, qui a détrôné celui de la mort cardiaque<sup>219</sup>. Si une défaillance du cœur peut être compensée artificiellement, il n'est pas possible de remédier à un dysfonctionnement du cerveau<sup>220</sup>. Les directives de l'ASSM reposent sur les connaissances les plus actuelles de la science médicale<sup>221</sup>. Notre Haute Cour refuse de s'immiscer dans le débat scientifique<sup>222</sup>. La législation zurichoise ne porte ni atteinte au droit à la vie ni aux droits de la personnalité<sup>223</sup>. Le Tribunal fédéral apporte néanmoins la réserve suivante : « *Il ressort de là et des précédentes considérations sur l'étendue de la protection du droit fondamental à la vie que le médecin appelé à constater le décès doit procéder à d'autres vérifications lorsque certains critères fixés par les directives lui paraissent peu sûrs, que ce soit en raison de ses propres recherches soit de nouvelles découvertes scientifiques dont il a eu connaissance fortuitement* »<sup>224</sup>.

#### b. L'arrêt Himmelberger (ATF 123 I 112)

En 1997, le Tribunal fédéral a procédé au contrôle abstrait de la loi genevoise sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus qui renvoyait elle aussi aux directives de l'ASSM pour le critère de la mort. Le recourant critiquait en particulier le manque de densité normative de la législation genevoise<sup>225</sup>. Le moment du décès est déterminant pour fixer le départ d'un délai de six heures permettant aux proches du défunt de s'opposer au prélèvement d'organes en l'absence de volonté exprimée par le défunt<sup>226</sup>. Le Tribunal fédéral confirme l'arrêt Gross en rappelant la pertinence et la légitimité des directives de l'ASSM dans plusieurs domaines<sup>227</sup>. Il souligne la volonté de protection et non de restriction des droits fondamentaux que poursuit la loi genevoise, ce qui permet de se montrer moins exigeant vis-à-vis d'un renvoi<sup>228</sup>. Le caractère dynamique du renvoi vise à protéger au maximum les droits fonda-

74

<sup>219</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

<sup>220</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

<sup>221</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4c.

<sup>222</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b.

<sup>223</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4d.

<sup>224</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4d.

<sup>225</sup> ATF 123 I 112, consid. 7.

<sup>226</sup> ATF 123 I 112, consid. 7c.

<sup>227</sup> ATF 123 I 112, consid. 7bb et les réf. citées. FREI, p. 24.

<sup>228</sup> ATF 123 I 112, consid. 7dd.

mentaux en permettant une adaptation aux dernières connaissances scientifiques<sup>229</sup>. La publication des directives les rend accessibles<sup>230</sup>. Les juges de Mon Repos ont à nouveau fait preuve de retenue et n'ont pas voulu trancher une éventuelle controverse scientifique<sup>231</sup>. Ils relèvent encore une fois le consensus et le respect existant dans la communauté médicale vis-à-vis de ces directives<sup>232</sup>. Enfin, ils considèrent leur précision suffisante pour le particulier<sup>233</sup>.

## 5. La réglementation fédérale

75 L'essor de la médecine de transplantation et les enjeux importants qu'elle soulève ont abouti à l'adoption d'une législation fédérale harmonisée et exhaustive<sup>234</sup>.

a. L'arrêté fédéral du 22 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants

76 Il s'agit de la première réglementation fédérale qui touche au domaine de la transplantation<sup>235</sup>. Elle ne traite pas de la question du critère de la mort.

b. L'article constitutionnel sur la médecine de transplantation

77 Avant l'adoption de l'art. 24<sup>decies</sup> aCst., les cantons étaient compétents pour légiférer sur la transplantation d'organes<sup>236</sup>. L'art. 24<sup>decies</sup> aCst. a été adopté en votation populaire le 7 février 1999<sup>237</sup>. Il a été introduit dans la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 à l'art. 119a Cst.<sup>238</sup>. Dans le Message qui accompagne l'adoption de cette disposition constitutionnelle, le Conseil fédéral

---

<sup>229</sup> ATF 123 I 112, consid. 7dd.

<sup>230</sup> ATF 123 I 112, consid. 7dd.

<sup>231</sup> ATF 123 I 112, consid. 7ee.

<sup>232</sup> ATF 123 I 112, consid. 7ee.

<sup>233</sup> ATF 123 I 112, consid. 7ee et d.

<sup>234</sup> MARESCOTTI/DUMOULIN, p. 451 ; DUMOULIN, Prélèvement, p. 277. Sur la nécessité d'une réglementation fédérale et constitutionnelle, cf. BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle, p. 3 ss.

<sup>235</sup> RO 1996, p. 2296 ; MCF LTx, FF 2002, p. 59 ; MCF arrêté, FF 1995 II, p. 951.

<sup>236</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 53. MARESCOTTI/DUMOULIN, p. 451.

<sup>237</sup> RO 1999, p. 1341.

<sup>238</sup> FF 1997, p. 7967.

constate que la question du moment du décès relève déjà de la compétence de la Confédération en vertu de ses compétences en matière de droit civil et pénal<sup>239</sup>. Il relève que les directives de l'ASSM jouissent d'un grand respect dans le milieu médical<sup>240</sup>. Le Message ne tranche pas la question du critère de la mort et renvoie le débat à l'élaboration de la législation d'application<sup>241</sup>.

### c. La loi sur la transplantation

L'adoption de la LTx le 8 octobre 2004 permet au législateur fédéral de fixer dans une loi au sens formel le critère de la mort. La LTx est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007<sup>242</sup>. 78

L'art. 9 al. 1 LTx consacre le critère de la mort cérébrale par la formule suivante : « *Une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible* ». Dès l'avant-projet de la loi, le critère de la mort cérébrale a été adopté<sup>243</sup>. La procédure de consultation a abouti à une approbation majoritaire du critère<sup>244</sup>. Un panel de citoyens consulté lors de l'élaboration de la loi juge le critère de la mort cérébrale raisonnable<sup>245</sup>. Il note néanmoins que la notion de mort cérébrale est spécifique à la médecine de transplantation et propose d'introduire le terme de « défaillance irréversible des fonctions cérébrales » pour éviter tout malentendu<sup>246</sup>. 79

Dans son Message, le Conseil fédéral revient sur l'importance du critère de la mort cérébrale pour disposer d'organes aptes à la transplantation<sup>247</sup>. La mort survient lorsque la respiration spontanée et la circulation autonome cessent, l'homéostasie (c'est-à-dire la stabilisation des constantes physiologiques de l'organisme) n'est plus assurée et l'individu a perdu définitivement conscience<sup>248</sup>. En présence de l'une de ces fonctions, l'individu n'est pas considéré comme mort<sup>249</sup>. Ces fonctions sont contrôlées par le tronc cérébral, le cortex, le thalamus et l'hypothalamus : par conséquent, seule la mort cérébrale entraîne 80

<sup>239</sup> MCF 119a Cst., FF 1997 III, p. 629, en vertu des art. 64 et 64<sup>bis</sup> aCst.

<sup>240</sup> MCF 119a Cst., FF 1997 III, p. 629.

<sup>241</sup> MCF 119a Cst., FF 1997 III, p. 649.

<sup>242</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 16 mars 2007.

<sup>243</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 61.

<sup>244</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 63.

<sup>245</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 67.

<sup>246</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 67.

<sup>247</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 80.

<sup>248</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 82. CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 11.

<sup>249</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 82.

la mort<sup>250</sup>. Comme le note le Conseil fédéral : « *Le concept de « mort cérébrale » a transformé la conception implicite traditionnelle de la mort en conception explicite. Ce qui est nouveau, c'est que les méthodes de test actuelles permettent de constater le décès à un stade très précoce.* »<sup>251</sup>. Le Message relève aussi le consensus international sur la mort cérébrale comme critère de la mort<sup>252</sup>. Il considère qu'il est crucial de régler la question au niveau fédéral, pour éviter que des critères différents soient adoptés par les cantons<sup>253</sup>.

- 81 Le fait que le critère de la mort a été consacré dans la LTx laisse planer un doute sur la portée générale ou limitée au domaine de la transplantation, de ce critère<sup>254</sup>. En effet, le Message ne donne pas d'autres arguments que le besoin d'une réglementation spécifique à la médecine de transplantation pour faire figurer le critère dans la LTx<sup>255</sup>. Pourtant, le Conseil fédéral reconnaît la nécessité d'un critère de la mort unique et applicable à tous<sup>256</sup>. Sa consécration dans le Code civil aurait renforcé son caractère univoque<sup>257</sup>.
- 82 Dans un arrêt antérieur à la LTx, le Tribunal fédéral affirme que : « *La solution retenue par l'Académie suisse des sciences médicales n'a pas été élaborée avant tout pour définir la fin de la personnalité ou la perte de la jouissance des droits, mais bien pour déterminer le moment où il est possible de prélever des organes sur un cadavre et non plus sur un être susceptible de revenir à la vie* »<sup>258</sup>.
- 83 Le caractère ambigu de la portée de l'art. 9 LTx est renforcé par l'étude des travaux parlementaires. Le parlement a refusé de préciser que le critère de la mort cérébrale est propre au domaine de la transplantation<sup>259</sup>. Selon le conseiller fédéral Pascal Couchepin, l'insertion du critère de la mort dans le Code civil aurait imposé de définir la vie, ce qui aurait conduit à un débat épineux, notamment sur son commencement<sup>260</sup>. Il considère néanmoins que le but poursuivi par le législateur n'est pas de donner une définition générale de la mort et qu'il

---

<sup>250</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 82.

<sup>251</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 83.

<sup>252</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 84.

<sup>253</sup> BURKART, p. 15.

<sup>254</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 633 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 445. Pour une portée générale, WYSS C., Lebensanfang, p. 39 ; DUCOR, RDS, p. 271 ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173 ; CR CC I-MANAÏ, n° 20 ad art. 31. Pour une portée limitée, DFI LRH, p. 108 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 81 ; DEVAUD, p. 17.

<sup>255</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 137. DUCOR, RDS, p. 271 ; MANAÏ, Droits du patient, p. 274.

<sup>256</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 89.

<sup>257</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 137.

<sup>258</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2.

<sup>259</sup> BO CN 2003, p. 2066 ; BO CE 2004, p. 190.

<sup>260</sup> BO CE 2004, p. 190.

revient à la jurisprudence de trancher la question de la portée générale de l'art. 9 LTx<sup>261</sup>. Il est intéressant de noter que la dernière version des directives de l'ASSM sur le diagnostic de la mort, précise dans son champ d'application qu'« *elles traitent exclusivement des conditions nécessaires à un prélèvement d'organes* »<sup>262</sup>.

## IV. Le constat de la mort

La LTx consacre le critère de la mort cérébrale. Si la question de la portée générale de ce critère reste débattue, le droit suisse fait une distinction entre deux manières de constater le décès. Il existe un constat du décès « classique » et un constat pour les personnes placées sous respiration artificielle<sup>263</sup>. Dans le deuxième cas, il s'agit d'un diagnostic très précoce de la mort, nécessaire pour le prélèvement d'organes. Nous allons présenter les deux manières de constater le décès en commençant par celle applicable aux personnes sous respiration artificielle, qui relève du domaine de la transplantation. 84

### A. Dans le domaine de la transplantation

#### 1. La compétence réglementaire du Conseil fédéral

L'art. 9 al. 2 LTx attribue au Conseil fédéral la compétence de réglementer la constatation du décès : 85

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la constatation du décès. Il détermine notamment :

- les signes cliniques qui doivent être observés pour que l'on puisse conclure à un arrêt irréversible des fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral ;
- les exigences auxquelles doivent satisfaire les médecins appelés à constater le décès.

Cette délégation a été mise en œuvre à l'art. 7 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007 (OTx) qui renvoie aux directives de l'ASSM relatives au diagnostic de la mort 86

<sup>261</sup> BO CE 2004, p. 190. MANAI, *Droits du patient*, p. 275.

<sup>262</sup> ASSM, *Diagnostic de la mort 2017*, ch. 1 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1007.

<sup>263</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343 ; DFI, LTx, p. 35 s.



dans le contexte de la transplantation d'organes<sup>264</sup>. Lors de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007, l'OTx se référait aux directives de l'ASSM du 24 mai 2005<sup>265</sup>. La version du 24 mai 2011 des directives a été appliquée à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2011<sup>266</sup>. Depuis le 15 novembre 2017, ce sont les ch. II. 3 et III. C.-H de la version du 16 mai 2017 qui font foi<sup>267</sup>.

- 87 Dans son Message, le Conseil fédéral justifie cette délégation par le caractère technique et susceptible d'évolutions rapides des règles sur la constatation du décès<sup>268</sup>. Il précise que les normes adoptées sur la base de l'art. 9 al. 2 LTx doivent être identiques à celles des directives de l'ASSM<sup>269</sup>.

## 2. Les signes cliniques

- 88 Les directives de l'ASSM définissent les signes cliniques et les examens techniques complémentaires qui permettent le diagnostic de la mort en mettant en évidence les signes démontrant la défaillance irréversible de toutes les fonctions cérébrales, y compris du tronc cérébral<sup>270</sup>. Ces règles sont de nature technique et font appel à des notions médicales complexes. Dans le souci de correspondre aux dernières connaissances de la science, ces directives ont évolué régulièrement (et vont continuer à évoluer). Nous avons choisi de ne présenter que la version actuellement en vigueur.
- 89 Il faut tout d'abord exclure tous les états qui rendent impossible le diagnostic clinique correct de la mort cérébrale<sup>271</sup>. Des examens spécifiques sont nécessaires pour établir ces situations avant de procéder au diagnostic de la mort<sup>272</sup>.

---

<sup>264</sup> RS 810.211. Ch. 1 de l'annexe 1 de l'OTx. GUILLÓD, Droit médical, n° 634 ; DEVAUD, p. 16.

<sup>265</sup> RO 2007, p. 1961.

<sup>266</sup> RO 2011, p. 3797.

<sup>267</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 81.

<sup>268</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 90.

<sup>269</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 137.

<sup>270</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. I.

<sup>271</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 13 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.1.1. Pour ces situations, dont certaines peuvent simuler la mort et la provoquer à un stade ultérieur, cf. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, annexe C. Par exemple, *Locked-In Syndrom*, hypothermie au-dessous de 32 °C ou syndrome de Guillain-Barré. Cf. également SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 14, qui présente les conditions cliniques qui doivent être remplies avant un diagnostic de la mort cérébrale.

<sup>272</sup> Par exemple, électroencéphalographie, potentiels évoqués, examens électoneuromyographies, examen du liquide céphalo-rachidien, examens neuroradiologiques, cf. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, annexe C.

Une fois ces situations exclues, il faut encore que la température corporelle soit plus élevée que 35 °C<sup>273</sup>. Les directives font ensuite une distinction en fonction de la cause de la mort : mort cérébrale primaire ou après un arrêt circulatoire persistant<sup>274</sup>.

a. En cas de mort due à une lésion primaire affectant le cerveau

Lorsque la cause de la mort est une lésion ou une maladie primaire du cerveau et du tronc cérébral, le diagnostic est fondé sur la présence cumulative de sept signes cliniques : 90

- état comateux (c'est-à-dire état d'inconscience aréactif) ;
- pupilles moyennement dilatées ou en mydriase bilatérale, sans réaction à la lumière ;
- absence des réflexes vestibulo-oculaires ;
- absence des réflexes cornéens ;
- absence de réactions cérébrales aux stimuli douloureux ;
- absence des réflexes aux stimuli de la trachée et du pharynx ;
- absence d'activité respiratoire spontanée (test d'apnée)<sup>275</sup>.

La mort survient au moment du diagnostic de la défaillance irréversible et totale du cerveau<sup>276</sup>. La mort cérébrale primaire intervient en principe après un accident vasculaire cérébral (infarctus hémorragique ou infarctus ischémique), une lésion cérébrale anoxique, un traumatisme crânio-cérébral ou d'autres maladies cérébrales (infections, intoxications)<sup>277</sup>. 91

<sup>273</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 14 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, annexe D.

<sup>274</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 634. Dans le cadre du don d'organes on parle alors respectivement de donneurs en état de mort cérébrale (*donors after brain-death*, DBD) et de donneurs en état de mort cérébrale après un arrêt cardio-circulatoire (*donors after circulatory death*, DCD).

<sup>275</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.1. Les critères sont précisés à l'annexe D des directives.

<sup>276</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 90 ; MANAI, Droits du patient, p. 277 ; BUCHER, n° 201 ; DEVAUD, p. 16 ; PIOTET P., À propos du moment exact du décès, p. 36 ; PIOTET P., La détermination, p. 562.

<sup>277</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 12. Cf. également HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 88 et les réf. citées à la note 425.

b. En cas de mort après un arrêt circulatoire persistant

- 92 Si la cause de la mort est l'interruption persistante de l'irrigation du cerveau due à l'arrêt de la circulation, la mort est d'abord établie par le constat de l'arrêt circulatoire pendant 5 minutes au moins<sup>278</sup>. Après cela, les signes cliniques d'une mort cérébrale primaire doivent être tous observés, sauf le test d'apnée qui est superflu<sup>279</sup>.

c. Les règles spéciales pour les enfants

- 93 Il existe des règles particulières pour la constatation de la mort chez un enfant. Ces règles s'appliquent à un enfant de plus de 28 jours ou de plus de 44 semaines d'âge post-menstruel et jusqu'à un an<sup>280</sup>. En cas de lésion cérébrale primaire, la mort est constatée lors d'un second examen clinique après un intervalle de 24 heures<sup>281</sup>. Le diagnostic de la mort à la suite d'un arrêt circulatoire persistant se fait de la même manière chez l'adulte et chez l'enfant<sup>282</sup>.

d. Les examens complémentaires

- 94 Si la cause de la défaillance du cerveau est évidente et connue, la constatation des signes cliniques suffit à établir le diagnostic de la mort<sup>283</sup>. Dans deux hypothèses, les signes cliniques ne sont pas suffisants et des examens complémentaires doivent être réalisés : si l'examen des fonctions des nerfs crâniens est impossible ou si l'exclusion d'un facteur potentiellement réversible n'est pas possible<sup>284</sup>. Dans ces situations, il faut recourir à l'un des quatre examens

---

<sup>278</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.2 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 92 s. ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173 ; GUILLOD/MADER, p. 7. L'arrêt de la circulation doit être confirmé par une échographie transthoracique des quatre cavités en position sous-xiphôïdienne ou par l'échographie transoesophagienne.

<sup>279</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 15 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.2 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 93 s. ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173.

<sup>280</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.3.

<sup>281</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 15.

<sup>282</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.3.

<sup>283</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.1 ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173 ; MANAI, Droits du patient, p. 276 ss.

<sup>284</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.1 et 3.3 et annexes C et E.

techniques complémentaires<sup>285</sup>. Pour parvenir au diagnostic de la mort, les tests cliniques et les examens complémentaires doivent aboutir à des résultats concordants<sup>286</sup>.

### 3. La personne apte à constater le décès

Les directives exigent premièrement que la constatation des signes cliniques soit effectuée par deux médecins, dont l'un n'est pas directement impliqué dans la prise en charge du patient<sup>287</sup>. Ceux-ci doivent avoir une expérience et une formation post-graduée en matière de neurologie ou de médecine intensive pour les adultes et en médecine intensive pédiatrique ou en neuro-pédiatrie pour les enfants<sup>288</sup>. L'examen technique complémentaire doit être pratiqué par un spécialiste doté d'une qualification spécifique<sup>289</sup>. Les examens cliniques et techniques doivent être documentés par écrit selon les protocoles établis<sup>290</sup>. 95

En vertu de l'art. 11 LTx, le médecin qui constate un décès doit être indépendant, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être le médecin qui effectue le prélèvement ou la transplantation et ne doit pas recevoir de directives de celui-ci<sup>291</sup>. Aucune pression ne doit être exercée sur les personnes qui constatent le décès. La violation de ces règles est sanctionnée pénalement par une amende pouvant s'élever jusqu'à CHF 50'000. – (art. 70 al. 1 *litt.* b LTx). 96

#### B. Hors du domaine de la transplantation

Hors du domaine de la médecine de transplantation, le constat du décès est établi selon les règles de l'art médical (c'est-à-dire selon la mort cardiaque)<sup>292</sup>. 97

<sup>285</sup> Tomographie axiale computerisée de perfusion et angiographie, ultrasonographie Doppler transcrânienne à codage couleur, angiographie par soustraction digitale et tomographie par résonnance magnétique, cf. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.3 ; DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173.

<sup>286</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.3.

<sup>287</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.1 et 3.2.2.

<sup>288</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.1.3.

<sup>289</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.1.3.

<sup>290</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 5 et annexe G.

<sup>291</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 447. Cf. également ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.1.2.

<sup>292</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1007 ; MONTEVERDE/RID, p. 2 ; LEMANN/KUHN, p. 55. Cf. également MCF LRH, FF 2009, p. 7343, qui distingue le constat de la mort « classique »

Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de faire un diagnostic de la mort aussi précoce que pour un prélèvement d'organes. Le constat repose sur la présence de signes de la mort incertains (refroidissement, absence de réflexes, atonie musculaire, perte du pouls, arrêt respiratoire, pâleur cadavérique et assèchement des muqueuses) et certains (lividités cadavériques, rigidité cadavérique et putréfaction)<sup>293</sup>.

- 98 Les cantons restent compétents dans ce domaine, notamment pour désigner les personnes habilitées à constater la mort<sup>294</sup>. Les dispositions pertinentes se trouvent en général dans les actes législatifs sur les inhumations<sup>295</sup>. Elles prévoient que le décès est constaté par un médecin, peu importe sa spécialité<sup>296</sup>. En cas de mort naturelle, il établit un certificat de décès qui permet d'obtenir une autorisation de sépulture<sup>297</sup>. La mort naturelle est celle qui intervient sans la participation d'un phénomène extérieur<sup>298</sup>. En cas de mort non naturelle, le médecin

---

et le constat de la mort des « [...] personnes dont les fonctions vitales sont maintenues par respiration artificielle et traitement médicamenteux [...] » qui est soumis à la LTx.  
<sup>293</sup> DFI LRH, p. 108. MAIRE, p. 17 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 83 ; LA HARPE, p. 19 ; HK HFG-ZAUGG, n° 3 ad art. 37 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 768 ; BÄR, p. 437.

<sup>294</sup> RIENZO/STUDER, p. 203 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 83 ; LEMANN/KUHN, p. 55 ; BÄR, p. 434. Pour les dispositions cantonales pertinentes, cf. Annexe I.

<sup>295</sup> Le nom exact peut varier. AG, AI, BL, BS, FR, GE, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, VD, VS et ZH. Ces règles sont semblables et parfois même littéralement identiques, comme l'art. 73 al. 2 de la loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999 (821.0.1), l'art. 68 al. 2 de la loi genevoise sur la santé (LS) du 7 avril 2006 (K 1 03) et l'art. 108 al. 2 de la loi valaisanne sur la santé du 12 mars 2020 (800.1). Cf. Annexe I.

<sup>296</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1012 ; MANAI, Jusletter, § 7 ; GUILLIOD, Droit des personnes, n° 33 ; LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 670. Le canton de Vaud interdit au médecin de constater le décès d'un parent ou d'un allié, jusqu'au 3<sup>e</sup> degré compris à l'art. 3 al. 2 du règlement vaudois sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres, du 12 septembre 2012, (RDSPF, BLV 818.41.1).

<sup>297</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1009 ; MANAI, Jusletter, § 1 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 18 ss ad art. 253 ; BÄR, p. 434. Sur l'autorisation de sépulture, cf. n° 1196. Sur la notion de mort naturelle subite, cf. DE ROOD/KRÉMER/BEAUTHIER, p. 31 ss.

<sup>298</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 3 ; DE ROOD/KRÉMER/BEAUTHIER, p. 31. La Société suisse de médecine légale (SSML) définit les morts non naturelles (« *aussergewöhnliche Todesfälle* ») comme les décès : « [...] non naturelles, c'est-à-dire des décès violents dont on soupçonne qu'ils ont été causés par la violence ou ceux qui interviennent de manière soudaine, inattendue où un acte violent ne peut pas être exclu » (notre traduction) : SSML, Legalinspektion, p. 5, ch. 2.1 ; BÜRGI, p. 7 s. ; LÜTHY *et alii*, p. 15 s.

n'établit pas de certificat, mais uniquement un constat de décès et avertit les autorités compétentes<sup>299</sup>. Les cas de mort non naturelle sont les suivants :

- indices de mort violente : homicide, accident ou suicide, intervention d'un tiers ou d'un fait extérieur ;
- origine de la mort indéterminée, mort subite ou suspicion d'erreur suite à un acte médical ;
- mort suspecte : mort sur la voie publique, circonstances particulières, mort d'un détenu, suspicion de mauvais traitements ou identité de la personne décédée inconnue<sup>300</sup>.

Dans ce cas, un médecin légiste procède à une levée de corps, c'est-à-dire à un premier examen sur le lieu de décès<sup>301</sup>. Le but de cet examen est de constater le décès, et tenter de déterminer le moment, les causes et les circonstances du décès<sup>302</sup>. La plupart des cantons alémaniques prévoient dans leur loi sur la santé un devoir d'annonce des morts non naturelles pour les professionnels de la santé<sup>303</sup>. 99

À l'exception de la loi bernoise qui renvoie directement à la LTx pour le diagnostic de la mort, les cantons ne fournissent pas d'indications sur la manière de constater le décès. Le renvoi général de la loi bernoise est critiquable, car il paraît disproportionné d'appliquer les procédures propres à la médecine de transplantation au constat de décès dans des situations qui ne demandent pas autant de précautions, notamment les exigences de formation<sup>304</sup>. Hors du contexte hospitalier, le corps porte souvent des signes de mort évidente comme la lividité et rigidité cadavériques, qui rendent la recherche d'un pouls inutile et permettent d'exclure l'hypothèse d'un patient en arrêt cardio-circulatoire qu'il faudrait réanimer<sup>305</sup>. 100

<sup>299</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1009 ; MANAÏ, Jusletter, § 12 ; LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 670. Sur la mort non naturelle, cf. *infra* n° 930 ss.

<sup>300</sup> EGGER/FRACASSO, p. 688 ; FRACASSO/GRODECKI, p. 210 ; HANSJAKOB, n° 2 ss ad art. 253 CPP ; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 612 ; LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 670 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 8 ss et 20 ss ad art. 253 ; BÄR, p. 439 ; BÜRGI, p. 8 ss. Cf. également CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3, p. 3.

<sup>301</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 210.

<sup>302</sup> BÄR/KELLER-SUTTER, p. 767.

<sup>303</sup> AG, AI, AR, BL, BS, GL, GR, LU, NW, OW, SO, SZ, TG, UR, ZG et ZH.

<sup>304</sup> LEMANN/KUHN, p. 54 ss ; BURKART, p. 7.

<sup>305</sup> LA HARPE *et alii*, Constations médico-légales, p. 681.

### C. *Le constat du décès des embryons et fœtus*

- 101 La LTx ne contient pas de règles sur le constat du décès des embryons et des fœtus<sup>306</sup>. Les dispositions cantonales sont également muettes. Le Message de la loi relative à la recherche sur l'être humain prévoit que le constat de la mort d'un embryon ou d'un fœtus se base sur les critères cumulatifs suivants : absence d'activité cardiaque, absence de pulsation dans le cordon ombilical, absence d'activité respiratoire et absence de mouvement<sup>307</sup>. La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine est d'avis que le critère de la mort cardiaque s'applique aux embryons et fœtus<sup>308</sup>. L'ASSM considère que le critère de la mort cardiaque s'applique aux embryons et fœtus de la 7<sup>e</sup> semaine de grossesse à la naissance<sup>309</sup>. Nous allons revenir sur cette question dans le cadre de l'examen des conditions d'acquisition de la personnalité juridique<sup>310</sup>.

### V. **L'annonce de la mort**

- 102 L'ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC) prévoit à son art. 34a quelles sont les personnes tenues d'annoncer un décès à l'office d'état civil<sup>311</sup>. L'art. 35 al. 5 OEC exige qu'un certificat médical accompagne chaque annonce de décès. La compétence de l'office d'état civil est réglée aux art. 20a et 20b OEC. La mort doit être annoncée dans les deux jours qui suivent le décès en principe ou dans les dix jours après le décès ou la découverte du cadavre si le défunt est inconnu (art. 35 al. 1 CC).

### VI. **Le moment de la mort**

- 103 Nous avons vu qu'il était important juridiquement de pouvoir déterminer précisément le moment de la mort<sup>312</sup>. Lorsqu'il constate la mort, le médecin indique la date et l'heure de la mort sur le certificat de décès (ou le constat de décès si la mort ne semble pas naturelle)<sup>313</sup>. L'art. 8 *litt. g* OEC prévoit que le

---

<sup>306</sup> Pour la définition de la notion d'embryon et de fœtus, *cf. infra* n° 623 ss.

<sup>307</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345.

<sup>308</sup> NEK-CNE, Embryons et fœtus, p. 72 s. et 78.

<sup>309</sup> ASSM, Mort des embryons et fœtus, ch. 3.

<sup>310</sup> Sur cette question, *cf. infra* n° 611.

<sup>311</sup> RS 211.112.2.

<sup>312</sup> *Cf. supra* n° 43.

<sup>313</sup> Dans ce sens, LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 671.

registre contient la date, l'heure et le lieu du décès. Les actes de l'état civil font preuve de la mort, mais il est possible d'apporter la preuve de leur inexactitude (art. 33 CC)<sup>314</sup>. Relevons que l'art. 32 al. 1 CC rappelle le principe de l'art. 8 CC concernant le fardeau de la preuve de la mort<sup>315</sup>. L'art. 32 al. 2 CC pose la présomption réfragable que le décès est simultané lorsqu'il existe une incertitude concernant l'ordre du décès de plusieurs personnes<sup>316</sup>.

Il est parfois difficile pour le médecin d'établir avec certitude l'heure et la date exacte du décès, en particulier lorsque le décès est constaté plusieurs jours après la mort<sup>317</sup>. Le médecin indique alors sur le certificat de décès la date et l'heure de la découverte du cadavre<sup>318</sup>. Dans cette situation, l'état civil inscrit le décès à la date et l'heure de la découverte du corps (art. 20a al. 3 OEC). Cette inscription ne constitue pas la preuve du moment du décès, mais indique que le décès est intervenu au plus tard à cet instant ; il est possible d'apporter la preuve du moment du décès avant la découverte du cadavre<sup>319</sup>. Des investigations médico-légales peuvent être entreprises pour estimer le moment du décès<sup>320</sup>.

Dans le domaine de la transplantation, le Message de la LTx précise que les procédures servant à constater la mort ne permettent pas de déterminer le moment exact du décès, mais si celui-ci est déjà intervenu<sup>321</sup>. Le décès intervient juridiquement au moment où le diagnostic médical établit de manière définitive le caractère irréversible de la défaillance des fonctions du cerveau et du tronc cérébral<sup>322</sup>.

<sup>314</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 91 ss ; BSK ZGB I-GUGGENBÜHL, n° 4 ss ad art. 32 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 454 ss ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 33 ss.

<sup>315</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 78 ss et 87 ; BSK ZGB I-GUGGENBÜHL, n° 1 ad art. 32 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 451 ss ; CR CC I-MANAÏ, n° 1 s. ad art. 32.

<sup>316</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 53 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 74 et 89 s. ; BSK ZGB I-GUGGENBÜHL, n° 4 ss ad art. 32 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 453 ; CR CC I-MANAÏ, n° 3 ss ad art. 32.

<sup>317</sup> LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 671.

<sup>318</sup> LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 671.

<sup>319</sup> ATF 117 V 257, consid. 1c. MEIER, Droit des personnes, n° 54 ; BSK ZGB I-GUGGENBÜHL, n° 4 ad art. 32 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 456a ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 33.

<sup>320</sup> LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 671. Dans ce sens, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 92 ; CR CC I-MANAÏ, n° 6 ad art. 33.

<sup>321</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 139.

<sup>322</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 139. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 15 ; MANAÏ, Jusletter, § 6.



## VII. Le débat autour de la mort cérébrale

### A. Les critiques du critère de la mort cérébrale

- 106 Depuis la proposition du comité de Harvard de considérer la mort cérébrale comme critère de la mort, des avis divergents sont apparus<sup>323</sup>. Le succès international de ce critère n'a pas mis fin au débat, notamment lors de l'adoption des législations sur la transplantation<sup>324</sup>. Traiter cette controverse de manière détaillée dépasse le cadre fixé par notre étude. Nous allons cependant en présenter les grandes lignes.
- 107 La mort cérébrale est fondée sur l'idée que le cerveau est le centre d'intégration de l'organisme<sup>325</sup>. Le cerveau (y compris le tronc cérébral) assure la conscience et la respiration spontanée ; il maintient l'unité de l'organisme<sup>326</sup>. Néanmoins, cette affirmation manquerait de solidité scientifique<sup>327</sup>. D'une part, un patient en état de mort cérébrale n'a pas perdu toutes ses fonctions cérébrales et une telle perte ne peut pas être diagnostiquée avec certitude<sup>328</sup>. D'autre part, les cas où des « patients », décédés à la suite d'une lésion cérébrale primaire ont été maintenus sous respiration artificielle pendant une longue période contredisent l'affirmation que le moment de la mort cérébrale coïncide avec celle de l'entier de l'organisme<sup>329</sup>. Cette situation est contre-intuitive<sup>330</sup>. Ces « patients » conservent une température constante et une peau colorée, gardent une circulation sanguine et une fonction rénale ; ils sont capables de cicatriser des plaies ou de guérir d'une infection ; ils poursuivent leur croissance, peuvent entamer leur

---

<sup>323</sup> Pour un bon résumé de ces controverses, cf. BERNAT, p. 164 ss ; MONTEVERDE/RID, p. 1. En Suisse, cf. notamment BURCH, § 12 ss ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 203 ss. Cf. également PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 1 ss ; SINGER, p. 20 ss ; JONAS, p. 219 ss.

<sup>324</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 83 ; DFI, LTx, p. 37 s. HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 98 ; CHRISTENSEN/MICHEL, *Jusletter*, n° 13 ss ; WITTEWERT/BREITSCHMID, n° 9 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 2 ss.

<sup>325</sup> GALETTI, n° 444 ; BERNAT, p. 165, qui parle de « *the organism as a whole* » ; LACHENMEIER, *La mort cérébrale*, p. 15. Cf. également PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 59 ss ; SINGER, p. 30.

<sup>326</sup> BURCH, n° 13.

<sup>327</sup> BURCH, n° 20 ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 122 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 11 ss ; SINGER, p. 30 ss.

<sup>328</sup> BECCHI, p. 124 ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 128 ss ; SINGER, p. 36.

<sup>329</sup> GALETTI, n° 453 ; BERNAT, p. 167 et les réf. citées ; BECCHI, p. 125.

<sup>330</sup> DFI, LTx, p. 36. GALETTI, n° 449 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 97 ; BONDOLFI, *Hirntod*, p. 144 ; VERSPIEREN, p. 15.

puberté et sont aptes à se reproduire<sup>331</sup>. Il existe des cas où des femmes enceintes décédées à la suite d'une lésion primaire du cerveau ont été maintenues sous respiration artificielle pour permettre à leur enfant de continuer sa gestation<sup>332</sup>. Ces observations tendent à prouver qu'un organisme peut être « vivant » même si son cerveau est mort<sup>333</sup>. La mort cérébrale ne signifie pas la fin de toute activité intégrative<sup>334</sup>. Finalement, lors du prélèvement d'organes sur une personne décédée sous respiration artificielle, des symptômes de stress apparaissent : augmentation du rythme cardiaque, de la pression artérielle ou sudation<sup>335</sup>.

Sur le plan philosophique, il serait faux de réduire la vie humaine au cerveau. Cette critique se base notamment sur les travaux du philosophe allemand Hans Jonas<sup>336</sup>. Il s'appuie sur les constatations médicales que nous venons d'évoquer : la défaillance du cerveau ne signifie pas la disparition de tout signe de vie<sup>337</sup>. La mort de seulement 3 % de la masse du corps (le cerveau) ne suffirait pas à conclure à la mort, alors que 97 % restent vivants<sup>338</sup>. Les détracteurs de la mort cérébrale s'opposent à un dualisme esprit/corps où la mort du cerveau entraîne forcément celle du corps<sup>339</sup>. Tant que l'organisme ne se décompose pas, il n'est pas mort<sup>340</sup>. Ils défendent l'idée que notre personnalité ne se limite pas à notre activité cérébrale<sup>341</sup>. Le fait qu'une partie des fonctions vitales soit compensée artificiellement par une machine n'est pas pertinent. Par exemple, lors d'une opération cardiaque avec circulation extracorporelle, on ne considère

<sup>331</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 37 ; GALETTI, n° 448 ss ; MAIRE, p. 17 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 97 s. ; BECCHI, p. 125 ; FREI, p. 30 ss ; CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 15 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 286 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 56 ; HÖFLING, p. 801.

<sup>332</sup> Sur cette situation, cf. *infra* n° 618 ss. Il faut mentionner le cas « du bébé d'Erlangen » en Allemagne en 1992, où une femme enceinte de 15 semaines décédée à la suite d'un accident de voiture a été maintenue sous respiration artificielle pour tenter de sauver son fœtus (sans succès), cf. notamment GALETTI, n° 453 ; CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 14 ; VERSPIEREN, p. 14 s. ; LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 125 ss ; KOCH, p. 187 ss ; SINGER, p. 31.

<sup>333</sup> BECCHI, p. 125.

<sup>334</sup> LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 131 s. ; HÖFLING, p. 801.

<sup>335</sup> GALETTI, n° 455 ; FREI, p. 32 ; LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 126 s.

<sup>336</sup> JONAS, p. 219 ss, cité par CHRISTENSEN/MICHEL, Jusletter, n° 13 ; FREI, p. 29 ; VERSPIEREN, p. 13 s.

<sup>337</sup> GALETTI, n° 458 ; FREI, p. 30 ; JONAS, p. 227 s.

<sup>338</sup> FREI, p. 30 ; LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 118 ss ; JONAS, p. 229.

<sup>339</sup> BECCHI, p. 130 ss ; LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 118 s. ; LE BRETON, La chair à vif, p. 287 s. ; JONAS, p. 234 ss.

<sup>340</sup> FREI, p. 32 ; LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 121 s.

<sup>341</sup> FREI, p. 33 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 288.

pas que le patient est momentanément décédé<sup>342</sup>. Sur le plan juridique, la conception selon laquelle la mort du cerveau entraîne celle de l'esprit, et donc de la personne, serait contraire au droit suisse des personnes<sup>343</sup>.

- 109 D'autres critiques portent sur le caractère « intéressé » du critère de la mort cérébrale. Dès son origine, ce critère a été développé dans le but (avoué et assumé) de favoriser le prélèvement d'organes en bon état et de favoriser l'essor de la médecine de transplantation<sup>344</sup>. Le comité de Harvard le dit expressément : « *Un critère obsolète pour la définition de la mort peut mener à des controverses dans l'obtention d'organes pour la transplantation* (notre traduction) »<sup>345</sup>. Le titre des directives de 1996 de l'ASSM ne laisse pas de doute : « *directives pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes* »<sup>346</sup>. La neutralité et la pertinence du critère de la mort cérébrale sont alors mises en doute en raison de la partialité de ses défenseurs<sup>347</sup>.
- 110 Comme nous l'avons vu, en Suisse, les directives de l'ASSM ont joué un rôle central dans l'acceptation du critère de la mort cérébrale. L'ASSM est pourtant une fondation de droit privé au sens des art. 80 ss CC<sup>348</sup>. Elle réunit principalement des membres des facultés de médecine et des associations professionnelles de la santé<sup>349</sup>. C'est le Sénat de l'ASSM qui nomme les commissions chargées de rédiger des projets de directives ou de recommandations et qui les adopte formellement<sup>350</sup>. Les directives ont pour but de conseiller les médecins face à des situations complexes, mais aussi de les protéger<sup>351</sup>. Néanmoins, les

---

<sup>342</sup> FREI, p. 30 ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 124 s.

<sup>343</sup> FREI, p. 39.

<sup>344</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 35 ; GALETTI, n° 455, qui évoque les aspects philosophiques de cette critique ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 96 ; CHRISTENSEN/MICHEL, *Newsletter*, n° 13 ; BURCH, § 23 ; STEINER, p. 30 ss, pour qui le caractère intéressé fait débat ; VERSPIEREN, p. 11 s. ; BUCHER, n° 210 ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 114 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 287 ; SINGER, p. 25 ss ; BORGHI, *L'image de la mort*, p. 34 ; JONAS, p. 221. Cf. également l'ATF 118 IV 319, consid. 2.

<sup>345</sup> AD HOC COMMITTEE, p. 337.

<sup>346</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 2.

<sup>347</sup> DFI, LTx, p. 36. BECCHI, p. 123 ; LACHENMEIER, *Medizin und Recht*, p. 34 ; JONAS p. 221, cité par FREI p. 29.

<sup>348</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2575 ; MADER, n° 665 ; SPRUMONT, p. 183 ; MANDOFIA/BURGISSER, p. 179.

<sup>349</sup> Art. 7 des Statuts de l'ASSM, du 31 mai 1990, révisés le 26 novembre 2019 pour la dernière fois. BSK ZGB I-BERETTA, n° 33 ad art. 31.

<sup>350</sup> Art. 9 *litt.* c et h des Statuts de l'ASSM, du 31 mai 1990, révisés le 26 novembre 2019 pour la dernière fois. SPRUMONT, p. 184.

<sup>351</sup> RÜETSCHI D., p. 1222 ; SPRUMONT, p. 185.

directives de l'ASSM n'ont pas de portée juridique directe<sup>352</sup>. Les directives de l'ASSM jouent un rôle indirect, soit comme l'expression des règles de l'art médical, soit dans le cadre d'une délégation de compétence (comme à l'art. 7 et l'annexe 1 de l'OTx)<sup>353</sup>. La doctrine critique le fait que cette institution n'est ni légitimée démocratiquement, ni représentative de la population<sup>354</sup>. Une norme renvoyant aux directives d'un organisme privé doit figurer dans une loi au sens formel et n'est envisageable que pour des questions techniques<sup>355</sup>. Sa légitimité scientifique ne porte que sur des points techniques et non des choix de valeur<sup>356</sup>. Cet organisme privé a une influence énorme sur la réglementation de la médecine dans notre pays, au point que ses directives deviennent une quasi-source du droit<sup>357</sup>.

Certains opposants à la mort cérébrale sont d'avis que la défaillance irréversible d'une *partie du cerveau* suffit à considérer la personne comme décédée<sup>358</sup>. La défaillance irréversible du cortex, siège de la conscience (qui serait le propre de la vie humaine) marque le passage de la vie au trépas (mort néocorticale)<sup>359</sup>. Cependant, le critère de la mort néocorticale n'est reconnu dans aucun pays<sup>360</sup>. Par contre, en Grande-Bretagne, le dysfonctionnement du tronc cérébral, qui

<sup>352</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2607, qui mentionne l'exception des directives concernant le diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes en vertu du renvoi de l'art. 7 OTx ; MADER, n° 666 ; HOFER, p. 31 ; BORGHI, Transplantation, p. 167 ; SPRUMONT, p. 185, et les réf. citées à la note 18. Notons que l'Annexe 1 du Code de déontologie de la FMH, du 12 décembre 1996, révisé pour la dernière fois le 28 octobre 2020, renvoie à de nombreuses directives de l'ASSM, qui s'imposent donc à ses membres.

<sup>353</sup> SPRUMONT, p. 186.

<sup>354</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2585 ; MADER, n° 666 ; LACHENMEIER, Medizin und Recht, p. 34 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 15 ; BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle, p. 21.

<sup>355</sup> ATF 123 I 112, consid. 3.2 ss et les réf. citées. DONZALLAZ, Vol. I, n° 2607 ss, qui distingue le contenu des directives de l'ASSM entre les règles techniques, qui relèvent des règles de l'art, et les règles éthiques ; SCHÖNING, p. 58 ; BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle, p. 21.

<sup>356</sup> MANDOFIA/BURGISSER, p. 193.

<sup>357</sup> RÜETSCHI D., p. 1222 ; HÖFLING, p. 790 ; BURKART, p. 13.

<sup>358</sup> DFI, LTx, p. 36.

<sup>359</sup> LACHENMEIER, La mort cérébrale, p. 16. Cf. notamment VEATCH, p. 18 ss, cité par GUILLOD/DUMOULIN, p. 13, note 77. Pour une critique de ce critère, cf. GALETTI, n° 468.

<sup>360</sup> BERNAT, p. 166 ; MONTEVERDE/RID, p. 4.

assure notamment la respiration spontanée est suffisant pour conclure à la mort d'une personne (mort du tronc cérébral)<sup>361</sup>.

- 112 Face à ces critiques, les défenseurs de la mort cérébrale s'appuient sur le fait que si la défaillance du cœur peut être compensée artificiellement, ce n'est pas le cas pour le cerveau<sup>362</sup>. Le caractère irréversible de la mort cérébrale rend ce critère sûr : aucun cas de patient en état de mort cérébrale qui a retrouvé la conscience et qui a pu être séparé de l'appareil respiratoire n'a été recensé<sup>363</sup>. Ils se gardent de vouloir imposer une nouvelle définition de la mort, mais défendent simplement une façon de la diagnostiquer<sup>364</sup>.

## B. *Les propositions de solutions*

- 113 Certaines propositions existent pour contourner le débat autour de la mort cérébrale, tout en permettant la transplantation d'organes. Nous en évoquerons trois : le prélèvement à cœur arrêté, le concept de mort basée sur l'autonomie limitée et la fin de l'exigence du décès du donneur.

### 1. **Le prélèvement à cœur arrêté**

- 114 Le prélèvement à cœur arrêté consiste à prélever les organes d'une personne décédée à la suite d'un arrêt irréversible du cœur<sup>365</sup>. Cette technique était utilisée lors des premières transplantations, mais présentait un taux de succès plus bas que le prélèvement sur une personne en état de mort cérébrale primaire, ce qui a entraîné son déclin<sup>366</sup>. Depuis les années 1990, face à la pénurie d'organes, des protocoles ont été développés pour pouvoir prélever des organes sur des patients à la suite d'un arrêt cardio-respiratoire irréversible<sup>367</sup>.

---

<sup>361</sup> BERNAT, p. 166. Cf. ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, 1998, p. 3 cité par LACHENMEIER, *Medizin und Recht*, p. 32, note 8. Le document de 1998 été révisé en 2008 mais maintient le critère de la mort du tronc cérébral, cf. ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, 2008. Pour une critique de ce critère, cf. GALETTI, n° 466 s.

<sup>362</sup> BECCHI, p. 124.

<sup>363</sup> LEWIS/GREER, p. 508 ; FREI, p. 27.

<sup>364</sup> GUILLOD/DUMOULIN, p. 11.

<sup>365</sup> DFI, LTx, p. 42. CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HUG, p. 1 ss ; HAAS-LEICHMACHER, p. 107.

<sup>366</sup> GUILLOD/MADER, p. 13.

<sup>367</sup> MÜLLER/LENHERR, p. 47 ss ; MONTEVERDE/RID, p. 4 ; GUILLOD/MADER, p. 14.

En Suisse, cela concerne des patients aux soins intensifs, avec de graves dommages cérébraux, sans pour autant remplir le critère de la mort cérébrale et qui décèdent à la suite d'une décision de retrait thérapeutique<sup>368</sup>. Il existe donc un risque de pression sur les proches<sup>369</sup>. Dans le cadre d'un prélèvement à cœur arrêté, la controverse sur la mort cérébrale est évitée, puisque la personne cède d'un arrêt circulaire.

Le prélèvement doit se faire rapidement après le constat du décès pour que les organes ne soient pas endommagés par l'arrêt de l'irrigation sanguine<sup>370</sup>. La principale critique de cette pratique porte sur l'irréversibilité de l'arrêt cardiaque<sup>371</sup>. Le problème réside dans le fait que les organes sont prélevés dans un laps de temps très court après l'arrêt cardiaque, alors qu'une mesure de réanimation pourrait permettre au patient de revenir à la vie<sup>372</sup>. Dans cette situation, l'arrêt cardiaque ne serait pas irréversible, car il dépendrait de la mise en œuvre ou non d'une réanimation<sup>373</sup>.

## 2. Le concept de mort basée sur l'autonomie limitée

Dans sa thèse, Pascal Lachenmeier propose « le concept de mort basée sur l'autonomie limitée » (*limitiertes autonomiebasiertes Todeskonzept*)<sup>374</sup>. Il prévoit de laisser le soin aux citoyens de décider quel critère s'applique au diagnostic de leur mort, parmi ceux définis par la loi<sup>375</sup>. Ce système à l'avantage d'être neutre du point de vue philosophique, permet de créer un débat public, de favoriser l'information des citoyens sur cette question et tient compte d'une

<sup>368</sup> DFI, LTx, p. 42. CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HUG, p. 1 s. ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 91. Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. De manière générale, cf. BERNAT, p. 168 s.

<sup>369</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 98 ss ; BERNAT, p. 170 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 72 ss.

<sup>370</sup> DFI, LTx, p. 43. BERNAT, p. 169.

<sup>371</sup> DFI, LTx, p. 44 ss. BERNAT, p. 168 ss ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 98 s.

<sup>372</sup> FREI, p. 25 ; MONTEVERDE/RID, p. 4.

<sup>373</sup> DFI, LTx, p. 44. MONTEVERDE/RID, p. 4 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 83 ss.

<sup>374</sup> LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 229 ss ; LACHENMEIER, Medizin und Recht, p. 35. Sur les origines de ce concept, en particulier les propositions du médecin et philosophe Robert Veatch, GALETTI, n° 497 ss.

<sup>375</sup> LACHENMEIER, Der Tod im Liberalen Staat, p. 231 ; LACHENMEIER, Medizin und Recht, p. 35.

société plurielle et libérale<sup>376</sup>. Ce système pose toutefois des problèmes de sécurité juridique significatifs puisqu'il faut savoir pour chaque personne quel critère de la mort elle souhaite se voir appliquer<sup>377</sup>.

### 3. La fin de l'exigence de décès du donneur

- 117 Le concept de la mort cérébrale aurait été développé pour éviter de devoir qualifier le prélèvement d'organes d'homicide<sup>378</sup>. Pour ne pas se retrouver face à une pénurie d'organes, les personnes décédées à la suite d'une lésion primaire du cerveau se verraient reconnaître un statut spécial, dans lequel le droit à ne pas être maintenu en vie contre leur volonté devrait être respecté<sup>379</sup>. Avec le consentement du patient, le prélèvement de ses organes serait accepté comme une forme légale d'euthanasie passive solidaire, en faveur d'un tiers<sup>380</sup>.

## VIII. Conclusion

- 118 La question du critère de la mort reste l'objet d'un débat. En premier lieu, il faut constater que le critère de la mort cérébrale continue à être l'objet d'incompréhension dans la population, y compris parfois de la part du personnel médical et doit susciter des efforts de communication<sup>381</sup>.
- 119 Au-delà de ces incompréhensions, les défenseurs du critère de la mort cérébrale totale restent largement majoritaires<sup>382</sup>. Même si les arguments avancés par ses détracteurs ne sont pas dénués de pertinence, ce débat doit, selon nous, être relativisé sur deux points. Tout d'abord, les situations où un patient est sous

---

<sup>376</sup> FREI, p. 38 ss ; LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 231 ss.

<sup>377</sup> LACHENMEIER, *Der Tod im Liberalen Staat*, p. 236 ss pour les désavantages et p. 240 ss pour leur discussion.

<sup>378</sup> RIEMER, n° 127.

<sup>379</sup> HÖFLING, p. 804.

<sup>380</sup> BECCHI, p. 136 ; CHRISTENSEN/MICHEL, *Jusletter*, n° 16 ; FREI, p. 29 ; BURCH, § 19 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, p. 70 s. *Cf.* également SINGER, p. 29 s., qui traite de la relation entre le critère de la mort cérébrale et l'euthanasie.

<sup>381</sup> Dans la littérature médicale, par exemple LEWIS/GREER, p. 505 ss : cet article revient sur quatre cas dans le monde anglo-saxon où malgré le constat du décès à la suite d'une lésion cérébrale primaire, les proches souhaitaient maintenir la respiration artificielle. Les quatre cas ont fini devant les tribunaux ; BERNAT, p. 168 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 289. *Cf.* également SINGER, p. 33 ss. Les termes utilisés sont parfois trompeurs, *cf.* DFI, LTx, p. 33.

<sup>382</sup> GUILLOD, *Droit médical*, n° 634 ; BERNAT, p. 164 ; FREI, p. 15.

assistance respiratoire et décède d'une lésion primaire du cerveau sont des cas rarissimes en comparaison avec le reste des décès<sup>383</sup>. Cela ne signifie pas que ces cas ne sont pas importants, mais montre simplement que ce débat ne concerne que des situations très spécifiques. Les problèmes pratiques et quotidiens liés à ces questions sont limités et la controverse se joue surtout sur le plan théorique. De plus, la science avance et risque de rendre ce critère caduc : le caractère irréversible de la mort cérébrale totale pourrait être remis en question par une meilleure compréhension du fonctionnement du cerveau ou par de nouvelles techniques de soin<sup>384</sup>. La pénurie d'organes est un facteur défavorable à une remise en question du critère de la mort cérébrale. Le développement des xéno-transplantations et des organes de synthèse (artificiels ou composés de cellules humaines de culture) pourrait toutefois résoudre le problème de la pénurie d'organes et ainsi réduire les enjeux du débat<sup>385</sup>.

Sur le plan juridique, un premier élément nous semble essentiel. Aujourd'hui, 120 le choix d'un critère de la mort est une question à laquelle le législateur se doit de répondre, en raison des enjeux que cette question soulève<sup>386</sup>. L'adoption de l'art. 9 al. 1 LTx doit être saluée sur le principe. Plusieurs reproches peuvent cependant être faits à notre parlement.

En premier lieu, lors de l'adoption de la LTx, l'opportunité d'établir un autre 121 critère de la mort que celui proposé par l'ASSM semble avoir été peu étudiée<sup>387</sup>. Ensuite, la portée générale ou limitée au domaine de la transplantation de l'art. 9 LTx devrait être tranchée. Une modification de l'art. 31 al. 1 CC nous paraît une solution souhaitable<sup>388</sup>. Il est manifestement illusoire de vouloir

<sup>383</sup> En Suisse, en 2020, il y a eu 96 donneurs d'organes en état de mort cérébrale (DBD) sur 76'001 décès en suisse, cf. SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 31 ; OFSP, Mouvement naturel de la population 2020, disponible sur : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/deces.html#1234082606> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021) ; MAIRE, p. 17.

<sup>384</sup> HAAS-LEICHMACHER, p. 107. Il faut citer les résultats d'une recherche d'une équipe de neurologues de l'école de médecine de Yale qui a observé la réactivation de certaines cellules cérébrales de porcs décédés après les avoir perfusés à l'aide d'une machine. Toutefois, l'activité cérébrale globale n'a pas repris et l'électroencéphalogramme est resté plat : VRSELJA *et alii*, p. 337 ss. Cf. également l'article du journal *Le Temps* « Le miracle des cochons ressuscités », du 18 avril 2019.

<sup>385</sup> Sur les solutions de remplacement au don d'organes, cf. MAIRE, p. 269 ss.

<sup>386</sup> ROUVINEZ, n° 76 ; DEVAUD, p. 17 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 15.

<sup>387</sup> ROUVINEZ, n° 76.

<sup>388</sup> DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 164 ; DEVAUD, p. 17 ; GUILLOD, RDS, p. 71.



confier cette tâche à la jurisprudence, en raison de la circonspection dont fait preuve le Tribunal fédéral dans ce domaine<sup>389</sup>.

- 122 Le rôle de l'ASSM devrait aussi être clarifié et assumé. Si son influence et son autorité dans le domaine médical suisse sont incontestables, la solution actuelle nous semble perfectible. Selon nous, il y a une certaine hypocrisie à ce que le législateur délègue la compétence de régler le constat de la mort au Conseil fédéral, qui, dans son ordonnance, renvoie à une annexe, qui mentionne finalement les directives de l'ASSM. Nous ne comprenons pas pourquoi la disposition de l'OTx qui traite de cette question ne fait pas directement un renvoi aux directives de l'ASSM. Soit le Conseil fédéral prend le temps d'élaborer lui-même des règles sur le constat clinique de la mort, soit il doit reconnaître son manque de compétences dans ce domaine et s'effacer clairement devant des spécialistes.
- 123 Malgré ces critiques, le droit suisse est satisfaisant sur la question du critère de la mort. En l'état des connaissances scientifiques, le critère de la mort cérébrale doit être approuvé. Le concept de mort cérébrale partielle doit être rejeté dans ses deux variantes, la mort néocorticale et la mort du tronc cérébral. La défaillance irréversible du cortex n'est pas suffisante pour considérer une personne comme morte. En effet, un patient qui a certes perdu la conscience, mais qui respire spontanément, ne doit pas être reconnu comme mort. Il serait difficile d'expliquer la différence entre une personne dans cette situation et une personne en état végétatif persistant, démente ou sénile, incapable de communiquer<sup>390</sup>. De la même manière, il n'est pas admissible qu'un patient qui ne respire plus spontanément à la suite d'une lésion du tronc cérébral, mais qui est toujours conscient, soit déclaré mort<sup>391</sup>.
- 124 Le concept de mort basé sur l'autonomie limitée peut sembler séduisant. Une autonomie totale de définir le critère de sa propre mort poserait assurément des problèmes en lien avec l'art. 27 CC et la notion de dignité humaine. De plus, si l'on admet que l'autonomie de l'être humain est primordiale, la possibilité de se déterminer entre un nombre restreint de solutions, dicté par l'État, vide cette liberté d'une grande partie de sa substance. La neutralité de l'État est ainsi limitée et il conserve un pouvoir, certes dilué, lors de l'élaboration des critères à choix. Ce système impose à l'État de choisir un critère de mort par défaut, pour les personnes qui ne se détermineraient pas. Cette relativité de la mort nous

---

<sup>389</sup> ATF 123 I 112, consid. 7dd ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 4b. GUILLOD/DUMOULIN, p. 15 ; BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle, p. 5.

<sup>390</sup> GALETTI, n° 468 ss, en particulier 479 s. et pour une critique 485 ss ; BURKART, p. 10.

<sup>391</sup> GALETTI, n° 467.

---

paraît contradictoire avec son essence unique et le caractère absolu du droit à la vie<sup>392</sup>.

La proposition de supprimer l'exigence du décès du donneur d'organes doit, elle aussi, être rejetée. L'euthanasie passive, qui correspond à l'interruption des mesures de maintien en vie d'un patient mourant, n'est pas punissable à certaines conditions en droit suisse<sup>393</sup>. Il nous semble peu acceptable de justifier de mettre fin aux jours d'une personne dans un but qui sert les intérêts d'un tiers, fussent-ils légitimes<sup>394</sup>. L'euthanasie doit servir les intérêts de la personne mourante, pas ceux d'un tiers. Cette conception heurterait le principe selon lequel il n'est pas admissible de consentir au prélèvement d'organes vitaux de notre vivant (art. 12 *litt. c* LTx)<sup>395</sup>. L'intérêt du receveur ne peut pas l'emporter sur l'intérêt du donneur toujours vivant<sup>396</sup>. Finalement, associer la question du don d'organes à une forme d'euthanasie risque de renforcer le scepticisme face au don d'organes et de décourager les citoyens à consentir au prélèvement.

---

<sup>392</sup> DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 161. Pour d'autres critiques, cf. GALETTI, n° 502 ss.

<sup>393</sup> Arrêt du TF 2C\_66/2015, du 13 septembre 2016, consid. 3.1. Pour les conditions, cf. ASSM, fin de vie, ch. 4.1.

<sup>394</sup> DUMOULIN, Questions de vie et de mort, p. 173. Dans ce sens, BURCH, § 22.

<sup>395</sup> MARESCOTTI/DUMOULIN, p. 456 ; MANAI, Droits du patient, p. 456.

<sup>396</sup> MANAI, Droits du patient, p. 463.



---

## Chapitre 3 : L'absence de personnalité après la mort

### I. Introduction

Nous avons présenté comment l'ordre juridique appréhende le phénomène de la mort, comment il a consacré un critère de la mort et comment il a déterminé les manières de la constater. 126

Il faut à présent nous intéresser aux conséquences juridiques de la mort. Le premier effet de la mort concerne l'existence même de la personne juridique. Le Code civil le résume sobrement à son art. 31 al. 1 : « *La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ; elle finit par la mort* ». En passant de la vie à la mort, l'être humain perd le statut de personne ; il n'est plus un sujet de droit<sup>397</sup>. La mort a donc des effets pour l'ensemble des domaines du droit. Dresser une liste exhaustive des conséquences juridiques de la mort dépasserait le cadre de notre étude. Nous nous concentrerons uniquement sur les conséquences de la mort sur le corps du défunt, à savoir son enveloppe physique. 127

Nous allons commencer par revenir sur la notion de personne (II) en traitant de la personne comme sujet de droit et comme concept normatif, puis du rapport entre personne et corps. Nous poursuivrons avec une analyse approfondie de la fin de la personnalité. Nous présenterons la question de la protection de la personnalité après la mort (III) et les conceptions du droit privé, public et pénal, pour proposer une synthèse de celles-ci (IV). 128

### II. La notion de personne

#### A. *La personne comme sujet de droit*

Au sens commun, une personne est définie comme un « *individu de l'espèce humaine* »<sup>398</sup>. Du point de vue juridique, une personne est un sujet de droit et d'obligation<sup>399</sup>. La personne juridique est donc un acteur sur la scène juridique. 129

---

<sup>397</sup> BAUMANN, p. 22, n° 4 ; RIEMER, n° 133 ; PIOTET P., La détermination, p. 558.

<sup>398</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 1869.

<sup>399</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 3 ; BUCHER, n° 1 ; GUILLOD, RDS, p. 107 ; GROSSEN, Traité, p. 2 ; GROSSEN, RDS, p. 3a.

Pour bien comprendre la notion juridique de personne, il est courant de remonter à l'étymologie du terme « personne ». En latin, le mot « *persona* » désigne à l'origine le masque de théâtre et par extension, le rôle, le personnage<sup>400</sup>.

- 130 Bien qu'il s'agisse d'une notion fondamentale pour l'ordre juridique, la personne n'est pas définie par la loi. L'art. 11 al. 1 CC prévoit uniquement que : « *toute personne jouit des droits civils* ». La notion juridique de personne a suscité peu de développements de la part de la doctrine suisse<sup>401</sup>. Les principaux ouvrages de droit des personnes se contentent de constater que la loi assimile le sens commun de personne et la notion juridique : tout être humain est un sujet de droit<sup>402</sup>.

### B. *La personne comme concept normatif*

- 131 La notion de personne juridique est normative<sup>403</sup>. La personnalité juridique, c'est-à-dire la qualité de sujet de droit, découle d'un choix du législateur<sup>404</sup>. Ce choix fait que la définition de la personne varie dans le temps et dans l'espace<sup>405</sup>.
- 132 La notion d'être humain est à l'inverse descriptive<sup>406</sup>. En raison des choix du législateur, la notion de personne juridique ne correspond pas parfaitement à celle d'être humain<sup>407</sup>. Olivier Guillod, tout en étant conscient de leurs limites, propose trois critères pour reconnaître la qualité d'être humain du point de vue

---

<sup>400</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 2 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 4 ; CORPATAUX, n° 294 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 24 ; PELET, p. 9 ; MANAI, La personne et son corps, p. 31 ; SCHMIDLIN, La personne individuelle, p. 3 ; GROSSEN, Traité, p. 1. Pour le droit français, cf. LABBÉE, p. 28 ss.

<sup>401</sup> GUILLOD, RDS, p. 107.

<sup>402</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 3 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 14 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 2 ss ; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, n° 3 ad art. 11 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 3 ; CR CC I-MANAI, n° 3 ad art. 11 ; BUCHER, n° 2 ; BRÜCKNER, n° 4 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 25 ; GROSSEN, Traité, p. 3 ; ROSSEL/MENTHA, n° 81.

<sup>403</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1050 ; MONTAVON, § 8 ; MAURER/KERSTING, n° 10.

<sup>404</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1050 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 4 ; CORPATAUX, n° 293 ; MONTAVON, § 8 ; GUILLOD, RDS, p. 110 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 27 ss ; KÄLIN, p. 60 ; GROSSEN, Traité, p. 2. Pour le droit français, LABBÉE, p. 34 ss.

<sup>405</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 29 ; SCHMIDLIN, La personne individuelle, p. 3 ; LABBÉE, p. 33 ; GROSSEN, Traité, p. 2.

<sup>406</sup> MAURER/KERSTING, n° 10.

<sup>407</sup> LABBÉE, p. 47 ; BAUD, CMS, p. 59. *Contra* : CORPATAUX, n° 295 ; JOYE, Génome, p. 97 ; PIOTET, CMS, p. 69.

biologique : la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde humain, la mise au monde par une femme et l'existence d'un génome spécifique<sup>408</sup>.

Si l'on se fie à ces critères, il existe des êtres humains qui ne sont pas des personnes et des personnes qui ne sont pas des êtres humains. Le premier exemple (historique) est la situation de l'esclave : un être humain, considéré comme une chose et ne disposant pas de la personnalité juridique<sup>409</sup>. Le deuxième exemple est le cas de la mort civile, inconnue du Code civil suisse, mais qui a existé en France et dans les codes civils de certains cantons romands avant 1907 : bien que toujours vivant, l'individu perdait la personnalité et disparaissait juridiquement<sup>410</sup>. L'institution de l'absence au sens des art. 35 à 38 CC permet, en cas d'incertitude, de considérer une personne comme décédée, alors qu'elle est peut-être encore en vie<sup>411</sup>. Enfin, l'existence des personnes morales atteste de la possibilité d'attribuer la personnalité juridique à une entité autre qu'un être humain<sup>412</sup>. 133

### C. *La personne et le corps humain*

La notion de personne juridique est une notion abstraite et désincarnée<sup>413</sup>. Dans son abstraction, la personne n'existe que dans les relations juridiques qu'elle tisse<sup>414</sup>. La personne juridique et l'être humain convergent, raison pour laquelle la première se substitue au second<sup>415</sup>. Comme le dit Dominique Manaï à propos du corps : « *Identifié implicitement à la personne physique, il disparaît derrière la vision abstraite de l'homme juridique* »<sup>416</sup>. Il faut comprendre que la per- 134

<sup>408</sup> GUILLOD, RDS, p. 107. Il ajoute à ces critères biologiques, le critère « anthropologique » de l'appartenance à la « famille » humaine.

<sup>409</sup> CORPATAUX, n° 295 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 28 ; KÄLIN, p. 60 ; LABBÉE, p. 33 ss.

<sup>410</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 28, qui cite les art. 10 à 12 du Code civil vaudois de 1819 et les art. 20 à 26 du Code civil valaisan de 1853. Pour le droit français, cf. BAUD, *La main volée*, p. 67 ss ; LABBÉE, p. 33 ss.

<sup>411</sup> CORPATAUX, n° 295 ; MANAÏ, *La personne et son corps*, p. 39 ; BAUD, CMS, p. 61 ; LABBÉE, p. 33.

<sup>412</sup> LABBÉE, p. 46.

<sup>413</sup> CORPATAUX, n° 295 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 144 ; MANAÏ, *La personne et son corps*, p. 31 ; BAUD, CMS, p. 60 ; BAUD, *La main volée*, p. 60.

<sup>414</sup> MANAÏ, *La personne et son corps*, p. 31.

<sup>415</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 144 ; MANAÏ, *La personne et son corps*, p. 31.

<sup>416</sup> MANAÏ, *La personne et son corps*, p. 31.

sonne juridique et le corps humain ne correspondent pas parfaitement<sup>417</sup>. Pour reprendre les mots de Xavier Labbé : « *Si le corps semble effectivement indis-socié de la personne, il n'en n'est pas le synonyme* »<sup>418</sup>.

- 135 Durant des siècles, le corps de l'être humain a été appréhendé au travers de la notion de personne<sup>419</sup>. Le caractère abstrait de la personne, sujet de droit, éclip-sait sa dimension corporelle<sup>420</sup>. Le corps ne pouvait pas avoir d'existence indé-pendante de la personne<sup>421</sup>. Certains éléments du corps humain comme les che-veux ou le lait maternel faisaient l'objet d'actes juridiques, mais ceux-ci posaient peu de problèmes, notamment parce que ces éléments se régénèrent<sup>422</sup>.
- 136 À partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les progrès des techniques biomé-dicales ont entraîné une véritable révolution. Aujourd'hui, le corps et les élé-ments qui le composent font l'objet d'une maîtrise d'une ampleur sans précé-dent. Le corps humain est devenu disponible. Il est possible de transplanter des organes, de transfuser du sang, de prélever et de stocker des tissus et des cel-lules, y compris des gamètes<sup>423</sup>.
- 137 La disponibilité nouvelle du corps et de ses éléments a suscité la réflexion des juristes qui ne peuvent plus se réfugier derrière l'abstraction de la personne, mais doivent s'intéresser directement à la dimension corporelle de l'être hu-main<sup>424</sup>. Le corps a acquis une existence distincte de la personne<sup>425</sup>. Pour cela, il a fallu déterminer quel rapport existe entre la personne et son corps<sup>426</sup>.

---

<sup>417</sup> MANAÏ, La personne et son corps, p. 38 ; BAUD, CMS, p. 59. *Contra* : CORPATAUX, n° 295 ; JOYE, Génome, p. 97 ; PIOTET, CMS, p. 69, pour qui la coïncidence entre l'être humain et le sujet de droit est parfaite.

<sup>418</sup> LABBÉE, p. 49 ss.

<sup>419</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; LE BRETON, Patrimonialité du corps, p. 351 ; CORPATAUX, n° 294 ; PELET, p. 10 ; MANAÏ, La personne et son corps, p. 32.

<sup>420</sup> CORPATAUX, n° 296 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 144 ; MANAÏ, La personne et son corps, p. 31.

<sup>421</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 51 ; CORPATAUX, n° 177 et les réf. citées.

<sup>422</sup> DUCOR, RDS, p. 304 ss et 311 ss ; CORPATAUX, n° 177.

<sup>423</sup> DUCOR, RDS, p. 254 ; OTTIMOFIORE, p. 539 ss. Sur l'évolution de la médecine à l'oc-casion du centenaire du Code civil, cf. GUILLOD, RDS, p. 61 ss.

<sup>424</sup> CORPATAUX, n° 299 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 143 ; MANAÏ, La personne et son corps, p. 29 ; BAUD, CMS, p. 61.

<sup>425</sup> MANAÏ, La personne et son corps, p. 32.

<sup>426</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; CORPATAUX, n° 299. L'affaire John Moore est l'exemple le plus classique de cette question. Cette affaire concerne un patient atteint d'une leucé-mie. Ses médecins ont découvert dans le cadre de son traitement que certaines des cellules de sa rate avaient des propriétés très intéressantes. Une lignée cellulaire a été créée, brevetée et commercialisée à partir de ses cellules sans qu'il en soit informé. Lorsqu'il l'a découverte, John Moore a agi pour obtenir une part des bénéfices tirés de

Le Code civil ne parle pas du corps humain<sup>427</sup>. L'ordre juridique ne définit ni l'être humain ni son corps<sup>428</sup>. Il est donc revenu à la jurisprudence et surtout à la doctrine de définir le rapport entre la personne et son corps. Face à cette question, les juristes se sont rattachés aux catégories traditionnelles de personne et de chose. Ils se retrouvent donc devant une alternative entre une approche « personnelle » ou « réelle » du corps<sup>429</sup>. 138

## 1. L'unité entre le corps et la personne

En droit suisse, la doctrine est unanime : le corps humain vivant est appréhendé et protégé par le biais de la personne dont il partage le statut juridique<sup>430</sup>. Cette solution s'explique par l'unité entre la personne juridique et son corps<sup>431</sup>. Le corps humain est le substrat, le support ou la manifestation de la personne 139

---

la lignée cellulaire. La Cour a considéré que John Moore n'a ni un droit sur le brevet portant sur la lignée de cellules ni un droit de propriété sur les cellules issues de son corps. Par contre, elle reconnaît une violation du devoir d'information du médecin : arrêt de Cour Suprême de Californie, *John Moore c. Regents of University of California et alii*, du 9 juillet 1990. Sur l'affaire John Moore, cf. notamment BÜCHLER/MICHEL, p. 54 ss ; MADER, n° 1000 ss ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 21 ss ; JOYE, Statut, p. 92 ss ; MANAI, La personne et son corps, p. 29.

<sup>427</sup> CORPATAUX, n° 297 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 144 ; MANAI, La personne et son corps, p. 31. Dans la Code civil, la notion de corps n'apparaît qu'à l'art. 34 CC où elle désigne le corps d'une personne décédée dont la mort est tenue pour certaine. Les versions allemande et italienne de l'art. 34 CC évoquent le cadavre : « *Leiche* » et « *cadavere* ». Nous ne tenons bien entendu pas compte de la « séparation de corps » (art. 117 ss CC), ni du « corps de police » (art. 43a al. 4 ch. 2 CC).

<sup>428</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; GRIOT, p. 6.

<sup>429</sup> Sur la dichotomie entre personnes et choses, cf. *infra* n° 181 ss et chapitre 5. JOYE, Génome, p. 97 ; MANAI, La personne et son corps, p. 29 ss. Plusieurs auteurs suisses réfléchissent en fonction du *numerus clausus* des droits absolus, cf. ISSENHUTH-SCHARLY, p. 22 ; JOYE, Statut, p. 94 ; PIOTET, CMS, p. 69.

<sup>430</sup> Notamment MANAI, Le corps, p. 219 ; CORPATAUX, n° 306 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 145 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 23 ; KÄLIN, p. 62 ; MANAI, La personne et son corps, p. 33 ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 131 ad Systematischer Teil.

<sup>431</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; MADER, n° 964 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 145 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ; JOYE, Génome, p. 99 ; MANAI, La personne et son corps, p. 33 ; GROSSEN, RDS, p. 45a.



physique<sup>432</sup>. L'existence de la personne physique est conditionnée par l'existence de son corps<sup>433</sup>. La protection du corps passe par celle de la personne (et donc des droits de la personnalité)<sup>434</sup>. Toute atteinte au corps humain est une atteinte à la personne<sup>435</sup>. Le droit suisse adopte ainsi une vision « unitaire » de la personne et du corps<sup>436</sup>.

- 140 Ni la personne ni son corps ne sont des choses<sup>437</sup>. Le corps d'une personne vivante n'est pas une chose et n'est pas susceptible d'être l'objet d'un droit réel<sup>438</sup>. La thèse d'une nature réelle du corps et d'un droit de propriété sur celui-ci n'est pas défendue, à notre connaissance, en droit suisse<sup>439</sup>. Le corps est appréhendé seulement par les droits de la personnalité, qui font de la personne et du corps une entité unique<sup>440</sup>. Le corps d'un être humain et ses éléments (organes, tissus, cellules ou fluides), tant qu'ils lui sont organiquement rattachés, ne sont pas des choses<sup>441</sup>.

---

<sup>432</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 145 ; JOYE, Immortalité, p. 154 ; LE BRETON, Corps et personne, p. 11 ; MADER, n° 964 ; CORPATAUX, n° 303 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 145 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ss ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 23 ; JOYE, Génome, p. 97 ; PIOTET, CMS, p. 69 ; MANAĪ, La personne et son corps, p. 32. Pour une critique de la sémantique des juristes, cf. BAUD, La main volée, p. 22.

<sup>433</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1048 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; DUCOR, RDS, p. 258 ; CORPATAUX, n° 305 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 23 ; MANAĪ, La personne et son corps, p. 31 s.

<sup>434</sup> ZEGG, p. 56 ; MADER, n° 964 ; JOYE, Génome, p. 97 ; MANAĪ, La personne et son corps, p. 33.

<sup>435</sup> MADER, n° 964 ; JOYE, Génome, p. 97.

<sup>436</sup> CORPATAUX, n° 358.

<sup>437</sup> ZEGG, p. 56 ; MADER, n° 964 ; KÄLIN, p. 64.

<sup>438</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; JOYE, Immortalité, p. 154 ; CORPATAUX, n° 314 ; MADER, n° 968 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 145 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ; JOYE, Génome, p. 97 ; PELET, p. 12 ; REY, n° 101 ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 131 ad Systematischer Teil ; VON TOBEL, p. 14 et 25 ; GRIOT, p. 15.

<sup>439</sup> CORPATAUX, n° 306 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 145. Pour le droit français, cf. BAUD, La main volée, notamment p. 212 ss. De manière générale, la tradition juridique d'Europe continentale rejette l'idée d'une propriété sur le corps, cf. BÜCHLER/MICHEL, p. 47 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 387. Cette conception remonte au droit romain et à l'adage « *Dominus membrorum suorum nemo videtur* » tiré de ULPEN, Digeste, 9, 2, 13, *pr.* Cf. également ZEGG, p. 55.

<sup>440</sup> CORPATAUX, n° 312.

<sup>441</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 67 ; CR CC II-FOËX, n° 22 ad intro. art. 641-645 ; SUTTER-SOMM, n° 20 ; MADER, n° 964 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ; JOYE, Statut, p. 97 ; JOYE, Génome, p. 99 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 131 ad systematischer Teil. Sur la notion de chose, cf. *infra* n° 322 ss.

On soumet également au régime de la personne et des droits de la personnalité les éléments artificiels qui sont intégrés durablement au corps, comme les prothèses ou les implants chirurgicaux<sup>442</sup>. Leur intégration au corps les fait passer du régime des droits réels à celui des droits de la personnalité<sup>443</sup>. La doctrine parle parfois, en reprenant une terminologie de la doctrine française, de « choses, personnes par destination »<sup>444</sup>. La volonté de la personne joue un rôle pour les objets qui ne sont pas liés de manière durable au corps humain (par exemple un dentier ou une perruque) pour déterminer s'il s'agit d'une chose ordinaire ou d'une chose, personne par destination<sup>445</sup>. À l'inverse, si l'objet est intégré physiquement au corps, la volonté de la personne ne joue aucun rôle dans son statut<sup>446</sup>.

## 2. La protection du corps

En droit suisse, la protection de la personnalité repose sur une norme générale, l'art. 28 CC<sup>447</sup>. Il n'existe pas d'énumération des droits de la personnalité dans la loi<sup>448</sup>. Il revient au juge de déterminer les éléments de la personnalité qui doivent être protégés, en tenant compte de l'évolution des mœurs et de la société, mais aussi de la science et de la technique<sup>449</sup>. Les droits de la personnalité

<sup>442</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 48 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 68 ; DUCOR, RDS, p. 260 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 17 ad intro. art. 641 ss ; BÜCHLER/DÖRR, p. 387 ; JOYE, Génome, p. 99 ; REY, n° 109 ; PIOTET, CMS, p. 70 ; GRIOT, p. 19 ss. À noter que ces éléments sont considérés comme des dispositifs médicaux au sens de l'art. 4 al. 1 *litt.* b de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, du 15 décembre 2000 (loi sur les produits thérapeutiques ou LPTh, RS 812.21).

<sup>443</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 48 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 17 ad intro. art. 641 ss ; DUCOR, RDS, p. 260 ss ; REY, n° 109.

<sup>444</sup> DUCOR, RDS, p. 260 ; PIOTET, CMS, p. 70. Dans la doctrine française, *cf.* notamment LABBÉE, p. 251 ss.

<sup>445</sup> DUCOR, RDS, p. 261. *Contra* : STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 68 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 133 ad Systematischer Teil ; GRIOT, p. 20, pour qui ces objets restent des choses.

<sup>446</sup> DUCOR, RDS, p. 261.

<sup>447</sup> ATF 95 II 481, JdT 1971 I 226 (rés.), consid. 6. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 580 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 513 ; BUCHER, n° 435 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 340 ; GROSSEN, RDS, p. 18a ; ZK ZGB-EGGER, n° 9 ad art. 28.

<sup>448</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 563 ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 3530 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 580 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 142 ; BSK ZGB I-MEILLI, n° 17 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 513 ; CR CC I-JEANDIN, n° 23 ad art. 28.

<sup>449</sup> MCF 28 CC 1982, FF 1982 II, p. 682. MEIER, Droit des personnes, n° 563 ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 3530 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 142 ; CR CC I-JEANDIN, n° 23 ad

ont été développés pour appréhender et défendre les éléments et les valeurs essentiels de l'être humain<sup>450</sup>. Le corps de la personne est logiquement protégé par les droits de la personnalité<sup>451</sup>.

- 143 Le corps de la personne est protégé au travers du droit à l'intégrité corporelle<sup>452</sup>. Selon la doctrine, le droit à l'intégrité corporelle fait partie des droits de la personnalité physique, avec le droit à la vie, la liberté de mouvement, la liberté sexuelle et le droit de disposer de son cadavre<sup>453</sup>. Elle protège tant l'intégrité physique que psychique de la personne<sup>454</sup>. L'intégrité corporelle assure une protection générale, tandis que les autres droits protègent des aspects particuliers du corps.
- 144 L'intégrité corporelle concrétise le principe d'intangibilité du corps humain<sup>455</sup>. On peut le résumer par l'expression latine : « *Noli me tangere* » (ne me touche pas), qui exprime l'interdiction de porter atteinte au corps de la personne<sup>456</sup>. En

---

art. 28 ; BUCHER, n° 436 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 340 ; ZK ZGB-EGGER, n° 9 ad art. 28. Il n'existe pas de *numerus clausus* des droits de la personnalité, cf. BSK ZGB I-MEILI, n° 5 ad art. 28 ; CR CC I-JEANDIN, n° 23 ad art. 28.

<sup>450</sup> MCF 28 CC 1982, FF 1982 II, p. 682. ATF 143 III 297, consid. 6.4.1 ; ATF 70 II 127 = JdT 1945 I 24 (trad.), consid. 2 ; ATF 45 II 624, consid. 1. MEIER, Droit des personnes, n° 560 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 442 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 134 et 142 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 486 ; MADER, n° 969 ; CR CC I-JEANDIN, n° 14 ad art. 28 ; BUCHER, n° 384 et 430 ; PELET, p. 13 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 6.2.1 ; GROSSEN, Traité, p. 3 ; GROSSEN, RDS, p. 4a.

<sup>451</sup> MANAI, Le corps, p. 219 ; JOYE, Immortalité, p. 154.

<sup>452</sup> CORPATAUX, n° 298.

<sup>453</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 588 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 143 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 17 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 516 ss ; CR CC I-JEANDIN, n° 24 ad art. 28 ; BUCHER, n° 440 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 355.

<sup>454</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 145 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 17 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 519 ; BAUMANN, n° 12.2.1 s. ; MADER, n° 969 ; CR CC I-JEANDIN, n° 24 ad art. 28 ; BUCHER, n° 440 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 24 ; JOYE, Génome, p. 99 ; PELET, p. 13 ; BRÜCKNER, n° 534 ss ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 6.4.2.3.1 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 372 s. ; GRIOT, p. 13 ss.

<sup>455</sup> ATF 114 Ia 350, consid. 5 ; ATF 88 I 260 = JdT 1963 I 488 (trad.), consid. 3 ; ATF 82 I 234 = JdT 1957 I 296 (trad.), consid. 3. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 38 ad art. 10 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 145 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 518 ; MANAI, Le corps, p. 220 ; CORPATAUX, n° 279 et 319 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 146 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 24 ; JOYE, Génome, p. 97 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 368.

<sup>456</sup> CORPATAUX, n° 264.

effet, les droits de la personnalité ont une nature avant tout défensive<sup>457</sup>. Toute atteinte à l'intégrité corporelle est présumée illicite<sup>458</sup>. L'atteinte peut néanmoins être licite si elle repose sur l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 28 al. 2 CC : le consentement, la loi, l'intérêt prépondérant privé ou public<sup>459</sup>.

Certains auteurs considèrent qu'en plus de la protection de l'intégrité corporelle, il existe un droit de disposition sur son propre corps, c'est-à-dire un droit à l'autodétermination<sup>460</sup>. Ce droit protège la volonté de la personne sur son corps<sup>461</sup>. Nous avons de la peine à saisir les conséquences de cette distinction entre le droit (négatif) à l'intégrité corporelle et le droit (positif) à la disposition de son corps. La loi prévoit à l'art. 28 al. 2 CC le consentement comme motif levant l'illicéité de l'atteinte. Vis-à-vis du corps de la personne et en particulier dans le domaine médical, le consentement joue un rôle central comme motif justificatif<sup>462</sup>. Le principe du consentement libre et éclairé a été consacré à la fin des années septante en Suisse<sup>463</sup>. Cette exigence vise à garantir la libre détermination de la personne<sup>464</sup>. Elle marque aussi la fin d'une forme de paternalisme médical<sup>465</sup>. C'est donc en premier lieu la volonté de la personne sur son corps qui est protégée<sup>466</sup>.

145

<sup>457</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 573 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 500a ; MANAI, La personne et son corps, p. 33.

<sup>458</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 593 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 45 ad art. 28 ; BUCHER, n° 492 ss.

<sup>459</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 663 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 557 ss ; BSK ZGB I-MEILI, n° 46 ss ad art. 28 ; CORPATAUX, n° 319 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 146 ; BUCHER, n° 495 ss ; JOYE, Génome, p. 97.

<sup>460</sup> ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 2 c ; ATF 38 II 253, consid. 2. DONZALLAZ, Vol. II, n° 3528 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 48 ; BUCHLER/DÖRR, p. 386 ; CORPATAUX, n° 279 ss et 344 ss ; MADER, n° 970 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 147 ss ; BAUMANN, n° 12.2.1 ss ; JOYE, Génome, p. 97 ; VON TOBEL, p. 25. *Contra* : notamment PIOTET, CMS, p. 70. Sur le droit à l'autodétermination, cf. BRÜCKNER, n° 391 et 463 ss.

<sup>461</sup> Dans ce sens, BRÜCKNER, n° 463.

<sup>462</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 3531 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 520 ; CORPATAUX, n° 319 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 146 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 378 ; GROSSEN, RDS, p. 46a.

<sup>463</sup> ATF 105 II 284, consid. 6b ; ATF 99 IV 208 = JdT 1974 I 132 (trad.), consid. 4. DONZALLAZ, Vol. II, n° 3514 ; GUILLOD, L'évolution du droit de la santé, p. 78 ; CORPATAUX, n° 322 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 146 ; MANAI, Droits du patient, p. 34.

<sup>464</sup> CORPATAUX, n° 323 ; MANAI, La personne et son corps, p. 34.

<sup>465</sup> GUILLOD, L'évolution du droit de la santé, p. 79 ; CORPATAUX, n° 322.

<sup>466</sup> BÜCHLER/DÖRR, p. 385 ; MANAI, La personne et son corps, p. 34 ; GRIOT, p. 11.

- 146 Toutefois, le pouvoir de disposition de la personne sur son corps est limité<sup>467</sup>. Il faut distinguer les actes de disposition de fait, où la personne agit directement sur son corps, et les actes de disposition de droit, où un tiers est autorisé par un acte juridique à intervenir sur le corps<sup>468</sup>. Les actes de disposition de fait ne sont en principe ni réglementés ni sanctionnés par le droit<sup>469</sup>. Il existe de rares exceptions comme l'art. 95 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM) qui réprime la mutilation dans le but de se rendre inapte au service<sup>470</sup>. À l'inverse, les actes de disposition juridiques sur le corps sont limités, entre autres par l'art. 27 al. 2 CC et les art. 19 et 20 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO)<sup>471</sup>. Dans ce contexte, la finalité de l'acte a une grande importance<sup>472</sup>.
- 147 Cette protection ne se limite pas au droit privé. Sous l'angle des droits fondamentaux, l'intégrité corporelle est protégée par l'intermédiaire de la liberté personnelle, à l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>473</sup>. Cette protection a un effet vertical direct face à l'État, mais également un effet horizontal indirect : l'État doit s'efforcer de la réaliser entre les particuliers (art. 35 al. 3 Cst.)<sup>474</sup>. Enfin, la protection du droit public et du droit privé est renforcée par la protection pénale de l'intégrité physique, prévue aux art. 122 à 136 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)<sup>475</sup>.

---

<sup>467</sup> GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 134 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 385 ; MANAI, *La personne et son corps*, p. 33.

<sup>468</sup> CORPATAUX, n° 337.

<sup>469</sup> CORPATAUX, n° 336.

<sup>470</sup> RS 321.0.

<sup>471</sup> RS 220. BÜCHLER/MICHEL, p. 48 et 53 ; CORPATAUX, n° 351 ss ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 148 ; MADER, n° 972.

<sup>472</sup> CORPATAUX, n° 355 ; GUILLOD/GUINAND, p. 415.

<sup>473</sup> ATF 114 Ia 350, consid. 5. MEIER, *Droit des personnes*, n° 567 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 48 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 471 ss ; GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 135 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; CR CC I-JEANDIN, n° 6 ad art. 28 ; BUCHER, n° 386 ; PIOTET, CMS, p. 69 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 6.4.2.3.1 ; ZK ZGB-EGGER, n° 10 ad art. 28. Sur l'art. 10 al. 2 Cst., cf. notamment CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 38 ad art. 10 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 51 ad art. 10 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 23 ad art. 10.

<sup>474</sup> MEIER, *Droit des personnes*, n° 567 ; CR Cst.-MARTENET, n° 87 ss ad art. 35 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; BSK BV-WALDMANN, n° 68 ad art. 35 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 56 ad art. 35 ; BUCHER, n° 387 ; SCHWEIZER, *Persönlichkeitsschutz*, n° 2.

<sup>475</sup> RS 311.0. MEIER, *Droit des personnes*, n° 566 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 48 ; GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 136 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 498 ; BUCHER, n° 388 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 6.4.2.3.1 ; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, n° 369.

### III. La protection de la personnalité après la mort

Nous avons approfondi la notion juridique de personne et les rapports entre la personne et son corps. Nous allons nous intéresser à la fin de la personnalité. L'art. 31 al. 1 *in fine* CC dispose que la personnalité finit par la mort. Le texte de la loi semble clair : le sujet de droit disparaît. Quelle est la conséquence de cette disparition pour les droits de la personnalité, dont nous avons vu qu'ils permettent d'appréhender et de protéger le corps de l'être humain ? La règle de l'art. 31 al. 1 *in fine* CC connaît-elle des exceptions ? 148

Nous allons voir que la question de la protection de la personnalité après la mort est complexe et qu'elle suscite un vif débat dans la doctrine<sup>476</sup>. De plus, la jurisprudence du Tribunal fédéral varie en fonction du domaine du droit concerné. Nous proposons donc de présenter la situation en droit privé, en droit public et en droit pénal avant notre appréciation personnelle. 149

#### A. En droit privé

##### 1. La position du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire

Comme le prévoit l'art. 31 al. 1 CC, la personnalité prend fin avec la mort<sup>477</sup>. En passant de la vie à la mort, l'être humain perd le statut de personne et n'est plus un sujet de droit<sup>478</sup>. Il ne peut plus être titulaire de droits ou d'obligations<sup>479</sup>. Les droits patrimoniaux du défunt sont transmis à ses héritiers au moment du décès (art. 560 CC) tandis que les droits de la personnalité, intransmissibles, s'éteignent<sup>480</sup>. Le défunt n'a plus la qualité de partie et ses héritiers ne 150

<sup>476</sup> Sur cette question, cf. notamment MANAÏ S., Thèse, n° 170 ss ; KNELLWOLF.

<sup>477</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.4 ; ATF 127 I 115, consid. 6. MEIER, Droit des personnes, n° 48 ; GUILLOD, Droit médical, n° 636 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 65 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 39 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 34 ; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 46 ad art. 11 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 35 ad art. 28 ; CR CC I-JEANDIN, n° 22 et 27 ad art. 28 ; MANAÏ S., Thèse, n° 176 ; BRÜCKNER, n° 651 ss.

<sup>478</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 636 ; MANAÏ, Jusletter, § 34 ; BAUMANN, p. 22, n° 4 ; RIE-MER, n° 133 ; PIOTET P., La détermination, p. 558 ;

<sup>479</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 33 ; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 46 ad art. 11 ; MANAÏ, Droits du patient, p. 278.

<sup>480</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 636 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 66 ; MANAÏ, Jusletter, § 34 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 39 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 35 ; BK

peuvent pas agir en son nom ou comme représentant pour ses droits de la personnalité<sup>481</sup>. Comme les droits du défunt s'éteignent à son décès, le défunt ne peut être protégé qu'au travers de ses proches, en se fondant sur leur propre personnalité (théorie de la protection de la mémoire ou *Andenkenschutz*)<sup>482</sup>. Cette position fait l'objet d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral<sup>483</sup>. La doctrine majoritaire soutient également cette position<sup>484</sup>.

- 151 Relevons que la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une approche semblable dans une affaire concernant la mutilation de cadavres<sup>485</sup>. La prohibition de traitements inhumains ou dégradants de l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) ne s'applique plus à des cadavres<sup>486</sup>. Cependant, la mutilation

---

ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, n° 46 s. ad art. 11 ; SKARUPINSKI, p. 25 ; MANAI, Droits du patient, p. 279 ; FREI, p. 56 ; CR CC I-MANAI, n° 24 ad art. 31 ; MADER, n° 977.

<sup>481</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.1 ; ATF 127 I 145 = JdT 2003 I 150 (trad.), consid. 5cc ; ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 109 II 353 = JdT 1985 I 98 (trad.), consid. 4a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 363 (trad.), consid. 5a ; MEIER, Droit des personnes, n° 48 ; GUILLOD, Droit médical, n° 636 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 609 ; RIEMER, n° 133.

<sup>482</sup> ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5 ; ATF 70 II 127 = JdT 1945 I 27 (trad.), consid. 2. Dans la doctrine, par exemple GUILLOD, Droit médical, n° 636 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 621 ; MANAI, Jusletter, § 35 ; BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, n° 47 ad art. 11 ; BREITSCHMID/KAMP, p. 22 ss ; ZK ZGB-EGGER, n° 49 ad art. 28 et n° 15 ad art. 31.

<sup>483</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.3 ; ATF 127 I 145 = JdT 2003 I 150 (trad.), consid. 5cc ; ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 109 II 353 = JdT 1985 I 98 (trad.), consid. 4a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 363 (trad.), consid. 5a ; ATF 70 II 127 = JdT 1945 I 27 (trad.), consid. 2.

<sup>484</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 48 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 65 ss ; MANAI, Jusletter, § 35 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 33 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 35 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 493 ; CR CC I-JEANDIN, n° 27 ad art. 28 ; BUCHER, n° 212 ss ; MANAI S., Thèse, n° 216 ss ; RIEMER, n° 133 ; BRÜCKNER, n° 71 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.4.2 ss ; KNELLWOLF, p. 80 ss ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 406 ss ; JÄGGI, p. 168a, note 52 ; VON TOBEL, p. 28.

<sup>485</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 56760/00) *Akpinar et Altun c. Turquie*, du 27 février 2007.

<sup>486</sup> RS 0.101. Arrêt de la CourEDH (Requête n° 56760/00) *Akpinar et Altun c. Turquie*, du 27 février 2007, § 82 s.

des cadavres constitue une violation de l'art. 3 CEDH à l'encontre des proches des défunts (en l'espèce le père et la sœur des défunts)<sup>487</sup>.

Si la personnalité prend fin au moment du décès, cela ne signifie pas que tous les actes juridiques de l'ancien sujet de droit cessent de produire leurs effets<sup>488</sup>. Le meilleur exemple se trouve dans le droit des successions où la volonté du *de cuius* produit ses effets après la mort<sup>489</sup>. Si les droits de la personnalité s'éteignent, ils peuvent continuer à produire certains effets après la mort<sup>490</sup>. Le Tribunal fédéral parle « *des effets subséquents de la personnalité du défunt* »<sup>491</sup>. Ces effets subséquents concernent les attributs de la personnalité du défunt qui subsistent *de facto* à sa mort, en premier lieu sa dépouille, mais également son nom, son image, sa voix, son honneur ou sa sphère privée<sup>492</sup>. En particulier, la volonté exprimée du vivant du défunt continue à être juridiquement contraignante même si ses droits de la personnalité sont éteints<sup>493</sup>. La volonté du défunt concernant le sort de son cadavre doit forcément perdurer après sa mort pour déployer son effet au moment voulu<sup>494</sup>.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent différents droits de la personnalité qui concernent le cadavre. La personne a de son vivant le droit de disposer de son futur cadavre et peut exprimer une volonté concernant le sort de sa dépouille après sa mort<sup>495</sup>. Ce droit s'éteint à son décès, mais il a comme « effet subséquent » que sa volonté est toujours contraignante<sup>496</sup>. La violation de la volonté du défunt porte atteinte à la personnalité affective des proches. Les proches du défunt peuvent agir et invoquer leur (propre) droit pour faire res-

<sup>487</sup> Arrêt de la Cour EDH (Requête n° 56760/00) *Akpinar et Altun c. Turquie*, du 27 février 2007, § 86.

<sup>488</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 48.

<sup>489</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 48.

<sup>490</sup> CR CC I-MANAÏ, n° 24 ad art. 31 ; MANAÏ S., Thèse, n° 214 ; SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 29 ; RIEMER, n° 133a ; VON TOBEL, p. 19.

<sup>491</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 363 (trad.), consid. 5a.

<sup>492</sup> BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 47 ad art. 11 ; MANAÏ S., Thèse, n° 214 ; OTT/GRIEDER, p. 627 ; ZK ZGB-EGGER, n° 15 ad art. 31. Sur la protection du secret médical après la mort, par exemple l'arrêt du TF 2P.339/1994, du 26 avril 1995, Pra 1996, n° 94, consid. 3a ou l'arrêt du TF, du 3 novembre 1989, RDAF 1990, p. 45, consid. 4b. Sur le droit de disposer de son cadavre, cf. *infra* n° 200 ss.

<sup>493</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526a ; CR CC I-MANAÏ, n° 24 ad art. 31 ; MANAÏ S., Thèse, n° 214 ; SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 13 ; BRÜCKNER, n° 71 et 653.

<sup>494</sup> MANAÏ S., Thèse, n° 214, note 488.

<sup>495</sup> Cf. *infra* n° 200 ss.

<sup>496</sup> Cf. *infra* n° 205.



pecter la volonté du défunt<sup>497</sup>. Enfin, si le défunt n'a pas exprimé de volonté de son vivant, le proche le plus étroitement lié avec celui-ci a le droit de déterminer le sort du cadavre (fondé lui aussi sur le lien affectif entre le proche et le défunt)<sup>498</sup>. Nous allons revenir de manière approfondie sur ces droits de la personnalité dans le cadre du chapitre qui leur est consacré<sup>499</sup>.

## 2. Les doctrines minoritaires

154 La protection *post mortem* par les proches est critiquée, car elle crée le risque que le défunt ne soit pas protégé dans le cas où, d'une part, il n'a pas de proches ou que ceux-ci ne peuvent pas agir et dans le cas où, d'autre part, les proches sont eux-mêmes les auteurs d'une atteinte envers le défunt ou refusent d'agir<sup>500</sup>.

### a. L'avocat des morts (*Totenanwalt*)

155 Pour résoudre le problème, Robert Kehl propose la solution d'un avocat des morts (*Totenanwalt*), employé de l'État, qui protège d'office les intérêts des morts et conserve les volontés exprimées de leur vivant<sup>501</sup>. Il serait chargé de la protection de la paix des morts, de la piété, de la dignité humaine et des biens de la personnalité des défunts<sup>502</sup>.

### b. La protection *post mortem* des droits de la personnalité

156 En se basant sur la solution du droit allemand, une partie minoritaire de la doctrine propose d'admettre une protection *post mortem* des droits de la personnalité<sup>503</sup>. Cette conception se fonde sur l'idée que la personne peut avoir

---

<sup>497</sup> Cf. *infra* n° 205 ss.

<sup>498</sup> Cf. *infra* n° 222 ss.

<sup>499</sup> Cf. *infra* chapitre 4.

<sup>500</sup> SKARUPINSKI, p. 26 ; BREITSCHMID/KAMP, p. 28, ch. 25 ; MANAI S., Thèse, n° 190 ss ; OTT/GRIEDER, p. 628 ; KEHL, p. 41 et 49 ss ; KNELLWOLF, p. 5.

<sup>501</sup> KEHL, p. 55 ss

<sup>502</sup> KEHL, p. 62.

<sup>503</sup> OTT/GRIEDER, p. 628 ss. Cf. également BÜCHLER, PJA 2003 ; BÜCHLER, PJA 2004, qui plaide pour une protection *post mortem* de la personnalité en reconnaissant un caractère transmissible des biens de la personnalité ayant une valeur économique (image, voix, nom d'une célébrité par exemple) ; BREITSCHMID/KAMP, p. 26, ch. 20, qui font une analogie avec l'art. 16 al. 1 LDA, qui prévoit la transmission des droits d'auteurs à la mort

confiance que sa personnalité sera respectée après son décès<sup>504</sup>. Les droits de la personnalité ne s'éteindraient pas au décès<sup>505</sup>. Ils seraient protégés par un représentant agissant au nom du défunt, désigné par la personne de son vivant ou après sa mort, par une autorité, en priorité parmi ses proches (sous réserve des situations de conflit d'intérêts)<sup>506</sup>. Ces droits ne seraient pas illimités dans le temps, mais leur durée dépendrait de l'intensité du souvenir du défunt et devrait être déterminée dans chaque situation<sup>507</sup>.

La première construction dogmatique envisageable revient à reconnaître que les droits de la personnalité, après la mort, sont des droits sans sujets (*die Theorie der subjektlosen Rechte*), sans titulaires, mais exercés par un représentant<sup>508</sup>. 157

La deuxième théorie (*die postmortale Teilrechtsfähigkeit*) reconnaît une capacité civile restreinte *post mortem* du défunt qui continue à être porteur des droits inséparables de sa personne, dans la mesure où cela est nécessaire à sa protection<sup>509</sup>. 158

La troisième théorie est celle de la subjectivité juridique générale (*die Theorie der allgemeinen Rechtssubjektivität*) qui considère qu'il existe un niveau inférieur, mais préalable à la qualité de sujet de droit : ainsi, le défunt est titulaire de droits sans avoir la capacité juridique<sup>510</sup>. 159

Enfin, la théorie du devoir juridique général de respect des intérêts du défunt (*die Theorie der allgemeinen Rechtspflicht zur Respektierung der Belange Verstorbener*) prescrit l'existence d'un devoir juridique protégeant un intérêt public, sans pour autant qu'il existe un droit subjectif<sup>511</sup>. 160

---

de l'auteur. Ainsi, ces deux avis ne concernent pas le sort du cadavre. Cette doctrine se base en particulier sur l'arrêt Mephisto du *Bundesgerichtshof* allemand, du 20 mars 1968, BGHZ 50, n° 22, p. 133 ss. Sur le droit allemand, cf. BREITSCHMID/KAMP, p. 25, ch. 15 ss ; SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 20 ss ; KNELLWOLF, p. 6 ss.

<sup>504</sup> MANAI S., Thèse, n° 201 ; OTT/GRIEDER, p. 629 ; KNELLWOLF, p. 6.

<sup>505</sup> MANAI S., Thèse, n° 199 ; OTT/GRIEDER, p. 628 s. Cf également BREITSCHMID/KAMP, p. 25, ch. 16.

<sup>506</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.2. MANAI S., Thèse, n° 200 ; OTT/GRIEDER, p. 629 ; KNELLWOLF, p. 6 ss.

<sup>507</sup> MANAI S., Thèse, n° 202 ; OTT/GRIEDER, p. 629. Cf également BREITSCHMID/KAMP, p. 26, ch. 19.

<sup>508</sup> FREI, p. 67 ; SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 23 ; KNELLWOLF, p. 13 ss et les réf. citées. Cette construction dogmatique semble être celle suivie dans l'arrêt Mephisto, cf. SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 21 ; KNELLWOLF, p. 13.

<sup>509</sup> SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 24 ; KNELLWOLF, p. 15 ss.

<sup>510</sup> SCHMID, *Organentnahmen an Verstorbenen*, p. 24 ; KNELLWOLF, p. 15.

<sup>511</sup> SKARUPINSKI, p. 25 et 28 ; FREI, p. 67.

161 Après avoir examiné les propositions des auteurs se référant à la solution du droit allemand, le Tribunal fédéral a confirmé sa position<sup>512</sup>. Il estime tout d'abord qu'une modification de l'art. 31 al. 1 CC serait nécessaire pour qu'une protection *post mortem* de la personnalité soit introduite en droit suisse<sup>513</sup>. L'existence d'un droit de la personnalité après la mort pose la question de la titularité d'un tel droit qui soulève des difficultés dogmatiques qui peinent à être résolues<sup>514</sup>. Les juges de Mon Repos mettent également en avant les faiblesses de la protection *post mortem* de la personnalité qui exige toujours l'intervention d'une personne au nom du défunt, ce qui ne résout pas le problème d'un défunt sans proches<sup>515</sup>. La durée d'une protection *post mortem* des droits de la personnalité est également problématique, car une protection illimitée est irréaliste et la fixation d'une limite temporelle est arbitraire<sup>516</sup>. Enfin, le droit à une sépulture décente garanti par la Constitution fédérale, l'art. 262 CP qui protège la paix des morts (infraction poursuivie d'office) et les législations cantonales en matière funéraire permettent déjà d'assurer la protection de la dépouille du défunt<sup>517</sup>.

## B. *En droit public*

162 En principe, le droit à la liberté personnelle (qui protège la personnalité) est protégé durant toute l'existence de la personne physique, soit de sa naissance accomplie à sa mort<sup>518</sup>. En 1971, le Tribunal fédéral a considéré que le fait que l'art. 53 al. 2 aCst. (qui garantissait le droit à une sépulture décente) déploie des effets après la mort a pour conséquence que rien ne s'oppose à ce que d'autres droits liés aux funérailles soient considérés comme non éteints après

---

<sup>512</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.1 ss. Pour un commentaire, cf. BÜCHLER, PJA 2004.

<sup>513</sup> Ce choix revient donc au législateur : ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.4. Dans le même sens, MANAI S., Thèse, n° 212 ; KEHL, p. 54. *Contra* : KNELLWOLF, p. 24 ss, pour qui l'art. 31 al. 1 CC n'empêche pas la reconnaissance d'un droit de la personnalité après la mort.

<sup>514</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5. Sur ces difficultés dogmatiques, cf. MANAI S., Thèse, n° 203 ; KNELLWOLF, p. 13 ss et en résumé p. 144.

<sup>515</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5, qui cite KNELLWOLF, p. 80 s. et 146.

<sup>516</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5.

<sup>517</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5.

<sup>518</sup> DUBÉY, Vol. II, n° 1361.

la mort<sup>519</sup>. La jurisprudence admet ainsi que la liberté personnelle ne s'éteint pas avec la mort, mais perdue dans une certaine mesure au-delà du décès<sup>520</sup>. Du point de vue constitutionnel, la liberté personnelle est protégée au-delà de la mort dans le cadre du droit de disposer de son cadavre<sup>521</sup>.

### C. *En droit pénal*

En 1992, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt concernant la découverte et la photographie par des journalistes du cadavre de l'homme politique allemand Uwe Barschel qui s'était suicidé dans la baignoire de sa chambre de l'hôtel Beau-Rivage à Genève<sup>522</sup>. 163

En se fondant sur une proposition de Martin Schubarth, les juges de Mon Repos ont consacré l'existence d'une « zone taboue » pendant laquelle les droits de la personnalité perdurent temporairement après la mort<sup>523</sup>. Pour reprendre les mots de l'arrêt : « *Jusqu'à ses funérailles en principe, le défunt est titulaire de droits de la personnalité protégeant sa dépouille et ce qui l'entoure des atteintes contraires aux mœurs et aux usages* »<sup>524</sup>. Le Tribunal justifie sa position par la difficulté qu'il peut y avoir de fixer le moment de la mort<sup>525</sup>. L'arrêt s'appuie sur la jurisprudence de droit public que nous venons de présenter<sup>526</sup>. Dans l'arrêt Barschel, cette théorie était décisive quant à la qualité de plaignant 164

<sup>519</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b, qui cite l'ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b.

<sup>520</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5a ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 127 I 115, consid. 4a ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 118 IV 319, consid. 2 ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

<sup>521</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 36 ad art. 10 ; TSCHUMY, CUSO, p. 281 ; DUBEY, Vol. II, n° 1364 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 50 ad art. 10 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 10 et 39 ad art. 10 ; AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, n° 325 ; SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, n° 9.

<sup>522</sup> ATF 118 IV 319, faits A.

<sup>523</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2. SCHUBARTH, Delikte gegen das Vermögen, n° 63 ad art. 137 CP.

<sup>524</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2.

<sup>525</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2.

<sup>526</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2, qui cite l'ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b.

des proches et la possibilité pour le défunt d'être victime d'une violation de domicile ou d'une infraction contre le domaine privé ou secret<sup>527</sup>.

#### D. *Appréciation personnelle*

- 165 La situation actuelle n'est pas satisfaisante. Comme Stéphane Manaï et Denis Piotet, il faut relever que le manque d'unité du droit sur la question fondamentale de la définition du sujet de droit est problématique<sup>528</sup>. Dans l'optique d'une synthèse visant à assurer la cohérence de l'ordre juridique, il faut revenir sur la doctrine minoritaire favorable à une reconnaissance de droit de la personnalité *post mortem*.
- 166 Comme les juges de Mon Repos, il faut admettre que cette théorie ne s'appuie pas sur une construction dogmatique satisfaisante<sup>529</sup>. La doctrine favorable à la protection *post mortem* des droits de la personnalité ne s'accorde d'ailleurs pas sur celle-ci<sup>530</sup>.
- 167 L'idée d'un droit sans sujet est incompatible avec le droit suisse<sup>531</sup>. De plus, les différentes formes envisagées de représentation du défunt ne permettent pas de surmonter cet écueil<sup>532</sup>. Enfin, l'idée que les proches ou une autre personne désignée par le défunt de son vivant exercent ses droits de la personnalité à titre fiduciaire après sa mort doit aussi être écartée<sup>533</sup>. Elle n'est pas compatible avec la conception suisse du contrat de fiducie qui implique le transfert d'un droit, impossible pour un droit de la personnalité, par nature incessible et intransmissible<sup>534</sup>.

---

<sup>527</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2 s.

<sup>528</sup> MANAÏ S., Thèse, n° 213 ; PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques, p. 136 ss.

<sup>529</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5.

<sup>530</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5. Du même avis, Manaï S., Thèse, n° 204 ; KNELLWOLF, p. 23. Sur les constructions dogmatiques envisagées et envisageables, cf. FREI, p. 67 ; KNELLWOLF, p. 11 ss.

<sup>531</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5. MANAÏ S., Thèse, n° 204 ; KNELLWOLF, p. 14.

<sup>532</sup> Sur les différentes solutions envisagées, cf. SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 25 ; KNELLWOLF, p. 18 ss.

<sup>533</sup> Sur cette conception, cf. KNELLWOLF, p. 18 ss et les réf. citées.

<sup>534</sup> KNELLWOLF, p. 19. Pour une définition de la fiducie, cf. notamment DUNAND, p. 18 ss ; TSCHUMY J.-L., Thèse, n° 251 ss.

Les théories de la capacité civile restreinte et de la subjectivité juridique générale ne nous convainquent pas non plus. Elles ne trouvent aucun fondement en droit suisse et ne sont pas compatibles avec la teneur actuelle de l'art. 31 al. 1 CC<sup>535</sup>. 168

Enfin, si la théorie du devoir juridique général de respect des intérêts du défunt devait être admise, elle n'aurait pas pour conséquence la reconnaissance d'un véritable droit de la personnalité après la mort. Elle n'est donc pas apte à servir de fondement dogmatique à la doctrine de la protection *post mortem* des droits de la personnalité. 169

Sur le plan pratique, il est vrai que la situation où une personne décède en l'absence de proche, reste problématique. Mais c'est toujours le cas, peu importe la théorie retenue<sup>536</sup>. Il est toutefois possible de relativiser ce problème. D'une part, comme nous allons le voir, en adoptant une définition large des proches du défunt, il est possible de limiter les situations où le défunt ne laisse pas de proche derrière lui, quand bien même celui-ci vit de manière isolée et n'a plus de famille proche<sup>537</sup>. D'autre part, comme le Tribunal fédéral, il faut compter sur les dispositions de droit funéraire, la protection pénale de l'art. 262 CP et le droit (et le devoir de l'État qui l'accompagne) à une sépulture décente, pour assurer une protection du cadavre<sup>538</sup>. 170

Dans la situation où ce sont des proches du défunt qui font fi de sa volonté, l'intervention d'autres proches pour faire respecter celle-ci, fondée sur leur propre droit de la personnalité, permet d'assurer une protection satisfaisante<sup>539</sup>. La situation où le défunt laisse un seul proche qui viole sa volonté doit être traitée de la même manière que celle où il n'y a pas de proche du tout : il faut considérer largement la notion de proche pour limiter au maximum ces cas et compter en dernier recours sur les règles de droit public et pénal. La proposition d'un « avocat des morts » ne semble donc pas nécessaire et demanderait une volonté politique importante pour créer et financer une telle institution. Il faut relever que cette proposition a eu peu d'échos dans la doctrine. 171

Sous l'angle du droit public, on peut douter de la portée pratique d'une prolongation de la liberté personnelle après la mort, en ce qui concerne le sort du cadavre. Cette « prolongation » a avant tout une portée déclaratoire. Elle ne fait 172

<sup>535</sup> FREI, p. 67 ; KNELLWOLF, p. 15 ss et les réf. citées.

<sup>536</sup> FREI, p. 58 ; PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques, p. 138.

<sup>537</sup> Sur la notion de proche, cf. *infra* n° 207 ss et 223 ss.

<sup>538</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5. Sur le droit à une sépulture décente, cf. *infra* n° 544 ss. Sur l'art. 262 CP, cf. *infra* chapitre 6.

<sup>539</sup> Cf. *infra* n° 205 ss. Pour un exemple, arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017.

pas du défunt un sujet de droit<sup>540</sup>. Dans l'ATF 129 I 302, le Tribunal fédéral a considéré qu'il est impossible de déposer un recours de droit public au nom d'un défunt<sup>541</sup>. Il se base dans cette affaire sur sa jurisprudence en matière civile<sup>542</sup>. Si la volonté exprimée du vivant de la personne sur le sort de son cadavre est contraignante, il est nécessaire de passer par l'intermédiaire des proches pour faire respecter sa volonté<sup>543</sup>.

- 173 Quant à la jurisprudence de la « zone taboue » de l'arrêt Barchsel, si le résultat matériel de l'arrêt (la condamnation des journalistes) nous semble juste, sa construction juridique ne nous convainc pas. La théorie de la « zone taboue » a été développée par Martin Schubarth pour que le vol d'un objet d'une personne qui vient de décéder soit punissable<sup>544</sup>. Comme Denis Piotet, il faut constater que cette construction est en contradiction avec le droit privé, où la propriété de l'objet passe aux héritiers au moment de la mort<sup>545</sup>. Dans l'affaire Barchsel, il aurait fallu reconnaître que les proches de l'homme politique allemand étaient lésés par l'intrusion des journalistes dans la chambre d'hôtel<sup>546</sup>. L'art. 30 al. 1 CP suffit à légitimer les proches à déposer plainte, car ils sont lésés par l'intrusion des journalistes. La chambre d'hôtel où se trouvait le cadavre d'un proche qui s'est suicidé relève du domaine privé des proches (conjoint, enfant) au sens de l'art. 179<sup>quater</sup> CP. De plus, les journalistes auraient dû être condamnés pour tentative de violation de domicile au sens de l'art. 22 al. 1 CP, sous la forme d'un délit impossible<sup>547</sup>.

---

<sup>540</sup> Comme nous le verrons au sujet de la dignité humaine, cette prolongation peut avoir une dimension objective, mais ne crée pas de droits subjectifs invocables par un particulier, cf. *infra* n° 529 ss.

<sup>541</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.1 et 1.2.6.

<sup>542</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.1 ss.

<sup>543</sup> BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 47 ad art. 10.

<sup>544</sup> ATF 118 IV 319, consid. 2. PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques, p. 136 ; SCHUBARTH, Delikte gegen das Vermögen, n° 63 ad art. 137 CP.

<sup>545</sup> PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques, p. 136. Dans le même sens, MANAI S., Thèse, n° 213.

<sup>546</sup> Le Tribunal fédéral l'évoque à la fin de son considérant : « *De toute manière, on observe que si la zone de persistance de certains droits après la mort n'avait pas été retenue, la plainte aurait été déposée valablement par la famille de la victime, en vertu des droits propres découlant notamment de la saisine et de l'art. 28 CC* », ATF 118 IV 319, consid. 2 *in fine*. Dans le même sens, PIOTET, Pluralité de disciplines juridiques, p. 137.

<sup>547</sup> KILLIAS/KUHN/DONGOIS, n° 515 ss.

Il faut mentionner l'art. 175 CP qui permet aux proches du défunt de porter plainte si une diffamation (art. 173 CP) ou une calomnie (art. 174 CP) vise une personne décédée (ou absente) au moment des faits<sup>548</sup>. Il existe une controverse dans la doctrine sur le bien juridiquement protégé par l'art. 175 CP<sup>549</sup>. Une partie de la doctrine considère que l'art. 175 CP protège l'honneur du défunt<sup>550</sup>. Selon l'autre partie de la doctrine, le bien juridiquement protégé est le sentiment de piété des proches<sup>551</sup>. L'atteinte n'est plus punissable trente ans après le décès (art. 175 ch. 2 CP)<sup>552</sup>. Il faut selon nous considérer que l'art. 175 CP protège le sentiment de piété des proches. Le droit pénal connaît ainsi un mécanisme de protection du défunt qui est le même que celui du droit privé avec la théorie de la protection de la mémoire.

Il faut donc espérer qu'à l'avenir, le Tribunal fédéral harmonise sa jurisprudence concernant la protection de la personnalité après la mort sur sa position en matière de droit privé. La conception de la protection de la mémoire par les droits de la personnalité des proches est apte à assurer la protection du défunt.

<sup>548</sup> TRECHSEL/LEHMKUHL, n° 1 ad art. 175 ; DONATSCH, p. 411 s. ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 3 ad art. 175 ; CORBOZ, Les infractions, n° 2 ad art. 175 ; KNELLWOLF, p. 72 ; LOGOZ, Tome I, n° 1 ss ad art. 175. Si la victime meurt après l'atteinte à son honneur, il faut appliquer l'art. 30 ch. 4 CP ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 4 ad art. 175 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 11, n° 64 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 175 : les proches sont définis à l'art. 110 ch. 1 CP.

<sup>549</sup> TRECHSEL/LEHMKUHL, n° 2 ad art. 175 ; BSK StGB II-RIKLIN, n° 2 ad art. 175 ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 8 ad art. 175 ; HURTADO POZO, n° 2113.

<sup>550</sup> TRECHSEL/LEHMKUHL, n° 2 ad art. 175, pour qui, les proches « héritent » de l'honneur du défunt pour une période limitée, mais le défunt ne peut plus être atteint dans son honneur ; BSK StGB II-RIKLIN, n° 4 ad art. 175 et les réf. citées ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 9 ss ad art. 175, qui mentionnent la théorie de la zone taboue de l'arrêt Barschel comme argument.

<sup>551</sup> DONATSCH, p. 412 ; BSK StGB II-RIKLIN, n° 3 et 6 ad art. 175 et les réf. citées, pour qui l'art. 175 protège le sentiment de piété des proches, dans la mesure où l'honneur du défunt est atteint ; HURTADO POZO, n° 2117, pour qui, il faut que le souvenir que les proches ont du défunt soit bafoué ; CORBOZ, Les infractions, n° 2 ad art. 175, qui évoque « l'attachement des proches » ; KNELLWOLF, p. 73 ; SCHLÄPFER, p. 64 s.

<sup>552</sup> BSK StGB II-RIKLIN, n° 11 ad art. 175 ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 6 ad art. 175 ; CORBOZ, Les infractions, n° 4 ad art. 175 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 11, n° 64 ; LOGOZ, Tome I, n° 4 ad art. 175.



## IV. Conclusion

- 176 L'étude de la notion de personne, de la fin de la personnalité et de la protection de la personnalité après la mort nous permet d'arriver aux conclusions suivantes.
- 177 Durant sa vie, le corps d'un être humain est protégé au travers de la personne, en tant que sujet de droit. Son statut relève uniquement des droits de la personnalité.
- 178 La personne décédée n'est plus un sujet de droit. Les théories qui consacrent une protection de la personnalité *post mortem* en droit suisse doivent être rejetées, car elles ne parviennent pas à s'appuyer sur une construction dogmatique convaincante et n'apportent pas de réponse satisfaisante aux situations problématiques en pratique. La position du Tribunal fédéral qui admet l'extinction des droits de la personnalité au décès, l'existence d'effets subséquents de la personnalité et la protection du défunt au travers de ses proches doit être approuvée. Cette approche doit être étendue au droit public et au droit pénal dans un souci d'unité du droit.
- 179 Le corps d'une personne décédée ne peut donc plus être protégé au travers de la personne, au contraire de la situation du corps d'une personne vivante. En vertu de l'art. 31 al. 1 CC, le cadavre n'est plus une personne<sup>553</sup>. La mort de la personne entraîne donc un changement radical de statut pour son corps<sup>554</sup>.
- 180 Si le corps d'une personne décédée ne peut plus être un sujet de droit, il faut donc nous intéresser à l'autre grande catégorie qui structure le regard du juriste, celle de l'objet de droit.

---

<sup>553</sup> MANAI, Droits du patient, p. 278 ; MADER, n° 965 ; MAURER/KERSTING, n° 5 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 144 ; MANAI, La personne et son corps, p. 39 ; KNELLWOLF, p. 24.

<sup>554</sup> MAURER/KERSTING, n° 5.

---

## Chapitre 4 : Le droit de disposer d'un cadavre

### I. Introduction

Avec le décès, la personnalité juridique prend fin. Le corps de la personne change de statut. Il passe du statut de sujet à objet de droit. Dans la tradition juridique continentale, la chose est l'archétype de l'objet de droit. Les juristes opposent schématiquement les personnes, sujets de droit, aux choses, objets de droit<sup>555</sup>. Cette distinction remonte au droit romain<sup>556</sup>. Elle tire son origine d'un passage des *Institutes* de Gaius, qui distingue les personnes, les choses et les actions<sup>557</sup>. Cette division tripartite va évoluer et devenir une dichotomie entre personnes et choses à l'Époque moderne<sup>558</sup>. 181

Le droit privé suisse est imprégné par la dichotomie entre personnes et choses<sup>559</sup>. Les auteurs qui se sont intéressés au statut juridique du cadavre humain se sont donc « instinctivement » posé la question de savoir s'il s'agit d'une chose. Comme le suggère Denis Piotet, il faut aborder le problème un peu différemment<sup>560</sup>. Plutôt que réfléchir sur la base de l'opposition entre personnes et choses, il suggère d'analyser la question sur le plan des droits absolus<sup>561</sup>. Les droits absolus sont qualifiés de droits « de maîtrise » car ils donnent à leur titulaire un pouvoir direct sur un objet<sup>562</sup>. Un droit absolu est opposable 182

---

<sup>555</sup> GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 3 ; OTTIMOFIORE, p. 541.

<sup>556</sup> CORPATAUX, n° 301 ; BAUD, *La main volée*, p. 17.

<sup>557</sup> GAIUS, I, 8 : « *Omnes autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* » (les droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions). BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 16 ad intro. art. 11-19d ; ROGUIN, p. 191. Gaius propose donc une trichotomie entre les sujets de droit, les objets de droit et l'exercice des droits, BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 33 ad intro. art. 11-19d.

<sup>558</sup> SCHMIDLIN, *La personne individuelle*, p. 5 et les réf. à Descartes et Kant notamment. Dorénavant, avec le système des droits subjectifs, les juristes distinguent conceptuellement le droit matériel du droit procédural, cf. SCHMIDLIN, *La personne individuelle*, p. 5 et 7 ; ROGUIN, p. 193 ss.

<sup>559</sup> CORPATAUX, n° 301 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 386 ; MADER, n° 958 ; REY, n° 139h ; DE PORET, n° 353 ; KÄLIN, p. 61.

<sup>560</sup> PIOTET, CMS, p. 69. Cf. également ISSENHUTH-SCHARLY, p. 22 ; JOYE, *Statut*, p. 93 s.

<sup>561</sup> PIOTET, CMS, p. 69. Une approche fondée sur la dichotomie entre les personnes et les choses est suivie en droit français, cf. CORPATAUX, n° 301, note 607 ; JOYE, *Statut*, p. 93 en particulier la note 15. En droit français, cf. notamment POPU, n° 38 ss.

<sup>562</sup> STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, n° 13 ; CR CC II-Foëx, n° 4 ad intro. art. 641-645 ; PIOTET, *Méthodologie*, p. 148 ; AMOOS, p. 60 ; COLOMBARA, p. 15 ; LIVER, p. 9 ; ROGUIN, p. 207.

à tous, c'est-à-dire qu'il impose un devoir général (*erga omnes*) de s'abstenir de troubler la maîtrise du titulaire<sup>563</sup>.

- 183 Les droits absolus font l'objet d'un *numerus clausus* en droit suisse<sup>564</sup>. Il existe trois types de droits absolus : les droits réels, les droits de la personnalité et les droits de propriété intellectuelle<sup>565</sup>. Ces trois catégories de droits de maîtrise se distinguent par l'objet (*corpus*) sur lequel ils portent<sup>566</sup>.
- 184 Les droits de propriété intellectuelle concernent des biens impersonnels, non matériels<sup>567</sup>. Le cadavre est par définition un objet matériel et il est donc inapte à être un objet de droits de propriété intellectuelle.
- 185 Les droits de la personnalité portent sur les biens de la personnalité, soit « *l'ensemble des biens qui appartient à une personne du seul fait de son existence* »<sup>568</sup>. Nous avons vu au chapitre précédent que, selon la conception suivie par le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, les droits de la personnalité s'éteignent au décès, mais que les proches du défunt peuvent invoquer leurs propres droits de la personnalité pour assurer une protection du défunt<sup>569</sup>.
- 186 Enfin, les droits réels ont en principe (et par définition) pour objet des biens matériels et impersonnels : les choses<sup>570</sup>. Il existe des exceptions : les animaux (art. 641a al. 2 CC) et les forces naturelles (art. 713 CC), les titres intermédiés ou certains droits qui ne sont pas des entités matérielles, mais qui sont des objets de droits réels pour des raisons d'opportunité<sup>571</sup>. Parmi les différentes

---

<sup>563</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 572 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 12 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.37 ; CR CC II-FoÈX, n° 5 ad intro. art. 641-645 ; AMOOS, p. 60 ; COLOMBARA, p. 15 ; ENGEL, Traité, p. 16 ; LIVER, p. 9 ; ROGUIN, p. 212.

<sup>564</sup> PIOTET, Méthodologie, p. 148 ; PIOTET, CMS, p. 69.

<sup>565</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 572 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 61 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 6 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.35 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 500 ; SUTTER-SOMM, p. 12 s. ; REY, n° 212 ; JOYE, Statut, p. 94 ; STEINAUER, Tertium Datur ?, p. 52 ; AMOOS, p. 61 ; ENGEL, Traité, p. 16 s.

<sup>566</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 16 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.37 ; REY, n° 212.

<sup>567</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 16.

<sup>568</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 560 s. ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 486. Cf. également GUILLOD, Droit des personnes, n° 134.

<sup>569</sup> Cf. *supra* n° 150 ss.

<sup>570</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 16 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 489 ; REY, n° 212. La terme « réel » vient du mot latin *res* qui désigne la chose.

<sup>571</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 60, 114 ss et 118 ss ; CR CC II-FoÈX, n° 12 ad intro. art. 641-645 ; REY, n° 85 ss ; DE PORET, n° 338 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 220 ss ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 40 ad intro. art. 641-729. Sur le

catégories d'objets de droits réels, la chose est la seule hypothèse envisageable pour le cadavre, en raison de sa nature matérielle et non animale.

En droit suisse, il n'existe pas de norme définissant les droits portant sur un cadavre humain. Malgré ce silence du législateur, le cadavre humain fait l'objet de certains droits. Il existe des droits qui confèrent une maîtrise sur un cadavre, raison pour laquelle on parle du « droit de disposer d'un cadavre ». Ce droit permet de décider du sort du cadavre et de le protéger contre d'éventuelles atteintes. Le droit de disposer d'un cadavre a été développé par la jurisprudence. Ce droit est rattaché aux droits de la personnalité. Il n'existe pas de liste des droits de la personnalité dans la loi, mais une norme générale appelée à être concrétisée par le juge<sup>572</sup>. 187

Ce chapitre est consacré au droit de disposer d'un cadavre. Nous allons commencer par traiter de la nature de ce droit (II). Nous évoquerons ensuite le droit du défunt, c'est-à-dire, le droit dont la personne dispose de son vivant sur son futur cadavre (III). Nous nous intéresserons ensuite aux droits des proches sur le cadavre du défunt (IV). Nous examinerons encore l'exercice de ce droit (V), ses limites (VI) et ses restrictions (VII). 188

## II. La nature du droit

Le droit de disposer d'un cadavre est reconnu comme un droit de la personnalité, mais également en tant que droit fondamental<sup>573</sup>. Cette double nature s'explique par le fait que la personnalité est protégée à la fois par le droit privé (art. 27 ss CC) et par le droit public (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>574</sup>. Comme droit fonda- 189

---

statut des animaux, *cf.* notamment DE PORET, n° 279 ss ; STEINAUER, *Tertium datur ?*, p. 55 ss. Les titres intermédiés sont régis par la loi fédérale sur les titres intermédiés, du 3 octobre 2008 (LTI, RS 957.1). Pour une liste des droits objets de droits réels, *cf.* notamment STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, n° 122 ; CR CC II-FOËX, n° 12 ad intro. art. 641-645.

<sup>572</sup> Pour les droits de la personnalité, *cf.* notamment MEIER, *Droit des personnes*, n° 563 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 546 ; GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 142 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 513. Pour la liberté personnelle, *cf.* notamment arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1 ; ATF 134 I 214, consid. 5.1. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 329 ; DUBEY, Vol. II, n° 1381 ss.

<sup>573</sup> GUILLOD, *Droit médical*, n° 638.

<sup>574</sup> Notamment ATF 125 I 257, consid. 3b ; ATF 124 I 336, consid. 3a ; ATF 97 I 45 = JdT 1972 I 4 (trad.), consid. 3. MEIER, *Droit des personnes*, n° 567 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 330 et 341 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 471 ; GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 135 ; DUBEY, Vol. II, n° 1341 et 1352 ss ; TSCHUMY, CUSO, p. 282 ;

mental, ce droit intervient dans les rapports avec l'État (effet vertical)<sup>575</sup>. Comme droit de la personnalité, il a un effet entre particuliers (effet horizontal)<sup>576</sup>. Ces deux composantes s'influencent mutuellement dans le cadre de leur interprétation respective<sup>577</sup>.

### A. *Un droit fondamental*

- 190 Depuis 1919, le Tribunal fédéral reconnaît le droit du défunt de disposer de son cadavre et le relie à la liberté personnelle<sup>578</sup>. Depuis lors, le droit de disposer de son cadavre comme composante de la liberté personnelle fait l'objet d'une jurisprudence constante<sup>579</sup>.
- 191 Le droit de disposer de son cadavre a été reconnu à l'époque de la Constitution de 1874 où la liberté personnelle était un droit constitutionnel non écrit<sup>580</sup>.

---

SGK BV-SCHWEIZER, n° 4 ss ad art. 10 Cst. ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; CR CC I-JEANDIN, n° 6 ad art. 28.

<sup>575</sup> Sur l'effet vertical de la liberté personnelle, *cf.* MEIER, Droit des personnes, n° 567 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 480 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 135 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; CR CC I-JEANDIN, n° 7 ad art. 28.

<sup>576</sup> Sur l'effet horizontal des droits de la personnalité, *cf.* GUILLOD, Droit des personnes, n° 135 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; CR CC I-JEANDIN, n° 7 ad art. 28 ; ZK ZGB-EGGER, n° 10 ad art. 28.

<sup>577</sup> SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, n° 2 ; GROSSEN, RDS, p. 17a. La doctrine parle d'effet horizontal indirect des droits fondamentaux que l'on peut rattacher à l'art. 35 al. 3 Cst. : MEIER, Droit des personnes, n° 567 ; CR Cst.-MARTENET, n° 87 ss ad art. 35 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 471 et 487 ss ; DUBEY, Vol. II, n° 1354 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 497 ; CR CC I-JEANDIN, n° 7 ad art. 28 ; MARTENET, p. 426 ss, 431 ss et 445.

<sup>578</sup> ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>579</sup> En particulier, arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATÁ/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 ; ATF 127 I 115, consid. 4 ; ATF 123 I 112, consid. 4 ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5 ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b ; ATF 52 I 353, JdT 1927 I 150 (rés.), consid. 3.

<sup>580</sup> Notamment ATF 90 I 29, consid. 3 ; ATF 89 I 92, consid. 3. MOECKLI, n° 5 ; DUBEY, Vol. II, n° 1339 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, n° 2 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 1 ss ad art. 10 ; MAHON, Petit commentaire, n° 1 ad art. 10 Cst. ; SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, n° 3 s.

Depuis la révision totale de la Constitution, ce droit est rattaché à l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>581</sup>. La protection du corps d'une personne décédée relève également de la protection de la vie privée selon l'art. 8 CEDH<sup>582</sup>.

Le texte de l'art. 10 al. 2 Cst. précise que l'intégrité physique est un élément de la liberté personnelle<sup>583</sup>. Le principe d'intangibilité du corps humain, c'est-à-dire l'interdiction de porter atteinte au corps humain, découle de la protection de l'intégrité physique<sup>584</sup>. En plus de cette composante négative, certains auteurs lui reconnaissent une composante positive : le droit à l'autodétermination sur son corps et donc le droit d'en disposer<sup>585</sup>. 192

Le droit de disposer d'un cadavre est considéré comme une prolongation *post mortem* de la protection de l'intégrité corporelle et du droit d'autodétermination sur son corps<sup>586</sup>. La doctrine le rattache à l'intégrité physique<sup>587</sup>. La personne a le droit de déterminer le sort de son cadavre et de se prémunir contre 193

<sup>581</sup> CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 77 ad art. 10 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 342 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1275 ; DUBEY, Vol. II, n° 1460 ; DUCOR, RDS, p. 271 ; SPLISGARDT, p. 25. Les principes dégagés par la jurisprudence avant l'adoption de l'art. 10 al. 2 Cst. restent pertinents : MCF Cst., FF 1997 I, p. 149. ATF 127 I 115, consid. 4a. SGK BV-SCHWEIZER, n° 2 ad art. 10.

<sup>582</sup> Décision d'irrecevabilité de la CourEDH, (Requête n° 8741/79) *X. c. République fédérale d'Allemagne*, du 10 mars 1981 (le vœu de faire disperser ses cendres sur sa propriété est protégé par l'art. 8 CEDH) ; ATF 127 I 115, consid. 4b ; ATF 123 I 112, consid. 4d ; GONIN/BIGLER, n° 36 ad art. 8 CEDH ; DUCOR, RDS, p. 271 ; MANAI, Droits du patient, p. 285. La contestation d'un ordre d'autopsie entre dans la définition des droits et obligations de nature civile au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH : ATF 127 I 115, consid. 6d. La vie privée est protégée par l'art. 17 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II, RS 0.103.2).

<sup>583</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 150. Notamment ATF 111 Ia 231, consid. 3a. GRÜNEWALD, p. 67 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 51 ad art. 10 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 23 ad art. 10.

<sup>584</sup> CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 38 ad art. 10 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 344 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1237 ; DUBEY, Vol. II, n° 1228 ; MAHON, Petit commentaire, n° 15 ad art. 10 Cst. *Cf. supra* n° 144.

<sup>585</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1280 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, n° 22 ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 39 ss ad art. 10 ; VON TOBEL, p. 25. *Contra* : CORPATAUX, n° 284.

<sup>586</sup> Dans ce sens, ATF 127 I 115, consid. 4b ; ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 114 Ia 350, consid. 5 ; ATF 111 Ia 233, consid. 3b. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1243 ; MANAI, Droits du patient, p. 281 ss ; CR CC I-MANAI, n° 26 ad art. 31.

<sup>587</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 19 ; MAHON, Petit commentaire, n° 15 ad art. 10 Cst., qui évoquent les autopsies.

une atteinte à l'intégrité de celui-ci<sup>588</sup>. Le droit constitutionnel protège le cadavre humain contre les profanations et les interventions illicites<sup>589</sup>.

- 194 Le droit des *proches* de disposer d'un cadavre est également protégé par la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>590</sup>. La volonté des proches concernant le sort du cadavre est protégée comme un aspect de la vie privée et familiale par l'art. 8 CEDH<sup>591</sup>. Notons qu'à notre connaissance, ni la jurisprudence ni la doctrine, n'ont rattaché le droit des proches à la protection de la sphère privée et

---

<sup>588</sup> ATF 127 I 115, consid. 4b et les réf. citées.

<sup>589</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

<sup>590</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; point laissé ouvert à l'ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. CR Cst.-BOILLET, n° 12 ad art 119a ; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 77 ad art. 10 ; GRÜNEWALD, p. 67 s. ; DUBEY, Vol. II, n° 1470 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 35 ad art. 10 ; SPLISGARDT, p. 25 ; SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, n° 21.

<sup>591</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 48 (examen *post mortem* d'un enfant décédé deux jours après sa naissance prématurée pour déterminer la cause exacte de la mort, malgré l'opposition des parents) ; Arrêt de la CourEDH (Requête n° 40597/17) *Drašković c. Monténégro*, du 9 juin 2020, § 48 (refus des juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'une demande d'exhumation de la dépouille du conjoint de la requérante en vue de sa réinhumation dans un autre lieu) : la demande d'exhumation d'un proche parent du défunt doit être en principe examinée sous l'angle de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH ; arrêt de la CourEDH (Requêtes n° 30491/17 et 31083/17) *Solska et Rybicka c. Pologne*, du 20 septembre 2018, § 108 (exhumation réalisée contre la volonté de la famille lors d'une procédure pénale) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 61243/08) *Elberte c. Lettonie*, du 13 janvier 2015, § 89 (prélèvement de tissus pour faire des implants lors d'une autopsie médico-légale sans le consentement de l'épouse du défunt) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 4605/05) *Petrova c. Lettonie*, du 26 juin 2014, § 89 (prélèvement d'organes sans le consentement du défunt et de sa mère) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014, § 48 (élimination du corps d'un enfant mort-né au neuvième mois de grossesse, avec d'autres déchets médicaux et absence d'information sur son lieu de sépulture) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 22590/04) *Girard c. France*, du 30 juin 2011, § 100 (restitution tardive aux parents des prélèvements effectués pour identifier le cadavre de leur fille disparue) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet c. Suisse*, du 14 février 2008, § 52 (transport dans une camionnette de livraison ordinaire et enterrement d'un enfant mort-né dans une fosse commune sans le consentement et la présence de la mère) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 37794/87) *Pannullo et Forte c. France*, du 30 octobre 2001, § 31 ss (restitution tardive à la suite d'une autopsie du corps de la fille décédée des

en particulier de la vie familiale de l'art. 13 al. 1 Cst.<sup>592</sup>. Le droit de disposer d'un cadavre participe de la réalisation du droit à une sépulture décente, qui découle de la dignité humaine (art. 7 Cst.)<sup>593</sup>. Le droit de disposer d'un cadavre est également protégé sur le plan pénal par la répression de l'atteinte à la paix des morts (art. 262 CP)<sup>594</sup>.

Le sort du cadavre humain intéresse la conscience ainsi que les croyances religieuses ou morales<sup>595</sup>. Les règles et les rites religieux concernant le corps d'un défunt et sa sépulture sont protégés par la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst. et l'art. 9 CEDH)<sup>596</sup>. Les funérailles sont un acte religieux essentiel<sup>597</sup>. Relevons que la doctrine consacrée à la liberté de conscience et de croyance s'intéresse peu à cette question. La seule exception concerne la question des carrés confessionnels dans les cimetières<sup>598</sup>. Plusieurs auteurs font toutefois un lien entre la liberté de conscience et de croyance et le droit à une

195

---

requérants) ; ATF 127 I 115, consid. 4b. GONIN/BIGLER, n° 85 ad art. 8 CEDH ; HK CEDH-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, n° 60 ad art. 8 ; SCHABAS, p. 382.

<sup>592</sup> Sur l'éventuel rapport entre les art. 10 al. 2 et 13 al. 1 Cst., cf. ATF 138 I 256, JdT 2012 I 102 (rés.), consid. 4 ; ATF 133 I 71 = JdT 2007 I 591 (trad.), consid. 3.2 ; ATF 126 I 50 = JdT 2001 I 764 (trad.), consid. 5a. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 11 ad art. 10 ; BSK BV-BREITENMOSER, n° 10 ad art. 13 ; SGK BV-DIGGELMANN, n° 4 ad art. 13.

<sup>593</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. Sur le droit à une sépulture décente et la dignité humaine, cf. chapitre 7.

<sup>594</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5b ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b. Sur l'art. 262 CP, cf. *infra* chapitre 6.

<sup>595</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 3 et les réf. citées. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 499.

<sup>596</sup> Arrêt de la Cour EDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 51 ; ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; ATF 101 Ia 392, consid. 3b ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4d. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 63 ad art. 15 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 29, n° 23 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 35 ad art. 15 ; SGK BV-CAVELTI/KLEY, n° 10 ad art. 15 ; ROULLER, p. 946 s. et 951 ss ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident, p. 71 ; KARLEN, p. 382. La liberté de conscience et de croyance est aussi protégée par l'art. 18 Pacte ONU II, cf. ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 3c. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 10 ad art. 15.

<sup>597</sup> ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4d. ROULLER, p. 953.

<sup>598</sup> Sur cette question, cf. notamment FAMOS ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse ; AUER ; ROULLER ; RASELLI.



sépulture décente<sup>599</sup>. Nous reviendrons en détail sur ces questions dans le cadre du chapitre sur la dignité après la mort<sup>600</sup>.

- 196 En rattachant le droit de disposer d'un cadavre à la liberté personnelle, le droit suisse adopte une vision « sécularisée » de cette problématique. Le sort du cadavre relève avant tout de la liberté individuelle, bien que les croyances religieuses puissent jouer un rôle important dans ce domaine<sup>601</sup>. Toutefois, si un justiciable invoque la liberté de conscience et de croyance de l'art. 15 Cst., qui protège une liberté spécifique, la garantie générale de la liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 Cst. ne s'applique plus<sup>602</sup>.

## B. *Un droit de la personnalité*

- 197 Le droit du défunt de disposer de son cadavre est également un droit de la personnalité<sup>603</sup>. Selon la classification proposée par une partie de la doctrine, le droit du défunt de disposer de son cadavre se rattache aux droits de la personnalité physique, avec la vie, l'intégrité corporelle (physique et psychique), la liberté de mouvement et la liberté sexuelle<sup>604</sup>.

---

<sup>599</sup> CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 78 ad art. 15 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 499 et 544 ss ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 58 ss ad art. 15 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 78 ; MAHON, Petit commentaire, n° 15 s. ad art. 15 Cst. Le droit à une sépulture décente conserve une portée propre : ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a. Cf. également AUER, p. 192.

<sup>600</sup> Sur le droit à une sépulture décente et la dignité humaine, cf. chapitre 7.

<sup>601</sup> SPLISGARDT, p. 26, pour qui l'art. 15 al. 3 et 4 Cst. protège l'intégrité du cadavre et le droit d'en disposer. La confiance que les gens de leur vivant ont que leur cadavre ne sera pas traité d'une manière contraire à leurs convictions religieuses ou philosophiques est protégée.

<sup>602</sup> ATF 123 I 296, consid. 2b/bb ; ATF 123 I 112, consid. 4a ; ATF 119 Ia 178 = JdT 1995 I 290 (trad.), consid. 5 ; ATF 117 Ia 30 = JdT 1992 I 180 (trad.), consid. 5b. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 7 ad art. 15 ; DUBEY, Vol. II, n° 1390 et 1946 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 12 ad art. 15 ; SGK BV-CAVELTI/KLEY, n° 23 ad art. 15. Selon KARLEN, p. 382, le choix d'un mode de sépulture relève de la liberté religieuse et non de la liberté personnelle s'il repose sur des convictions religieuses.

<sup>603</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>604</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 588 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 608 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 143 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 516 ss ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 355.

Le Tribunal fédéral reconnaît depuis 1975, un droit de la personnalité, fondé sur l'art. 28 CC, à disposer du cadavre d'un proche<sup>605</sup>. Ce droit se fonde sur la personnalité des proches et non sur celle du défunt<sup>606</sup>. Il s'agit d'un droit subjectif de disposition<sup>607</sup>. Pour certains auteurs, ce droit protège l'intégrité psychique des proches<sup>608</sup>. 198

Comme droit de la personnalité, le droit sur un cadavre est un droit absolu, strictement personnel (au sens de l'art. 19c al. 2 CC), extrapatrimonial et inaliénable (c'est-à-dire incessible, intransmissible et inamissible)<sup>609</sup>. Il appartient à toute personne du seul fait de son existence, sans autre condition<sup>610</sup>. 199

<sup>605</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.2 ; ATF 127 I 115, consid. 6 ; ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 109 II 353 = JdT 1985 I 99 (trad.), consid. 4a ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. MANDOFIA BERNEY, p. 232.

<sup>606</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 109 II 353 = JdT 1985 I 98 (trad.), consid. 4a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. MEIER, Droit des personnes, n° 610 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 531a.

<sup>607</sup> ATF 127 I 115, consid. 6b. Le Tribunal fédéral parle d'un droit comparable « *du point de vue privatiste* » à un droit de propriété, mais régi par les droits de la personnalité et non les droits réels : ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a.

<sup>608</sup> MONTAVON, § 60 ; BÜCHLER, PJA 2004, p. 741, ch. 2 ; RIEMER, n° 133 et 339.

<sup>609</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 568 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 451 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 138 ss ; BSK ZGB I-MEILI, n° 7 ss ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 500 ss ; CR CC I-JEANDIN, n° 15 ss ad art. 28 ; MADER, n° 969 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 23 ss ; BÜCHLER/DÖRR, p. 385 ; PELET, p. 13 ; BRÜCKNER, n° 407 ss ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 323 ss ; ZK ZGB-EGGER, n° 49 ss ad art. 28. Pour plus de détails sur ces caractéristiques, cf. notamment MEIER, Droit des personnes, n° 568 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 451 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 137 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 500 ss ; CR CC I-JEANDIN, n° 15 ss ad art. 28 ; BUCHER, n° 480 ss ; GROSSEN, RDS, p. 8a ss.

<sup>610</sup> Sous l'angle de l'art. 10 al. 2 Cst., MEIER, Droit des personnes, n° 561 s. ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 342 ; DUBEY, Vol. II, n° 1358 ss ; SGK BV-SCHWEIZER, n° 10 ad art. 10 ; MAHON, Petit commentaire, n° 6 ad art. 10 Cst. Sous l'angle de 28 CC, CR CC I-JEANDIN, n° 14 ad art. 28 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 318 ; ZK ZGB-EGGER, n° 48 ad art. 28.

### III. Le droit du défunt

- 200 Selon la jurisprudence, toute personne a le droit, de son vivant, de disposer de son cadavre dans la limite de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>611</sup>. L'ordre juridique suisse consacre ainsi le droit de disposer de son propre cadavre<sup>612</sup>. Comme le Tribunal fédéral l'explique : « *Le respect du défunt et l'intangibilité de son corps, ainsi concrétisés dans le droit positif, ont leur fondement dans les conceptions éthiques ou religieuses relatives à la signification de la mort* »<sup>613</sup>.
- 201 Dans le cadre du droit de disposer de son cadavre, la personne peut, de son vivant, prendre toutes les décisions qui concernent le sort de sa dépouille. Ce droit permet notamment d'organiser ses funérailles : la forme de la cérémonie, le choix du lieu et du mode de sa sépulture (enterrement ou crémation)<sup>614</sup>. Il

---

<sup>611</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBl 1973, p. 164, consid. 4 ; déjà dans ce sens, ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6. MEIER, Droit des personnes, n° 600 ; DUBEY, Vol. II, n° 1466 ; JOYE, Immortalité, p. 166 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526 ; MADER, n° 977 ; VON TOBEL, p. 26 ; GAUGLER, p. 339 ss.

<sup>612</sup> Notons que dans la doctrine, la terminologie est variable. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, n° 77 ad art. 10 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° §1275 ; DUBEY, Vol. II, n° 1460 ss : « *le droit de décider du sort de son corps* ». GUILLOD, Droit médical, n° 638 : « *le pouvoir de décision quant au sort du cadavre* ». BSK ZGB I-MEILL, n° 35 ad art. 28 : « *die Verwendung seines Leichnams bestimmen* ». GUILLOD, Droit des personnes, n° 143 ; AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Vol. II, n° 325 ; BUCHER, n° 442 : « *le droit de disposer du sort de son corps après sa mort* ». CR CC I-JEANDIN, n° 27 ad art. 28 : « *le droit de disposer de sa dépouille* ». STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526 : « *le droit de disposer du sort de son cadavre* ». TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 406 : « *la protection du corps après la mort* ». DUBEY, Vol. II, n° 1344 : « *le droit de choisir sa sépulture* ». DUBEY, Vol. II, n° 1465 s. : « *le droit de décider du mode de sa sépulture* ». HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 608 : « *Befugnis zur Verfügung über eigene Leiche* ». BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 35 ad art. 10 : « *Entscheidung über den eigenen Leichnam* ». GRIOT, p. 31 : « *Das Recht am eigenen Leichnam* ». Nous reprenons la formule de MEIER, Droit des personnes, n° 588.

<sup>613</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; dans ce sens déjà, ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b, qui cite FLEINER, p. 2 ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>614</sup> ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; MEIER, Droit des personnes, n° 51 et 600 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1275 ; GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 608 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 148 ; TSCHUMY, CUSO, p. 281 et 283 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526 ; MANAI, Droits du patient,

permet d'autoriser ou de refuser de son vivant des actes qui porteront atteinte à l'intégrité de son cadavre, notamment un prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins de transplantation, une activité de recherche, une autopsie médicale ou un examen génétique<sup>615</sup>.

#### IV. Les droits des proches

Les proches d'un défunt ont, dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs, le droit de disposer de son cadavre<sup>616</sup>. Il existe deux droits distincts des proches : celui de faire respecter la volonté du défunt et celui de déterminer le sort du cadavre.

Ces droits reposent sur les liens sentimentaux et les relations affectives entre le défunt et ses proches<sup>617</sup>. Ils sont classés dans les biens de la personnalité affective par la doctrine<sup>618</sup>. Ils protègent les relations résultant des rapports étroits entre le défunt et ses proches et leur sentiment de piété<sup>619</sup>. Comme le résume le

---

p. 282 ss ; BUCHER, n° 442 ; BRÜCKNER, n° 661 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 410 ss.

<sup>615</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. MEIER, Droit des personnes, n° 51 et 600 ; GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 608 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 148, qui évoque également la cryogénéisation de la dépouille ; TSCHUMY, CUSO, p. 283 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526 ; BUCHER, n° 442 ; BRÜCKNER, n° 661 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 410 ss.

<sup>616</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a.

<sup>617</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MEIER, Droit des personnes, n° 609 ; AEBI-MÜLLER/MORAND, p. 84 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; TSCHUMY, CUSO, p. 284 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 531a ; BÜCHLER, PJA 2004, p. 741, ch. 2.

<sup>618</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 609 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 612 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 530 ss. Une partie de la doctrine évoque l'intégrité psychique (*psychische Integrität*) : MAIRE, p. 225 ; AEBI-MÜLLER/MORAND, p. 84 ; RIEMER, n° 339 ; BRÜCKNER, n° 619.

<sup>619</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a ; ATF 70 II 127, consid. 2. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 612 ; AEBI-MÜLLER/MORAND, p. 84 ; CR CC I-JEANDIN, n° 32 ad art. 28 ; BUCHER, n° 450 ; RIEMER, n° 339 ; BRÜCKNER, n° 619 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 80 ; GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4.

Tribunal fédéral : « *La protection s'étend aux sentiments intimes qui comprennent le sentiment de piété envers des proches décédés, les souvenirs d'événements communs importants, de circonstances particulières qui attachent les êtres les uns aux autres et qui s'incorporent en quelque sorte à notre personnalité* »<sup>620</sup>. Le sentiment de piété ne protège pas seulement le corps du défunt, mais aussi sa volonté<sup>621</sup>. Notons que cette idée de protection des relations affectives entre le défunt et ses proches se retrouve à l'art. 47 CO<sup>622</sup>.

- 204 Du point de vue terminologique, les auteurs francophones utilisent les notions de « piété familiale » ou de « piété filiale »<sup>623</sup>. Selon nous, ces termes sont incorrects, car, comme nous le verrons, le cercle des proches du défunt ne se limite pas aux membres de la parenté<sup>624</sup>. Les termes de « sentiment de piété » (*Pietätsgefühl*) utilisés par le Tribunal fédéral et la doctrine alémanique doivent être préférés, car ils n'excluent pas les proches du défunt qui ne sont pas des parents<sup>625</sup>.

#### A. *Le droit de faire respecter la volonté du défunt*

- 205 Le droit de disposer de son cadavre s'éteint à la mort de la personne<sup>626</sup>. Comme nous l'avons vu, il n'est pas possible d'agir sur la base de l'art. 28 CC comme

---

<sup>620</sup> ATF 70 II 127, consid. 2. L'arrêt oppose la veuve de Ferdinand Hodler à un galeriste sur l'exposition d'un tableau représentant le peintre sur son lit de mort.

<sup>621</sup> GAUGLER, p. 340.

<sup>622</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 5bb ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362, consid. 5b : « *Il y a une certaine analogie avec le droit à une indemnité pour tort moral ensuite d'homicide* ». Malgré le texte de la loi qui évoque la « famille », il s'agit bien des proches du défunt : CR CO I-WERRO, n° 14 ad art. 47 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 809.

<sup>623</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 530 ; CR CC I-JEANDIN, n° 32 ad art. 28 ; BUCHER, n° 450 : « *piété filiale* ». MEIER, Droit des personnes, n° 610 : « *piété familiale ou le respect du souvenir du défunt* ».

<sup>624</sup> Cf. *infra* n° 207 ss et 223 ss.

<sup>625</sup> Dans la jurisprudence, arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.3 ; ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 70 II 127, consid. 2. Dans la doctrine, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 612 ; RIEMER, n° 339 ; BRÜCKNER, n° 619 ; ZK ZGB-EGGER, n° 27 ad art. 31.

<sup>626</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2. Sur l'extinction des droits de la personnalité au décès, cf. *supra* n° 150 ss.

représentant et au nom du défunt<sup>627</sup>. Toutefois, il existe « des effets subséquents de la personnalité » puisque la volonté exprimée de son vivant par le défunt doit être respectée<sup>628</sup>. Comme les droits de la personnalité du défunt s'éteignent au décès, ils ne peuvent être sauvegardés que par ses proches, lesquels se fondent sur leur propre personnalité selon la théorie de la protection de la mémoire (*Andenkenschutz*)<sup>629</sup>.

Les proches du défunt peuvent ainsi invoquer leur propre droit pour faire respecter la volonté que le défunt a exprimée de son vivant<sup>630</sup>. Comme l'explique très bien le Conseil d'État genevois : « *S'agissant du droit de disposer de sa propre dépouille mortelle, il y a impossibilité de fait, sinon même de droit, à ce que son titulaire agisse en exécution des dispositions qu'il a prises à ce sujet. On ne saurait pour autant en conclure que ce droit n'est assorti d'aucune sanction* »<sup>631</sup>. Les proches sont légitimés à agir pour faire respecter la volonté du défunt, indépendamment de leur droit subsidiaire à disposer du cadavre<sup>632</sup>. Un tel droit des proches est essentiel pour assurer le respect de la volonté du défunt<sup>633</sup>. Le sentiment de piété des proches permet de s'opposer à toute intervention injustifiée sur le cadavre d'un proche<sup>634</sup>.

<sup>627</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 ; ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.1 ; ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 109 II 353 = JdT 1985 I 98 (trad.), consid. 4a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 363 (trad.), consid. 5a. MEIER, *Droit des personnes*, n° 48 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 608 s. ; RIEMER, n° 133. Cf. *supra* n° 150.

<sup>628</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. GRÜNEWALD, p. 67 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526a ; MANAI S., Thèse, n° 177 et 214 ; OTT/GRIEDER, p. 627 ; RIEMER, n° 133a ; BRÜCKNER, n° 659 ; GUINAND, *Les droits de la personnalité*, p. 4 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ad systematischer Teil ; KÜNZLER, p. 95. Sur cette question, cf. *supra* n° 152.

<sup>629</sup> ATF 127 I 115, consid. 6a ; ATF 104 II 225 = JdT 1979 I 546 (trad.), consid. 5b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. Dans la doctrine, notamment HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 621 ; BREITSCHMID/KAMP, p. 22 ss ; KNELLWOLF, p. 65 ; GUINAND, *Les droits de la personnalité*, p. 4 ; ZK ZGB-EGGER, n° 15 ss ad art. 31. Sur la théorie de la protection de la mémoire, cf. *supra* n° 150 ss.

<sup>630</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 2 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010.

<sup>631</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a.

<sup>632</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a.

<sup>633</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 6b.

<sup>634</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

## 1. Les proches du défunt

- 207 N'importe quel proche peut invoquer sa propre personnalité pour faire respecter la volonté du défunt<sup>635</sup>. Lorsqu'il s'agit de faire respecter la volonté du défunt, le cercle des proches du défunt doit être défini de manière large et il n'existe pas de hiérarchie entre les proches<sup>636</sup>.
- 208 Le droit des proches se fonde sur leurs relations affectives avec le défunt. La qualité du lien entre deux personnes est décisive. L'analyse doit porter sur la réalité de la relation affective<sup>637</sup>. Comme le relève Pierre Tercier, l'idée de proches est avant tout celle d'un « *lien spatial étroit* »<sup>638</sup>. Il est nécessaire d'examiner l'intensité des liens personnels en fonction de chaque situation<sup>639</sup>. Une détermination rigide du cercle des proches du défunt n'est pas souhaitable et serait contraire à l'essence des droits de la personnalité<sup>640</sup>. Il est toutefois possible de s'appuyer sur des présomptions, pour faciliter le travail du juge<sup>641</sup>.

### a. Les proches parents

- 209 En premier lieu, il faut rechercher les proches du défunt au sein de ses proches parents<sup>642</sup>. La parenté doit être comprise au sens juridique du terme<sup>643</sup>. Conformément à l'art. 20 al. 2 CC, la parenté repose sur un lien de filiation juridique avec un ascendant commun<sup>644</sup>. Au sein des membres de la parenté, il faut exami-

---

<sup>635</sup> Pour un exemple, arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.1, où la nièce du défunt agit pour faire respecter sa volonté.

<sup>636</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.3. MEIER, Droit des personnes, n° 601 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 621. Dans ce sens, DE LUZE, n° 23.

<sup>637</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 318 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 58 ; DE LUZE, n° 23 ; STETTLER, p. 114 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 800 et 811.

<sup>638</sup> TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 799.

<sup>639</sup> CR CC II-STEINAUER, n° 9 ad art. 477 ; DE LUZE, n° 31 ; STETTLER, p. 112 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 810 ; VON TOBEL, p. 29.

<sup>640</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. DE LUZE, n° 8 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 810.

<sup>641</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. STETTLER, p. 113 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 811 ss.

<sup>642</sup> TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 802 ; VON TOBEL, p. 29. L'art. 294 al. 2 CC traduit les « proches parents » par « *nahen Verwandten* » et « *stretti parenti* ».

<sup>643</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 304 ; BUCHER, n° 248 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 321 ss.

<sup>644</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 303 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 58.

ner la proximité entre deux personnes selon la règle de l'art. 20 al. 1 CC<sup>645</sup>. La qualité de proches parents doit être reconnue aux parents au premier degré en ligne directe (les pères et mères et les enfants), aux parents au deuxième degré en ligne directe (les grands-parents et les petits-enfants) et aux parents au deuxième degré en ligne collatérale : les frères et sœurs<sup>646</sup>. Le conjoint ou le partenaire enregistré font partie des proches parents du défunt bien qu'ils ne fassent techniquement pas partie de la parenté<sup>647</sup>. À notre avis, il faut s'inspirer de la définition des « proches » de l'art. 110 ch. 1 CP, ainsi que de la liste de l'art. 378 al. 1 CC et celle de l'art. 3 *litt.* a à c OTx pour définir les proches parents<sup>648</sup>.

L'expérience générale de la vie permet de poser la présomption de fait que les liens juridiques entre les membres de la parenté s'accompagnent de liens affectifs<sup>649</sup>. On déduit de la qualité de proches parents la qualité de proches du défunt<sup>650</sup>. Toutefois, il est toujours possible d'apporter la preuve du contraire<sup>651</sup>. Le lien juridique n'est pas suffisant s'il n'est pas doublé d'un lien affectif<sup>652</sup>. La présomption peut être renversée si les proches parents ne s'entendent plus ou si les conjoints sont séparés par exemple<sup>653</sup>.

## b. Les personnes en ménage commun

Le cercle des proches ne se limite pas aux proches parents du défunt<sup>654</sup>. L'expérience générale de la vie pose une deuxième présomption de fait : la qualité

<sup>645</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 308 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 800.

<sup>646</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), faits : le père et la mère. TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 813 ; VON TOBEL, p. 29, qui inclut tous les ascendants et descendants. Sur la parenté en ligne directe et collatérale, MEIER, Droit des personnes, n° 305 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 355 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 59 s.

<sup>647</sup> ZK ZGB-MEIER, n° 67 ad art. 401 ; DE LUZE, n° 9 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 812 ; VON TOBEL, p. 29.

<sup>648</sup> Les versions allemande et italienne de l'art. 110 ch. 1 CP, qui parlent de « *Angehörige* » et « *congiunti* » semblent d'ailleurs plus correctes en évoquant la parenté : DE LUZE, n° 6. Sur la différence entre l'art. 378 CC et l'art. 3 OTx, cf. *infra* n° 227.

<sup>649</sup> MEIER, Protection de l'adulte, n° 256 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 811.

<sup>650</sup> Arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.3. DE LUZE, n° 28 ; STETTLER, p. 113 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 812.

<sup>651</sup> MEIER, Protection de l'adulte, n° 256 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 811.

<sup>652</sup> TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 800, qui constate que le droit est passé d'un critère formel fondé sur un lien juridique, à un critère matériel, fondé sur les sentiments.

<sup>653</sup> DE LUZE, n° 29 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 802 ; VON TOBEL, p. 30.

<sup>654</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 531a ; MANDOFIA BERNEY, p. 235 ; KNELLWOLF, p. 64 ss ; GRIOT, p. 30.



de proches doit être reconnue à deux personnes vivant en ménage commun<sup>655</sup>. La notion de ménage commun ne désigne pas le simple fait de vivre dans le même logement, mais implique une communauté de responsabilité<sup>656</sup>. On déduit de cette communauté de responsabilité l'existence de liens affectifs<sup>657</sup>. Cela concerne en premier lieu les concubins<sup>658</sup>. D'autres situations sont envisageables, comme celle de frères et sœurs, d'une famille recomposée ou des amis intimes qui vivent ensemble<sup>659</sup>. La simple colocation n'est pas suffisante<sup>660</sup>.

- 212 Si une personne est à la fois un proche parent et vivait en ménage commun avec le défunt, la présomption en faveur de sa qualité de proche est renforcée<sup>661</sup>. Il est toujours possible d'apporter la preuve que malgré le lien de parenté ou le ménage commun, la qualité de proche doit être refusée<sup>662</sup>.

c. Les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec le défunt

- 213 La qualité de proche du défunt doit être reconnue à toute personne qui entretenait des liens étroits avec le défunt. Nous reprenons la terminologie des art. 3 *litt. d* et 5 al. 2 *litt. e* OTx<sup>663</sup>. Le cercle des proches du défunt ne se limite dès lors pas aux proches parents ou aux personnes en ménage commun. Il doit être

---

<sup>655</sup> Arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.3. BSK ZGB I-DROESE/LORENZ, n° 33 ad art. 450 ; CR CC II-STEINAUER, n° 9 ad art. 477 ; DE LUZE, n° 28 ; STETTLER, p. 113 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 812 ; VON TOBEL, p. 30. Notons que le Code pénal utilise le terme de « familial » (*Familiengenossen, membri della comunione domestica*) à l'art. 110 ch. 2 CP pour désigner les personnes qui font ménage commun.

<sup>656</sup> BSK ZGB I-EICHENBERGER/KOHLER, n° 9 ad art. 378 ; DE LUZE, n° 69 et les réf. citées.  
<sup>657</sup> TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 812.

<sup>658</sup> MEIER, Protection de l'adulte, n° 595 ; DE LUZE, n° 69 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 813 ; KNELLWOLF, p. 65.

<sup>659</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6670. MEIER, Protection de l'adulte, n° 595 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 39 ad art. 378 ; DE LUZE, n° 69 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 814.

<sup>660</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6670. BSK ZGB I-EICHENBERGER/KOHLER, n° 9 ad art. 378 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 595 ; DE LUZE, n° 69 ; FANKHAUSER, BJM, p. 257.

<sup>661</sup> Dans ce sens, ATF 101 I 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 812 ; VON TOBEL, p. 30.

<sup>662</sup> DE LUZE, n° 29.

<sup>663</sup> « *Andere Personen, die der verstorbenen Person nahestehen* » en allemand et « *altre persone prossime alla persona deceduta* » en italien.

défini largement<sup>664</sup>. La notion de proche repose sur des éléments de fait<sup>665</sup>. C'est pourquoi l'existence d'un lien juridique avec le défunt n'est pas nécessaire<sup>666</sup>. Selon la formule de la jurisprudence : le proche est « *celui qui connaît bien* » le défunt<sup>667</sup>. Le proche doit être apte à défendre les intérêts de la personne concernée<sup>668</sup>.

Un proche peut être un membre éloigné de la parenté ou de l'alliance du défunt, 214 comme des beaux-parents, des cousins ou cousines, des neveux ou des nièces<sup>669</sup>. La proximité peut provenir de liens de nature amicale ou professionnelle<sup>670</sup>. La doctrine et la jurisprudence donnent les exemples suivants : un ami, un confident, un parrain ou une marraine, un éducateur spécialisé, un employé de banque, un médecin, un assistant social, un enseignant, un prêtre ou un pasteur, un exécuteur testamentaire, un voisin, un employeur, un curateur, un mandataire pour cause d'incapacité ou un représentant thérapeutique<sup>671</sup>.

<sup>664</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.3 ; arrêt du TF 5A\_837/2008, du 25 mars 2009, consid. 5.2. MEIER, Droit des personnes, n° 610 ; TSCHUMY, Not@lex, p. 4 ; TSCHUMY, CUSO, p. 286 et 297 ; BSK ZGB I-DROESE/LORENZ, n° 32 ad art. 450 ; HAFTER, RPS 1946, p. 394 ; VON TOBEL, p. 29, pour qui la définition de l'art. 110 ch. 1 CP est trop restrictive. À notre avis, la jurisprudence rendue sur l'art. 397d aCC est applicable. Dans ce sens, MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6716. Sur cette jurisprudence, cf. DE LUZE, n° 17 ss et les réf. citées

<sup>665</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6716. Arrêt du TF 5A\_979/2013, du 28 mars 2014, consid. 5 ; arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.1. ZK ZGB-MEIER, n° 69 ad art. 401 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 255 ; DE LUZE, n° 23 ; MANDOFIA BERNEY, p. 235.

<sup>666</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6716. Arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.1. MAIRE, p. 225 ; GUILLON, Droit des personnes, n° 58 ; BSK ZGB I-DROESE/LORENZ, n° 32 ad art. 450 ; BSK ZGB I-ROSCH, n° 7 ad art. 419 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 1120 ; DE LUZE, n° 23.

<sup>667</sup> Arrêt du TF 5A\_112/2015, du 7 décembre 2015, consid. 2.5.1 ; arrêt du TF 5A\_979/2013, du 28 mars 2014, consid. 5 ; Arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.1 ; ATF 137 III 67 = JdT 2012 II 373 (trad.), consid. 3.4.1 ; ATF 122 I 18 = JdT 1998 I 226 (trad.), consid. 2c/bb ; ATF 114 II 213, consid. 3.

<sup>668</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6716. Arrêt du TF 5A\_746/2016, du 5 avril 2017, consid. 2.3.2 ; arrêt du TF 5A\_112/2015, du 7 décembre 2015, consid. 2.5.1.1 ; arrêt du TF 5A\_837/2008, du 25 mars 2009, consid. 5.2. FANKHAUSER/FISCHER, p. 1081 ; BSK ZGB I-DROESE/LORENZ, n° 35 s. ad art. 450 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 255.

<sup>669</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.4 ; arrêt du TF 5A\_979/2013, du 28 mars 2014, consid. 5.

<sup>670</sup> ATF 137 III 67 = JdT 2012 II 373 (trad.), consid. 3.4.1 ; ATF 114 II 213, consid. 3. ZK ZGB-MEIER, n° 69 ad art. 401.

<sup>671</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6716. Arrêt du TF 5A\_979/2013, du 28 mars 2014, consid. 5 ; arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.3 ; arrêt du

- 215 Relevons qu'à la suite de l'évaluation du droit de la protection de l'adulte, le Conseil fédéral devrait mettre en consultation un projet de modification du Code civil pour inscrire une définition des proches dans la loi<sup>672</sup>. Selon Philippe Meier, il serait opportun que le texte légal consacre la définition jurisprudentielle, en retenant ce qui suit : « Une personne est le proche de la personne concernée, lorsqu'elle la connaît bien en raison d'un lien de parenté, d'amitié, de sa fonction ou de son activité professionnelle et qu'elle semble donc apte à représenter ses intérêts dans une procédure »<sup>673</sup>.
- 216 Comme le droit du proche d'agir pour faire respecter la volonté du défunt est fondé sur le lien affectif entre le proche et le défunt, une personne morale ne peut pas être un proche du défunt (art. 53 CC)<sup>674</sup>. Seules des personnes physiques peuvent entrer dans la catégorie de proches du défunt.

d. La désignation d'un proche par le défunt

- 217 Si la personne exprime une volonté concernant le sort de son cadavre, elle peut en parallèle désigner un tiers chargé de faire respecter sa volonté. Le rôle de ce tiers s'apparente à celui d'une personne de confiance dans le cadre du droit de déterminer le sort du cadavre du défunt<sup>675</sup>. Comme nous l'avons vu, il n'est pas possible d'agir au nom du défunt<sup>676</sup>. En désignant une telle personne, le futur défunt ne fait qu'indiquer qu'elle la considère comme un proche. Cette personne est donc légitimée à agir sur la base de son propre droit de la personnalité pour faire respecter la volonté du défunt. Le défunt a ainsi « explicité » de son vivant la relation affective avec le tiers. La désignation d'un proche par le défunt n'empêche pas d'autres proches d'agir.

---

*Kantonsgericht* saint-gallois, du 8 juillet 2011, FamPra.ch 2011, p. 1036 ss, consid. 2 ; ATF 137 III 67 = JdT 2012 II 373 (trad.), consid. 3.6 ; arrêt du TF 5A\_837/2008, du 25 mars 2009, consid. 5.2 ; ATF 114 II 213, consid. 3. MEIER, Droit des personnes, n° 318 ; ZK ZGB-MEIER, n° 69 ad art. 401 ; BSK ZGB I-DROESE/LORENZ, n° 33 ad art. 450 ; BSK ZGB I-ROSCHE, n° 7 ad art. 419 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 255 ; DE LUZE, n° 31 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 803, qui cite un considérant non publié de la décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985 I 601 ss ; KNELLWOLF, p. 65.

<sup>672</sup> Sur l'évaluation du droit de la protection de l'adulte, cf. notamment CF, Rapport protection de l'adulte.

<sup>673</sup> ZK ZGB-MEIER, n° 63 ad art. 401.

<sup>674</sup> Dans ce sens, arrêt du TF 5A\_837/2008, du 25 mars 2009, consid. 5.2. ZK ZGB-MEIER, n° 70 ad art. 401 ; DE LUZE, n° 18.

<sup>675</sup> Cf. *infra* n° 230 ss.

<sup>676</sup> Cf. *supra* n° 205 et note 627.

## e. L'exécuteur testamentaire

Un exécuteur testamentaire peut faire respecter la volonté du défunt concernant le sort de son cadavre<sup>677</sup>. Le défunt peut confier à un exécuteur testamentaire des missions en lien avec sa personnalité<sup>678</sup>. Il faut alors distinguer deux situations. 218

Dans la première, le défunt a exprimé sa volonté concernant son cadavre dans une disposition à cause de mort. La disposition à cause de mort concernant le sort du cadavre constitue une charge successorale au sens de l'art. 482 CC<sup>679</sup>. L'exécuteur a alors le devoir de faire respecter cette charge<sup>680</sup>. 219

Dans la deuxième situation, la volonté du défunt n'a pas exprimé sa volonté dans une disposition à cause de mort. C'est notamment le cas s'il ne respecte pas la forme des dispositions à cause de mort (par exemple une carte de donneur d'organes)<sup>681</sup>. Il est possible (malgré tout) de charger l'exécuteur testamentaire de faire respecter la volonté du défunt pour des raisons pratiques<sup>682</sup>. Hans Rainer Künzle propose d'appliquer par analogie l'art. 518 al. 2 CC<sup>683</sup>. À notre avis, cela n'est pas nécessaire. L'exécuteur testamentaire peut agir en se fondant sur son propre droit de la personnalité et non sur l'institution du droit des successions<sup>684</sup>. L'exécuteur n'est qu'un proche désigné par le défunt, mais qui a une 220

<sup>677</sup> BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, n° 3 ad art. 518 ; CR CC II-PILLER, n° 4 ad art. 518 ; BK ZGB-KÜNZLE, n° 14 ss ad intro. art. 517-518 ; KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 188 ss.

<sup>678</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.2.2. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, n° 3 ad art. 518 ; CR CC II-PILLER, n° 4 ad art. 518 ; BK ZGB-KÜNZLE, n° 12 ss ad intro. art. 517-518 ; KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 187 ss.

<sup>679</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.2.2. BK ZGB-KÜNZLE, n° 12 ss ad intro. art. 517-518 ; Pour des exemples d'une telle charge : ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 1.1 ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a ; ATF 101 II 25, consid. 2a. Sur cette question, cf. *infra* n° 253.

<sup>680</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, n° 3 ad art. 518 ; CR CC II-PILLER, n° 4 ad art. 518 ; BK ZGB-KÜNZLE, n° 11 ss ad intro. art. 517-518 ; KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 188. Cf. *infra* n° 253.

<sup>681</sup> Dans ce sens, BK ZGB-KÜNZLE, n° 12 ss ad intro. art. 517-518 ; KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 187. Sur la forme de la volonté du défunt, cf. *infra* n° 249 ss.

<sup>682</sup> KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 188.

<sup>683</sup> KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 188.

<sup>684</sup> Dans ce sens, BK ZGB-KÜNZLE, n° 14 ad intro. art. 517-518 ; KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, p. 188.

fonction particulière dans le cadre de sa succession<sup>685</sup>. La désignation d'une personne comme exécuteur testamentaire par le défunt prouve l'existence d'un lien de proximité suffisant pour qu'il puisse agir en tant que proche du défunt pour faire respecter sa volonté.

## 2. Le conflit entre les proches du défunt

221 Dans le cadre du droit de faire respecter la volonté du défunt, un conflit entre les proches du défunt concernera principalement l'existence et le contenu de la volonté du défunt. Un conflit sur la qualité de proche du défunt nous semble peu probable, car, comme nous venons de la voir, cette notion doit être définie de manière large<sup>686</sup>. Nous aborderons plus loin la question du conflit entre le droit de faire respecter la volonté du défunt et le droit de déterminer le sort du cadavre du défunt<sup>687</sup>. Pour les questions procédurales soulevées par un conflit entre les proches du défunt, nous renvoyons le lecteur à notre chapitre spécifique<sup>688</sup>.

### B. Le droit de déterminer le sort du cadavre du défunt

222 Il peut arriver que le défunt n'ait pas fait usage de son droit de disposer de son cadavre. Si le défunt n'a pas exprimé de volonté concernant le sort de sa dépouille, les proches ont le droit d'en disposer<sup>689</sup>. Ce droit permet de décider du sort du cadavre et de le défendre contre des atteintes injustifiées<sup>690</sup>. Ce droit a

---

<sup>685</sup> Cf. *supra* n° 217.

<sup>686</sup> Cf. *supra* n° 207 ss.

<sup>687</sup> Cf. *infra* n° 234. Le premier l'emporte sur le second.

<sup>688</sup> Cf. *infra* chapitre 14.

<sup>689</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt de la Cour de justice de genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 ; ATF 127 I 115, consid. 4a ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 35 ad art. 10 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 802.

<sup>690</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice de genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 2 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1.

le même contenu que le droit du défunt<sup>691</sup>. Les proches peuvent par exemple organiser les funérailles du défunt ou consentir à des actes sur son cadavre.

## 1. Le proche le plus étroitement lié au défunt

En cas de conflit ou de désaccord entre les proches du défunt sur le sort de son cadavre, c'est le proche le plus étroitement lié au défunt (« proche le plus proche ») et donc le plus affecté par son décès qui exerce ce droit<sup>692</sup>. Comme nous l'avons vu, les droits des proches reposent sur les relations sentimentales et les liens émotionnels avec le défunt<sup>693</sup>. L'intensité du lien entre le défunt et le proche est décisive<sup>694</sup>. Le Tribunal fédéral a expressément exclu la solution d'une décision unanime ou majoritaire entre l'ensemble des proches du défunt<sup>695</sup>. Le droit des proches est de nature personnelle et n'est pas régi par la hiérarchie du droit des successions<sup>696</sup>.

L'expérience de la vie permet d'établir la présomption que le conjoint est le proche le plus étroitement lié au défunt<sup>697</sup>. Cette présomption doit aussi être

<sup>691</sup> Nous revenons ainsi sur l'avis exprimé dans une précédente publication : TSCHUMY, CUSO, p. 299 s. Notre opinion était alors principalement fondée sur une constatation empirique liée à la pratique des autopsies d'anatomie. Sur le plan dogmatique, il n'y a pas de raison que le droit du proche soit plus restreint que celui du défunt. L'analogie avec le représentant thérapeutique n'est pas convaincante, car le proche n'est pas le représentant du défunt, mais exerce un droit propre.

<sup>692</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice de genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; CR CC I-MANAÏ, n° 25 ad art. 31 ; GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4 ; GAUGLER, p. 344 note 34 ; ZK ZGB-EGGER, n° 16 ad art. 31 ; VON TOBEL, p. 30. Selon cet auteur, on peut attendre de ce proche qu'il ne va pas disposer abusivement du cadavre.

<sup>693</sup> Cf. *supra* n° 202 ss.

<sup>694</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. RIEMER, n° 362.

<sup>695</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4.

<sup>696</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. RIEMER, n° 362. *Contra* : arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 5bb.

<sup>697</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151.

appliquée aux partenaires enregistrés et aux concubins<sup>698</sup>. La présomption en faveur du conjoint peut être renversée si les époux ne s'entendent plus, ne vivent plus ensemble depuis longtemps ou veulent divorcer<sup>699</sup>. Dans cette situation, on doit présumer que les proches les plus étroitement liés au défunt sont les descendants capables de discernement du défunt et subsidiairement ses père et mère<sup>700</sup>. En l'absence d'autres proches « plus proches », le droit revient aux frères et sœurs du défunt<sup>701</sup>. Il faut présumer que le conjoint ou le concubin est plus étroitement lié avec le défunt que ses enfants. Dans le cadre d'un couple marié qui vit séparé et dont l'un des conjoints a un concubin, celui-ci est présumé être plus étroitement lié, et non le conjoint séparé.

- 225 Il faut mentionner des jurisprudences cantonales divergentes. Tout d'abord, un arrêt zurichois datant de 1990 dans lequel le tribunal a donné la priorité au droit de l'épouse séparée depuis 7 ans sur celui de la concubine qui avait eu deux enfants avec le défunt<sup>702</sup>. La Cour d'appel civile du canton de Vaud a rendu en 2013 un arrêt dans lequel elle considère qu'un proche doit être en principe héritier et qu'il faut se baser sur l'ordre successoral pour établir une hiérarchie entre les proches<sup>703</sup>. Ces deux décisions sont contraires à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le juge doit examiner les liens factuels et ne doit pas se limiter aux seuls liens juridiques<sup>704</sup>. De plus, les juges de Mon Repos ont expressément exclu le recours à la hiérarchie successorale pour déterminer le proche le plus étroitement lié au défunt<sup>705</sup>.
- 226 L'art. 378 CC sur la représentation dans le domaine médical d'une personne incapable de discernement et l'art. 5 al. 2 OTx établissent des présomptions en

---

<sup>698</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 815.

<sup>699</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 802 et 815. L'exécution des formalités d'enterrement par un conjoint n'est pas suffisante : ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b.

<sup>700</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; TERCIER, Qui sont nos « proches » ?, p. 802, 812 et 815.

<sup>701</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 10.

<sup>702</sup> Arrêt de l'*Obergericht* zurichois, du 29 juin 1990, RSJ 1990 421, consid. 2b ss.

<sup>703</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 5bb.

<sup>704</sup> Arrêt du TF 5A\_663/2013, du 5 novembre 2013, consid. 3.1. Dans ce sens, GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 5.

<sup>705</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b.

faveur d'une hiérarchie semblable à celle développée par la jurisprudence<sup>706</sup>. On peut donc s'inspirer de ces règles dans le cadre du droit des proches de déterminer le sort du cadavre du défunt<sup>707</sup>.

Notons que l'art. 378 CC prévoit que les proches (conjoint ou partenaire enregistré s'il ne fait pas ménage commun, la personne en ménage commun, les descendants, les pères et mères, les frères et sœurs) doivent fournir une assistance personnelle régulière pour pouvoir représenter la personne incapable de discernement<sup>708</sup>. L'art. 5 OTx demande que le proche ait entretenu un contact personnel régulier jusqu'au décès de la personne. À notre sens, ces exigences font que l'existence d'une relation réelle est nécessaire pour bénéficier de la présomption<sup>709</sup>. 227

Il peut arriver qu'il y ait plusieurs personnes au sein d'un même « rang » de proches (par exemple si le défunt décède et laisse deux enfants majeurs ou ses deux parents). Dans ce cas, il nous semble illusoire de vouloir déterminer lequel des proches de même « rang » est le plus étroitement lié avec le défunt. Comment choisir entre deux parents par exemple ? Les proches d'un même « rang » doivent prendre leur décision en commun, de manière unanime<sup>710</sup>. En cas de litige, les proches doivent s'adresser au juge pour qu'il désigne le proche le plus étroitement lié avec le défunt ou qu'il établisse sa volonté présumée<sup>711</sup>. Cela n'est pas contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral puisque celle-ci rejette la solution d'une décision entre *l'ensemble des proches du défunt*<sup>712</sup>. Il faut réserver la situation où des éléments permettent d'établir clairement qu'au sein d'un même « rang », un proche est plus étroitement lié avec le défunt. On peut imaginer le cas d'un enfant qui a rompu toute relation avec l'un de ses parents et qui reste lié à l'autre. En raison du contexte sensible de deuil qui entoure le sort du cadavre, il est nécessaire d'être très prudent et de s'appuyer sur des éléments factuels avérés et particulièrement forts pour admettre une priorité au sein d'un même « rang » de proches et priver un proche de son pouvoir de décision. 228

<sup>706</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 151.

<sup>707</sup> Dans ce sens, MEIER, Droit des personnes, n° 52 ; GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; TSCHUMY, CUSO, p. 285 ; DUCOR, RDS, p. 272 et 321.

<sup>708</sup> Sur la notion d'assistance personnelle régulière, cf. notamment BSK ZGB I-REUSSER, n° 12 ad art. 374 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 63 ss ad art. 374 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 597 ss ; FANKHAUSER, BJM, p. 250.

<sup>709</sup> Dans ce sens, MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6668.

<sup>710</sup> À propos de l'art. 378 CC, MEIER, Protection de l'adulte, n° 598.

<sup>711</sup> Sur le litige autour de la personne du proche le plus étroitement lié avec le défunt, cf. *infra* n° 1275 ss.

<sup>712</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b.



229 Selon nous, la règle de l'art. 378 al. 2 CC doit s'appliquer par analogie et les tiers de bonne foi doivent pouvoir présumer que l'un des proches les plus étroitement liés au défunt agit avec le consentement des autres proches de même « rang ». Si le tiers est au courant d'un conflit entre proches de même rang, il ne peut en revanche plus présumer le consentement<sup>713</sup>.

## 2. La personne de confiance

230 Il faut reconnaître au défunt la possibilité de désigner de son vivant une personne de confiance qui a le droit de déterminer le sort de son corps après la mort<sup>714</sup>. On retrouve cette idée à l'art. 8 al. 6 LTx, qui permet de déléguer à une personne de confiance la décision concernant le prélèvement d'organes, de tissus et de cellules et à l'art. 370 al. 2 CC, qui permet de désigner un représentant thérapeutique en cas d'incapacité de discernement<sup>715</sup>.

231 En théorie, le défunt peut désigner n'importe qui comme personne de confiance. Toutefois, il doit logiquement y avoir un rapport de confiance entre le défunt et cette personne. En pratique, il nous semble que la personne de confiance entre inmanquablement dans le cercle des proches du défunt, vu la définition large de cette catégorie<sup>716</sup>. La désignation d'une personne de confiance peut notamment avoir du sens dans les situations suivantes :

- si le défunt pense qu'il risque d'être difficile de déterminer qui est le proche le plus étroitement lié avec lui (défunt sans famille proche ou deux « proches les plus proches » potentiels) ;
- si le défunt soupçonne que ses proches ne vont pas respecter sa volonté ;
- si le défunt envisage qu'il y aura un conflit entre ses « proches les plus proches » sur la question du sort de son cadavre ;

---

<sup>713</sup> À propos de l'art. 378 CC, MEIER, Protection de l'adulte, n° 598.

<sup>714</sup> Dans ce sens, arrêt de la Cour de justice de genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 10. TSCHUMY, CUSO, p. 297 ; TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 48. Sur la désignation d'un proche chargé de faire respecter la volonté du défunt, cf. *supra* n° 217.

<sup>715</sup> Sur l'art. 8 al. 6 LTx, cf. *infra* n° 820 ss. Sur l'art. 370 al. 2 CC, cf. BSK ZGB I-WYSS, n° 19 ss ad art. 370 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 57 ss ad art. 370 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 486 ss.

<sup>716</sup> Cf. *supra* n° 213 ss.

- si le défunt ne souhaite pas que ses proches décident du sort de son cadavre<sup>717</sup>.

La personne de confiance n'est pas un représentant du défunt, mais va exercer un droit de sa propre personnalité. En désignant une personne de confiance, le futur défunt désigne la personne qu'il estime être la plus étroitement liée à lui, pour décider du sort de son cadavre. Le droit de la personne de confiance prime celui des proches présumés être titulaires du droit de déterminer le sort du cadavre du défunt. On peut imaginer que le défunt désigne de son vivant, par exemple, son avocat, un ami proche ou membre de sa famille comme personne de confiance, privant ainsi son conjoint ou ses enfants du droit de déterminer le sort de son cadavre. En raison du caractère éminemment personnel de cette question, seule une personne physique peut être désignée comme personne de confiance<sup>718</sup>. 232

La personne de confiance peut avoir un rôle subsidiaire. Le défunt a exprimé sa volonté sur certains aspects du sort de son cadavre et la personne de confiance règle les questions laissées en suspens. Par exemple, la personne peut avoir exprimé sa volonté de faire don de ses organes, mais n'a pas évoqué le choix d'un mode ou d'un lieu de sépulture. 233

### 3. Le caractère subsidiaire du droit

Lorsque le droit du défunt et le droit des proches s'opposent, le premier prime<sup>719</sup>. La volonté du défunt l'emporte même sur celle de son « proche le plus proche »<sup>720</sup>. Ainsi, le droit des proches est subsidiaire à celui du défunt<sup>721</sup>. 234

<sup>717</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 48.

<sup>718</sup> Dans ce sens concernant les directives anticipées, notamment BSK ZGB I-WYSS, n° 20 ss ad art. 370 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 77 ad art. 370 ; MEIER, *Protection de l'adulte*, n° 486.

<sup>719</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.2 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5a ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 4 ss ; ATF 123 I 112, consid. 4a ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b. MEIER, *Droit des personnes*, n° 602 ; GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 148 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 526a. Sur le conflit entre les proches du défunt voulant faire respecter sa volonté, cf. *supra* n° 221. Sur le conflit entre proches voulant déterminer le sort du cadavre du défunt, cf. *supra* n° 223 ss.

<sup>720</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 6 ss en particulier 12 ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a.

<sup>721</sup> GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 151 ; MADER, n° 978 ; CR CC I-MANAÏ, n° 25 ad art. 31.

Par exemple, dans l'ATF 129 I 173, la défunte avait exprimé par écrit son souhait d'être incinérée et que l'urne contenant ses cendres soit déposée au cimetière de Meilen ; elle avait donc exercé son droit de disposer de son cadavre et celui-ci primait le droit de son mari à déterminer le sort de son cadavre (il voulait faire déposer l'urne dans un cimetière à Rome où il habitait avec leurs enfants)<sup>722</sup>.

#### 4. La volonté présumée du défunt

235 En raison de la primauté du droit du défunt, les proches doivent respecter la volonté présumée du défunt<sup>723</sup>. La volonté présumée vise à établir quelle aurait été la volonté du futur défunt s'il s'était exprimé librement et en connaissance de cause de son vivant sur le sort de son cadavre<sup>724</sup>. Il s'agit d'une notion subjective<sup>725</sup>. La volonté présumée doit être établie en fonction des circonstances de manière concrète et individuelle<sup>726</sup>. Elle se reconstruit à partir d'éléments datant d'une période où la personne était capable de discernement<sup>727</sup>. La volonté présumée vise à garantir l'autodétermination de la personne, en se fondant sur de simples indices<sup>728</sup>. Le proche doit se mettre à la place du défunt et se fonder sur ses valeurs, intérêts, inclinations, souhaits, opinions, croyances ou son mode de vie<sup>729</sup>. Par exemple, l'appartenance du défunt à une communauté religieuse peut avoir une influence sur les rites funéraires que la personne souhaite. Il faut toutefois être conscient qu'il est impossible pour un tiers d'avoir un accès complet à la personnalité du défunt et que les personnes appelées à établir la volonté présumée sont influencées par leurs propres valeurs<sup>730</sup>.

---

<sup>722</sup> ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 3.1 et 5.1 ss.

<sup>723</sup> TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 48.

<sup>724</sup> Dans ce sens, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 562 ; GROS, n° 317 et les réf. citées ; NEK-CNE, Directives anticipées, p. 26 ; HAAS, n° 897.

<sup>725</sup> GROS, n° 317 ; HAAS, n° 897.

<sup>726</sup> GUILLOD/MADER, p. 39 ; HAAS, n° 897.

<sup>727</sup> GROS, n° 326 ; NEK-CNE, Directives anticipées, p. 26. Pour la situation du défunt n'ayant jamais été capable de discernement, cf. *infra* n° 238 s. Dans le domaine de la protection de l'adulte, *contra* : notamment BSK ZGB II-WYSS, n° 25 ad art. 372 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 88 ad art. 372, pour qui des éléments datant d'une période où la personne était incapable de discernement peuvent être pris en compte.

<sup>728</sup> SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 117.

<sup>729</sup> GROS, n° 328 ; HAAS, n° 899.

<sup>730</sup> NEK-CNE, Directives anticipées, p. 28 ss.

La volonté présumée peut être problématique face aux pratiques funéraires nouvelles ou aux formes nouvelles de traitement du cadavre. Si le défunt n'a exprimé aucune volonté, il nous semble difficile d'admettre que sa volonté présumée va dans le sens par exemple d'une humusation ou d'une plastination de son cadavre. 236

Il peut arriver qu'il soit impossible de déterminer la volonté présumée du défunt. Dans ce cas, les proches décident en fonction de leurs propres valeurs et intérêts<sup>731</sup>. 237

## 5. Le défunt n'ayant jamais été capable de discernement

Dans certains cas, le défunt n'a jamais pu exprimer de volonté concernant le sort de sa dépouille. C'est le cas des personnes incapables de discernement durant toute leur vie (incapacité originaire), par exemple les enfants morts avant d'être devenus capables de discernement ou les personnes durablement incapables de discernement<sup>732</sup>. Cela concerne également les enfants mort-nés et les enfants nés sans vie<sup>733</sup>. 238

Cette situation a deux conséquences. Premièrement, le défunt n'a pas pu exprimer de volonté concernant le sort de son cadavre. Il n'a donc pas pu exercer son droit de disposer de son cadavre. Les proches du défunt ne peuvent pas agir pour faire respecter la volonté du défunt. Le droit des proches de déterminer le sort du cadavre est l'unique droit sur le cadavre<sup>734</sup>. Secondement, la construction d'une volonté présumée est impossible<sup>735</sup>. 239

## 6. Un devoir des proches ?

Certains auteurs considèrent que le droit des proches de déterminer le sort du cadavre est doublé d'un devoir de s'occuper du corps du défunt<sup>736</sup>. Dans un arrêt de 1928, le Tribunal fédéral évoque au détour d'un considérant : « le 240

<sup>731</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.2 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 25 s.

<sup>732</sup> GROS, n° 326, qui parle « d'incapacité originelle ».

<sup>733</sup> Sur ces notions, cf. *infra* n° 628 ss.

<sup>734</sup> Sur cette question, GRÜNEWALD, p. 67 ss ; MONTAVON, § 57 ss.

<sup>735</sup> SKARUPINSKI, p. 29 ; GUILLOD/MADER, p. 34 ; SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 117.

<sup>736</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 151 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 531a ; KNELLWOLF, p. 67 ; VON TOBEL, p. 30 ; CRAMER, p. 69.

*devoir du mari de veiller à ce que la défunte ait des obsèques convenables* »<sup>737</sup>. La doctrine et la jurisprudence utilisent le terme de « soin aux morts » (*Totenfürsorge*)<sup>738</sup>. Ce devoir impose aux proches de traiter le cadavre avec piété et de lui assurer une sépulture décente (et de prendre en charge les frais funéraires)<sup>739</sup>. Toutefois, il ne s'agit pas d'une obligation juridique, pouvant faire l'objet d'une action en exécution (ce qui serait contraire à la nature défensive des droits de la personnalité)<sup>740</sup>. Il existe donc uniquement un devoir moral (au sens de l'art. 63 al. 2 CO) des proches de s'occuper du sort du cadavre<sup>741</sup>.

## V. L'exercice du droit de disposer d'un cadavre

241 Le droit du défunt et de ses proches protège à la fois l'intégrité corporelle du cadavre et respectivement leur autodétermination. Le défunt ou à défaut ses proches exercent leur droit en exprimant leur volonté sur le sort du cadavre. En exprimant sa volonté, le défunt (ou le proche le plus étroitement lié) donne son consentement à un acte qui porterait autrement atteinte à son droit de disposer d'un cadavre.

### A. *La nature juridique du consentement*

242 Le consentement est un acte juridique unilatéral selon la doctrine majoritaire<sup>742</sup>. La doctrine minoritaire défend la conception selon laquelle le consentement est un acte matériel avec des effets juridiques en raison de son

---

<sup>737</sup> ATF 54 II 90 = JdT 1928 I 354 (trad.), consid. 2.

<sup>738</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. MANAI, *Droits du patient*, p. 289 ; MADER, n° 978 ; KNELLWOLF, p. 67.

<sup>739</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 531a ; KNELLWOLF, p. 67 ; VON TOBEL, p. 30.

<sup>740</sup> KNELLWOLF, p. 67.

<sup>741</sup> Sur les frais funéraires, TSCHUMY, *Not@lex*, p. 11 ; KNELLWOLF, p. 67.

<sup>742</sup> GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 169 ; MEIER, *Droit des personnes*, n° 666 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 560 ; CR CC I-JEANDIN, n° 73 ad art. 28 ; BREITSCHMID/MATT, p. 96 ; HAAS, n° 202 ss ; JOYE, *Génome*, p. 79 ; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, n° 626 ; GROSSEN, *RDS*, p. 56a ; KÜNZLER, p. 94 ss.

caractère révocable<sup>743</sup>. Nous nous rallions à la position de la doctrine majoritaire<sup>744</sup>. Comme Philippe Meier, il faut constater que l'argument de la doctrine minoritaire n'est pas décisif, car la qualification du consentement comme acte juridique n'empêche pas sa révocation<sup>745</sup>.

Que la personne consente ou s'oppose à un acte sur un cadavre, la nature juridique de l'acte est identique. Il existe une analogie entre le testament et l'acte par lequel le défunt dispose de son cadavre<sup>746</sup>. Dans les deux cas, une volonté a été exprimée et doit être interprétée après le décès de la personne. Le consentement est révocable en tout temps<sup>747</sup>. Il ne s'agit pas d'un acte pour cause de mort, car il ne concerne pas le patrimoine<sup>748</sup>. La volonté du défunt doit être interprétée selon le principe de la volonté (et non selon le principe de la confiance), car il s'agit d'un acte unilatéral<sup>749</sup>. Il faut donc rechercher la volonté réelle du défunt<sup>750</sup>. Le juge se fonde en premier lieu sur les mots utilisés par la personne qui dispose de son cadavre. Subsidiairement, il recherche la volonté présumée du défunt dans des éléments extrinsèques<sup>751</sup>.

243

<sup>743</sup> Notamment DONZALLAZ, Vol. II, n° 4167 ; ROUVINEZ, n° 505 ; DEVAUD, p. 27 ; MANAI S., Thèse, n° 1205 ss et les réf. citées à la note 3266.

<sup>744</sup> Pour un aperçu de débat doctrinal, cf. ROUVINEZ, n° 496 ss ; DEVAUD, p. 25 ss ; MANAI S., Thèse, n° 1205 et les réf. citées à la note 3266 ; HAAS, n° 157 ss.

<sup>745</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 666, note 1506. Cet auteur donne l'exemple du testament, acte juridique unilatéral, qui est révocable en tout temps.

<sup>746</sup> Dans le même sens concernant la levée du secret médical *post mortem*, ÉRARD/GUILLOD, n° 70.

<sup>747</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 96 ; GROSSEN, RDS, p. 56a ; KÜNZLER, p. 94 ss. Sur l'art. 28 al. 2 CC, ATF 136 III 401 = JdT 2011 II 508 (trad.), consid. 5.2.2. MEIER, Droit des personnes, n° 667 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 48 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562 ; CR CC I-JEANDIN, n° 75 ad art. 28.

<sup>748</sup> STEINAUER, Le droit des successions, n° 269, note 1.

<sup>749</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 10. Dans le même sens concernant la levée du secret médical *post mortem*, ÉRARD/GUILLOD, n° 69 ss. Concernant les clauses unilatérales d'un pacte successoral, CR CC II-LEUBA, n° 99 ad art. 469 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 293. *Contra* : GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562c ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 626.

<sup>750</sup> ATF 117 II 142, consid. 2a. CR CO I-WINNIGER, n° 57 ss ad art. 18 CO ; CR CC II-LEUBA, n° 66 ad art. 469 CC ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 287 et 293.

<sup>751</sup> ATF 117 II 142, consid. 2a. CR CC II-LEUBA, n° 78 ad art. 469 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 292.

## B. *Les conditions de validité du consentement*

### 1. **La capacité de discernement**

- 244 La capacité de discernement est nécessaire pour disposer d'un cadavre<sup>752</sup>. Il faut donc se demander à partir de quel âge une personne est capable de discernement pour décider du sort de son cadavre ou de celui d'un proche. À notre avis, il faut admettre la présomption réfragable qu'un mineur de seize ans a la capacité de discernement pour disposer de son cadavre. Cette présomption s'inspire de l'art. 8 al. 7 LTx qui fixe à seize ans l'âge pour consentir au prélèvement de ses organes, tissus et cellules à des fins de transplantation et de l'art. 303 al. 3 CC qui fixe à seize ans la majorité religieuse de l'enfant, car la confession d'une personne peut avoir une influence importante sur ce qu'elle souhaite pour sa dépouille<sup>753</sup>.
- 245 En fonction des circonstances, il doit être possible d'admettre qu'un mineur a la capacité de discernement pour disposer de son cadavre avant ses seize ans<sup>754</sup>. Cette règle s'applique également aux proches du défunt, pour l'exercice de leur droit de disposition sur un cadavre. Rappelons que la capacité de discernement s'examine à un moment donné (relativité temporelle) et pour un acte donné (relativité matérielle)<sup>755</sup>.
- 246 Les droits de disposer d'un cadavre sont des droits strictement personnels. Il s'agit de droits strictement personnels proprement dits : les mineurs et les ma-

---

<sup>752</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 638. Notons que le droit du canton de Bâle-Ville ne fixe pas de limite d'âge, mais exige la capacité de discernement pour décider du mode et du lieu de sépulture, § 15 Abs. 2 de la *Bestattungsgesetz* (*BestG*) du 11 mars 2020 (390.100).

<sup>753</sup> Dans ce sens pour la question du don d'organes, MCF LTx, FF 2002, p. 136. Pour d'autres exemples, VON TOBEL, p. 25 s. Le droit du canton de Bâle-Ville exige notamment que les descendants du défunt aient seize ans pour décider de la sépulture en l'absence de volonté du défunt (§ 16 Abs. 1 *litt. c BestG*).

<sup>754</sup> Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. III, n° 7013 s. et les réf. citées, pour qui en principe les enfants sont capables de discernement dès 15 ans, et parfois même avant (12-13 ans) en fonction des circonstances.

<sup>755</sup> Arrêt du TF 9C\_209/2012, du 26 juin 2012, consid. 3.2 ; arrêt du TF 5A\_436/2011, du 12 avril 2012, consid. 5.2.1 ; ATF 134 II 235, consid. 4.3.2 ; ATF 124 III 5 = JdT 1998 I 361, consid. 1a. MEIER, Droit des personnes, n° 102 ; DONZALLAZ, Vol. III, n° 6934 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 194 s. ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 107 ; BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, n° 112 ss ad art. 16.

jeux privés de l'exercice des droits civils, mais capables de discernement, peuvent les exercer seuls<sup>756</sup>. On applique la règle de l'art. 19c al. 1 CC car la loi n'exige pas le consentement du représentant légal pour son exercice.

Par contre, il s'agit de droits strictement personnels absolus au sens de l'art. 19c al. 2 CC *in fine*. Ils ne peuvent pas faire l'objet de représentation. La volonté d'une personne concernant le sort de son cadavre après sa mort est étroitement liée à sa personnalité. Nous faisons une analogie avec le fait de tester ou de constituer une directive anticipée qui est exclusif de représentation<sup>757</sup>. 247

Comme nous l'avons vu, les proches peuvent en revanche invoquer leur propre droit de la personnalité soit pour faire respecter la volonté du défunt soit pour décider subsidiairement du sort du cadavre<sup>758</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à un mécanisme de représentation (légale ou volontaire) en cas d'incapacité de discernement. Il n'y a d'ailleurs plus de droits à exercer puisqu'ils ont pris fin au décès. 248

## 2. La forme

### a. La liberté de forme

L'acte par lequel une personne dispose d'un cadavre n'est soumis à aucune exigence de forme<sup>759</sup>. La volonté de la personne s'exerce sur un élément de sa personnalité et non de son patrimoine. Il ne s'agit pas d'une disposition testamentaire<sup>760</sup>. Comme la volonté du défunt déploie ses effets après sa mort, il ne s'agit pas de directives anticipées<sup>761</sup>. Ni les exigences de forme de l'art. 371 249

<sup>756</sup> BRÜCKNER, n° 413 ss. Sur les droits de la personnalité en général, *cf.* notamment MEIER, Droit des personnes, n° 669.

<sup>757</sup> Pour la doctrine, notamment MEIER, Droit des personnes, n° 152 ; DONZALLAZ, Vol. III, n° 7039 ; CR CC II-LEUBA, n° 12 ad art. 498 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 306.

<sup>758</sup> *Cf. supra* n° 205 ss et 222 ss.

<sup>759</sup> TSCHUMY, CUSO, p. 283. Sous l'angle de l'art. 28 CC, notamment MEIER, Droit des personnes, n° 666 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 558 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 48 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 561 ; CR CC I-JEANDIN, n° 73 ad art. 28.

<sup>760</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 4bb. GUILLOD, Droit des personnes, n° 148 ; TSCHUMY, CUSO, p. 283 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 2 ss.

<sup>761</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 148 ; TSCHUMY, CUSO, p. 283 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 484.



CC ni celles des art. 498 ss CC ne s'appliquent<sup>762</sup>. La forme écrite n'est pas nécessaire, une déclaration orale suffit<sup>763</sup>.

- 250 En pratique, il est fréquent que le défunt exprime une volonté concernant son cadavre dans son testament ou ses directives anticipées<sup>764</sup>. Un document écrit facilite la preuve de la volonté du défunt. La volonté du défunt reste valable, même si le document qui la contient est vicié<sup>765</sup>. Il est important que les proches ou d'autres personnes amenées à prendre en charge le cadavre (personnel hospitalier, service communal responsable des inhumations) aient connaissance de l'éventuel document qui contient la volonté du défunt et de son lieu de dépôt. Au décès de la personne, il peut exister une certaine urgence dans la prise en charge du cadavre, raison pour laquelle il est primordial de connaître la volonté du défunt dans un laps de temps relativement court (de quelques heures pour le don d'organes à quelques jours pour la sépulture). Il existe un risque élevé que le document contenant la volonté du défunt soit découvert trop tard<sup>766</sup>.
- 251 Puisque le défunt peut exprimer sa volonté par oral, ses proches jouent un rôle crucial pour établir cette volonté. En soi, n'importe qui peut rapporter avoir entendu le défunt exprimer sa volonté. En pratique, la recherche de la volonté du défunt a en principe lieu parmi ses proches. Si plusieurs volontés ont été exprimées et qu'elles sont contradictoires, la plus récente fait foi.
- 252 Bien que l'expression de la volonté ne soit pas soumise à une exigence de forme, il faut toutefois que le contenu de la volonté exprime l'idée d'un caractère juridiquement contraignant. L'acte juridique est inexistant si la volonté de

---

<sup>762</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 4bb. GUILLOD, *Droit des personnes*, n° 148 ; BRÜCKNER, n° 662.

<sup>763</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.2. MEIER, *Droit des personnes*, n° 601 ; TSCHUMY, CUSO, p. 283 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 526a ; BRÜCKNER, n° 660 et 662.

<sup>764</sup> MEIER, *Droit des personnes*, n° 601 ; DONZALLAZ, Vol. III, n° 7630 ; TSCHUMY, CUSO, p. 283 ; ASSM, *Directives anticipées*, p. 8 s. ; NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN, p. 86 ss. Pour des exemples : arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, faits A.b ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 9 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), faits.

<sup>765</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1. MEIER, *Droit des personnes*, n° 601.

<sup>766</sup> Dans ce sens, décision de l'OFJ du 25 novembre 1986, JAAC 1987 n° 44, p. 259 ss, consid. 1.

disposer du cadavre fait défaut<sup>767</sup>. Des allusions ne suffisent pas<sup>768</sup>. Si le défunt exprime certaines valeurs sans exprimer une véritable volonté concernant le sort de sa dépouille, on tombe dans le champ de sa volonté présumée<sup>769</sup>. La volonté présumée du défunt doit être respectée par les proches dans le cadre de leur propre droit de disposer d'un cadavre<sup>770</sup>. Il revient au juge de déterminer dans chaque cas si la volonté doit être considérée comme contraignante.

## b. La charge successorale

Le défunt peut créer une charge au sens de l'art. 482 al. 1 CC qui ordonne des prestations en lien avec le sort de son cadavre<sup>771</sup>. Il s'agit en principe d'une charge indépendante, prévue pour elle-même, qui grève l'ensemble des héritiers<sup>772</sup>. La charge doit figurer dans un testament ou un pacte successoral et donc respecter les exigences de forme des actes à cause de mort<sup>773</sup>. Par exemple, la personne peut donner des instructions concernant ses funérailles, notamment le souhait d'être incinérée et l'indication du lieu de dépôt de l'urne<sup>774</sup>. Si la charge est viciée dans sa forme, la volonté exprimée est valable comme expression du droit de disposer de son cadavre<sup>775</sup>. Une action sui generis en exécution de la charge est ouverte à tout intéressé, en particulier les

253

<sup>767</sup> Dans ce sens, pour les actes à cause de mort, *cf.* notamment CR CC II-PIOTET, n° 4 ss ad art. 519/520 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 747. Sur la notion d'inexistence, *cf.* TERCIER/PICHONNAZ, n° 525.

<sup>768</sup> BRÜCKNER, n° 662. Dans le même sens pour les dispositions à cause de mort, CR CC II-LEUBA, n° 8 ad art. 469 et n° 9 ad art 498.

<sup>769</sup> *Cf. supra* n° 235.

<sup>770</sup> *Cf. supra* n° 235.

<sup>771</sup> ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 1.1 ; décision de l'OFJ, du 25 novembre 1986, JAAC 1987 n° 44, p. 259 ss, consid. 1 ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a ; ATF 101 II 25, consid. 2a. BSK ZGB II-STAEHELIN, n° 16 ad art. 482 ; CR CC II-BADDELEY, n° 5 ad art. 482 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 586 ; HUBERT-FROIDEVAUX, p. 73 ; BK ZGB-TUOR, n° 6 ad art. 482 ; ZK ZGB-ESCHER, n° 13 ad art. 482.

<sup>772</sup> CR CC II-BADDELEY, n° 8 ad art. 482 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 587.

<sup>773</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, n° 3 ad art. 482 ; CR CC II-BADDELEY, n° 8 ad art. 482 ; HUBERT-FROIDEVAUX, p. 84.

<sup>774</sup> ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 3.1. *Cf.* également décision de l'OFJ, du 25 novembre 1986, JAAC 1987 n° 44, p. 259 ss, consid. 1 ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 7 ; ATF 101 II 25, consid. 2a.

<sup>775</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1. MEIER, *Droit des personnes*, n° 601.

proches du défunt, un éventuel exécuteur testamentaire (art. 517 ss CC) ou un administrateur officiel (art. 554 ss CC)<sup>776</sup>. L'exécuteur testamentaire a le devoir d'agir en exécution de la charge si celle-ci n'est pas exécutée par les héritiers<sup>777</sup>. Selon nous, si le défunt a constitué une charge pour donner son corps à la recherche ou à l'anatomie, l'institut bénéficiaire pourrait agir pour la faire respecter, car il a un intérêt légitime, particulier et direct à son exécution<sup>778</sup>. En principe, l'institut n'agira cependant pas en exécution par respect pour les proches du défunt<sup>779</sup>.

### 3. La liberté

254 La volonté du défunt ou des proches doit s'être formée librement, en l'absence de contraintes extérieures<sup>780</sup>. Le défunt ou ses proches ne doivent pas avoir fait l'objet de menaces, de pressions ou de tromperies<sup>781</sup>. L'art. 7 CC permet d'appliquer par analogie aux actes juridiques unilatéraux comme le consentement, les dispositions sur les vices de la volonté dans la conclusion du contrat (art. 23

---

<sup>776</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, n° 25 ad art. 482 ; LOMBARDI, p. 50 ; CR CC II-BADDELEY, n° 14 ad art. 482 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 592 ss ; PIOTET, *Contribution à la systématique*, p. 1420 ; HUBERT-FROIDEVAUX, p. 74 s.

<sup>777</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 5a. CR CC II-BADDELEY, n° 14 ad art. 482 ; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 592 ; KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker*, p. 188 ; BK ZGB-TUOR, n° 16 ad art. 482 ; ZK ZGB-ESCHER, n° 20 ad art. 482.

<sup>778</sup> Sur l'intérêt à agir, BSK ZGB II-STAEHELIN, n° 25 ad art. 482 ; CR CC II-BADDELEY, n° 14 ad art. 482 ; ZK ZGB-ESCHER, n° 20 ad art. 482 ; HUBERT-FROIDEVAUX, p. 74. Selon l'ATF 108 II 278, consid. 4d, un intérêt patrimonial n'est pas nécessaire, un intérêt moral suffit.

<sup>779</sup> Pour les autopsies d'anatomie, selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017. En pratique, à Lausanne, l'institut est à l'écoute des objections des proches dans les situations où ils découvrent au moment du décès la démarche du défunt de faire don de son corps. Il est rappelé dans un premier temps le caractère contraignant de la volonté du défunt, même contre l'avis des proches. L'expérience montre qu'un dialogue pour expliquer le sens de la démarche et ses modalités permet, après une ou plusieurs conversations, d'amener les proches à accepter cette décision. Cette souplesse témoigne du respect qui est dû aux proches du défunt.

<sup>780</sup> MADER, n° 1330.

<sup>781</sup> Arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2008, consid. 5.2. MEIER, *Droit des personnes*, n° 674 ; GUILLOD, *Droit médical*, n° 361 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562d ; MADER, n° 1331 ; MARTENET/DEVAUD, p. 275.

ss CO)<sup>782</sup>. La possibilité de révoquer son consentement en tout temps contribue à garantir la liberté de décision de la personne<sup>783</sup>.

Pour assurer le libre choix de la personne concernant le sort de son cadavre, l'acte de disposition doit être gratuit<sup>784</sup>. Le défunt ou ses proches ne doivent pas recevoir une rémunération pour donner leur consentement à des actes sur un cadavre<sup>785</sup>. L'interdiction de faire du cadavre une source de profit direct est fondée sur l'art. 21 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (CDHB)<sup>786</sup>. Notons qu'avant l'entrée en vigueur de la CDHB, un acte de disposition à titre onéreux portant sur un cadavre aurait été contraire aux bonnes mœurs<sup>787</sup>. Sur ce point, nous renvoyons au chapitre suivant dans lequel nous traitons en détail de l'extracommercialité du cadavre<sup>788</sup>. 255

#### 4. L'information

En principe, le consentement à une atteinte à un droit de la personnalité doit être éclairé<sup>789</sup>. Cette exigence provient du domaine médical où il permet d'assurer le respect de l'intégrité corporelle et de l'autodétermination du patient<sup>790</sup>. 256

<sup>782</sup> Notamment ATF 100 II 278, consid. 1. DONZALLAZ, Vol. II, n° 4173 ; GUILLOD, Droit médical, n° 361 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; MADER, n° 1331 ; MANAI, Droits du patient, p. 69 ; GUILLOD, Consentement, p. 105.

<sup>783</sup> MANAI, Droits du patient, p. 68.

<sup>784</sup> Dans ce sens, BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ad systematischer Teil.

<sup>785</sup> ROUVINEZ, n° 360. Dans ce sens pour le don du corps à l'anatomie, BADER, p. 369.

<sup>786</sup> RS 0.810.2 (STE 164). Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2008 pour la Suisse. MAURER/TAG, p. 127 ; BREYER *et alii*, p. 192.

<sup>787</sup> Cf. *infra* n° 373.

<sup>788</sup> Cf. *infra* n° 360 ss.

<sup>789</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562 ; DEVAUD, p. 27.

<sup>790</sup> Notamment ATF 134 II 235, consid. 4.1 ; ATF 133 III 121, consid. 4.1.1 ; arrêt du TF 4C.9/2005, du 24 mars 2005, consid 4.2 ; arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid. 4.2 ; ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 2a ; ATF 114 Ia 350, consid. 6 ; ATF 108 II 59, consid. 3. MEIER, Droit des personnes, n° 673 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 595 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562d ; CR CC I-JEANDIN, n° 63 ad art. 28 ; DEVAUD, p. 30 ; MARTENET/DEVAUD, p. 272 ss. L'exigence d'un consentement libre et éclairé figure également à l'art. 5 CDHB. Sur le consentement éclairé dans le domaine médical, DONZALLAZ, Vol. II, n° 3504 ss ; GUILLOD, Droit médical, n° 356 ss ; MANAI, Droits du patient, p. 33 ss ; DEVAUD ; GUILLOD, Consentement.

Nous avons vu que le droit de disposer de son cadavre est considéré comme une prolongation du droit à l'intégrité corporelle et du droit à l'autodétermination<sup>791</sup>. La question de savoir dans quelle mesure l'exigence d'un consentement éclairé s'applique dans le cadre du consentement à un acte sur le cadavre se pose.

- 257 En ce qui concerne l'information du défunt ou de ses proches, la réponse doit être nuancée. Dans le cadre du droit de disposer de son cadavre, on doit tenir compte de certaines contingences et difficultés pratiques.
- 258 La mort est un événement imprévisible qui rend difficile l'information du défunt<sup>792</sup>. Très souvent, sa volonté est exprimée de manière unilatérale, ce qui limite également les possibilités d'information, par exemple s'il exprime le souhait d'être incinéré dans ses directives anticipées. Dans ce cas, l'autonomie de la personne prime l'exigence d'information : il faut présumer que la personne qui exprime de son vivant une volonté concernant le sort de son cadavre a été informée correctement ou a renoncé à une information détaillée<sup>793</sup>.
- 259 Toutefois, dans une série de situations, le défunt ou ses proches ont un interlocuteur lorsqu'ils consentent à certains actes (par exemple, le consentement à un don d'organes ou à une autopsie médicale). Dans ce cas, la personne ou l'institution qui va prendre en charge le cadavre ont un devoir d'information. Le défunt de son vivant ou ses proches doivent obtenir toutes les informations nécessaires pour garantir leur autodétermination<sup>794</sup>. Ils doivent recevoir une information objective, compréhensible et complète<sup>795</sup>. Selon l'ASSM, l'information doit porter sur : « *le type, l'étendue et les conséquences de l'intervention* » sur le cadavre<sup>796</sup>. L'information doit porter sur un acte déterminé ou au moins

---

<sup>791</sup> Cf. *supra* n° 193.

<sup>792</sup> Dans ce sens à propos du don d'organes, MADER, n° 1358 ; DEVAUD, p. 261.

<sup>793</sup> Sur les directives anticipées, MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6666. BSK ZGB I-WYSS, n° 21 s. ad art. 372 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 511 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 938 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 53 ss ad art. 372.

<sup>794</sup> ATF 105 II 284, consid. 6c. MEIER, Droit des personnes, n° 675 ; ASSM, Utilisation de cadavres, p. 5 ; MANAI, Droits du patient, p. 84.

<sup>795</sup> ATF 133 III 121, consid. 4.1.2 ; ATF 114 Ia 350, consid. 6 ; ATF 105 II 284, consid. 6c. GUILLOD, Droit médical, n° 363 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562d ; MANAI, Droits du patient, p. 84 ; MARTENET/DEVAUD, p. 274. Il est possible de s'inspirer de la teneur de l'art. 377 al. 2 CC.

<sup>796</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, p. 5. Cf. également l'arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 105 ss : violation de l'art. 8 CEDH pour n'avoir pas correctement informé la mère d'un enfant sur le déroulement de l'examen *post mortem* pratiqué pour connaître la cause exacte du décès. MAURER/TAG, p. 140.

déterminable de manière assez large<sup>797</sup>. Le consentement pour un type d'acte (don d'organes par exemple) n'implique pas un consentement pour d'autres activités (la recherche)<sup>798</sup>. Il faut donc que l'information donnée à la personne et que sa volonté soient claires sur ce point<sup>799</sup>. Plus l'acte est invasif ou porte atteinte à l'apparence du cadavre, plus le consentement doit être formalisé<sup>800</sup>.

Le niveau d'exigences en matière d'information est fixé selon un critère subjectif, en fonction de la personne concernée et non selon le critère objectif d'une « personne raisonnable »<sup>801</sup>. Il faut tenir compte de la situation personnelle ou des questions de la personne<sup>802</sup>. 260

Le défunt ou les proches ont toutefois le « droit de ne pas savoir » et peuvent refuser une information détaillée sur l'acte auquel ils consentent<sup>803</sup>. La renonciation à l'information doit être expresse<sup>804</sup>. Le fait de renoncer à une information minimale est contraire à l'art. 27 al. 2 CC<sup>805</sup>. Notons que le fardeau de la 261

<sup>797</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 4178 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 559 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 560 ; CR CC I-JEANDIN, n° 74 ad art. 28 ; MARTENET/DEVAUD, p. 275.

<sup>798</sup> Cf. *infra* n° 272. MCF LRH, FF 2009, p. 7342. ASSM, Utilisation de cadavres, p. 6. Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. II, n° 4178.

<sup>799</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, p. 6.

<sup>800</sup> MANAI, Droits du patient, p. 37.

<sup>801</sup> ATF 133 III 121, consid. 4.1.3 ; ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 5a. MANAI, Droits du patient, p. 85 s. et 92.

<sup>802</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 116 ss, qui tient compte du fait que le prélèvement des organes lors d'un examen *post mortem*, qui semble routinier pour l'équipe médicale, ne fait pas partie du savoir commun (« *common knowledge* »). L'équipe aurait également dû prendre en considération le fait que la requérante s'opposait à l'examen parce que le rite musulman impose de laisser le corps intacte pour les funérailles. DONZALLAZ, Vol. II, n° 3712 ss, qui traite des facteurs liés au patient (son origine culturelle, sa langue, sa sensibilité au risque, sa faiblesse psychologique préalable, ses faiblesses auditives ou visuelles, ses connaissances, ses expériences passées, l'influence de médicaments, son niveau social, son origine rurale ou urbaine, son genre, son âge, ses intérêts, ses recherches, le caractère imaginaire de sa maladie), du moment, du contexte médical ; GUILLOD, Droit médical, n° 366 ; MANAI, Droits du patient, p. 86.

<sup>803</sup> Ce droit est garanti à l'art. 10 al. 2 CDHB. ATF 105 II 284, consid. 6c. MEIER, Droit des personnes, n° 676 ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 4010 ss ; BÜCHLER/MICHEL, p. 68 ; GUILLOD, Droit médical, n° 375 ; MANAI, Droits du patient, p. 95 ; CR CC I-MARCHAND, n° 34 ad art. 27 ; DEVAUD, p. 45 ss ; GUILLOD, Consentement, p. 175 ss, en particulier p. 178.

<sup>804</sup> ATF 105 II 284, consid. 6c. GUILLOD, Droit médical, n° 376. On ne peut pas déduire d'un comportement passif une renonciation à l'information.

<sup>805</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 4025 ss, nuancé au n° 4028 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 68 ; GUILLOD, Droit médical, n° 375 ; DEVAUD, p. 45 s. et 189 ; GUILLOD, Consentement, p. 177 s.

preuve de l'existence du consentement et de son caractère libre et éclairé (ou du refus de l'information) repose sur la personne qui veut justifier l'atteinte à l'intégrité du cadavre<sup>806</sup>.

- 262 L'information doit aussi porter spécifiquement sur une éventuelle transmission du cadavre ou d'une partie de celui-ci à un tiers (à un autre institut d'anatomie par exemple) ou une exportation vers l'étranger<sup>807</sup>. Relevons que l'art. 42 al. 1 de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 (LRH) soumet également l'exportation de matériel biologique et de données génétiques à des fins de recherche à l'exigence d'un consentement éclairé (conforme aux exigences de l'art. 16 LRH)<sup>808</sup>. Les exigences concernant le consentement doivent avoir été respectées si un cadavre ou une partie de cadavre d'un individu décédé à l'étranger est importé en Suisse<sup>809</sup>. Il est alors nécessaire de documenter le consentement<sup>810</sup>.
- 263 Enfin, il faut relever que les actes les plus courants sur un cadavre font l'objet de législations spéciales qui règlent la question de l'information du défunt que nous présenterons en détail plus loin dans notre étude<sup>811</sup>.

## 5. Les conséquences d'un consentement vicié

- 264 Le consentement peut être vicié si la personne qui consent n'est pas capable de discernement, ou si sa volonté n'est pas libre ou éclairée. En revanche, comme nous l'avons vu, le consentement n'est pas soumis à une exigence de forme et ne peut donc pas être vicié de ce point de vue<sup>812</sup>. Si le consentement est maté-

---

<sup>806</sup> ATF 133 III 121, consid. 4.1.3 ; arrêt du TF 4C.9/2005, du 24 mars 2005, consid. 4.4 ; arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid. 4.2 et les réf. citées ; ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 5a ; ATF 108 II 59, consid. 3. Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. II, n° 4127 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562d.

<sup>807</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.5 ; MAURER/TAG, p. 140.

<sup>808</sup> RS 810.30. Sur l'art. 42 LRH, MCF LRH, FF 2009, p. 7346. HK HFG-RÜTSCHÉ/ANNÉ, n° 1 ss ad art. 42.

<sup>809</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.5.

<sup>810</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.5. Dans le cadre de l'exposition *Real Human Bodies* interdite à Lausanne en 2018, l'incapacité de l'organisateur à fournir des documents attestant de l'origine des corps et du consentement des personnes à l'utilisation de leur corps, justifiait l'interdiction : arrêt du Tribunal cantonal vaudois, du 19 octobre 2018, GE.2018.0223, consid. 4. Sur cette affaire, cf. *infra* n° 482.

<sup>811</sup> Pour le prélèvement d'organes, tissus et cellules, cf. n° 797 ; pour la recherche, cf. n° 866 ; pour l'autopsie d'anatomie, cf. n° 991.

<sup>812</sup> Cf. *supra* n° 249 ss.

riellement vicié, il n'est pas valable et l'acte sur le cadavre est alors illicite<sup>813</sup>. Il porte atteinte aux droits de la personnalité respectivement à la liberté personnelle des proches. Il faut réserver la situation où l'acte est rendu licite par un autre motif justificatif de l'art. 28 al. 2 CC<sup>814</sup>. L'auteur répond du préjudice même si l'acte est pratiqué conformément aux règles de l'art<sup>815</sup>. Une responsabilité pénale fondée sur l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP est envisageable<sup>816</sup>.

Enfin, nous sommes d'avis qu'en l'absence d'un consentement éclairé, l'auteur d'un acte sur un cadavre ne peut pas se prévaloir d'un consentement hypothétique (c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle la personne aurait consenti si elle avait reçu une information correcte) du défunt ou de ses proches<sup>817</sup>. La situation d'un acte sur un cadavre n'est pas comparable avec la situation d'une intervention chirurgicale sur un patient (vivant)<sup>818</sup>. Il ne se justifie donc pas d'admettre ce moyen de défense qui relativise le devoir d'information de l'auteur de l'atteinte, alors que nous avons vu que l'exigence du caractère éclairé du consen-

<sup>813</sup> ATF 133 III 121, consid. 4.1.1 ; arrêt du TF 4C.9/2005, du 24 mars 2005, consid 4.2 ; arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid 4.1 ; ATF 108 II 59, consid. 3. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 602 ; DEVAUD, p. 56 ; HAAS, n° 708.

<sup>814</sup> Dans ce sens, ATF 133 III 121, consid. 4.1.1. MEIER, Droit des personnes, n° 678.

<sup>815</sup> ATF 133 III 121, consid. 4.1.1 ; arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid. 4.1 ; ATF 108 II 59, consid. 3. MEIER, Droit des personnes, n° 678 ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 4163 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 602 ; DEVAUD, p. 57 ; HAAS, n° 708. Sur les actions réparatrices à la suite d'une atteinte à un droit de la personnalité, cf. *infra* n° 1287 ss.

<sup>816</sup> Dans ce sens, DEVAUD, p. 57. Sur le caractère profanatoire au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP d'un acte pratiqué sans consentement, cf. *infra* n° 468 ss.

<sup>817</sup> Sur la notion de consentement hypothétique, arrêt du TF 4A\_604/2008, du 19 mai 2009, consid. 2.2 ; arrêt du TF 4C.66/2007 et 4A\_382/2007, du 9 janvier 2008, consid. 5.1 ; ATF 133 III 121, consid. 4.1.3 ; arrêt du TF 4C.9/2005, du 24 mars 2005, consid 4.4 ; arrêt du TF 4P.110/2003, du 26 août 2003, consid. 3.1.2 ; arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid 5.5 ; ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 5a ss ; ATF 66 II 34, consid. unique. Dans la doctrine, notamment MEIER, Droit des personnes, n° 678 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 604 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 562e ; MANAI, Droits du patient, p. 100 ss ; HAAS, n° 925 ss. Le consentement hypothétique est exclu dans la situation où le consentement n'est pas libre, arrêt du TF 4P.265/2002, du 28 avril 2003, consid. 5.5 ; ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214 (trad.), consid. 5d. MEIER, Droit des personnes, n° 680 ; HAAS, n° 709 et 952.

<sup>818</sup> HAAS, n° 934 et les réf. citées, qui liste des éléments qui doivent permettre d'admettre le consentement hypothétique : le caractère urgent de l'acte, son caractère nécessaire sur le plan médical, la forte probabilité d'un risque, l'absence de traitement alternatif efficace, la relation de confiance entre le patient et le médecin, le caractère limité du manque d'information.



tement à un acte sur un cadavre peut être restreinte par des difficultés pratiques<sup>819</sup>.

## VI. Les limites du droit de disposer d'un cadavre

266 Le droit du défunt et des proches doit s'exercer dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>820</sup>. La volonté du défunt et de ses proches a donc certaines limites.

### A. *La loi*

267 La volonté du défunt ou de ses proches doit rester dans les limites de la loi. Elle doit respecter l'ensemble des normes du droit positif suisse, peu importe son niveau (droit international, droit fédéral, droit cantonal ou communal), son domaine (droit privé, public ou pénal) ou sa nature (droit écrit ou coutumier)<sup>821</sup>.

268 Le défunt ou ses proches doivent en particulier respecter les législations spéciales qui encadrent le sort du cadavre. Au niveau fédéral, il s'agit principalement de la LTx, de la LRH, de la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 (LPADN) et de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH)<sup>822</sup>. Au niveau cantonal, il s'agit des dispositions de droit funéraire ou sur les autopsies. Nous renvoyons aux chapitres consacrés à ces questions, pour une présentation détaillée de ces réglementations<sup>823</sup>.

---

<sup>819</sup> Cf. *supra* n° 257 ss.

<sup>820</sup> Cf. *supra* n° 200. Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5a ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

<sup>821</sup> Notamment ATF 134 III 54 = JdT 2008 I 303 (trad.), consid. 1.1 ; ATF 119 II 222 = JdT 1994 I 598 (trad.), consid. 2 ; ATF 114 II 279, consid. 2a. CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 60 ss ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 792 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 15 et 19 ss ad art. 19-20 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 296 ; ROUVINEZ, n° 326 ; THÉVENAZ, n° 109 ; BK OR-KRAMER, n° 132 ad art. 19-20.

<sup>822</sup> Respectivement RS 363 ; RS 810.12. La LAGH a été révisée le 15 juin 2018 : FF 2018, p. 3627.

<sup>823</sup> Cf. *infra* chapitres 9 à 13.

La volonté du défunt ou de ses proches est limitée par les art. 19 et 20 CO<sup>824</sup>. 269  
Elle ne doit pas avoir pour objet, but ou motif, une chose impossible, illicite ou contraire à l'ordre public, aux mœurs ou portant atteinte aux droits de la personnalité<sup>825</sup>.

L'impossibilité doit être objective et durable au moment de l'acte juridique<sup>826</sup>. 270  
À notre avis, la question du caractère impossible de la cryogénéisation, soit la conservation par vitrification d'un cadavre dans l'espoir que la science puisse ressusciter la personne un jour, peut se poser<sup>827</sup>. La question est de savoir si le véritable objet d'un contrat de cryogénéisation est la conservation du corps ou le fait de ramener la personne à la vie. En effet, la conservation du corps par vitrification est techniquement possible aujourd'hui. Par contre, il n'existe pas de technologie permettant de ramener à la vie les corps cryogénisés. Si l'on devait admettre qu'un contrat de cryogénéisation porte principalement sur le fait de ramener la personne à la vie, son objet serait impossible et l'acte juridique serait donc nul<sup>828</sup>. Cette approche nous paraît trop restrictive. Les personnes qui souhaitent se faire cryogéniser sont conscientes du caractère incertain de la possibilité de revenir à la vie, mais font un pari. À l'inverse, la conservation des cadavres est techniquement au point. Nous sommes donc d'avis qu'un contrat de cryogénéisation ne doit pas être qualifié d'impossible.

Le consentement du défunt ou d'un proche à un acte sur le cadavre ne doit pas 271  
être excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC<sup>829</sup>. La volonté peut être excessive dans son objet si elle porte atteinte au noyau dur des droits de la personnalité<sup>830</sup>. On

<sup>824</sup> BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ad systematischer Teil. L'art. 7 CC permet d'appliquer par analogie les art. 19 et 20 CO à des actes juridiques unilatéraux : CR CC I-FOËX, n° 5 ad art. 7.

<sup>825</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 61 ad art. 19-20 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 17 ad art. 19-20 CO ; CR CC I-MARCHAND, n° 22 ad art. 27.

<sup>826</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 76 ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 814 ss ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 46 ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 251 ss ad art. 19-20.

<sup>827</sup> Sur la cryogénéisation, *cf. infra* n° 1211 ss.

<sup>828</sup> Sur l'impossibilité technique, BK OR-KRAMER, n° 255 ad art. 19-20.

<sup>829</sup> ATF 136 III 401 = JdT 2011 I 508 (trad.), consid. 5.4. Sur l'application de l'art. 27 al. 2 CC au consentement à une atteinte à la personnalité, GUILLOD, Droit des personnes, n° 159 ; ÉRARD/GUILLOD, n° 38 ; CR CC I-MARCHAND, n° 12 ad art. 27 ; MADER, n° 1314 ; THÉVENAZ, n° 92 et 95 ss ; ZK ZGB-EGGER, n° 5 ad art. 27. *Contra* : STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 281 ; BK ZGB-BUCHER, n° 100 ss ad art. 27, pour qui l'art. 27 CC ne s'applique qu'aux contrats.

<sup>830</sup> ATF 136 III 401 = JdT 2011 I 508 (trad.), consid. 5.4. CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 75 ad art. 19-20 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 517 ; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, n° 12 ad art. 27 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 44 ad art. 19-20 ; CR

ne peut pas s'engager irrévocablement sur ces biens de la personnalité<sup>831</sup>. Une peine conventionnelle sanctionnant la révocation du consentement n'est pas valable dans ce cas<sup>832</sup>. La doctrine considère que l'intégrité corporelle fait partie du noyau dur de la personnalité<sup>833</sup>. Le droit de disposer d'un cadavre est une prolongation du droit à l'intégrité corporelle et du droit à l'autodétermination<sup>834</sup>. Le sort de notre corps après notre mort est une question très personnelle. Il faut donc conclure que le droit du défunt et les droits des proches font partie du noyau dur des droits de la personnalité. Pour ne pas être excessif, le consentement doit être révocable en tout temps<sup>835</sup>. Un engagement à ne pas révoquer son consentement est nul<sup>836</sup>. Pour le défunt, la révocation peut avoir lieu jusqu'à son décès et pour les proches, tant que l'atteinte n'a pas eu lieu<sup>837</sup>.

272 Enfin, le consentement à un acte sur un cadavre doit porter sur un acte déterminé<sup>838</sup>. Ni le défunt ni les proches ne peuvent consentir d'une manière générale à tout acte sur le cadavre<sup>839</sup>. Le consentement général à tout acte sur le cadavre (« blanc-seing ») est contraire à l'art. 27 al. 2 CC<sup>840</sup>. Le consentement doit porter sur un acte précis (prélèvement d'organes, autopsie) ou au minimum sur un domaine précis (activité de recherche dans un domaine).

---

CC I-MARCHAND, n° 14 ad art. 27 ; BK ZGB-BUCHER, n° 278 ad art. 27 ; BK OR-KRAMER, n° 212 ad art. 19-20.

<sup>831</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 718 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 805 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 306.

<sup>832</sup> ATF 136 III 401 = JdT 2011 I 508 (trad.), consid. 5.2.3 *a contrario* : une clause pénale est légale si l'engagement ne porte pas sur le noyau des droits de la personnalité.

<sup>833</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 718 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 307 ; CR CC I-MARCHAND, n° 14 ad art. 27 ; THÉVENAZ, n° 131.

<sup>834</sup> Cf. *supra* n° 193.

<sup>835</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 306 s. ; MADER, n° 1319 ; MANAÏ, Droits du patient, p. 68 ; THÉVENAZ, n° 257 ; GROSSEN, RDS, p. 57.

<sup>836</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 667 ss ; CR CC I-MARCHAND, n° 12 ad art. 27 ; MANAÏ S., Thèse, n° 1263 ; RIEMER, n° 329 et 362.

<sup>837</sup> Dans ce sens, arrêt du TF 5A\_315/2008, du 29 septembre 2008, consid. 3.2 ; MEIER, Droit des personnes, n° 719 ; THÉVENAZ, n° 257.

<sup>838</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 721 ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 4176 ss.

<sup>839</sup> Dans ce sens : GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; MANAÏ, Droits du patient, p. 67 ; ROUVINEZ, n° 360 ; CR CC I-MARCHAND, n° 34 ad art. 27 ; MARTENET/DEVAUD, p. 275 ; THÉVENAZ, n° 251 et 255.

<sup>840</sup> Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. II, n° 4181 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 169 ; MANAÏ, Droits du patient, p. 67 ; CR CC I-MARCHAND, n° 34 ad art. 27 ; MARTE-NET/DEVAUD, p. 275.

## B. L'ordre public et les bonnes mœurs

La volonté du défunt ou de ses proches ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La notion d'ordre public renvoie aux valeurs immanentes de l'ordre juridique<sup>841</sup>. L'ordre public protège l'intérêt général, en particulier la sécurité et la paix publiques<sup>842</sup>. 273

Les bonnes mœurs limitent également la liberté du défunt ou de ses proches. Selon le Tribunal fédéral : « *Sont contraires aux mœurs les contrats condamnés par la morale dominante, c'est-à-dire par le sentiment général des convenances ou par les principes et jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble* »<sup>843</sup>. Il nous paraît illusoire de vouloir proposer une définition des bonnes mœurs<sup>844</sup>. Le juge doit examiner cette notion *in concreto*<sup>845</sup>. L'ordre juridique renvoie ici aux normes sociales<sup>846</sup>. Ces normes ont un contenu dynamique<sup>847</sup>. 274

Nous pouvons imaginer que certaines formes d'inhumation, très éloignées des standards culturels suisses, puissent être considérées comme contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Gerhard Fiolka évoque les enterrements célestes tibétains où le cadavre est exposé pour être dévoré par les vautours<sup>848</sup>. Le cannibalisme est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs : une personne ne peut consentir à ce qu'on mange son cadavre après sa mort. La question de la contrariété de la cryogénéisation aux mœurs et à l'ordre public peut également 275

<sup>841</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 66 ad art. 19-20 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 26 ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 155 ss ad art 19-20. Sur les conflits doctrinaux sur cette question, BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 25 ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 151 ss ad art 19-20.

<sup>842</sup> BK OR-KRAMER, n° 156 ad art 19-20.

<sup>843</sup> ATF 136 III 474, JdT 2012 II 340 (rés.), consid. 3 ; ATF 132 III 455 = JdT 2007 I 251 (trad.), consid. 4.1 ; ATF 129 III 617, consid. 5.3 ; ATF 123 III 101 = JdT 1997 I 586 (trad.), consid. 2 ; ATF 115 II 232 = JdT 1990 I 66 (trad.), consid. 4a et les réf. citées.

<sup>844</sup> Dans le même sens, CORPATAUX, n° 355. Sur les conflits de doctrine sur cette question, BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 32 ss ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 168 ss ad art. 19-20.

<sup>845</sup> TERCIER/PICHONNAZ, n° 798 s. ; ROUVINEZ, n° 341 ; THÉVENAZ, n° 120.

<sup>846</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 68 ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 797 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 33 ad art. 19-20 ; JOYE, *Immortalité*, p. 153.

<sup>847</sup> BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 34 ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 174 ad art. 19-20.

<sup>848</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 30 ad art. 262.

se poser<sup>849</sup>. L'acte par lequel une personne accepte de disposer de son cadavre contre une rémunération est contraire aux mœurs<sup>850</sup>.

### C. *La nullité de l'acte juridique*

- 276 L'acte juridique unilatéral de disposition sur un cadavre contraire à la loi, l'ordre public ou aux bonnes mœurs est frappé de nullité. La nullité est absolue si la norme violée la prévoit expressément ou qu'elle découle du sens ou du but de la norme<sup>851</sup>. C'est en particulier le cas si la règle vise à protéger l'intérêt général<sup>852</sup>. À notre avis, les règles encadrant le sort du cadavre relèvent de l'intérêt général et ne servent pas à protéger une partie d'un contrat. La nullité absolue est relevée d'office par le juge (*ex lege*), invocable par tous et en tout temps, dès l'expression de la volonté (*ex tunc*)<sup>853</sup>. Par exemple, l'acte par lequel une personne exprime la volonté que son cadavre soit exposé sur une place publique pour être dévoré par les oiseaux est absolument nul.
- 277 Il est possible d'appliquer le principe de la nullité partielle de l'art. 20 al. 2 CO à la volonté du défunt ou des proches. Ce principe repose sur deux conditions. D'une part, il faut que seuls certains éléments de la volonté soient contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>854</sup>. D'autre part, on doit pouvoir admettre que la personne aurait quand même exprimé sa volonté sans l'élément vicié<sup>855</sup>. Il faut pour cela interpréter la déclaration de volonté, selon le principe de la volonté puisqu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral<sup>856</sup>. Prenons

---

<sup>849</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642, qui considère qu'il n'y a pas de contrariété aux mœurs en raison de l'autodétermination. En droit français, MICHEL, p. 59, qui considère que l'interdiction de la cryogénéisation doit se fonder sur le fait qu'elle conteste l'idée de mortalité ; CARBONNIER, p. 235, pour qui « *la condition de mortel est d'ordre public* » cité par CAIRE, p. 1971, note 65. Sur la cryogénéisation, *cf. infra* n° 1211 ss.

<sup>850</sup> *Cf. infra* n° 373.

<sup>851</sup> Notamment ATF 143 III 660 consid. 2.8.1 et les réf. citées ; ATF 119 II 222 = JdT 1994 I 598 (trad.), consid. 2 et les réf. citées. CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 97 ad art. 19-20 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 54 ad art. 19-20.

<sup>852</sup> TERCIER/PICHONNAZ, n° 532.

<sup>853</sup> Sur la nullité absolue, *cf.* CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 94 ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 532 ss et 820 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, n° 53 ad art. 19-20 ; BK OR-KRAMER, n° 309 ss ad art. 19-20.

<sup>854</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 101 ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 549 ; BK OR-KRAMER, n° 334 ss ad art. 19-20.

<sup>855</sup> CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, n° 102 ad art. 19-20 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 550 ; BK OR-KRAMER, n° 337 ss ad art. 19-20.

<sup>856</sup> *Cf. supra* n° 243.

l'exemple d'une personne qui exprime la volonté d'être incinérée et que ses cendres soient dispersées d'une manière contraire au droit cantonal ; dans ce cas, seule la dispersion des cendres est nulle et non la crémation en tant que telle. Si la volonté exprimée par le défunt est nulle, c'est le proche le plus étroitement lié avec celui-ci qui exerce son droit de déterminer le sort du cadavre.

## VII. Les restrictions aux droits de disposer d'un cadavre

Comme élément de la liberté personnelle, les droits de disposer d'un cadavre 278 peuvent faire l'objet de restrictions aux conditions de l'art. 36 Cst.<sup>857</sup>. L'État peut restreindre la portée des droits et donc la volonté du défunt ou de ses proches. Toute restriction doit reposer sur une base légale, un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, respecter le principe de la proportionnalité et l'essence du droit fondamental<sup>858</sup>.

### A. *La base légale*

La restriction doit avoir une base légale claire et précise<sup>859</sup>. Une atteinte grave 279 à la liberté personnelle nécessite une base légale formelle<sup>860</sup>. La gravité d'une atteinte est appréciée selon des critères objectifs et non selon la subjectivité du justiciable<sup>861</sup>. Le Tribunal fédéral a considéré que le fait d'ordonner une autopsie est une atteinte grave qui doit reposer sur une loi au sens formel et non sur une réglementation administrative dans le cadre d'un rapport de droit spécial<sup>862</sup>. Par exemple, l'art. 253 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre

<sup>857</sup> Cf. également art. 8 ch. 2 CEDH. Arrêt de la Cour de justice de Genève ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 6 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 et 2.2.

<sup>858</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.2 ; ATF 127 I 115, consid. 4a ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b et 3c.

<sup>859</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.1 ; ATF 123 I 112, consid. 7a et les réf. citées.

<sup>860</sup> ATF 123 I 112, consid. 7a.

<sup>861</sup> ATF 128 II 259 = JdT 2003 I 411 (trad.), consid. 3.3 ; ATF 124 I 80 = JdT 2000 IV 24, consid. 2c.

<sup>862</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 5c.

2007 (CPP) constitue une base légale restreignant le droit de disposer d'un cadavre<sup>863</sup>. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'exhumation constitue une atteinte grave ou légère<sup>864</sup>. Par contre, la Cour de justice du canton de Genève a considéré que le règlement des cimetières de la ville de Genève est une base légale suffisante pour refuser une exhumation demandée par un proche (contraire à la volonté du défunt)<sup>865</sup>. Un auteur considère que le refus d'accorder des funérailles à un enfant mort-né est une restriction grave à la liberté personnelle de ses parents, sans autre justification<sup>866</sup>.

280 Selon nous, il faut tenir compte principalement de la nature de l'acte pour déterminer s'il constitue une atteinte grave. Un acte portant atteinte à l'intégrité du cadavre doit à notre avis être considéré comme une atteinte grave (autopsie, prélèvement d'organes). Il faut réserver le cas où l'atteinte est minime (prélèvement d'une quantité infime de matériel biologique)<sup>867</sup>. Un comportement actif doit être qualifié plus facilement d'atteinte grave (une exhumation), qu'un acte passif (refus d'une exhumation).

### B. *L'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui*

281 La limitation du droit de disposer de son cadavre doit reposer sur un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui<sup>868</sup>. La jurisprudence nous fournit une série d'exemples. Tout d'abord, l'intérêt à la santé publique, d'une part, dans le cadre de la lutte contre les maladies transmissibles et d'autre part dans le domaine de la recherche médicale<sup>869</sup>. Le Tribunal fédéral reconnaît qu'il existe un intérêt public à sauver la vie ou améliorer considérablement la

---

<sup>863</sup> RS 312.0.

<sup>864</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.1.

<sup>865</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 7.

<sup>866</sup> MONTAVON, § 49, qui considère cela comme assez évident et qu'il n'est pas nécessaire de le démontrer.

<sup>867</sup> Nous pensons à la règle de l'art. 38 LRH.

<sup>868</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5d ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2 ; ATF 123 I 112, consid. 8 ; ATF 111 Ia 231, consid. 2c ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>869</sup> Arrêt de la Cour EDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 61 ss ; ATF 123 I 112, consid. 8c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3d et 5d ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

qualité de vie des malades en attente d'une greffe<sup>870</sup>. L'ordre public et les bonnes mœurs sont également invoqués comme des intérêts publics<sup>871</sup>.

Les droits fondamentaux d'autrui sont notamment le droit à la vie dont découlent les obligations de l'État de poursuivre les homicides, qui justifient une autopsie médico-légale<sup>872</sup>. Le droit de connaître son ascendance peut justifier une restriction au droit de disposer d'un cadavre<sup>873</sup>. Enfin, le droit du défunt ou d'un proche de disposer du cadavre peut justifier la restriction du droit d'un autre proche<sup>874</sup>.

282

### C. *Le principe de proportionnalité*

La mesure étatique doit respecter le principe de la proportionnalité<sup>875</sup>. Dans ce cadre, il faut examiner l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit (c'est-à-dire faire une pesée des intérêts en présence) de la mesure en lien avec son but<sup>876</sup>. Le Tribunal fédéral estime que l'exhumation d'un cadavre déjà inhumé est une mesure proportionnée lorsqu'il s'agit de faire respecter la volonté du défunt<sup>877</sup>. Les juges de Mon Repos ont toujours donné la priorité à la

283

<sup>870</sup> ATF 123 I 112, consid. 8 ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>871</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 5d ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>872</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>873</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 39 ss ; Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2b s.

<sup>874</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017 consid. 3.3.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1.

<sup>875</sup> ATF 123 I 112, consid. 9 ; ATF 111 Ia 231, consid. 2c.

<sup>876</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.3 et les réf. citées. La CourEDH reconnaît qu'en raison problèmes moraux et éthiques soulevés, une large marge d'appréciation doit être accordée aux États sur la question des examens *post mortem* dans des hôpitaux publics et sur la possibilité pour les proches de s'opposer à de tels examens pour des motifs liés à leur vie privée ou leur religion : arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 80 (violation de l'art. 8 et 9 CEDH pour n'avoir pas effectué une juste pesée des intérêts en présence). La CourEDH a considéré que « la mise en balance de l'intérêt d'un particulier au transfert d'une dépouille ou de cendres et celui de la société au respect du caractère sacré de la tombe » doit relever de la marge d'appréciation des États en raison de son caractère sensible : arrêt de la CourEDH (Requête n° 61564/00) *Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, du 17 janvier 2006, § 25.

<sup>877</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.3.



volonté du défunt sur celle de ses proches concernant le lieu de sépulture<sup>878</sup>. Une autopsie sanitaire est une mesure proportionnée dans le cadre de la lutte contre les maladies transmissibles<sup>879</sup>. C'est également le cas des autopsies médico-légales pour réprimer les homicides<sup>880</sup>. La CourEDH considère que même si les États peuvent donner la priorité dans leur droit interne à la santé publique et autoriser une autopsie pour des motifs scientifiques malgré le refus des proches, il tout de même nécessaire d'effectuer une pesée des intérêts en présence<sup>881</sup>.

284 Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur le système du consentement présumé au sens large en matière de don d'organes<sup>882</sup>. Ce système respecte le principe de la proportionnalité, car il évite des difficultés pratiques dans la recherche de la volonté du défunt et de ses proches<sup>883</sup>. Il est également proportionné en raison de l'urgence qui entoure la décision de prélèvement<sup>884</sup>. Il faut cependant une information claire des personnes concernées sur leur droit d'opposition<sup>885</sup>. La simple publication d'une loi dans le recueil officiel ne suffit pas et l'État a un devoir d'information<sup>886</sup>. Ce devoir implique de mettre en place un système d'information des donneurs potentiels<sup>887</sup>. L'État a également le devoir de rechercher et d'informer les proches du défunt de leur droit d'opposition<sup>888</sup>. Le fait d'obliger une personne à se déterminer sur le sort de son cadavre après sa mort peut heurter sa liberté personnelle, car de nombreuses personnes ne souhaitent pas être confrontées à leur propre mort<sup>889</sup>. Le système du consentement présumé vise à éviter aux proches une décision difficile dans le cadre d'un moment particulièrement douloureux<sup>890</sup>. Précisons que même en cas de

---

<sup>878</sup> Arrêt de la Cour de justice de genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 12 ; Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.3 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 4. Dans ces deux derniers arrêts, le Tribunal fédéral tient notamment compte de la possibilité pour les proches de se rendre sur le lieu de la tombe dans le cadre de l'examen de la proportionnalité.

<sup>879</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>880</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>881</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 89 ss.

<sup>882</sup> Sur les différents systèmes de consentement au don d'organes, cf. *infra* n° 749.

<sup>883</sup> ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>884</sup> ATF 123 I 112, consid. 9bb et 9c ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>885</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>886</sup> ATF 123 I 112, consid. 9e.

<sup>887</sup> ATF 123 I 112, consid. 9aa.

<sup>888</sup> ATF 123 I 112, consid. 9bb.

<sup>889</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>890</sup> ATF 123 I 112, consid. 8c.

danger de mort, les intérêts du receveur en attente d'une greffe ne sauraient primer ceux du donneur<sup>891</sup>.

La jurisprudence a également examiné la proportionnalité de l'exhumation d'un cadavre dans le but de réaliser une expertise ADN visant établir un lien de filiation<sup>892</sup>. Le Tribunal fédéral a considéré dans un premier arrêt que la protection de l'intégrité du cadavre et de la piété des proches a la priorité sur le droit de connaître son ascendance, car dans le cas d'espèce, l'expertise ADN requise ne pouvait pas avoir de conséquences sur le plan du droit civil<sup>893</sup>. Le fait que l'incertitude sur la paternité ne semble pas menacer gravement la santé psychique du requérant et l'existence de nombreux indices rendant vraisemblable l'identité du père ont eu pour conséquences que l'exhumation apparaissait comme disproportionnée<sup>894</sup>. Dans la même affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que le droit de connaître son ascendance du requérant prime l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique et l'intérêt privé des proches au respect de leur piété et à l'intangibilité du cadavre<sup>895</sup>. Les juges de Strasbourg ont notamment tenu compte du fait que les proches n'ont pas invoqué de motifs religieux ou philosophiques pour s'opposer à l'exhumation, que l'analyse nécessite un prélèvement minime et que la protection de la paix des morts est temporaire dans un système de concession limitée dans le temps<sup>896</sup>.

<sup>891</sup> ATF 123 I 112, consid. 9d. GUILLOD/MADER, p. 65.

<sup>892</sup> Sur cette affaire, cf. *infra* n° 1084 ss.

<sup>893</sup> Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2c.

<sup>894</sup> Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2c.

<sup>895</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 39 ss. Cf. également l'arrêt de révision qui a suivi la décision de la CourEDH : arrêt du TF 1F-1/2007, du 30 juillet 2007, consid. 3.3. Dans sa décision sur la recevabilité (Requête n° 21046/07) *Menéndez García c. Espagne*, la CourEDH a précisé que l'intérêt à connaître ses origines varie en fonction du degré de proximité des ascendants : plus le degré de parenté est éloigné, plus l'intérêt diminue. Dans ce cas, les intérêts de la sécurité juridique et des droits de la famille du défunt l'emportent sur ceux de la petite fille qui souhaitait faire établir le lien de filiation entre son père et son grand-père présumé et qui demandait l'exhumation de sa dépouille.

<sup>896</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 41.

*D. L'essence du droit*

286 Enfin, la mesure étatique ne doit pas vider le droit de son essence<sup>897</sup>. La jurisprudence ne fournit pas d'exemples sur ce point. À notre avis, une législation qui considérerait toute personne comme donneuse d'organes après son décès, sans tenir compte de l'éventuelle opposition de la personne, porterait atteinte à l'essence du droit du défunt de disposer de son cadavre. Ce serait également le cas si l'État imposait une forme unique de sépulture à l'ensemble de la population. Comme nous le verrons, le droit à une sépulture décente, qui découle de la dignité humaine, constitue le noyau du droit de disposer d'un cadavre<sup>898</sup>.

### **VIII. Conclusion**

287 L'expression de la volonté d'une personne concernant le sort de sa dépouille est au centre du droit de disposer d'un cadavre. Le droit du défunt de disposer de son propre cadavre est prioritaire et témoigne du pouvoir de l'individu sur son corps, même après son décès. On peut toutefois regretter qu'il n'existe pas de structure pour exprimer et enregistrer cette volonté. Si le droit suisse connaît un instrument juridique pour prévoir un cas d'incapacité de discernement (les directives anticipées) et un autre pour assurer la transmission de son patrimoine à son décès (le testament), il manque un instrument clair pour disposer de son corps après sa mort. Il faut souhaiter que l'ordre juridique fournisse un jour un instrument adapté à l'exercice du droit de disposer de son cadavre.

288 Inscire sa volonté dans un testament ou des directives anticipées reste une solution pragmatique. Toutefois, l'inscription dans un testament fait courir le risque que la volonté du défunt soit découverte tardivement, ce qui peut empêcher ou compliquer son respect pour des raisons pratiques. L'inscription dans des directives anticipées est sans doute à privilégier. On se pose la question de leur existence au moment de la perte de discernement et donc bien souvent avant le décès.

289 Les proches du défunt jouent un rôle subsidiaire, mais d'une grande importance. Qu'ils se chargent de faire respecter la volonté du défunt ou qu'ils suppléent à une absence de volonté, ils ont souvent un rôle central. Comme nous l'avons vu dans notre analyse de la notion de proche du défunt, la détermination du cercle des proches doit avant tout reposer sur l'analyse du cas concret. Les

---

<sup>897</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 2c.

<sup>898</sup> Cf. *infra* n° 561.

---

liens affectifs factuels doivent primer les liens juridiques. Il faut relever que la terminologie française de « proches » nous paraît plus précise que le terme allemand (*Angehörige*) qui renvoie uniquement aux membres de la famille proche. Le terme de « *nahestehende Person* » devrait être préféré<sup>899</sup>.

L'absence de proche du défunt est problématique pour garantir la protection du cadavre. Cependant, la notion de proche du défunt doit recevoir une définition large qui permet de limiter le risque qu'une personne décède en ne laissant aucun proche dans son entourage. Ce risque ne devrait se réaliser que dans des situations d'isolement extrême. Dans ce cas, les normes de droit funéraire ainsi que la protection pénale du cadavre permettent d'assurer le respect du corps du défunt. 290

---

<sup>899</sup> L'art. 401 CC montre la nuance entre les deux notions. En italien, respectivement « *congiunti* » et « *persone vicine* ». Cf. *supra* n° 207 ss.



---

## Chapitre 5 : Des droits réels sur un cadavre ?

### I. Introduction

Après avoir traité du droit de disposer d'un cadavre, fondé sur les droits de la personnalité, il nous faut nous intéresser à la question suivante : le cadavre peut-il faire l'objet de droits réels ? 291

Nous verrons que cette question fait l'objet de controverses. Nous commencerons par présenter les opinions de la jurisprudence et de la doctrine sur la nature juridique du cadavre humain (II). Nous allons ensuite revenir sur la définition de la notion juridique de chose et nous examinerons si le cadavre peut entrer dans cette catégorie (III). Nous traiterons de la notion de chose hors du commerce pour examiner dans quelle mesure le cadavre est soustrait au commerce (IV). Finalement, nous étudierons comment et à quelles conditions un cadavre peut faire l'objet de droits réels (V). 292

### II. La nature juridique du cadavre

Le droit privé suisse ne contient pas de norme définissant la nature juridique du cadavre<sup>900</sup>. Aucune disposition légale ne tranche la question de savoir si le cadavre entre dans la catégorie des choses et s'il est un objet de droits réels<sup>901</sup>. Face à ce silence de la loi, la doctrine et la jurisprudence ont tenté d'apporter une réponse à cette question. 293

#### A. Dans la jurisprudence

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché de manière univoque la question de la nature du cadavre<sup>902</sup>. Il en traite toutefois de manière indirecte dans certains ar- 294

---

<sup>900</sup> MAIRE, p. 219 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 57 ; MAURER/KERSTING, n° 2 ; KÄLIN, p. 74 ; BIERI, p. 55 ; GAUGLER, p. 338.

<sup>901</sup> Notons que dans son Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, le Conseil fédéral évoque la nature du cadavre au chapitre cinq consacré à la recherche sur des personnes décédées. Il considère que les personnes décédées ne sont plus des personnes juridiques, mais que : « *cependant, elles ne sont ni un simple objet ni un bien tombé en déréliction* » : MCF LRH, FF 2009, p. 7341, qui cite BÜCHLER/DÖRR, p. 381 ss.

<sup>902</sup> Du même avis, KÄLIN, p. 70.

rêts. En 1919, lorsque le Tribunal fédéral reconnaît le droit du défunt de disposer de son cadavre, il précise que ce droit ne relève pas du droit des choses<sup>903</sup>. Depuis lors, il a précisé que ce droit est comparable à un droit de propriété, bien qu'il ne soit pas un droit réel, mais un droit de la personnalité<sup>904</sup>. Les droits des proches sur un cadavre sont de véritables droits subjectifs de disposition qui ne doivent pas être assimilés à un droit de propriété : « *même si le cadavre humain est en soi une chose impersonnelle* »<sup>905</sup>.

295 Dans sa jurisprudence rendue sur l'art. 262 CP, le Tribunal fédéral nous explique que les cadavres et les cendres ne sont pas des choses ordinaires (*gewöhnliche Sachen* ou *res in commercio*) ayant une valeur commerciale et ne peuvent être négociés normalement<sup>906</sup>. À cet égard, les juges de Mon Repos considèrent que selon le sentiment général, un cadavre n'est ni l'objet d'un droit de propriété ni un bien sans maître que l'on peut traiter n'importe comment<sup>907</sup>.

## B. *Dans la doctrine*

296 La nature juridique du cadavre, et en particulier la question de savoir si le cadavre est une chose, est controversée dans la doctrine. Il faut distinguer trois courants doctrinaux<sup>908</sup>. Le premier courant réunit les auteurs qui refusent la qualification du cadavre comme chose. Un deuxième courant de doctrine considère que le cadavre est une chose, mais sur laquelle il n'y a pas de droits réels. Enfin, quelques auteurs isolés défendent la position selon laquelle le cadavre est une chose, objet de droits réels.

---

<sup>903</sup> ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6 ; confirmé par l'ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b.

<sup>904</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a.

<sup>905</sup> ATF 127 I 115, consid. 6b.

<sup>906</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2.

<sup>907</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1, qui cite l'ATF 118 IV 319, consid. 2.

<sup>908</sup> Dans sa thèse datant de 1954, Richard Bieri fait un panorama de la doctrine sur la question de la nature juridique du cadavre : BIERI, p. 54 ss. Il distingue lui aussi trois courants de doctrine qui correspondent à peu près à notre division. Il faut toutefois relever que la majorité des auteurs cités sont des auteurs de droit allemand.

## 1. Le cadavre comme objet de droit sui generis

Le courant doctrinal majoritaire considère que le cadavre n'est pas une chose et qu'il ne fait pas l'objet de droits réels<sup>909</sup>. Cette conception est largement répandue dans la doctrine. Toutefois, les auteurs favorables à cette position proposent des arguments différents pour l'expliquer. Vu cette grande variété d'opinions, il est difficile de les classer de manière thématique, raison pour laquelle nous avons choisi de présenter les différentes explications des auteurs par ordre chronologique. 297

En 1885, Carl Erwin Cramer considère que le cadavre n'est pas une chose au sens du droit, car il ne fait pas l'objet d'un commerce juridique (il est uniquement destiné à être inhumé) et n'a pas de valeur patrimoniale<sup>910</sup>. Cette absence de valeur patrimoniale s'explique par le fait que le cadavre est physiquement identique au corps d'une personne vivante, qui n'a pas elle-même de valeur<sup>911</sup>. 298

Pour Gubert Griot, le cadavre est trop fortement lié avec la personne pour être une chose<sup>912</sup>. 299

Hans Bader considère qu'un cadavre ne remplit pas la condition du caractère maîtrisable, car on ne peut pas en disposer juridiquement<sup>913</sup>. Il n'est donc pas une chose<sup>914</sup>. Le cadavre ne rentre pas dans la succession : les héritiers n'en ont ni la propriété ni la possession<sup>915</sup>. Ils ont uniquement une maîtrise effective (*Gewahrsam*) et un devoir de veiller sur celui-ci<sup>916</sup>. 300

Selon H. V. Gaugler, le cadavre est l'objet des droits de la personnalité du défunt et de ses proches<sup>917</sup>. 301

<sup>909</sup> Notamment BÜCHLER/MICHEL, p. 57 ss ; BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 6 ad art. 713 ; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 48 ad art. 11 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.14 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 5 ; MANAÍ, La personne et son corps, p. 40 ; REY, n° 112 ; LACHENMEIER, Le statut du cadavre, p. 18 ; NIGGLI, n° 406 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ss ad systematischer Teil ; GROSSEN, Traité, p. 22 ; BIERI, p. 68 ; ZK ZGB-EGGER, n° 16 ad art. 31 ; BADER, p. 368 ss ; GRIOT, p. 10 ss. Cf. également les réf. citées par KÄLIN, p. 66, note 304.

<sup>910</sup> CRAMER, p. 37 ss.

<sup>911</sup> CRAMER, p. 39.

<sup>912</sup> GRIOT, p. 25 ss.

<sup>913</sup> BADER, p. 368 ss.

<sup>914</sup> BADER, p. 368.

<sup>915</sup> BADER, p. 369.

<sup>916</sup> BADER, p. 369.

<sup>917</sup> GAUGLER, p. 339.



- 302 Pour Walter von Tobel, l'application des droits réels au cadavre nécessite d'admettre tellement de restrictions que cela n'a pas de sens<sup>918</sup>. Il est exclu qu'il fasse l'objet d'un commerce juridique, car cela serait contraire à la conception générale de la population (*die allgemeine Volksauffassung*)<sup>919</sup>. Le cadavre est l'objet d'un droit fondé sur le droit de la famille<sup>920</sup>.
- 303 Richard Bieri est d'avis que le cadavre n'est pas une chose du point de vue juridique<sup>921</sup>. Il se fonde d'une part sur la systématique du Code pénal qui ne protège pas le cadavre comme une chose<sup>922</sup>. D'autre part, il estime que des motifs éthiques amènent à la même conclusion<sup>923</sup>.
- 304 Pour Esther Knellwolf, considérer le cadavre comme une chose ordinaire serait contraire au sentiment général (*allgemeines Volksempfinden*) et à la protection constitutionnelle des morts<sup>924</sup>. Le cadavre n'est ni une chose, ni une personne, mais un objet de droit avec un statut juridique propre<sup>925</sup>. Il existe un lien émotionnel entre le défunt et ses proches, qui justifie de traiter le cadavre avec respect<sup>926</sup>.
- 305 Brigitte Tag considère que le cadavre, comme reste corporel de l'ancienne personne, n'est pas un objet ordinaire (*kein beliebiger Gegenstand*)<sup>927</sup>.
- 306 Susan Maurer et Daniel Kersting estiment que le cadavre devrait recevoir un statut semblable à celui prévu par l'art. 641a CC pour les animaux, afin de protéger les relations que le défunt et ses proches entretiennent avec sa dépouille<sup>928</sup>.
- 307 Christelle Haas-Leichmacher explique le refus de la réification du cadavre par la crainte que celle-ci entraîne sa commercialisation<sup>929</sup>.

---

<sup>918</sup> VON TOBEL, p. 15.

<sup>919</sup> VON TOBEL, p. 15.

<sup>920</sup> VON TOBEL, p. 16.

<sup>921</sup> BIERI, p. 68.

<sup>922</sup> BIERI, p. 68. Cf. également VON TOBEL, p. 15 s.

<sup>923</sup> BIERI, p. 68 s.

<sup>924</sup> KNELLWOLF, p. 61.

<sup>925</sup> KNELLWOLF, p. 62.

<sup>926</sup> KNELLWOLF, p. 62.

<sup>927</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 49.

<sup>928</sup> MAURER/KERSTING, n° 50 ss.

<sup>929</sup> HAAS-LEICHMACHER, p. 111.

Dominique Manai, considère que le cadavre n'est pas une chose : il est un objet de droit, mais « *un objet de droit auréolé d'une sacralité diffuse* »<sup>930</sup>. Il mérite protection et respect en vertu de sa dignité<sup>931</sup>. 308

Pour Andrea Büchler et Margot Michel, le cadavre doit être traité avec respect et piété : le qualifier de chose serait irrespectueux<sup>932</sup>. La relation qui existe entre le corps mort et la personne de son vivant, mais aussi avec ses proches font du cadavre un objet de droit particulier<sup>933</sup>. 309

Certains arguments se retrouvent chez plusieurs auteurs. Pour beaucoup d'entre eux, le statut du cadavre relève avant tout du droit pénal et du droit administratif<sup>934</sup>. En droit privé, le statut du cadavre n'est pas réglé par la loi et relève donc de la coutume ou du pouvoir créateur du juge au sens de l'art. 1 al. 2 CC<sup>935</sup>. Le cadavre ne s'insère pas dans la dichotomie entre personnes et choses, mais a un statut propre<sup>936</sup>. 310

## 2. Le cadavre comme chose, non objet de droits réels

Une partie de la doctrine considère qu'en vertu de l'art. 31 al. 1 CC, le cadavre n'est plus une personne, mais une chose avec un statut particulier<sup>937</sup>. Le cadavre 311

<sup>930</sup> MANAI, Jusletter, § 41 ; MANAI, Droits du patient, p. 279. Dans le même sens, MANAI, La personne et son corps, p. 40 ; MANAI, Le droit civil, p. 228.

<sup>931</sup> MANAI, Jusletter, § 41 ; MANAI, Droits du patient, p. 279 ; MANAI, La personne et son corps, p. 40 ; MANAI, Le droit civil, p. 228.

<sup>932</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 58.

<sup>933</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 58.

<sup>934</sup> BSK ZGB I-FANKHAUSER, n° 15 ad art. 11 ; BRÜCKNER, n° 656 ; GRIOT, p. 22.

<sup>935</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.19 ; KARAVAS, p. 54 ; MAURER/TAG, p. 146 ; BRÜCKNER, n° 656 ; KNELLWOLF, p. 62 ; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, n° 48 ad art. 11 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ad systematischer Teil ; GROSSEN, Traité, p. 22 ; CRAMER, p. 37.

<sup>936</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 58 ; KARAVAS, p. 58 ; MAURER/KERSTING, n° 2 *in fine* ; KNELLWOLF, p. 62.

<sup>937</sup> GUILLIOD, Droit médical, n° 637 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 19 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 69 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 42 s. ad art. 262 ; DUCOR, RDS, p. 271 ; CR CC II-FOËX, n° 23 ad intro. art. 641-645 ; JOYE, Immortalité, p. 166 ; SUTTER-SOMM, n° 20 ; MADER, n° 965 ss ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 164 ss ; SPLISGARDT, p. 99 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 774 et BÄR, p. 447, qui considèrent que le cadavre ne peut pas être l'objet d'un droit de propriété, mais est une chose sans maître (*herrenlose Sache*) ; JOYE, Génome, p. 98 ; KÄLIN, p. 68 ; STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, p. 479 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 21 ad art. 641 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 23 ad art. 718/719 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713.

n'est pas soumis aux droits réels en raison du lien étroit avec la personne physique qui l'incarnait<sup>938</sup>. Le statut particulier du cadavre vise à assurer le respect du défunt et du sentiment de piété de ses proches<sup>939</sup>. Cette protection est limitée dans le temps<sup>940</sup>. Lorsque le sentiment de piété a disparu, le cadavre devient une chose, objet de droits réels<sup>941</sup>. Le sentiment de piété disparaît lorsque l'« honneur des morts » (*Totenehrung*) prend fin<sup>942</sup>.

312 Dans la même ligne, Robert Haab considère que le cadavre est une chose, car il fait l'objet d'un commerce juridique, mais que sa « commercialité » est réduite par les droits de la personnalité, le droit public et les bonnes mœurs<sup>943</sup>. Selon Susan Maurer et Brigitte Tag, l'extracommercialité du cadavre relevait du droit coutumier jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 21 CDHB qui interdit désormais que le corps humain en tant que tel soit source de profit<sup>944</sup>.

### 3. Le cadavre comme chose, objet de droits réels

313 La doctrine est presque unanime sur le fait que le cadavre ne peut pas faire l'objet de droits réels. Trois auteurs sont d'un avis contraire. Pour Delphine Pannatier Kessler, la dépouille est une chose, objet de droit réel en raison de la fin de la personnalité<sup>945</sup>. Elle relève que la question est controversée et qu'il existe des règles particulières de droit privé et public protégeant le cadavre pour des raisons religieuses et morales<sup>946</sup>.

314 Pour Peter Liver, le cadavre peut être l'objet d'un commerce juridique et donc de droits réels, mais ceux-ci sont limités par les effets subséquents de la personnalité du défunt et des droits de la personnalité de ses proches<sup>947</sup>.

---

<sup>938</sup> DUCOR, RDS, p. 262 et 270 ss ; MADER, n° 974. Cf. également KÄLIN, p. 69 et les réf. citées.

<sup>939</sup> DUCOR, RDS, p. 271. Cf. également BÄR/KELLER-SUTTER, p. 774 et BÄR, p. 447, qui admettent le droit des proches parents au soin des morts (*Totenfürsorge*) sur le cadavre.

<sup>940</sup> CR CC I-MANAÏ, n° 24 ad art. 31 ; MADER, n° 975.

<sup>941</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 43 ad art. 262 ; SUTTER-SOMM, n° 20 ; MADER, n° 975 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713.

<sup>942</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.14 ; REY, n° 112.

<sup>943</sup> ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729.

<sup>944</sup> MAURER/TAG, p. 146. Sur l'art. 21 CDHB, cf. *infra* n° 363 ss.

<sup>945</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 12 ad art. 713.

<sup>946</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 12 ad art. 713.

<sup>947</sup> LIVER, p. 11.

Dans sa thèse consacrée à la notion juridique de chose, parue en 2002, Oliver Kälín arrive à la conclusion que le cadavre est une chose, apte à faire l'objet d'un droit de propriété<sup>948</sup>. Selon cet auteur, face à un objet matériel comme un cadavre, l'ordre juridique n'offre que deux solutions : le statut de personne ou le statut de chose<sup>949</sup>. L'art. 31 al. 1 CC exclut que le cadavre soit une personne<sup>950</sup>. Le cadavre remplit les critères de la chose et il doit en conséquence pouvoir faire l'objet de droits réels<sup>951</sup>. Il faut donc admettre un droit de propriété sur le cadavre, même très limité<sup>952</sup>. Le cadavre ne fait pas partie de la succession et devient une chose sans maître au moment du décès<sup>953</sup>. Le proche le plus étroitement lié au défunt peut devenir propriétaire par occupation au sens de l'art. 718 CC<sup>954</sup>. 315

Il reconnaît l'existence des droits de la personnalité des proches portant sur le cadavre<sup>955</sup>. Ces droits donnent aux proches une forme de contrôle sur le cadavre<sup>956</sup>. Les droits de la personnalité portant sur un cadavre l'emportent sur les droits réels<sup>957</sup>. Il considère toutefois que la seule protection de la personnalité est insuffisante<sup>958</sup>. Il est nécessaire de disposer d'un droit de propriété pour pouvoir confier un cadavre à un institut d'anatomie par exemple<sup>959</sup>. 316

De plus, Oliver Kälín voit une incohérence dans le fait de ne pas considérer le cadavre comme une chose, mais d'admettre qu'il en devient une à l'extinction du sentiment de pitié des proches<sup>960</sup>. L'approche fonctionnelle de la notion de chose aboutit à une contradiction entre les exigences éthiques qui refusent de voir le cadavre comme une chose et la nécessité d'utiliser le cadavre à des fins scientifiques ou médicales, favorables à sa réification<sup>961</sup>. 317

---

<sup>948</sup> KÄLIN, p. 84.

<sup>949</sup> KÄLIN, p. 68.

<sup>950</sup> KÄLIN, p. 68.

<sup>951</sup> KÄLIN, p. 74 s.

<sup>952</sup> KÄLIN, p. 76.

<sup>953</sup> KÄLIN, p. 68 s.

<sup>954</sup> KÄLIN, p. 77

<sup>955</sup> KÄLIN, p. 84.

<sup>956</sup> KÄLIN, p. 83.

<sup>957</sup> KÄLIN, p. 80, qui cite l'ATF 123 I 112, consid. 4c et l'ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a.

<sup>958</sup> KÄLIN, p. 80.

<sup>959</sup> KÄLIN, p. 79.

<sup>960</sup> KÄLIN, p. 83.

<sup>961</sup> KÄLIN, p. 128 ss.

### C. Conclusion intermédiaire

- 318 Cette présentation de la jurisprudence et de la doctrine consacrées à la nature juridique du cadavre montre bien la complexité de cette question. Les arguments mis en avant par les différents courants se situent à plusieurs niveaux, ce qui rend complexe leur analyse et leur pondération. Pour parvenir à surmonter cette complexité, il nous semble primordial d'adopter une structure de raisonnement claire.
- 319 Le premier courant de doctrine refuse de qualifier le cadavre de chose. Toutefois, ces auteurs n'examinent pas en détail les caractéristiques de la notion juridique de chose et ne confrontent pas le cadavre à celles-ci<sup>962</sup>. Leurs arguments sont avant tout moraux et non juridiques. Nous allons donc commencer notre analyse en examinant si le cadavre remplit les critères développés par la doctrine pour définir la chose. Si le cadavre ne remplit pas les critères de la chose, il ne peut pas faire l'objet de droits réels. En effet, parmi les différentes catégories d'objets de droits réels, la chose est l'unique catégorie envisageable pour le cadavre en raison de sa nature matérielle<sup>963</sup>. À l'inverse, si nous arrivons à la conclusion que le cadavre est une chose au sens juridique du terme, il faut se demander si cette chose est susceptible de faire l'objet de droits réels ou non.
- 320 Le deuxième courant admet la qualité de chose du cadavre, mais refuse d'en faire un objet de droits réels. Cela revient à faire du cadavre une chose hors du commerce. Nous allons approfondir cette notion et ses conséquences juridiques. Nous examinerons ensuite l'extracommercialité du cadavre, son fondement et ses effets.
- 321 Le troisième courant admet l'existence de droits réels sur un cadavre. Cette position peut sembler iconoclaste au premier abord. Elle mérite toutefois qu'on s'y attarde. Nous étudierons les règles qui s'appliquent si l'on admet que le cadavre peut faire l'objet de droits réels.

---

<sup>962</sup> Relevons l'exception de BADER, p. 368 ss, qui considère que le cadavre n'est pas une chose car il n'est pas maîtrisable juridiquement.

<sup>963</sup> Cf. *supra* n° 186.

### III. La qualification du cadavre comme chose

#### A. La notion de chose

Comme le Code civil ne donne pas de définition de la chose, il faut se tourner vers la doctrine<sup>964</sup>. Paul-Henri Steinauer propose la définition suivante : « *une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine [...]* »<sup>965</sup>. La doctrine considère traditionnellement qu'une chose doit posséder quatre caractéristiques : le caractère matériel, le caractère délimité, le caractère maîtrisable et le caractère impersonnel<sup>966</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2003 et l'introduction de l'art. 641a dans le Code civil, les animaux ne sont plus des choses<sup>967</sup>. Il faut donc ajouter aux quatre critères précédents, un critère supplémentaire : la chose ne doit pas être un animal<sup>968</sup>. 322

Le concept de chose est une notion juridique, comme celui de personne<sup>969</sup>. Il s'agit donc d'un concept normatif. La notion de chose ne se fonde pas uniquement sur les propriétés physiques d'un objet<sup>970</sup>. C'est une notion fonctionnelle qui prend en compte des considérations d'ordre économique ou éthique<sup>971</sup>. La notion de chose est donc susceptible d'évoluer<sup>972</sup>. Les progrès techniques ont ainsi permis de rendre maîtrisables et de délimiter des objets qui ne l'étaient pas jusqu'alors<sup>973</sup>. 323

<sup>964</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 5 ad intro. art. 641 ss ; CR CC II-FOËX, n° 15 ad intro. art. 641-645 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 3 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 114 ad systematischer Teil ; BADER, p. 368.

<sup>965</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 62.

<sup>966</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 6 ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.06 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 4 ; SUTTER-SOMM, n° 16 ; REY, n° 66 ; KÄLIN, p. 41 ; HELLRIGL, p. 31 ss ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 115 ad systematischer Teil.

<sup>967</sup> RO 2003 I, p. 463. CR CC II-FOËX, n° 1 ad art. 641a.

<sup>968</sup> CR CC II-FOËX, n° 24 ad intro. art. 641-645.

<sup>969</sup> ZK ZGB-HAAB, n° 19 ad intro. art. 641-729.

<sup>970</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.06 ; REY, n° 68 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 116 ad systematischer Teil.

<sup>971</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 6 ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.06 ; CR CC II-FOËX, n° 15 ad intro. art. 641-645 ; REY, n° 68 ; KÄLIN, p. 41 ; HELLRIGL, p. 28 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 115 ad systematischer Teil.

<sup>972</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.11 ; REY, n° 68.

<sup>973</sup> CR CC II-FOËX, n° 17 et 21 ad intro. art. 641-645, qui donne l'exemple des micro-organismes pour le caractère délimité et des satellites artificiels pour le caractère maîtrisable.

## 1. Le caractère matériel

324 La chose doit avoir un caractère matériel. Elle doit constituer un corps tridimensionnel<sup>974</sup>. Ce critère est au centre de la notion de chose<sup>975</sup>. Il permet de distinguer la chose des objets de droit non matériels, comme les biens immatériels, les droits, les énergies ou un patrimoine<sup>976</sup>.

## 2. Le caractère délimité

325 La chose doit être délimitée dans l'espace<sup>977</sup>. Elle doit avoir une certaine cohésion et être séparée du reste de l'univers<sup>978</sup>. La délimitation peut provenir non seulement d'une unité physique, mais également d'une unité économique (on parle alors de chose multiple comme un paquet de cartes ou un tas de sable)<sup>979</sup>.

---

<sup>974</sup> ATF 132 III 353 = SJ 2006 I 349 (trad.), consid. 2.1. HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.12 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 7 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 10 ad art. 713 ; MAURER/KERSTING, n° 6 ; REY, n° 69 et 81 ; KÄLIN, p. 43, qui évoque la nécessité d'avoir une structure chimique ; PELET, p. 38.

<sup>975</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 10 ad intro. art. 641 ; LARGEY, p. 51 ; KÄLIN, p. 42.

<sup>976</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 10 ad intro. art. 641 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 63 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.08 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 7 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 10 ad art. 713 ; REY, n° 81 ; KÄLIN, p. 45 ss ; PELET, p. 38 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 118 ad systematischer Teil. Le patrimoine peut être défini comme : « *l'ensemble des droits pécuniaires appartenant à une personne (droits réels, créances, droits corporatifs, etc.)* » : STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 88. Cf. également BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 35 ad intro. art. 641 ss ; PIOTET, Contribution à la systématique, p. 1415 ; REY, n° 131.

<sup>977</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 7 ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.14 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 8 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 8 ad art. 713 ; SUTTER-SOMM, n° 17 ; REY, n° 68 ; KÄLIN, p. 49 ; LIVER, p. 11.

<sup>978</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 65 ; CR CC II-FOËX, n° 15 et 17 ad intro. art. 641-645 ; MAURER/KERSTING, n° 6 ; KÄLIN, p. 49 ; PELET, p. 49.

<sup>979</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 65 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.15 et 04.13 ; LARGEY, p. 51 ; CR CC II-FOËX, n° 17 ss ad intro. art. 641-645 ; REY, n° 69 ss, en particulier 74. *Contra* : BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 7 ss ad intro art. 641 ss, qui est d'avis qu'il s'agit de conditions cumulatives ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 121 ad systematischer Teil. Sur le débat, KÄLIN, p. 51 ss.

### 3. Le caractère maîtrisable

La chose doit avoir un caractère maîtrisable. Elle doit pouvoir faire l'objet d'une maîtrise humaine<sup>980</sup>. Il doit être possible de s'en emparer, de la dominer ou de la contrôler<sup>981</sup>. Pour certains auteurs, la maîtrise doit non seulement être physique, mais également juridique, c'est-à-dire autorisée par la loi<sup>982</sup>. 326

### 4. Le caractère impersonnel

La doctrine considère unanimement que le corps d'une personne vivante n'est pas une chose et ne fait pas l'objet de droits réels<sup>983</sup>. Nous avons vu que la personne et son corps sont protégés par les droits de la personnalité<sup>984</sup>. La majorité des auteurs retient que la condition de l'impersonnalité n'est pas remplie, pour ne pas considérer le corps d'un être humain vivant comme une chose<sup>985</sup>. 327

<sup>980</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 12 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 66 ; CR CC II-FOËX, n° 20 ss ad intro. art. 641-645 ; PELET, p. 50 ; ZK ZGB-HAAB, n° 21 ad intro. art. 641-729 ; LIVER, p. 11.

<sup>981</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.21 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 9 ; CR CC II-FOËX, n° 20 ad intro. art. 641-645 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 125 ad systematischer Teil.

<sup>982</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 6 et 13 ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.21 et 04.15 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 9 ; LARGEY, p. 51 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 9 ad art. 713 ; SUTTER-SOMM, n° 19 ; REY, n° 77 ; PELET, p. 50 ; HELLRIGL, p. 30 ; SCHAUMANN, p. 63 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 125 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 21 ad intro. art. 641-729. *Contra* : KÄLIN, p. 59. Pour une alternative entre la maîtrise physique ou juridique : MAURER/KERSTING, n° 6. PELET, p. 53 s., qui considère que ce critère est superflu car il est déjà pris en compte dans celui de l'impersonnalité, le corps humain étant le seul exemple pris en compte par ce critère.

<sup>983</sup> Cf. *supra* n° 140. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 67 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.18 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 5 ; CR CC II-FOËX, n° 22 ad intro. art. 641-645 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 11 ad art. 713 ; REY, n° 101 ; KÄLIN, p. 64 ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; LIVER, p. 11 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 130 ad systematischer Teil.

<sup>984</sup> Cf. *supra* n° 142 ss. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 17 ad intro. art. 641 ss ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 11 ad art. 713 ; REY, n° 101 ; KÄLIN, p. 64 ; ZK ZGB-HAAB, n° 122 ad intro. art. 641-729 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 131 ad systematischer Teil.

<sup>985</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 67 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 130 ad systematischer Teil ; CR CC II-FOËX, n° 22 ad intro. art. 641-645 ; REY, n° 100. KÄLIN, p. 61, qui constate que le corps d'un être humain vivant remplit les trois premiers critères.



Comme Vincent Corpataux, il faut constater que : « *La notion de chose est en effet pensée d'une manière telle qu'elle exclut le corps humain* »<sup>986</sup>. Ce critère est la manifestation de certaines valeurs morales dans la définition de la chose<sup>987</sup>. Considérer un être humain comme une chose paraît choquant<sup>988</sup>. Pour la doctrine minoritaire, le critère de l'impersonnalité n'est pas nécessaire, car l'exigence d'une maîtrise au sens juridique exclut déjà à lui seul le corps humain<sup>989</sup>.

## 5. *Excursus* : le statut des parties détachées du corps humain

- 328 Les progrès des techniques biomédicales ont rendu différents éléments issus du corps humain maîtrisables et disponibles<sup>990</sup>. Il est possible de transfuser du sang, de concevoir un embryon *in vitro*, de transplanter des organes, *et cetera*. La doctrine s'est donc également intéressée à ces éléments. Nous les désignons comme des « parties détachées du corps humain ». Il nous semble intéressant de présenter un résumé des réflexions sur leur statut juridique. Celles-ci s'insèrent dans le questionnement sur le statut de corps humain au sens large, auquel notre travail participe également. Il s'agit de problématiques complexes et controversées<sup>991</sup>. Nous verrons que les propositions de la doctrine concernant le statut des parties détachées du corps humain sont proches de celles concernant le statut du cadavre.
- 329 Tout d'abord, il faut relever que la séparation d'un élément du corps constitue une atteinte à l'intégrité corporelle de la personne (sauf si la séparation se fait naturellement) qui doit reposer sur un motif justificatif, en principe le consentement de la personne<sup>992</sup>.

---

<sup>986</sup> CORPATAUX, n° 309.

<sup>987</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 16 ad intro. art. 641 ss ; MAURER/KERSTING, n° 6 ; REY, n° 100 ; DE PORET, n° 345 ; KÄLIN, p. 60 ss ; HELLRIGL, p. 31. Nous avons vu que la notion de personne est une notion normative qui témoigne d'un choix éthique, cf. *supra* n° 131 ss et KÄLIN, p. 60.

<sup>988</sup> KÄLIN, p. 61.

<sup>989</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 13 ad intro. art. 641 ss ; PELET, p. 53.

<sup>990</sup> Cf. *supra* n° 136.

<sup>991</sup> MADER, n° 960.

<sup>992</sup> Plus rarement, une base légale ou un intérêt prépondérant. BÜCHLER/MICHEL, p. 49 ; DUCOR, RDS, p. 264 s. ; CORPATAUX, n° 911 ; REY, n° 104 s.

## a. La réification de la partie détachée

En Suisse, la doctrine majoritaire est d'avis que les parties détachées sont des choses<sup>993</sup>. La doctrine majoritaire reconnaît également l'existence d'un droit de propriété sur les parties détachées du corps humain<sup>994</sup>. La majorité des auteurs les assimilent à des fruits du corps humain et appliquent par analogie l'art. 643 CC<sup>995</sup>. La personne est ainsi toujours le propriétaire originaire de la partie détachée qu'on a séparé de son corps<sup>996</sup>. 330

Cependant, Stephan Wolf, Wolfgang Wiegand et Charles Joye considèrent que si la partie détachée va être réintégrée à la personne sur laquelle elle a été prélevée, elle ne devient pas une chose, car l'unité fonctionnelle entre la personne et la partie détachée n'est pas rompue<sup>997</sup>. Pour Charles Joye, la personne garde une maîtrise de la partie détachée au moment de la séparation avec le corps. 331

<sup>993</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 49 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 18 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 67 ; KARAVAS, p. 59 ; ZEGG, p. 56 ; JOYE, Immortalité, p. 154 ; CORPATAUX, n° 407 ; OTTIMOFIORE, p. 624 ; MADER, n° 984 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 149 ss, qui n'admettent pas le statut de chose des gamètes ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 25 ss ; BÜCHLER/DÖRR, p. 388 ; JOYE, Statut, p. 97 ; JOYE, Génome, p. 99 ; PELET, p. 20 ; UMMEL *et alii*, p. 21 ; REY, n° 10 ; HELLRIGL, p. 34 ; SCHAUMANN, p. 65, qui traite uniquement de la semence ; PIOTET CMS, p. 72 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 132 ad systematischer Teil ; GRIOT, p. 17. Une partie minoritaire de la doctrine considère que les parties détachées ne sont pas des choses : GUILLOD, SJ, p. 118 ne traite que des gamètes ; GUINAND, SJ, p. 127, qui considère que : « *Le sperme ou l'ovule – comme d'ailleurs le sang ou un organe – ne peut être considéré comme un bien susceptible d'un transfert. Il ne s'agit pas d'un élément patrimonial de la personne, mais d'un élément de ses droits de la personnalité* ». PELET, p. 20 y voit la preuve que la doctrine n'est pas unanime sur la qualité de chose des parties détachées.

<sup>994</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 50 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 18 ad intro. art. 641 ss ; ZEGG, p. 56 ; OTTIMOFIORE, p. 624 ; MADER, n° 995 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 388 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 150 ; JOYE, Génome, p. 99 ; PELET, p. 178 ; UMMEL *et alii*, p. 30 ; REY, n° 107 ; PIOTET, CMS, p. 72 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 132 ad systematischer Teil ; GRIOT, p. 17 ss.

<sup>995</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 50 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 18 ad intro. art. 641 ss ; MADER, n° 995 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 388 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 150 ; REY, n° 107 ; HELLRIGL, p. 29 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 132 ad systematischer Teil.

<sup>996</sup> MADER, n° 995 et 1011 ss ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 150 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 132 ad systematischer Teil.

<sup>997</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 18 ad intro. art. 641 ss ; JOYE, Génome, p. 101.

Elle a donc la possession de la partie détachée et l'acquisition de la propriété dépend de sa volonté<sup>998</sup>.

332 Oliver Kälin rejette l'application de l'art. 643 CC<sup>999</sup>. Selon lui, une application directe ou par analogie du principe de l'engendrement (*Substantialprinzip*) de l'art. 643 CC au corps humain et ses parties détachées n'est pas possible<sup>1000</sup>. Ce principe relève du domaine des droits réels et le corps humain (vivant) n'est ni une chose ni un objet de droits réels<sup>1001</sup>. Cet auteur défend l'idée selon laquelle la partie détachée du corps humain est une chose sans maître, dont la personne source n'est pas propriétaire après la séparation<sup>1002</sup>. Il applique l'art. 718 CC sur l'occupation et la propriété sur la partie détachée revient par exemple à l'équipe médicale qui s'est occupée du prélèvement de la partie détachée<sup>1003</sup>.

b. La subsistance des droits de la personnalité

333 La doctrine considère que la personne source, malgré la séparation, dispose toujours d'un droit de la personnalité sur la partie détachée, même s'il s'agit d'une chose, objet de droits réels<sup>1004</sup>. Ce droit de la personnalité s'explique par le lien étroit qu'il existe entre la partie détachée et la personne, notamment par la présence de son génome au sein de la partie détachée<sup>1005</sup>. En raison de ce lien avec la partie détachée, la personne a le droit qu'elle soit utilisée conformément à sa volonté<sup>1006</sup>.

---

<sup>998</sup> JOYE, Génome, p. 101.

<sup>999</sup> KÄLIN, p. 89 ss. CORPATAUX, n° 438 ss, qui se rallie à l'opinion d'Oliver Kälin.

<sup>1000</sup> KÄLIN, p. 90 s.

<sup>1001</sup> KÄLIN, p. 90 s.

<sup>1002</sup> KÄLIN, p. 92.

<sup>1003</sup> KÄLIN, p. 94 ss.

<sup>1004</sup> CORPATAUX, n° 421 ; MADER, n° 986 ss et 1011 ss ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 151 ; ISSENHUTH-SCHARLY, p. 25 ; BÜCHLER/DÖRR, p. 391 ; JOYE, Génome, p. 99 ; KÄLIN, p. 104 ; PELET, p. 214 ; UMMEL *et alii*, p. 37 ; PIOTET, CMS, p. 72 ; GRIOT, p. 18.

<sup>1005</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 50 ; MADER, n° 1012 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 151. PELET, p. 227, qui relie ce droit à l'intégrité psychique de la personne.

<sup>1006</sup> MADER, n° 1012 ; PIOTET, CMS, p. 72. Cette protection au moyen du rattachement personnel doit être considérée comme subsidiaire aux normes de droit public régissant l'utilisation des parties détachées du corps humain : CORPATAUX, n° 422.

## c. Les catégories proposées par Philippe Ducor

Il nous faut finalement évoquer un long article paru en 2016, dans lequel Philippe Ducor propose une nouvelle approche du statut des parties détachées du corps humain<sup>1007</sup>. Il refuse toute théorie unificatrice, d'une part à cause de la densité de la réglementation de droit public et d'autre part en raison des contorsions intellectuelles nécessaires pour rendre compatible le régime des droits réels avec les parties détachées du corps humain<sup>1008</sup>. Il fait toutefois une distinction entre plusieurs catégories d'entités humaines, c'est-à-dire « *toutes entités tangibles constituées de matière d'origine humaine, vivante ou inanimée* »<sup>1009</sup>. Il différencie :

- Les personnes physiques.
- Les choses, personnes par destination<sup>1010</sup>.
- Les objets humains, soit les parties détachées qui en raison de leur lien avec la personne physique ne peuvent faire l'objet de droits réels et font l'objet d'une extracommercialité<sup>1011</sup>. Les organes destinés à la transplantation ou les gamètes sont des exemples d'objets humains<sup>1012</sup>.
- Les choses d'origine humaine qui sont soumises aux droits réels, car elles sont suffisamment éloignées de la personne source<sup>1013</sup>. Cette catégorie regroupe notamment les parties régénératives du corps humain ou les phanères (ongles et cheveux)<sup>1014</sup>. Il admet également qu'un objet humain peut être suffisamment modifié par une intervention humaine au point qu'il devient une chose d'origine humaine<sup>1015</sup>.

---

<sup>1007</sup> DUCOR, RDS, p. 254 ss.

<sup>1008</sup> DUCOR, RDS, p. 254 ss.

<sup>1009</sup> DUCOR, RDS, p. 257.

<sup>1010</sup> DUCOR, RDS, p. 257 ss. Sur la notion de choses, personnes par destination, cf. *supra* n° 141.

<sup>1011</sup> DUCOR, RDS, p. 262 s.

<sup>1012</sup> DUCOR, RDS, p. 262.

<sup>1013</sup> DUCOR, RDS, p. 263.

<sup>1014</sup> DUCOR, RDS, p. 263.

<sup>1015</sup> DUCOR, RDS, p. 263.

d. Les normes de droit public

- 335 Depuis la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur fédéral est intervenu pour réglementer certains domaines médicaux émergents. Ainsi, le statut des parties détachées est encadré par de nombreuses réglementations spéciales<sup>1016</sup>. Au niveau fédéral, les principales lois en question sont :
- la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA)<sup>1017</sup> ;
  - la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 (LPADN)<sup>1018</sup> ;
  - la loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003 (LRCS)<sup>1019</sup> ;
  - la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH)<sup>1020</sup> ;
  - la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 (LTx)<sup>1021</sup> ;
  - la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 (LRH)<sup>1022</sup>.
- 336 Malgré leurs dispositions encadrant l'utilisation de différentes parties détachées du corps humain, ces lois ne donnent pas de réponse à la question de la nature juridique des parties détachées du corps humain<sup>1023</sup>.

---

<sup>1016</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 52 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 145 ; DUCOR, RDS, p. 255 ; MANAI, Le corps, p. 222 ss ; CORPATAUX, n° 420.

<sup>1017</sup> RS 810.11.

<sup>1018</sup> RS 363.

<sup>1019</sup> RS 810.31.

<sup>1020</sup> RS 810.12. La LAGH a été révisée le 15 juin 2018. Pour le texte de la nLAGH : FF 2018, p. 3627.

<sup>1021</sup> RS 810.21.

<sup>1022</sup> RS 801.30.

<sup>1023</sup> MADER, n° 982.

## e. Le principe de non-patrimonialité

Pour assurer la protection de la dignité humaine et des droits de la personnalité, les parties détachées du corps humain sont soumises au principe de non-patrimonialité<sup>1024</sup>. Il existe en effet la crainte que le corps et ses éléments soient considérés comme une vulgaire marchandise et que cela entraîne une instrumentalisation du corps humain contraire à la dignité humaine<sup>1025</sup>. Ce principe se réalise au travers de principes d'interdiction du commerce, de gratuité du don et d'interdiction du profit<sup>1026</sup>. 337

Le principe de non-patrimonialité du corps humain est notamment consacré à l'art. 21 CDHB qui prévoit que : « *Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit* »<sup>1027</sup>. On retrouve également ce principe aux art. 21 et 22 du Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002 (STE 186)<sup>1028</sup>. Ce principe est inscrit dans la Constitution fédérale aux art. 119 al. 2 *litt.* e Cst. et 119a al. 3 Cst., ainsi qu'au niveau de la loi aux art. 21 et 32 al. 2 LPMA, aux art. 4 et 24 al. 2 *litt.* a LRCS, aux art. 6, 7 et 69 al. 1 *litt.* a et b LTx et aux art. 9 et 62 al. 1 *litt.* c LRH<sup>1029</sup>. 338

## 6. Le caractère non animal

L'art. 641a al. 1 CC considère que les animaux ne sont pas des choses. Une chose ne peut pas être un animal. Le Code civil ne définit pas la notion d'animal<sup>1030</sup>. Cette notion doit être comprise au sens biologique du terme, c'est-à- 339

<sup>1024</sup> MANAI, Gratuité et non-commercialisation, p. 179 ; DUCOR, RDS, p. 268. Sur le rattachement de ce principe à la dignité humaine, DONZALLAZ, Vol. I, n° 1088 ss ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 131 ; MCF CDHB, FF 2002, p. 320 ; MANAI, *De Jure Corporis*, p. 104. Pour une approche critique, OTTIMOFIORE, p. 542 ss.

<sup>1025</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320. ZEGG, p. 63 ; DUCOR, RDS, p. 269 ; OTTIMOFIORE, p. 541.

<sup>1026</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. MANAI, Gratuité et non-commercialisation, p. 169 ; DUCOR, RDS, p. 262 et 268 ; OTTIMOFIORE, p. 538 et 542 ss ; MANAI, *De Jure Corporis*, p. 104 ss. Pour une distinction entre ces notions, MADER, n° 181 ss.

<sup>1027</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 56 ; ZEGG, p. 62 ; DUCOR, RDS, p. 268 s.

<sup>1028</sup> RS 0.810.22. Il est entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> mars 2010. ZEGG, p. 62.

<sup>1029</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 56 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 18 ad intro. art. 641 ss ; ZEGG, p. 59 ss ; DUCOR, RDS, p. 269 ; MANAI, *De Jure Corporis*, p. 104 s. On relèvera que le principe est toujours accompagné par une norme pénale.

<sup>1030</sup> CR CC II-FOËX, n° 4 ad art. 641a CC ; DE PORET, n° 321 ; REY, n° 139g.

dire, selon la doctrine juridique, comme un être vivant qui n'est ni un être humain ni un végétal ni un micro-organisme<sup>1031</sup>. Relevons, que l'art. 641a CC s'applique aux animaux vivants ; le cadavre d'un animal est une chose<sup>1032</sup>. L'art. 641a al. 2 CC prévoit que : « *Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux* »<sup>1033</sup>. Si un animal n'est pas une chose, il reste toutefois un objet de droits réels<sup>1034</sup>.

## B. Conclusion intermédiaire

- 340 Parmi les critères qui définissent la chose, trois d'entre eux ne soulèvent pas de difficultés pour le cadavre. Le cadavre humain est un objet matériel, délimité et non animal<sup>1035</sup>.
- 341 Le critère du caractère maîtrisable du cadavre est plus incertain<sup>1036</sup>. La possibilité de maîtriser physiquement un cadavre ne pose pas de problème. La possibilité d'une maîtrise juridique est controversée.
- 342 Cette controverse n'a pas lieu d'être, car selon nous, la conception selon laquelle la maîtrise doit non seulement être possible physiquement, mais également juridiquement doit être rejetée.
- 343 Les exemples proposés par les auteurs favorables au critère de la maîtrise juridique ne sont pas convaincants. Plusieurs auteurs évoquent comme exemples d'objets qui ne peuvent pas faire l'objet d'une maîtrise juridique le soleil, les astres, l'air, la mer ou les eaux, qu'ils désignent comme « *res communes om-*

---

<sup>1031</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 5 ad art. 641a ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 115, note 38 ; CR CC II-FOËX, n° 4 ad art. 641a ; DE PORET, n° 326 ss ; REY, n° 139g. On notera que considérer que l'être humain n'est pas un animal est faux du point de vue de la biologie.

<sup>1032</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 5 ad art. 641a ; CR CC II-FOËX, n° 5 ad art. 641a ; CR CC II-FOËX, n° 25 ad intro. art. 641-645 ; REY, n° 139g.

<sup>1033</sup> Pour une liste de dispositions qui prévoient un régime juridique particulier pour les animaux, cf. notamment BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 7 ad art. 641a ; CR CC II-FOËX, n° 10 et 11 ad art. 641a ; REY, n° 139i ss.

<sup>1034</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 4 ad art. 641a ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 114 ; CR CC II-FOËX, n° 6 ad art. 641a ; DE PORET, n° 379 ss ; STEINAUER, Tertium datur ?, p. 55 ss.

<sup>1035</sup> Dans ce sens, KÄLIN, p. 68 ; HELLRIGL, p. 29 ss ; BADER, p. 368.

<sup>1036</sup> D'avis que le cadavre ne remplit pas ce critère, car il n'est pas susceptible de maîtrise juridique, BADER, p. 368.

*nium* »<sup>1037</sup>. Ces exemples ne semblent pas pertinents pour démontrer la nécessité du critère de la maîtrise juridique, car un autre critère permet de les exclure de la notion de chose, en raison de l'impossibilité d'une maîtrise physique ou de l'absence d'une délimitation<sup>1038</sup>.

Stephan Wolf et Wolfgang Wiegand évoquent comme exemples de choses dont la maîtrise juridique est impossible, les « *res sacrae* » (choses sacrées)<sup>1039</sup>. Nous doutons que cette catégorie existe véritablement en droit positif suisse. Ces auteurs ne font que reprendre une notion issue du droit romain dans notre ordre juridique, sans en justifier le fondement. Ils désignent paradoxalement ces objets par le terme de « *res* » (chose) qui montre qu'ils remplissent tous les critères définissant la chose. 344

Ces auteurs évoquent également le statut du corps humain, qui est exclu de la notion de chose pour des motifs éthiques<sup>1040</sup>. Toutefois, ils proposent d'abandonner le critère de l'impersonnalité et de le remplacer par le critère de la maîtrise juridique<sup>1041</sup>. 345

Nous arrivons à la conclusion que le critère de la maîtrise juridique est inutile pour définir la chose. C'est uniquement la possibilité d'une maîtrise physique qui est déterminante. La question de l'interdiction ou de la restriction de la maîtrise juridique intervient à un stade ultérieur de l'analyse<sup>1042</sup>. Si l'objet remplit les critères de la chose, il faut déterminer dans un deuxième temps s'il s'agit d'une chose hors du commerce<sup>1043</sup>. 346

Pour terminer, il faut examiner le caractère impersonnel du cadavre. Comme nous l'avons démontré dans notre chapitre consacré à cette question, la personnalité juridique prend fin au moment du décès et le cadavre n'est plus une personne<sup>1044</sup>. Ce critère est strict et il n'exclut de la catégorie de chose que le corps de la personne physique vivante. Un lien entre une personne et un objet matériel ne suffit pas à le considérer comme « personnel » et à éviter qu'il soit qualifié 347

<sup>1037</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.21 ; SCHMID/HÜRLEMANN-KAUP, n° 9 ; REY, n° 77 s., qui admet toutefois que ces éléments peuvent devenir des choses ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 125 ss ad systematischer Teil.

<sup>1038</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 66 ; DE PORET, n° 344 ; PELET, p. 5 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 199 ad systematischer Teil.

<sup>1039</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 13 ad intro. art. 641 ss.

<sup>1040</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 13 ad intro. art. 641 ss.

<sup>1041</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 14 ad intro. art. 641 ss. Cf. également PELET, p. 53.

<sup>1042</sup> DE PORET, n° 343 ; KÄLIN, p. 58.

<sup>1043</sup> *Contra* : PELET p. 54 s., qui distingue la maîtrise juridique et l'extra-commercialité. Toutefois, puisqu'elle est d'avis que le critère de l'impersonnalité est superflu, son raisonnement ne s'intègre pas au nôtre.

<sup>1044</sup> Cf. *supra* n° 150 ss.



de chose. Le lien entre la personne source et les parties détachées de son corps n'empêche pas de considérer que les parties détachées du corps humain sont des choses<sup>1045</sup>. Le Tribunal fédéral a lui-même admis le caractère impersonnel du cadavre<sup>1046</sup>. Il faut conclure que ce critère est rempli dans le cas du cadavre.

348 Nous parvenons donc au résultat que le cadavre humain possède toutes les caractéristiques qui définissent la chose au sens juridique du terme. Il doit dès lors être qualifié de chose. En tant que chose, le cadavre a donc le potentiel d'être soumis aux droits réels.

#### IV. L'extracommercialité du cadavre

349 En principe, les choses juridiques sont soumises au droit privé et sont des objets de droits réels<sup>1047</sup>. Certaines catégories de choses sont toutefois soustraites au droit privé, d'une manière générale ou dans une certaine mesure seulement<sup>1048</sup>. On parle alors de choses totalement ou partiellement hors du commerce (*beschränkt und nicht verkehrsfähige Sachen*)<sup>1049</sup>.

350 Nous allons nous intéresser à la notion de chose hors du commerce. Nous présenterons les différentes catégories de choses hors du commerce et leur régime juridique propre. Dans un deuxième temps, nous examinerons dans quelle mesure le cadavre est une chose hors du commerce.

---

<sup>1045</sup> Cf. *supra* n° 330 ss.

<sup>1046</sup> ATF 127 I 115, consid. 6b.

<sup>1047</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 37 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 72 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.26 ; LARGEY, p. 52 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1472 ; REY, n° 176 ; SPLISGARDT, p. 101.

<sup>1048</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 37 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 72.

<sup>1049</sup> ATF 122 IV 179 = JdT 1997 IV 135 (trad.), consid. 3c.aa. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 37 ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.26 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 13 : « *Sachen mit ausgeschlossener oder eingeschränkter Verkehrsfähigkeit* » ; REY, n° 176 ss ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 198 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 33 ad intro. art. 641-729. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 72 ss propose une classification un peu différente.

## A. La notion de chose hors du commerce

La notion de chose hors du commerce remonte au droit romain, où les juristes 351 distinguaient les *res in commercio* susceptibles de propriété privée, des *res extra commercium* qui en étaient exclues<sup>1050</sup>. Au sein des *res extra commercium* on distinguait les *res divini iuris*, soustraites à la propriété privée pour des raisons religieuses des *res humani iuris* affectées à l'usage de la collectivité<sup>1051</sup>.

Ces catégories ont fortement influencé la doctrine contemporaine. En droit 352 suisse, on distingue deux types de choses hors du commerce : les choses publiques et les autres choses hors du commerce<sup>1052</sup>.

### 1. Les choses publiques

Au sein des biens de l'État (aussi appelés choses publiques au sens large), on 353 distingue trois catégories : le domaine public au sens strict, le patrimoine administratif et le patrimoine financier<sup>1053</sup>.

Le patrimoine financier n'est pas directement affecté à l'accomplissement 354 d'une tâche publique déterminée, mais y participe indirectement par son rendement ou sa valeur financière<sup>1054</sup>. Le patrimoine administratif est directement

<sup>1050</sup> PICHONNAZ, Les fondements romains, n° 906 ; SCHMIDLIN, Droit privé romain, p. 159 s. ; MONIER, p. 343 ; GIRARD, p. 260 s.

<sup>1051</sup> PICHONNAZ, Les fondements romains, n° 908 ss ; SCHMIDLIN, Droit privé romain, p. 160 ; MONIER, p. 343. Cf. également PELET, p. 88, qui mentionne la troisième catégorie des *res communes omnium*. Pour la référence originale, cf. GAIUS, II, 2 ss. On notera qu'on divise les *res divini iuris* en trois catégories : *res sacrae*, *res religiosae* et *res sanctae*. Les Romains considéraient qu'un terrain devenait une *res religiosa* lorsqu'on y déposait le cadavre ou les cendres d'un mort, cf. PICHONNAZ, Les fondements romains, n° 909 ss ; SCHMIDLIN, Droit privé romain, p. 160.

<sup>1052</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 38 s. ad intro. art. 641 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.28 ss ; REY, n° 177 ss ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 201 et 212 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 33 ss ad intro. art. 641-729.

<sup>1053</sup> BELLANGER/PIREK, p. 184 ; LARGEY, p. 56 s. ; TANQUEREL, n° 178 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1477 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 201 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-MARTI, n° 406 ad art. 6.

<sup>1054</sup> ATF 137 I 274 = JdT 2013 I 3 (trad.), consid. 2.3.2. BELLANGER/PIREK, p. 186 s. ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 21 ad art. 664 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 77 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 763 ; TANQUEREL, n° 182 ; CR CC II-STEINAUER, n° 3 ad art. 664 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1487 ; ZK ZGB-MARTI, n° 408 ad art. 6 ; ZK ZGB-HAAB, n° 4 ad art. 664.

affecté à l'accomplissement d'une tâche publique déterminée et il est accessible à un cercle restreint d'utilisateurs<sup>1055</sup>. Enfin, le domaine public au sens strict est affecté à l'usage commun ; il comprend le domaine public naturel (les « choses sans maître » au sens de l'art. 664 al. 2 CC : eaux publiques et régions propres à la culture) et le domaine public artificiel (routes, rues, places)<sup>1056</sup>. Le premier est affecté de manière générale à l'usage commun de par la loi tandis que le second y est affecté par une décision de l'autorité<sup>1057</sup>.

- 355 Le patrimoine financier est soumis au droit privé<sup>1058</sup>. Le domaine public au sens strict et le patrimoine administratif forment les choses publiques au sens étroit (aussi appelé le domaine public au sens large)<sup>1059</sup>. Les choses publiques au sens étroit peuvent être soustraites au droit privé par le droit public (*cf.* art. 664 CC)<sup>1060</sup>.

## 2. Les autres choses hors du commerce

- 356 Les autres choses hors du commerce sont des choses privées, mais dont le droit public limite ou interdit le commerce juridique<sup>1061</sup>. L'interdiction et la restric-

---

<sup>1055</sup> ATF 143 I 37, consid. 6.1 ; ATF 137 I 274 = JdT 2013 I 3 (trad.), consid. 2.3.2. BELLANGER/PIREK, p. 185 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 15 ad art. 664 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 74 ; LARGEY, p. 56 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 751 ; TANQUEREL, n° 188 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1485 ; STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 253 ; ZK ZGB-MARTI, n° 409 ad art. 6 ; ZK ZGB-HAAB, n° 6 ad art. 664.

<sup>1056</sup> BELLANGER/PIREK, p. 184 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 75 s. ; LARGEY, p. 58 s. ; TANQUEREL, n° 200 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1479 s. ; ZK ZGB-MARTI, n° 412 ad art. 6 ; ZK ZGB-HAAB, n° 7 ad art. 664.

<sup>1057</sup> BELLANGER/PIREK, p. 184 ; LARGEY, p. 58 et 187 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 642 ; TANQUEREL, n° 201 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1481.

<sup>1058</sup> ATF 112 II 35, consid. 2. BSK ZGB II-REY/STREBEL, n° 21 ad art. 664 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 767 ; TANQUEREL, n° 184 ; CR CC II-STEINAUER, n° 3 ad art. 664 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1497 ; STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 250 ; ZK ZGB-MARTI, n° 408 ad art. 6.

<sup>1059</sup> LARGEY, p. 57 ; STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 251 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 202 ad systematischer Teil.

<sup>1060</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 73 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.28 ss ; LARGEY, p. 56 ; TANQUEREL, n° 178 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1489 ; REY, n° 179 ; ZK ZGB-MARTI, n° 395 s. ad art. 6 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 208 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 13 s. ad art. 664.

<sup>1061</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 37 ad intro. art. 641 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, n° 13 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 14 ad art. 713 ; MADER, n° 989 ; PELET, p. 88 ; REY, n° 194 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 212 ad systematischer Teil.

tion du commerce de ces choses sont fondées sur des motifs d'intérêt public<sup>1062</sup>. Le législateur doit intervenir pour interdire ou restreindre le commerce juridique d'une chose<sup>1063</sup>. Il n'existe pas de choses naturellement hors du commerce<sup>1064</sup>. L'extracommercialité d'une chose peut reposer sur le droit fédéral ou, en vertu de l'art. 6 al. 2 CC, sur le droit cantonal<sup>1065</sup>.

Le Tribunal fédéral fait la distinction entre les choses totalement hors du commerce qui ne peuvent par définition pas faire l'objet de droits réels et les choses partiellement hors du commerce qui font l'objet de droits réels de manière limitée<sup>1066</sup>. Le commerce juridique des choses entrant dans la seconde catégorie n'est admis qu'à certaines conditions<sup>1067</sup>. 357

On peut évoquer un certain nombre d'exemples de choses hors du commerce selon le droit fédéral. Les art. 4 ss de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup) soumettent les stupéfiants à un régime spécial d'autorisation ou d'interdiction<sup>1068</sup>. Les art. 9 et 10 de la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (LChP) exigent une autorisation pour l'importation, le transit, 358

<sup>1062</sup> ATF 122 IV 179 = JdT 1997 IV 135 (trad.), consid. 3c.aa. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 78 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.26 ; LARGEY, p. 52 ; MADER, n° 988 ; STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 255 ; PELET, p. 88 ; REY, n° 194 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 200 et 212 ad systematischer Teil, qui mentionne les valeurs dominantes (*die herrschende Wertanschauung*) ; ZK ZGB-HAAB, n° 34 ad intro. art. 641-729. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 37 ad intro. art. 641 ss évoquent aussi des motifs dogmatiques ou fondés sur la systématique juridique.

<sup>1063</sup> STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 259 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.26 ; REY, n° 176 ; PELET, p. 93.

<sup>1064</sup> KÄLIN, p. 68 ; PELET, p. 93 ; ZK ZGB-MARTI, n° 394 ad art. 6 ; REY, n° 176 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 199 ad systematischer Teil.

<sup>1065</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 38 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 79 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.33 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 14 ad art. 713 ; STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 250 ; PELET, p. 89 ; REY, n° 195 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 200 ad systematischer Teil. Il faut toutefois que le droit cantonal ait la compétence de restreindre le commerce du bien en question : STEINAUER, Le titre préliminaire, n° 256 s.

<sup>1066</sup> ATF 122 IV 179 = JdT 1997 IV 135 (trad.), consid. 3c.aa. *Contra* : PELET, p. 90 ; SEELMANN, Recht, p. 35 ss, qui considèrent que l'interdiction du commerce n'interdit pas la propriété originaire.

<sup>1067</sup> ATF 122 IV 179 = JdT 1997 IV 135 (trad.), consid. 3c.aa. PELET, p. 92.

<sup>1068</sup> RS 812.121. ATF 122 IV 179 = JdT 1997 IV 135 (trad.), consid. 3c.aa. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 38 ad intro. art. 641 ss ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 79 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.33.

l'exportation, le lâcher et la détention d'espèces animales protégées<sup>1069</sup>. L'art. 5 de la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997 (LArm) interdit certains types d'armes en Suisse<sup>1070</sup>. L'art. 12 al. 1 de la loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain du 21 mars 2003 (LGG) soumet à autorisation du Conseil fédéral la mise en circulation d'organismes génétiquement modifiés<sup>1071</sup>. Les art. 3 ss de la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels du 29 juin 2003 (LTBC) définissent le régime juridique des biens culturels<sup>1072</sup>. L'art. 4 al. 1 et 2 de la LRCS interdit la cession, l'acquisition ou l'utilisation contre rémunération d'embryons surnuméraires ou de cellules souches embryonnaires<sup>1073</sup>.

359 Ces quelques exemples montrent que la notion de chose hors du commerce couvre une grande variété de biens qui ont chacun leur régime juridique propre. Contrairement au droit français par exemple, la notion de chose hors du commerce n'apparaît pas dans le texte légal en Suisse<sup>1074</sup>. Il n'y a donc pas de régime général des choses hors du commerce en droit suisse<sup>1075</sup>. La notion de chose hors du commerce est surtout une « étiquette » pour indiquer que le législateur est intervenu pour limiter les droits réels sur une catégorie de biens. La distinction entre les choses totalement et partiellement hors du commerce nous semble avant tout conceptuelle. Il est donc nécessaire d'examiner en détail les règles de droit public entrant en jeu pour définir le régime juridique du bien.

## B. *L'interdiction du profit sur le cadavre*

360 Le cadavre est-il une chose hors du commerce ? Parmi les choses hors du commerce, le cadavre ne rentre pas dans la catégorie des choses publiques. Il ne fait pas partie du patrimoine administratif, car il n'est pas affecté à l'accom-

---

<sup>1069</sup> RS 922.

<sup>1070</sup> RS 514.54.

<sup>1071</sup> RS 814.91. REY, n° 195a.

<sup>1072</sup> RS 444.1. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 566 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.34 ; REY, n° 195.

<sup>1073</sup> REY, n° 195a.

<sup>1074</sup> Il faut toutefois mentionner l'art. 6 al. 2 CC, qui évoque la restriction et la prohibition du commerce de certaines choses par les cantons. Cf. art. 1598 du Code civil français qui prévoit : « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Cf. également l'art. 1878 du Code civil français.

<sup>1075</sup> Dans le même sens, CORPATAUX, n° 415.

plissement d'une tâche publique. Il n'est pas non plus une chose dans l'usage commun, et donc dans le domaine public au sens strict.

Par contre, le cadavre est susceptible d'entrer dans la catégorie des autres choses hors du commerce. Pour cela, il faut toutefois qu'une norme de droit public interdise ou limite son commerce juridique. 361

Dans une contribution publiée en 2010, Susan Maurer et Brigitte Tag passent en revue l'ordre juridique suisse et arrivent à la conclusion que la seule norme pertinente est l'art. 21 CDHB<sup>1076</sup>. Conformément à leur avis, il faut bien admettre qu'il n'existe pas d'autres dispositions dans le droit fédéral ou cantonal limitant le commerce des cadavres humains<sup>1077</sup>. Certes, il existe des normes spéciales pour certaines parties détachées du cadavre (ou du corps). Par exemple, les art. 6, 7 et 69 al. 1 *litt.* a et b LTx<sup>1078</sup>. Mais aucune de ces dispositions n'a une portée générale pour le cadavre humain<sup>1079</sup>. Nous allons donc nous intéresser à l'art. 21 CDHB, qui définit dans quelle mesure le cadavre est soustrait au commerce juridique. 362

## 1. L'art. 21 CDHB

L'art. 21 CDHB prévoit que : « *Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit* ». Cette disposition a pour but d'éviter que le corps humain fasse l'objet d'un commerce et qu'il soit considéré comme une marchandise<sup>1080</sup>. Selon l'art. 21 CDHB, le corps humain n'a pas de valeur patrimoniale<sup>1081</sup>. Celui-ci ne doit pas être utilisé à des fins lucratives<sup>1082</sup>. Il ne peut pas faire l'objet d'une transaction onéreuse comme une vente<sup>1083</sup>. Le profit est interdit, peu importe sa forme (en argent ou une autre forme de rémunération)<sup>1084</sup>. La forme juridique de l'acte entraînant le profit n'a pas d'importance non plus<sup>1085</sup>. La personne qui réalise le profit (la personne source ou un tiers) ne joue pas de rôle<sup>1086</sup>. C'est le résultat de l'acte qui compte et non l'intention 363

<sup>1076</sup> MAURER/TAG, p. 146.

<sup>1077</sup> MANAI, Gratuité et non-commercialisation, p. 169 ; MAURER/TAG, p. 146.

<sup>1078</sup> Dans ce sens, MAURER/TAG, p. 146.

<sup>1079</sup> MANAI, Gratuité et non-commercialisation, p. 169.

<sup>1080</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320.

<sup>1081</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320.

<sup>1082</sup> TAG, ASSM, p. 8 ; OTTIMOIORE, p. 552 .

<sup>1083</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320.

<sup>1084</sup> BREYER *et alii*, p. 193 s.

<sup>1085</sup> MADER, n° 268 ; BREYER *et alii*, p. 198.

<sup>1086</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. BREYER *et alii*, p. 198.

de la personne<sup>1087</sup>. L'interdiction du profit doit être comprise de manière large et se manifeste dans les principes de gratuité du don et d'interdiction du commerce<sup>1088</sup>.

- 364 L'art. 21 CDHB est directement applicable en droit suisse<sup>1089</sup>. En vertu de l'art. 26 ch. 2 CDHB, l'art. 21 CDHB ne peut pas faire l'objet de restrictions au sens de l'art. 26 ch. 1 CDHB<sup>1090</sup>. La Suisse n'a pas émis de réserve concernant l'art. 21 CDHB<sup>1091</sup>. Relevons encore que la CDHB assure un niveau de protection minimal et qu'elle n'empêche pas les États parties d'assurer une protection plus élevée (art. 27 CDHB)<sup>1092</sup>.
- 365 Selon la doctrine, l'interdiction de faire du corps humain ou de ses parties une source de profit est aussi valable pour le corps humain après la mort<sup>1093</sup>. La notion de corps humain englobe également le corps des enfants mort-nés ou les fœtus issus d'avortement<sup>1094</sup>. Ni la personne de son vivant ni ses proches après sa mort ne peuvent mettre à disposition un cadavre contre une rémunération<sup>1095</sup>.
- 366 La règle de l'art. 21 CDHB doit être interprétée avec certaines précisions et exceptions. Le rapport accompagnant la CDHB précise qu'un travail technique comme des « *prélèvements, tests, pasteurisation, fractionnement, purification, conservation, culture, transport* » sur un élément du corps humain peuvent être raisonnablement rémunérés<sup>1096</sup>. À notre avis, les interventions comme une autopsie par un médecin légiste ou le transport et le stockage d'un cadavre par une entreprise de pompes funèbres peuvent donc être rémunérés.

---

<sup>1087</sup> MADER, n° 268 ; BREYER *et alii*, p. 193.

<sup>1088</sup> MADER, n° 275.

<sup>1089</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2220 ; DUCOR, RDS, p. 269 ; MAURER/TAG, p. 131 et 146. Sur le caractère directement applicable de l'art. 21 CDHB, *cf.* MCF CDHB, FF 2002, p. 285 ; MADER, n° 286 et 289.

<sup>1090</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 281. MADER, n° 255 ; BREYER *et alii*, p. 184.

<sup>1091</sup> *Cf.* la liste des réserves de la Suisse à la CDHB, disponible sur : [https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/declarations?p\\_auth=NeBXBBDu&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_enVigueur=false&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_searchBy=state&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codePays=SWI&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codeNature=2](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/declarations?p_auth=NeBXBBDu&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=SWI&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=2) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>1092</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2224 ; BREYER *et alii*, p. 184.

<sup>1093</sup> DUCOR, RDS, p. 269 ; MAURER/TAG, p. 127 ; BREYER *et alii*, p. 192.

<sup>1094</sup> BREYER *et alii*, p. 192.

<sup>1095</sup> Dans ce sens, BREYER *et alii*, p. 192.

<sup>1096</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. DUCOR, RDS, p. 270 ; MADER, n° 271 ; BREYER *et alii*, p. 193. *Cf.* également MCF CDHB, FF 2002, p. 320.

L'interdiction du profit ne concerne que le corps ou ses parties « originales » ou non transformées<sup>1097</sup>. La vente d'un produit fabriqué à partir de tissus humains est autorisée<sup>1098</sup>. En raison de la préparation qu'ils nécessitent, les squelettes ou les pièces anatomiques ainsi que les coupes histologiques utilisées à des fins d'enseignement entrent dans cette exception<sup>1099</sup>. 367

L'art. 21 CDHB trouve son origine dans la protection de la dignité humaine<sup>1100</sup>. 368  
La vente d'un élément du corps est possible si elle ne heurte pas la dignité humaine, par exemple les cheveux ou les ongles<sup>1101</sup>. Le rapport explicatif semble justifier cette exception par le fait qu'il s'agit de « *tissus de rebut* »<sup>1102</sup>. L'absence d'atteinte à la dignité humaine est due au caractère régénérable des cheveux et des ongles<sup>1103</sup>. La régénération va prendre fin avec le décès, raison pour laquelle cette exception n'est pas pertinente pour le cadavre.

Enfin, la personne peut recevoir une indemnisation qui vise à couvrir ses frais ou sa perte de revenu pour le don d'un élément de son corps<sup>1104</sup>. Il nous paraît difficile d'envisager des frais du vivant de la personne pour le don de son cadavre ou d'un élément de celui-ci. D'ailleurs, la personne peut retirer son consentement en tout temps et l'utilisation envisagée du cadavre peut être refusée au moment du décès pour des raisons techniques<sup>1105</sup>. Après le décès, il nous paraît également difficile de concevoir des frais pour les proches. 369

Nous voyons que l'art. 21 CDHB interdit les actes juridiques portant sur le cadavre contre rémunération. À l'inverse, les actes juridiques qui n'ont pas un caractère onéreux ne sont pas prohibés. Le cadavre doit donc être qualifié de chose partiellement hors du commerce. Il nous semble important de relever que la notion de commerce est ambiguë en français. Au sens commun, le terme de 370

<sup>1097</sup> BREYER *et alii*, p. 193.

<sup>1098</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. MADER, n° 271 ; BREYER *et alii*, p. 193.

<sup>1099</sup> DUCOR, RDS, p. 341 ss.

<sup>1100</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 131. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1091.

<sup>1101</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 133. *Cf.* également MCF CDHB, FF 2002, p. 320. MADER, n° 270. Notons que contrairement aux cheveux, l'utilisation commerciale des ongles semble quasiment inexistante : DUCOR, RDS, p. 311 et 313.

<sup>1102</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 133. *Cf.* également MCF CDHB, FF 2002, p. 320.

<sup>1103</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7316.

<sup>1104</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1091 ; DUCOR, RDS, p. 270 ; MADER, n° 276 ; BREYER *et alii*, p. 194.

<sup>1105</sup> *Cf. supra* n° 254. Par exemple pour les autopsies d'anatomie, *cf. infra* n° 993 ss.



commerce désigne une activité marchande<sup>1106</sup>. La notion de commerce juridique est plus large et désigne toutes formes d'échanges d'une chose à titre lucratif ou non<sup>1107</sup>. La doctrine française prend en compte cette nuance en distinguant entre les choses hors du commerce, qui ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques, et les choses hors du marché, qui ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux<sup>1108</sup>. Le cadavre doit être qualifié de chose hors du marché, ce qui a comme conséquence qu'il est partiellement hors du commerce.

371 Nous arrivons donc à la conclusion que l'art. 21 CDHB ne fait pas obstacle à l'existence de certains droits réels, mais limite seulement le contenu des actes juridiques concernant le cadavre, en interdisant leur caractère onéreux.

## 2. Les bonnes mœurs

372 L'idée que le corps humain, et par conséquent le cadavre, ne doit pas être une source de profit est plus ancienne que la CDHB. L'art. 21 CDHB n'a pas créé un nouvel interdit, mais consacré dans l'ordre juridique une norme morale pré-existante. La CDHB a d'ailleurs pour objectif de consacrer juridiquement les principes moraux fondamentaux dans le domaine bioéthique<sup>1109</sup>.

373 L'interdiction de l'utilisation du corps humain, et donc du cadavre à des fins lucratives, repose avant tout sur des normes sociales. Il existe plusieurs traces de l'existence de ces normes sociales dans la sphère juridique. Par exemple, le Conseil fédéral relève dans le Message concernant la CDHB qu'un contrat violant l'art. 21 CDHB est nul car contraire aux mœurs au sens de l'art. 20 CO<sup>1110</sup>. Le Tribunal fédéral évoque également « *le sentiment général* » lorsqu'il considère qu'un cadavre n'est : « *ni un objet de propriété ni un bien sans maître que l'on peut traiter n'importe comment* »<sup>1111</sup>. Dans sa jurisprudence rendue sur l'art. 262 CP, le Tribunal fédéral considère que les cadavres et les cendres ne

---

<sup>1106</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 478, qui définit le commerce comme : « *opération, activité d'achat et de revente (en l'état ou après transformation) d'un produit, d'une valeur* ».

<sup>1107</sup> BERTHOUD, n° 182 ; ZK ZGB-MARTI, n° 393 ad art. 6. L'allemand est plus précis avec le terme *Verkehr*, en comparaison avec le terme *Handel*. Cf. ZEGG, p. 53 s. En droit français, cf. également LOISEAU, p. 52.

<sup>1108</sup> LOISEAU, p. 52 s.

<sup>1109</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2209 ; MADER, n° 246.

<sup>1110</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21 CDHB, il faut considérer qu'un tel acte juridique est illicite.

<sup>1111</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1 ; ATF 118 IV 319, consid. 2.

sont pas des objets ordinaires ayant une valeur commerciale et ne peuvent être négociés normalement<sup>1112</sup>. De nombreux auteurs considèrent que le statut juridique du cadavre relève du droit coutumier, qui exclut une propriété sur celui-ci<sup>1113</sup>. En 1920, Hans Leemann estimait qu'il est contraire aux bonnes mœurs de disposer de son cadavre contre de l'argent<sup>1114</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur de la CDHB pour la Suisse, le 1<sup>er</sup> novembre 2008, ces normes sociales ont perdu de l'importance sur le plan juridique. En effet, un acte juridique contraire à l'art. 21 CDHB est non seulement immoral, mais également illicite au sens de l'art. 20 al. 1 CO<sup>1115</sup>. Les exceptions et précisions au champ d'application de la règle de l'art. 21 CDHB que nous avons présentées tiennent compte des normes sociales<sup>1116</sup>. Par exemple, le fait de vendre ses cheveux n'est pas considéré comme immoral. 374

### C. *Les autres normes de droit public*

Il existe toute une série de lois spéciales qui réglementent certains actes ou certaines interventions particulières sur un cadavre humain : autopsie, prélèvement d'organes, etc. Plusieurs chapitres de notre étude sont consacrés à la présentation et l'analyse détaillées de ces normes. Ces différentes règles de droit public ont pour conséquence de limiter ce qu'il est possible de faire avec un cadavre. Philippe Ducor parle de « *pipeline réglementaire* » au sujet des règles de droit public concernant les parties détachées du corps humain<sup>1117</sup>. Comme lui, il faut bien constater que les normes de droit public réduisent grandement la portée d'un éventuel droit réel sur un cadavre<sup>1118</sup>. 375

<sup>1112</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2.

<sup>1113</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 01.19 ; BRÜCKNER, n° 656 ; KNELLWOLF, p. 62 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 134 ad systematischer Teil ; BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, n° 48 ad art. 11 ; VON TOBEL, p. 15, qui évoque : « *der allgemeinen Volksauffassung* » ; CRAMER, p. 37.

<sup>1114</sup> BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713.

<sup>1115</sup> DUCOR, RDS, p. 269.

<sup>1116</sup> Cf. *supra* n° 366 ss. Ce sont les normes sociales qui font que l'on considère que certaines situations ne sont pas en contradiction avec l'interdiction de commercialiser le corps humain, qui sont à la base des exceptions à l'art. 21 CDHB et non l'inverse.

<sup>1117</sup> DUCOR, RDS, p. 256.

<sup>1118</sup> DUCOR, RDS, p. 256.

## D. Conclusion intermédiaire

376 L'art. 21 CDHB, les bonnes mœurs ou les autres normes de droit public ne permettent pas d'exclure l'existence d'un éventuel droit réel sur un cadavre, mais limitent la portée de celui-ci<sup>1119</sup>. Comme le prévoit l'art. 641 al. 1 CC, le droit d'un propriétaire s'exerce dans les limites de la loi<sup>1120</sup>. Ces normes s'appliquent à tout acte de disposition concernant le cadavre, qu'il soit fondé sur un droit de la personnalité ou un droit réel.

## V. Le cadavre comme objet de droits réels

377 Nous sommes arrivé à la conclusion qu'il n'existe pas de norme qui exclut expressément l'existence de droits réels sur la chose qu'est le cadavre. Il nous faut donc examiner l'hypothèse selon laquelle le cadavre peut faire l'objet de droits réels. Il est vrai qu'une telle hypothèse peut paraître à première vue choquante. Il est nécessaire d'aller au-delà de cet a priori et d'examiner quelles sont la portée et les conséquences d'un tel droit réel sur un cadavre. Pour cela, nous allons d'abord considérer quels types de droits réels peuvent porter sur un cadavre et quel intérêt il y a à disposer d'un tel droit sur un cadavre. Nous examinerons ensuite l'acquisition de ces droits. Nous terminerons avec l'analyse de la relation entre les droits réels et les droits de la personnalité portant sur un cadavre.

### A. Les types de droits réels sur le cadavre

#### 1. Le droit de propriété

378 Parmi les différents types de droits réels, il faut se demander lesquels peuvent s'appliquer à un cadavre humain. Le droit de propriété est caractérisé par la réunion de la faculté d'user (*usus*), de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*) de

---

<sup>1119</sup> SPLISGARDT, p. 103.

<sup>1120</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 1392 ss ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 39 ad art. 641 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.04 ; CR CC II-FOËX, n° 22 ad art. 641 ; REY, n° 591 ss ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 34 ss ad art. 641.

l'objet du droit<sup>1121</sup>. Le droit d'en disposer (*abusus*) permet d'accomplir à la fois des actes de disposition matériels et des actes de disposition juridiques<sup>1122</sup>. Pour un cadavre, un acte de disposition matériel tel qu'une autopsie est envisageable. Un acte de disposition juridique est également possible si par exemple un cadavre confié à un institut d'anatomie fait l'objet d'un prêt à un autre institut. La faculté de jouir (*fructus*) d'un cadavre est limitée : inanimé par nature, il ne peut produire de fruits naturels et d'éventuels fruits civils sont interdits par l'art. 21 CDHB<sup>1123</sup>. La faculté d'user (*usus*) du cadavre semble réduite, car il a peu d'utilité en soi<sup>1124</sup>. L'un des rares exemples de la faculté d'user d'un cadavre est le fait de l'exposer. C'est donc avant tout la faculté de disposer du cadavre qui a un intérêt pour le propriétaire.

## 2. Les droits réels restreints

Le cadavre est une chose mobilière au sens de l'art. 713 CC, ce qui exclut donc 379  
tous les droits réels immobiliers. Cela limite les droits réels restreints à l'usufruit et au droit de gage<sup>1125</sup>. L'art. 21 CDHB interdit un acte juridique onéreux sur un cadavre humain, il est donc impossible qu'il fasse l'objet d'une réalisation et, par conséquent, un droit de gage sur un cadavre n'est pas possible.

L'usufruit sur un cadavre est concevable, mais a peu d'intérêt à notre avis en 380  
raison de caractère limité des possibilités d'user et de jouir du cadavre<sup>1126</sup>. Le

<sup>1121</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 30 ; CR CC II-FOËX, n° 8 ad intro. art. 641-645.

<sup>1122</sup> Sur la faculté de disposer (*abusus*), cf. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 30 ; CR CC II-FOËX, n° 10 ad art. 641. Les auteurs suisses alémaniques distinguent au sein de l'aspect positif de la propriété (*positive Seite des Eigentums*), le pouvoir de disposition de fait (*die tatsächliche Verfügungsmacht*) et le pouvoir de disposition juridique (*die rechtliche Verfügungsmacht*) sur la chose, cf. HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 04.98 ss ; REY, n° 575 ss ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 26 ss ad art. 641.

<sup>1123</sup> Sur la faculté de jouir (*fructus*), cf. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 30 ; CR CC II-FOËX, n° 9 ad art. 641.

<sup>1124</sup> Sur la faculté d'user (*usus*), cf. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 30 ; CR CC II-FOËX, n° 8 ad art. 641.

<sup>1125</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 40 et 44.

<sup>1126</sup> Cf. *supra* n° 378. Pour acquérir un éventuel usufruit sur un cadavre, il faut au préalable disposer d'un droit de propriété. C'est l'acquisition du droit réel « originaire » qui nous intéresse, pas l'acquisition de l'usufruit qui suit les règles habituelles. En vertu de l'art. 746 al. 2 CC, les règles de la propriété s'appliquent à l'usufruit sauf dispositions spéciales de la loi.

droit de propriété est donc le principal type de droit réel envisageable sur un cadavre.

### B. *L'utilité d'un droit réel sur le cadavre*

- 381 Nous avons vu que le droit de disposer d'un cadavre permet d'assurer une maîtrise sur celui-ci<sup>1127</sup>. Dans la majorité des cas, la création et l'existence d'un droit réel sur un cadavre ne sont ni nécessaires ni utiles. La volonté exprimée par le défunt et les droits de ses proches permettent de disposer du cadavre. Il n'est pas nécessaire de disposer d'un droit réel sur celui-ci. Nous pensons à la situation « ordinaire » où une personne décède et son cadavre est pris en charge par une entreprise de pompes funèbres avant d'être enterré ou incinéré dans les jours qui suivent.
- 382 Il faut tenir compte de certaines caractéristiques des droits réels. D'après nous, il faut que trois circonstances soient réunies pour qu'un droit réel sur un cadavre ait un intérêt. Il faut que le cadavre soit cédé à un tiers, pour une durée indéterminée, dans le but de pouvoir accomplir des actes de disposition matériels.

#### 1. **La cession à un tiers**

- 383 Premièrement, un droit réel est utile quand le cadavre est « cédé » à des tiers, autres que les proches du défunt. Ces tiers doivent avoir un intérêt propre à devenir propriétaires du cadavre. Cela exclut les personnes agissant pour le compte des proches (par exemple les entreprises de pompes funèbres). L'existence d'un droit réel est nécessaire, car les droits de la personnalité sont incessibles<sup>1128</sup>. Un droit de propriété permet alors aux tiers de disposer d'un droit absolu, avec un effet *erga omnes*, qui interdit à toute personne de troubler sa maîtrise sur le cadavre<sup>1129</sup>.

---

<sup>1127</sup> Cf. *supra* n° 201 et 222.

<sup>1128</sup> Dans ce sens, KÄLIN, p. 79 pour lequel, sans un droit réel, la situation juridique de l'institut d'anatomie serait incertaine.

<sup>1129</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 13 et 19.

## 2. Pour une durée indéterminée

Un droit de propriété a du sens si le cadavre est « cédé » aux tiers pour une durée indéterminée. Avec un droit réel, le droit acquis par le tiers n'est pas limité dans le temps, car le droit de propriété est imprescriptible<sup>1130</sup>. Il n'y a pas d'utilité ou de nécessité à disposer d'un droit réel pour un acte après lequel la dépouille est rendue aux proches du défunt, par exemple, dans le cadre d'un prélèvement d'organes qui a lieu dans les 72 heures après le décès ou d'une autopsie médico-légale qui a lieu dans les jours suivant la découverte du cadavre. C'est également le cas lors du prélèvement d'une petite quantité de matériel biologique pour un examen génétique (profil d'ADN pour identifier le cadavre ou analyse génétique à des fins diagnostiques) qui implique de ne « maîtriser » le cadavre que pendant une période très réduite. Le droit de disposer d'un cadavre suffit pour régler ces situations. 384

## 3. Des actes de disposition matériels

Le droit de propriété sur un cadavre est utile si le tiers veut pratiquer des actes de disposition matériels sur le cadavre. Il s'agit d'actes qui portent atteinte à la substance physique, à l'intégrité du cadavre. 385

## 4. Conclusion intermédiaire

Ainsi, en tenant compte des critères que nous proposons, les deux exemples principaux où l'on peut envisager qu'il y a un intérêt à disposer d'un droit de propriété sur un cadavre concernent certaines activités de recherche au sens de la LRH et les autopsies d'anatomie<sup>1131</sup>. Un autre exemple concerne les sociétés qui pratiquent la plastination de cadavres, notamment à des fins d'expositions<sup>1132</sup>. 386

<sup>1130</sup> Notamment ATF 111 II 24 = JdT 1986 I 162 (trad.), consid. 1b ; ATF 83 II 193 = JdT 1958 I 40, consid. 2 ; ATF 48 II 47, consid. 2c. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 54 ad art. 641 ; SUTTER-SOMM, n° 63 ; CR CC II-FoÈX, n° 13 ad art. 641.

<sup>1131</sup> Dans le même sens concernant les instituts d'anatomie, BSK StGB II-FIOLKA, n° 43 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 101 ss ; KÄLIN, p. 79 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 473 ; VON TOBEL, p. 18. Sur la recherche, cf. *infra* chapitre 10. Sur les autopsies d'anatomie, cf. *infra* n° 984 ss.

<sup>1132</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 43 ad art. 262 ; BIERI, thèse, p. 72, qui donnent l'exemple des pièces anatomiques réalisées par les instituts d'anatomie. Sur les pièces anatomiques, cf. *infra* n° 717 ss.

### C. L'acquisition d'un droit réel sur un cadavre

- 387 Si l'on admet la possibilité d'un droit de propriété sur un cadavre, il faut se demander comment celui-ci s'acquiert. C'est à notre avis l'une des principales difficultés du statut du cadavre. Quelle construction juridique s'applique à l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre ?
- 388 Le corps de la personne devient une chose au moment de son décès. Le droit privé ne contient pas de règles spéciales sur les exigences à remplir pour soumettre un cadavre aux droits réels<sup>1133</sup>. Il faut donc appliquer les règles générales des droits réels.

#### 1. Une acquisition dérivée ou originaire ?

- 389 Il existe une distinction entre les modes d'acquisition dérivée et originaire de la propriété<sup>1134</sup>. Dans une acquisition dérivée, le droit de l'acquéreur dépend de la validité du droit de l'aliénateur, ce qui n'est pas le cas pour une acquisition originaire, où un nouveau droit indépendant est créé en faveur de l'acquéreur en vertu d'une disposition légale<sup>1135</sup>.
- 390 Dans le cadre d'une acquisition dérivée, l'aliénateur doit avoir le pouvoir de disposer de la chose<sup>1136</sup>. Il est vrai que le défunt, de son vivant, ou ses proches, après le décès, ont un droit de disposition sur le cadavre. Mais ce droit est un droit de la personnalité et non un droit réel<sup>1137</sup>. L'acquisition dérivée est soumise à l'adage latin : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » (nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même)<sup>1138</sup>. Ni le défunt, ni les proches ne peuvent transmettre de droits réels à titre dérivé, car ils n'en ont pas<sup>1139</sup>. Quant aux droits de la personnalité, nous avons vu que

---

<sup>1133</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 43 ad art. 262.

<sup>1134</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 2948 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 136 ss ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.08 ss ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 1 ad art. 714 ; LIVER, p. 314 s.

<sup>1135</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 2948 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 136 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.08 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 1 ad art. 714 ; LIVER, p. 315 et 343.

<sup>1136</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 2962 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.09.

<sup>1137</sup> Cf. *supra* n° 197 ss.

<sup>1138</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 2962 ; LIVER, p. 315.

<sup>1139</sup> Cf. *infra* n° 393.

par nature ils ne peuvent ni faire l'objet d'une cession à un tiers, ni d'une renonciation<sup>1140</sup>. Nous arrivons donc à la conclusion que l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre doit se faire selon un mode d'acquisition originaire<sup>1141</sup>.

## 2. L'occupation

Parmi les modes d'acquisition originaire, les règles de l'art. 718 CC sur l'occupation s'appliquent dans notre hypothèse<sup>1142</sup>. Trois conditions doivent être réunies pour acquérir la propriété par occupation : la prise de possession d'une chose sans maître avec la volonté de devenir propriétaire<sup>1143</sup>. Par ailleurs, en raison de l'existence du droit de disposer du cadavre, le défunt ou subsidiairement son « proche le plus proche » doivent consentir à la création du droit de propriété. Nous détaillerons plus loin la relation entre le droit de propriété et le droit de disposer du cadavre<sup>1144</sup>. 391

### a. La prise de possession

La personne qui veut « occuper » une chose doit en prendre possession. Il s'agit de la possession au sens de l'art. 919 al. 1 CC<sup>1145</sup>. La possession implique deux éléments : une maîtrise physique et la volonté de posséder<sup>1146</sup>. L'occupant doit avoir la maîtrise effective de la chose<sup>1147</sup>. Le moment de la prise de possession détermine le moment de la création du droit de propriété<sup>1148</sup>. 392

<sup>1140</sup> Cf. *supra* n° 199.

<sup>1141</sup> Une fois un droit réel acquis à titre originaire, il est alors possible de transférer le droit réel dans le cadre d'une acquisition dérivée.

<sup>1142</sup> SPLISGARDT, p. 103 ; KÄLIN, p. 76 ss.

<sup>1143</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 5 ad art. 718 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3060 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 1 ad art. 718.

<sup>1144</sup> Cf. *infra* n° 400 ss.

<sup>1145</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 9 ad art. 718 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3065.

<sup>1146</sup> BSK ZGB II-ERNST, n° 5 s. et 15 s. ad art. 919 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 185 ss ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 9 ad art. 718 ; CR CC II-PICHONNAZ, n° 23 ad art. 919 ; HINDERLING, Der Besitz, p. 414 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 6 ad art. 718.

<sup>1147</sup> BSK ZGB II-ERNST, n° 1 ad art. 919 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 9 ad art. 718 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3065 ; HINDERLING, Der Besitz, p. 413.

<sup>1148</sup> ZK ZGB-SCHERRER, n° 26 ad art. 718/719.



b. Une chose sans maître

- 393 Au moment du décès de la personne, son corps change de statut et devient une chose<sup>1149</sup>. C'est la conséquence de l'art. 31 al. 1 CC et du fait que le cadavre possède, comme nous l'avons démontré, toutes les caractéristiques de la chose<sup>1150</sup>. La personne n'est pas propriétaire de son corps de son vivant<sup>1151</sup>. Ainsi le corps de la personne ne fait pas partie de son patrimoine et il ne rentre pas dans la masse successorale (art. 560 al. 2 CC *a contrario*)<sup>1152</sup>. Le cadavre est donc une chose sans maître au sens de l'art. 718 CC, puisqu'il n'a jamais fait l'objet d'un droit de réel<sup>1153</sup>.
- 394 La doctrine majoritaire considère que les choses hors du commerce ne peuvent pas faire l'objet d'une occupation<sup>1154</sup>. Pour cette raison, elle en déduit qu'un cadavre ne peut pas faire l'objet d'une occupation<sup>1155</sup>. Nous avons vu que les choses partiellement hors du commerce ne peuvent faire l'objet de droits réels que de manière limitée<sup>1156</sup>. Les règles de l'occupation (art. 718 CC) sont applicables à une chose partiellement hors du commerce aussi longtemps qu'une norme ne les exclut pas expressément<sup>1157</sup>. Tel n'est pas le cas du cadavre, ce qui lui permet de faire l'objet d'une occupation<sup>1158</sup>.

---

<sup>1149</sup> KÄLIN, p. 76.

<sup>1150</sup> Cf. *supra* n° 340 ss.

<sup>1151</sup> Cf. *supra* n° 139 ss.

<sup>1152</sup> SPLISGARDT, p. 103 ; KÄLIN, p. 68.

<sup>1153</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 156 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 774 ; SPLISGARDT, p. 103 ; KÄLIN, p. 69 et 76 ; BÄR, p. 447. Sur la notion de chose sans maître, BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 2 ad art. 718 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.94 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 6 ad art. 718 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3061 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 12 ad art. 718/719 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 2 ad art. 718.

<sup>1154</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3063 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 3 ad art. 718 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.98 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 7 ad art. 718 ; REY, n° 1797 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 21 ss ad art. 718/719.

<sup>1155</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 3 ad art. 718 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 23 ad art. 718/719.

<sup>1156</sup> Cf. *supra* n° 357.

<sup>1157</sup> Cf. *supra* n° 359.

<sup>1158</sup> *Contra* : STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3063, qui estime que les choses partiellement soustraites au droit privé ne peuvent pas être occupées.

## c. La volonté de devenir propriétaire

La personne qui prend possession de la chose doit avoir la volonté d'en devenir propriétaire<sup>1159</sup>. Il s'agit de l'élément subjectif de l'occupation<sup>1160</sup>. L'occupation est un acte juridique unilatéral qui nécessite la capacité de discernement<sup>1161</sup>. 395

Cet élément est décisif pour le cadavre. De nombreuses personnes peuvent avoir la maîtrise physique du cadavre, mais en principe celles-ci n'ont pas la volonté d'en devenir propriétaires. Les proches du défunt ne l'ont pas<sup>1162</sup>. C'est également le cas du personnel hospitalier si la personne décède à l'hôpital ou des employés de l'entreprise de pompes funèbres qui vont prendre en charge la dépouille. Il en est de même de la police, du médecin légiste ou du ministère public dans le cadre d'une enquête sur une mort non naturelle<sup>1163</sup>. À notre avis, le chirurgien qui prélève un organe en vue d'une transplantation n'a pas non plus l'intention de devenir propriétaire du cadavre. 396

La volonté de devenir propriétaire n'est présente que dans de rares exceptions. Il s'agit des cas où la personne qui prend possession du cadavre souhaite une maîtrise très étendue sur celui-ci. En effet, le droit de propriété confère une maîtrise qualifiée de totale, exclusive et imprescriptible sur la chose<sup>1164</sup>. Il est donc nécessaire que l'occupant souhaite acquérir une telle maîtrise. Nous renvoyons à nos considérations précédentes sur l'utilité d'un droit réel sur un cadavre<sup>1165</sup>. 397

Les instituts d'anatomie qui utilisent des cadavres à des fins d'enseignement, les scientifiques qui utilisent des cadavres pour leurs recherches et les sociétés qui pratiquent la plastination de cadavres ont en général la volonté de devenir propriétaires des cadavres<sup>1166</sup>. 398

<sup>1159</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 5 ad art. 718.

<sup>1160</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3066 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 28 ad art. 718/719.

<sup>1161</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 5 ad art. 718 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.93 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 10 ad art. 718 ; LIVER, p. 345 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 28 s. ad art. 718/719. D'avis que la capacité civile est nécessaire, STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3067 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 7 ad art. 718.

<sup>1162</sup> *Contra* : KÄLIN p. 43, qui est d'avis que les proches doivent disposer d'un droit réel sur le cadavre pour le céder à un institut d'anatomie.

<sup>1163</sup> Dans ce sens, ATF 132 IV 5, consid. 3.4.4 concernant des stupéfiants cité par BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 5 ad art. 718 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 248.

<sup>1164</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome I, n° 1384 ; CR CC II-FOËX, n° 5 ad art. 641 ; REY, n° 566 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 306 ad systematischer Teil.

<sup>1165</sup> *Cf. surpa* n° 381 ss.

<sup>1166</sup> Dans ce sens concernant les activités de recherche et d'anatomie, KÄLIN, p. 76.

399 Notons que l'occupation peut se faire pour le compte d'un tiers<sup>1167</sup>. Ainsi, c'est l'institut d'anatomie qui devient propriétaire et non l'employé qui prend en charge le corps.

#### D. *La relation avec les droits de la personnalité*

400 Nous avons vu que la doctrine est presque unanime sur le fait que le cadavre ne peut pas être un objet de droits réels<sup>1168</sup>. Le Tribunal fédéral est du même avis<sup>1169</sup>. La doctrine favorable au statut du cadavre comme chose non objet de droits réels met en avant le lien entre la personne et son cadavre, la protection du respect et du sentiment de piété qui l'entoure, pour refuser l'application des droits réels<sup>1170</sup>. On retrouve les mêmes arguments au sein du courant favorable à un statut sui generis pour le cadavre<sup>1171</sup>.

401 La doctrine se fonde sur le lien entre le défunt et son cadavre pour expliquer l'absence de droits réels sur ce dernier. Il existe indéniablement un lien extrêmement fort entre le défunt et son cadavre. Si le défunt n'est plus une personne au sens juridique du terme dès l'instant de son décès, son cadavre conserve son image et son souvenir. La relation affective entre deux personnes proches ne prend pas fin au moment du décès de l'une des deux. Le défunt ne disparaît pas comme « personne » au sens commun du terme, c'est-à-dire en tant qu'individu humain. Le cadavre joue un rôle important dans le processus de deuil des proches du défunt. Le cadavre est donc un objet chargé d'une immense « valeur » affective. Comme le dit Xavier Labbé : « *Ce n'est peut-être pas le corps que nous respectons, mais ce qu'il symbolise* »<sup>1172</sup>.

402 Toutefois, il faut relever que ces arguments sont de nature axiologique<sup>1173</sup>. Ils n'expliquent pas du point de vue de la technique juridique pourquoi le cadavre ne peut pas faire l'objet de droits réels.

---

<sup>1167</sup> ZK ZGB-SCHERRER, n° 30 ad art. 718/719.

<sup>1168</sup> Cf. *supra* n° 296 ss.

<sup>1169</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1 ; ATF 127 I 115, consid. 6b ; ATF 118 IV 319, consid. 2 ; ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2 ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>1170</sup> Cf. *supra* n° 311.

<sup>1171</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 58 ; MANAI, Droits du patient, p. 279 ; HAAS-LEICHMACHER, p. 111 ; KNELLWOLF, p. 61 ; BIERI, p. 68 s. ; GRIOT, p. 25 ss.

<sup>1172</sup> LABBÉE, p. 432.

<sup>1173</sup> SPLISGARDT, p. 102. Le Tribunal fédéral met également en avant les fondements éthiques du devoir de respect du corps du défunt : ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

## 1. Le consentement à l'acquisition d'un droit réel

Le cadavre est protégé par les droits de la personnalité des proches et il existe des effets subséquents de la personnalité du défunt<sup>1174</sup>. Les droits de la personnalité du défunt et de ses proches sont décisifs lors de l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre. Les proches peuvent défendre le corps du défunt contre les atteintes de tiers<sup>1175</sup>. Le fait de prendre possession d'un cadavre avec la volonté d'en devenir propriétaire est une atteinte aux droits de la personnalité des proches du défunt au sens de l'art. 28 al. 1 CC. Le fait qu'un tiers acquiert la maîtrise caractéristique d'un droit de propriété sur le cadavre heurte la personnalité affective des proches<sup>1176</sup>. C'est une conséquence du fait que, comme nous allons le voir, en cas de conflit, les droits de la personnalité l'emportent sur d'éventuels droits réels<sup>1177</sup>. 403

Selon l'art. 28 al. 2 CC, cette atteinte est présumée illicite. Il est toutefois possible d'invoquer un motif justificatif pour rendre l'occupation licite. L'art. 28 al. 2 CC prévoit que le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou la loi sont des motifs justifiant une atteinte aux droits de la personnalité. 404

Il n'existe à notre connaissance aucune disposition légale qui justifie cette atteinte. L'hypothèse d'un intérêt prépondérant, qu'il soit public ou privé, nous semble très difficile à admettre. Toutefois, elle ne saurait être exclue dans l'abstrait. Comme nous l'avons vu, le consentement joue un rôle central pour autoriser les atteintes à l'intégrité physique du vivant de la personne<sup>1178</sup>. Il en est de même après le décès en ce qui concerne le cadavre<sup>1179</sup>. Ainsi, l'occupation doit être autorisée par un consentement<sup>1180</sup>. 405

Le consentement peut être donné en premier lieu du vivant de la personne concernée, dans le cadre du droit de disposer de son cadavre. Ainsi, la personne peut, par exemple, consentir à une autopsie d'anatomie et donner son consentement à la création d'un droit de propriété sur son cadavre en faveur de l'institut bénéficiaire. Après le décès de la personne, les proches peuvent invoquer leurs propres droits pour faire respecter sa volonté<sup>1181</sup>. 406

<sup>1174</sup> Cf. *supra* n° 152 ss.

<sup>1175</sup> Cf. *supra* n° 202 ss.

<sup>1176</sup> KÄLIN, p. 81.

<sup>1177</sup> Cf. *infra* n° 417.

<sup>1178</sup> Cf. *supra* n° 144 ss.

<sup>1179</sup> Cf. *supra* n° 241 ss.

<sup>1180</sup> Dans ce sens, BSK StGB II-FIOLKA, n° 43 ad art. 262 ; KÄLIN, p. 81.

<sup>1181</sup> Sur le droit de faire respecter la volonté du défunt, cf. *supra* n° 205 ss.

- 407 Si le défunt n'a pas exprimé de volonté sur cette question, le consentement peut également être donné par les proches du défunt. Le consentement à la création d'un droit réel sur le cadavre fait partie du droit de déterminer le sort du cadavre du défunt<sup>1182</sup>. Ce droit revient au proche le plus étroitement lié avec le défunt et il doit respecter la volonté présumée de celui-ci<sup>1183</sup>.
- 408 Si le défunt décède sans avoir donné son consentement et qu'il n'y a pas de proches pour consentir, la création d'un droit réel sur son cadavre est exclue. Il est vrai que dans cette situation, il n'existe pas de proches pouvant invoquer une atteinte à un droit de la personnalité, mais une autre norme intervient dans ce cas. Sous l'angle du droit pénal, l'art. 262 ch. 2 CP réprime la soustraction d'un cadavre humain contre la volonté de son ayant droit. Selon cette disposition, l'auteur de la soustraction est punissable si l'autorisation fait défaut, peu importe l'identité de l'ayant droit<sup>1184</sup>. Si le défunt n'a pas de proches, son cadavre est pris en charge par la collectivité publique. En l'absence d'un consentement, l'occupation du cadavre est punissable pénalement. Nous analyserons en détail cette infraction dans le chapitre qui lui est consacré<sup>1185</sup>.
- 409 L'occupation (en particulier la volonté de devenir propriétaire) d'une chose sans maître est un acte juridique unilatéral<sup>1186</sup>. S'il viole l'art. 262 ch. 2 CP, un tel acte est frappé de nullité en vertu de l'art. 20 CO car son objet est illicite<sup>1187</sup>.
- 410 Il existe une analogie avec la question de l'occupation des animaux sauvages. Une chose sans maître ne peut être occupée que si le droit administratif est respecté<sup>1188</sup>. Les règles de droit public sur la chasse, la pêche ou la protection de la nature et du paysage peuvent supprimer ou restreindre le droit d'occuper des animaux sauvages<sup>1189</sup>. En cas de violation de ces règles, la personne ne peut

---

<sup>1182</sup> Sur le droit de déterminer le sort du cadavre du défunt, *cf. supra* n° 222 ss.

<sup>1183</sup> *Cf. supra* n° 223 ss.

<sup>1184</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1c. BSK StGB II-FIOLKA, n° 47 ad art. 262.

<sup>1185</sup> *Cf. infra* n° 494 ss.

<sup>1186</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3067 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 3 ad art. 718 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 10 ad art. 718 ; SUTTER-SOMM, n° 1011 ; REY, n° 1804 ; LIVER, p. 345 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 28 ad art. 718/719 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 7 ad art. 718.

<sup>1187</sup> L'art. 7 CC permet d'appliquer par analogie les art. 19 et 20 CO à des actes juridiques unilatéraux : CR CC I-FOËX, n° 5 ad art. 7.

<sup>1188</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 3 ad art. 718 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 7 ad art. 718 ; PIOTET, Droit cantonal, n° 778.

<sup>1189</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3070 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, n° 05.100 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 7 ad art. 719 ; PIOTET, Droit cantonal, n° 782 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 19 ad art. 718/719.

pas occuper valablement un animal sauvage, qui par conséquent reste une chose sans maître, et peut être confisqué par les autorités<sup>1190</sup>. Il est donc possible qu'une norme de droit public limite la possibilité d'occuper une chose sans maître.

Charles Joye évoque la situation où la délivrance d'un brevet, portant sur une invention basée sur une information tirée de matériel génétique humain, est refusée si la personne n'a pas consenti au prélèvement de son matériel génétique<sup>1191</sup>. Si le premier acte (le prélèvement) est fait sans le consentement de la personne, il porte atteinte à sa personnalité, est illicite et par conséquent le second acte (la délivrance du brevet) n'est pas valable. L'art. 28 CC peut ainsi limiter la possibilité d'occuper un cadavre. 411

En conclusion, l'occupation d'un cadavre qui n'est pas préalablement autorisée par le consentement donné par le défunt de son vivant ou par le « proche le plus proche » après le décès, ne crée pas de droit de propriété. 412

## 2. La coexistence des droits réels et des droits de la personnalité sur le cadavre

Les droits de la personnalité des proches ne disparaissent pas avec la création d'un droit de propriété sur le cadavre. Deux droits absolus s'opposent dans leur exercice alors qu'ils portent sur des objets distincts : les droits de la personnalité des proches protégeant leur personnalité affective et le droit de propriété d'un tiers portant sur le cadavre<sup>1192</sup>. 413

### a. L'existence d'un conflit de droits absolus

L'exercice de l'un des droits absolus va porter atteinte à l'autre droit<sup>1193</sup>. Par exemple, un institut d'anatomie peut utiliser un cadavre dont il est propriétaire à d'autres fins que celles pour lesquelles le défunt ou ses proches ont donné 414

<sup>1190</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3071 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 7 ad art. 719 ; PIOTET, Droit cantonal, n° 772 et 778 ; LIVER, p. 347 s. ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 36 ad art. 718/719. *Contra* : BK ZGB-LEEMANN, n° 13 ad art. 718, pour qui l'occupation est valable.

<sup>1191</sup> JOYE, Génome, p. 320.

<sup>1192</sup> PIOTET, Méthodologie, p. 152 ss ; KÄLIN, p. 80.

<sup>1193</sup> JOYE, Génome, p. 319.

leur consentement. Toute action ou omission contraire à la volonté du défunt ou des proches constitue une atteinte à la personnalité des proches<sup>1194</sup>.

- 415 Dans cette situation, il faut déterminer si le législateur a prévu une règle qui tranche le conflit en question ou si au contraire il existe une lacune de loi au sens de l'art. 1 al. 2 CC<sup>1195</sup>. Lorsqu'il s'agit de trancher un conflit entre des droits absolus n'ayant pas le même objet, il faut recourir à une pesée des intérêts<sup>1196</sup>. C'est le cas si le conflit oppose un droit de la personnalité et un autre droit absolu<sup>1197</sup>. Le juge doit déterminer si l'existence d'un droit de propriété constitue un intérêt privé prépondérant qui justifie une atteinte aux droits de la personnalité des proches.
- 416 La pesée des intérêts fait appel au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC) qui doit tenir compte des circonstances du cas d'espèce<sup>1198</sup>. Cependant, le juge tient compte dans sa pesée des intérêts, des valeurs consacrées par l'ordre juridique qui permettent d'établir de manière abstraite la prépondérance de certains intérêts<sup>1199</sup>.

#### b. La prépondérance des droits de la personnalité

- 417 En principe, les droits de la personnalité l'emportent sur les droits patrimoniaux, comme les droits réels<sup>1200</sup>. Ainsi, les droits de la personnalité des proches du défunt vont l'emporter sur le droit de propriété d'un tiers sur un cadavre<sup>1201</sup>. Les proches (ou le défunt de son vivant) peuvent donc indiquer au propriétaire de quelle manière traiter le cadavre<sup>1202</sup>. Les droits du défunt ou des

---

<sup>1194</sup> KÄLIN, p. 81.

<sup>1195</sup> BERTHOUD, n° 212 ; PIOTET, *Méthodologie*, p. 157 et 162 ss ; JOYE, *Génome*, p. 321.

<sup>1196</sup> PIOTET, *Méthodologie*, p. 161 s.

<sup>1197</sup> ATF 125 III 91, consid. 3c ; ATF 116 II 614 = JdT 1991 I 605 (trad.), consid. 5d ; ATF 61 II 121 = JdT 1935 I 587 (trad.), consid. 3. BÜCHLER/MICHEL, p. 52 ; CORPATAUX, n° 469 ; BERTHOUD, n° 250 ss ; PIOTET, *Méthodologie*, p. 163 ; JOYE, *Génome*, p. 100 et 319 ; PIOTET, *Le conflit*, p. 713 ; PIOTET, *CMS*, p. 72.

<sup>1198</sup> MEIER, *Droit des personnes*, n° 681 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 564 ; BERTHOUD, n° 258 ; PIOTET, *Méthodologie*, p. 162 ; JOYE, *Génome*, p. 328 ; PIOTET, *Le conflit*, p. 713.

<sup>1199</sup> PIOTET, *Méthodologie*, p. 162 ; JOYE, *Génome*, p. 329 s.

<sup>1200</sup> ATF 70 II 127, consid. 2. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 568 ; CR CC I-JEANDIN, n° 78 ad art. 28 ; BUCHER, n° 516 ; JOYE, *Génome*, p. 330, qui évoque l'art. 11 al. 2 LDA et l'art. 2 CDHB ; TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, n° 598 et 681.

<sup>1201</sup> Dans ce sens, KÄLIN, p. 80.

<sup>1202</sup> KÄLIN, p. 81.

proches s'exercent dans les limites de la loi et des bonnes mœurs<sup>1203</sup>. Selon Oliver Kälin, il ne s'agit pas d'un contrôle permanent, mais de fixer à un moment précis le sort du cadavre, par exemple, un don à un institut d'anatomie pour l'enseignement<sup>1204</sup>. Sur la base des droits de la personnalité, les proches peuvent exiger que le cadavre soit traité conformément à leur volonté (ou celle du défunt)<sup>1205</sup>. Les proches peuvent par exemple s'opposer à un transfert de la propriété sur le cadavre à un autre institut<sup>1206</sup>. La volonté du défunt ou des proches fixe un cadre dans lequel le droit de propriété est exercé. Si le propriétaire sort de ce cadre, il porte atteinte aux droits des proches qui pourront agir sur la base de l'art. 28a CC. Le droit de propriété est limité par la loi, les bonnes mœurs et la volonté du défunt ou des proches<sup>1207</sup>.

## VI. Conclusion

Au terme de ce chapitre, nous pouvons tirer les conclusions suivantes. Premièrement, le cadavre est une chose au sens juridique du terme, car il remplit tous les critères qui permettent de définir une chose. 418

Secondement, il n'existe pas de norme qui exclut toute forme de commerce juridique concernant le cadavre. Cette conclusion est conforme à l'observation empirique selon laquelle le cadavre humain fait l'objet d'actes juridiques en droit suisse. Le cadavre n'est que partiellement hors du commerce. 419

Le cadavre est soustrait partiellement au commerce dans le sens où il ne saurait être une source de profit direct. Cette interdiction du profit sur le cadavre (et plus généralement sur le corps humain et ses parties) est fondée sur l'art. 21 CDHB. Cette norme permet ainsi d'apporter une réponse à la crainte qui existe d'une commercialisation du corps humain (et donc du cadavre). Qualifier le cadavre de « chose hors du marché » permet de résumer cette idée. 420

Cependant, bien que la Suisse soit un pays moniste et que l'art. 21 CDHB soit directement applicable, une règle de droit interne qui explicite cette interdiction du profit pour le cadavre humain est à notre avis désirable<sup>1208</sup>. Il est souhaitable 421

<sup>1203</sup> KÄLIN, p. 81. Sur ces limitations, *cf. supra* n° 266 ss.

<sup>1204</sup> KÄLIN, p. 81.

<sup>1205</sup> KÄLIN, p. 82.

<sup>1206</sup> KÄLIN, p. 83.

<sup>1207</sup> SPLISGARDT, p. 102 s. ; KÄLIN, p. 76.

<sup>1208</sup> Sur la tradition moniste de la Suisse, *cf. notamment* CF, Rapport droit international, FF 2010, p. 2068. Arrêt du TF 4A\_56/2009, du 11 août 2009, consid. 5.2 ; ATF 122 II 234 = JdT 1997 I 556 (trad.), consid. 4a. ZIEGLER, Introduction, n° 268 ; BESSON, n° 1401.



qu'une norme prescrive l'interdiction du profit concernant le cadavre et que cette interdiction soit sanctionnée par une norme pénale, comme c'est le cas pour d'autres parties du corps humain<sup>1209</sup>.

- 422 Il est d'ailleurs assez surprenant de constater que jusqu'à l'entrée en vigueur de la CDHB pour la Suisse, le 1<sup>er</sup> novembre 2008, l'interdiction du profit sur le cadavre ne reposait que sur « les bonnes mœurs ». Cette situation était problématique sous l'angle de la sécurité juridique, la détermination du contenu des bonnes mœurs étant moins prévisible que celle d'une norme de droit écrit.
- 423 Selon la conception que nous défendons, l'existence d'un droit réel, en particulier d'un droit de propriété, sur un cadavre est envisageable. Son refus ne peut se fonder sur de simples motifs axiologiques (dont nous admettons néanmoins entièrement la légitimité) et ne résiste pas à une analyse juridique approfondie. Nous nous rattachons donc au troisième courant de doctrine que nous avons présenté. Cette conclusion doit toutefois être comprise dans toutes ses nuances.
- 424 En principe, le cadavre est l'objet d'un droit de disposition fondé sur les droits de la personnalité<sup>1210</sup>. Toutefois, le cadavre peut faire l'objet d'un droit de propriété. Il est nécessaire de se demander comment un droit réel peut s'acquérir sur le corps d'un être humain décédé. Jusqu'au moment de sa mort, le corps est appréhendé au travers de la personne physique. Avec le décès, le corps change de statut et devient une chose. Puisqu'il n'y a pas eu de propriétaire auparavant, il s'agit d'une chose sans maître et il faut donc un mode originaire d'acquisition de la propriété, en l'occurrence l'occupation (art. 718 CC). Ni les proches, ni les héritiers, ni un tiers ne deviennent automatiquement propriétaires du cadavre. L'occupation est conditionnée à l'existence de la volonté de devenir propriétaire de la chose.
- 425 Nous sommes conscient que d'autres constructions juridiques peuvent expliquer le mécanisme d'acquisition d'un droit de propriété sur un cadavre<sup>1211</sup>. Par contre, le principe selon lequel l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre doit reposer sur le consentement du défunt de son vivant ou de ses proches après sa mort pour être valable nous semble difficilement discutable.

---

<sup>1209</sup> Par exemple les art. 6, 7 et 69 al. 1 *litt.* a et b LTx. ZEGG, p. 64, pour qui l'interdiction du commerce d'un objet constitue une restriction à la liberté personnelle qui doit donc respecter l'art. 36 Cst., en particulier doit reposer sur une base légale.

<sup>1210</sup> MANAI, La personne et son corps, p. 40 ; GAUGLER, p. 339.

<sup>1211</sup> Il est par exemple possible d'envisager que l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre fait l'objet d'une lacune de loi puisqu'il n'existe pas de disposition sur le sujet et que le juge doit donc compléter cette lacune de la loi en faisant œuvre de législateur conformément à l'art. 1 al. 2 CC.

---

En pratique, cette hypothèse est assez rarement réalisée et reste exceptionnelle. 426  
Comme nous l'avons expliqué, principalement en raison des normes sociales, la grande majorité des personnes qui prennent en charge un cadavre n'ont pas la volonté d'en devenir propriétaires. C'est la première limite. Une deuxième limite à ce droit de propriété sur un cadavre se trouve dans les droits de la personnalité des proches du défunt. Ceux-ci « encadrent » étroitement un droit de propriété sur un cadavre, aussi bien lors de son acquisition que lors de son exercice. Enfin, troisième limite, le « *pipeline réglementaire* » de droit public, qu'il s'agisse de l'art. 21 CDHB, mais aussi de normes spéciales, va limiter le droit de propriété sur un cadavre de manière substantielle<sup>1212</sup>.

Malgré ces limites importantes, l'existence d'un droit de propriété sur un cadavre doit être admise. Il permet au propriétaire de disposer de « l'arsenal » 427  
conféré au propriétaire par l'ordre juridique. Sa situation juridique est ainsi beaucoup plus claire que si l'on recourt à d'éventuelles règles coutumières, dont il serait très complexe de déterminer le contenu.

---

<sup>1212</sup> Sur la notion de « pipeline réglementaire », cf. DUCOR, RDS, p. 256.



---

## Chapitre 6 : La protection pénale du cadavre

### I. Introduction

L'art. 262 du Code pénal suisse sanctionne l'atteinte à la paix des morts. Le 428  
texte de la disposition est le suivant :

Art. 262

1. Celui qui aura grossièrement profané le lieu où repose un mort,  
celui qui, méchamment, aura troublé ou profané un convoi funèbre ou une  
cérémonie funèbre,  
celui qui aura profané ou publiquement outragé un cadavre humain,  
sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine  
pécuniaire.
2. Celui qui, contre la volonté de l'ayant droit, aura soustrait un cadavre hu-  
main, une partie d'un cadavre humain, ou les cendres d'un mort sera puni  
d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Nous constatons que la disposition est séparée en deux chiffres, dont le premier 429  
est lui-même divisé en trois alinéas. La loi distingue donc quatre infractions  
différentes<sup>1213</sup>.

Les infractions de l'art. 262 CP sont punies d'une peine privative de liberté de 430  
trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Il s'agit donc d'un délit au sens de  
l'art. 10 ch. 3 CP<sup>1214</sup>. Les infractions de l'art. 262 CP sont poursuivies d'office  
(art. 30 ch. 1 CP *a contrario*)<sup>1215</sup>. Il s'agit d'infractions de résultat<sup>1216</sup>.

Après un historique de l'art. 262 CP (II), nous nous intéresserons au bien juri- 431  
diquement protégé (III). Nous allons analyser successivement les quatre infrac-  
tions de l'art. 262 CP : la profanation grossière du lieu où repose un mort (IV),  
la profanation ou le trouble méchant d'une cérémonie ou d'un convoi funèbre  
(V), la profanation ou l'outrage public d'un cadavre humain VI) et la soustrac-  
tion contre la volonté de l'ayant droit d'un cadavre humain, d'une partie de  
cadavre humain ou des cendres d'un mort (VII).

---

<sup>1213</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 7 ss ad art. 262.

<sup>1214</sup> KILLIAS/KUHN/DONGOIS, n° 212.

<sup>1215</sup> KILLIAS/KUHN/DONGOIS, n° 231.

<sup>1216</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1.

## II. Historique

### A. Les codes cantonaux

- 432 Il existait déjà des formes de protection de la paix des morts dans les droits cantonaux précédant le Code pénal de 1937<sup>1217</sup>. Les codes cantonaux étaient parfois peu clairs ou incomplets<sup>1218</sup>. Certains cantons réprimaient le fait de troubler la cérémonie ou le convoi funèbre<sup>1219</sup>. D'autres cantons protégeaient les sépultures contre les détériorations<sup>1220</sup>. Le canton du Tessin punissait les exhumations sans droit<sup>1221</sup>.
- 433 L'atteinte à la paix des morts était alors considérée comme une infraction contre la religion ou le sentiment religieux<sup>1222</sup>. Pour Carl Stooss, malgré la systématique des droits cantonaux, ces dispositions ne protégeaient pas le sentiment religieux, mais le sentiment général et humain de piété face aux morts (*das allgemeine menschliche Gefühl des Pietät gegen die Toten*)<sup>1223</sup>. On bascule ainsi d'une conception où les normes pénales concrétisent des interdits religieux à une conception laïque du droit pénal.

### B. Le Code pénal suisse

- 434 L'étude des travaux préparatoires du Code pénal fait ressortir plusieurs étapes dans l'élaboration de la norme protégeant la paix des morts. Dans l'avant-projet de Carl Stooss de 1894, l'art. 95 traite de la violation de sépulture au sein des

---

<sup>1217</sup> THORMANN/VON OVERBECK, n° 1 ad art. 262. En général, sur le droit pénal en Suisse avant le Code pénal de 1937, cf. PFENNINGER, *Das Strafrecht*.

<sup>1218</sup> LOGOZ, Tome II, n° 1 ad art. 262 ; HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 469.

<sup>1219</sup> BE, NE, VD, cf. STOOSS, *Die Grundzüge*, p. 194 ; STOOSS, *Les codes pénaux suisses*, p. 413 ss.

<sup>1220</sup> AR, FR, GE, GL, NE, SO, TI, ZG, ZH, cf. STOOSS, *Die Grundzüge*, p. 194 ; STOOSS, *Les codes pénaux suisses*, p. 413 ss.

<sup>1221</sup> HAFTER, *RPS* 1940, p. 265 ; STOOSS, *Die Grundzüge*, p. 194 ; STOOSS, *Les codes pénaux suisses*, p. 413 ss.

<sup>1222</sup> HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 469 ; STOOSS, *Die Grundzüge*, p. 194 ; STOOSS, *Les codes pénaux suisses*, p. 413 ss.

<sup>1223</sup> STOOSS, *Die Grundzüge*, p. 194. Dans le même sens, HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 469.

délits contre la liberté<sup>1224</sup>. L'art. 116, qui se trouve dans les délits contre la pudeur et la liberté sexuelle, réprime la profanation de cadavres<sup>1225</sup>. La disposition vise à réprimer des actes de nature sexuelle sur des cadavres<sup>1226</sup>. L'intégration de cette infraction dans le Code pénal est justifiée par des précédents en France qui ont été difficiles à qualifier pénalement<sup>1227</sup>.

Dans l'avant-projet de 1896, le 3<sup>e</sup> chapitre de la partie spéciale, consacré aux délits contre la paix et la sécurité des personnes, contient un art. 102 sur la violation de sépulture qui protège les sépultures et les convois funèbres<sup>1228</sup>. 435

L'avant-projet de 1903 ne modifie pas l'infraction de violation de sépulture sur le fond, mais la place dans les délits contre la paix publique (chapitre douze), à l'art. 184<sup>1229</sup>. 436

En 1908, l'avant-projet suivant contient un art. 188 toujours intitulé « violation de sépulture » et situé dans les délits contre la paix publique (chapitre onze)<sup>1230</sup>. C'est dans cet avant-projet que la disposition s'étoffe et fait la distinction entre différentes infractions<sup>1231</sup>. La norme distingue dorénavant l'atteinte à la sépulture, au convoi ou au service funèbre et au cadavre en lui-même<sup>1232</sup>. 437

Enfin, l'avant-projet de 1916 n'apporte pas de modifications sur le fond, mais fixe le texte de la disposition qui figure dans le Code pénal. La dénomination 438

---

<sup>1224</sup> STOOSS, Avant-projet, p. 61 : « *Celui qui aura violé la paix d'une sépulture ou troublé un convoi funèbre sera puni de l'amende jusqu'à 1000 francs ou de l'emprisonnement* ».

<sup>1225</sup> STOOSS, Avant-projet, p. 71 : « *La profanation d'un cadavre sera punie de la réclusion jusqu'à 5 ans* ».

<sup>1226</sup> STOOSS, Avant-projet, p. 314.

<sup>1227</sup> STOOSS, Avant-projet, p. 314.

<sup>1228</sup> Avant-projet CP 1896, p. 83 : « *Sera puni de l'amende jusqu'à 1000 francs ou de l'emprisonnement : celui qui aura troublé la paix d'une sépulture ; celui qui aura troublé un convoi funèbre* ».

<sup>1229</sup> Avant-projet CP 1903, p. 67.

<sup>1230</sup> Avant-projet CP 1908, p. 50.

<sup>1231</sup> Avant-projet CP 1908, p. 50 : « *Celui qui aura, à dessein, troublé ou profané la paix d'un tombeau, celui qui aura, à dessein, troublé un convoi ou un service funèbre, ou manifesté son mépris à leur égard, celui qui aura publiquement outragé un cadavre ou l'aura profané à dessein, celui qui aura soustrait un cadavre à la personne qui en avait la garde, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende* ». Cf. également HAF-TER, RPS 1940, p. 265.

<sup>1232</sup> ZÜRCHER, p. 337.

de l'article devient « atteinte à la paix des morts » (art. 232)<sup>1233</sup>. Il n'y a rien de particulier à relever dans le projet de Code pénal de 1918<sup>1234</sup>.

### III. Le bien juridique protégé

- 439 Le décès entraîne la fin de la personnalité et un changement de statut pour le corps. Après la mort, les dispositions sur la protection de la vie (art. 111-117 CP) et l'intégrité physique (art. 122-136 CP) ne peuvent plus s'appliquer<sup>1235</sup>. La personnalité du défunt n'est pas non plus l'objet de la protection<sup>1236</sup>.
- 440 Du point de vue systématique, l'atteinte à la paix des morts se trouve dans le titre douze de la partie spéciale du Code pénal, qui regroupe les crimes et délits contre la paix publique (art. 258-263 CP). La structure du Code pénal et l'emplacement de l'art. 262 CP laissent penser que l'infraction protège un bien juridique collectif<sup>1237</sup>. Néanmoins, le bien juridique protégé n'est pas la paix publique en tant que telle<sup>1238</sup>.
- 441 Malgré une terminologie légèrement fluctuante, la jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent que le bien juridique protégé est le sentiment de piété envers les morts (*Pietätsgefühle gegenüber dem Toten*)<sup>1239</sup>. Pour plusieurs auteurs, la protection de l'art. 262 CP repose davantage sur des normes sociales

---

<sup>1233</sup> Avant-projet CP 1916, p. 149.

<sup>1234</sup> Sur l'art. 228 P-CP, qui deviendra l'art. 262 CP, MCF CP, FF 1918 IV, p. 64 et 182.

<sup>1235</sup> CR CP II-MOREILLON, n° 2 ad art. 262.

<sup>1236</sup> Certains termes utilisés par la loi laissent penser le contraire, cf. BSK StGB II-FIOLKA, n° 5 ad art. 262, pour qui la notion d'outrage public renvoi à une atteinte à l'honneur ce qui sous-entend une personnalité et la soustraction qui sous-entend une maîtrise juridique.

<sup>1237</sup> KNELLWOLF, p. 74.

<sup>1238</sup> *Contra* : HK StGB-SCHUBARTH, n° 5 ad art. 262.

<sup>1239</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 11 juin 2019, consid. 1.1.2 : « le sentiment de piété à l'égard du mort et de ses proches ». Arrêt du TF 6B\_969/2009 du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1. TRECHSEL/VEST, n° 1 ad art. 262 : « *Pietätsgefühl gegenüber dem Leichnam* ». MAIRE, p. 233 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 6 ad art. 262 : « *Pietätsgefühl* ». OFK StGB/JStG-WEDER, n° 1 ad art. 262 : « *Pietätsgefühle gegenüber dem Toten* ». MONTAVON, § 23 : « le sentiment de piété qui entoure le défunt ». CORBOZ, Les infractions, n° 1 ad art. 262 : « le sentiment de piété à l'égard des morts et de leur sépulture ». LOGOZ, Tome II, n° 1 ad art. 262 : « le sentiment de piété des survivants envers les morts ». BIERI, p. 32, 47, 86, 101, 114 et 122 ss : « *Das Gefühl der Pietät gegenüber einem Toten* ». VON TOBEL, p. 48 : « *Das Pietätsgefühl gegenüber einem Toten* ». HAFTER, Besonderer Teil, p. 469 ; HAFTER,

que juridiques<sup>1240</sup>. La disposition protège le sentiment général de piété envers les morts et non le sentiment des proches<sup>1241</sup>.

Cette notion de piété envers les morts mérite quelques éclaircissements. Le Petit Robert définit la piété comme : « *fervent attachement au service de Dieu, aux devoirs et pratiques de la religion* », mais également comme : « *attachement fait de tendresse et de respect* »<sup>1242</sup>. La notion de piété a évidemment une origine religieuse. Dans le Code pénal, elle doit être considérée comme une notion indépendante de la religion<sup>1243</sup>. La protection de l'art. 262 CP n'est pas conditionnée à l'appartenance à une communauté religieuse. L'art. 262 CP protège une certaine forme de spiritualité commune à tous les êtres humains et les normes coutumières qui régissent le traitement du cadavre. Il protège l'attente courante de la personne qu'après sa mort, son corps soit respecté<sup>1244</sup>. Le Tribunal fédéral le résume bien : « *Le respect du défunt et l'intangibilité de son corps, [...] ont leur fondement dans les conceptions éthiques ou religieuses relatives à la signification de la mort* »<sup>1245</sup>. Dans cet arrêt, les juges de Mon

442

---

RPS 1940, p. 264 : « *Das Gefühl de Pietät gegenüber den Toten und ihren Ruhestätten* ». THORMANN/VON OVERBECK, n° 2 ad art. 262 : « *Pietätsgedanken* ». BADER, p. 370 : « *Totenfrieden* ». Cf. également MCF CP, FF 1918 IV, p. 64 où le Conseil fédéral explique que l'infraction : « *réprime les atteintes aux sentiments de piété des survivants à l'égard des morts* ».

<sup>1240</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 7 ad art. 262 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 244. STRATENWERTH/BOMMER, p. 221, selon lesquels l'art. 262 CP ne protège pas un bien juridique concret, mais une norme de comportement générale en lien avec la piété due à un mort et à sa sépulture et cela entraîne une incertitude lorsque l'on souhaite définir le bien juridique protégé par cette disposition. Cf. également MCF CP, FF 1918 IV, p. 64, qui évoque la protection des bonnes mœurs.

<sup>1241</sup> MAIRE, p. 233 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 6 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 1 ad art. 262 ; JOYE, Immortalité, p. 168.

<sup>1242</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 1901.

<sup>1243</sup> L'étude des travaux préparatoires du Code pénal le montre, notamment les travaux de Carl Stooss. À la faveur de l'unification du droit pénal suisse, ces infractions autrefois classées comme infractions contre la religion deviennent des infractions contre la paix publique, cf. STOOSS, Die Grundzüge, p. 194. Dans le même sens, HAFTER, Besonderer Teil, p. 469.

<sup>1244</sup> TRECHSEL/VEST, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 8 ad art. 262 ; HINDERLING, RSJ 1969, p. 235. Cf. également l'arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich, du 26 octobre 1948, ZR 1949, n° 98, p. 167 et OFK StGB/JStG-WEDER, n° 1 ad art. 262, pour qui le bien juridique protégé est le respect (*Ehrfurcht*) de la personne décédée ou de son cadavre.

<sup>1245</sup> ATF 111 IA 231, consid. 3b.



Repos font un lien entre le droit à une sépulture décente, composante de la dignité humaine, et la protection pénale du cadavre<sup>1246</sup>.

- 443 Il nous paraît toutefois important de faire une distinction entre les chiffres premier et second de l'art. 262 CP. Le chiffre premier et les trois infractions de chacun de ses alinéas protègent le sentiment général de piété envers les morts. Ce sentiment est protégé indépendamment de l'existence de proches du défunt<sup>1247</sup>. La protection pénale est particulièrement importante en l'absence de proches<sup>1248</sup>. Quant au chiffre second, il protège le droit de disposer du cadavre, comme un élément du sentiment de piété envers les morts<sup>1249</sup>.
- 444 Relevons encore que le Tribunal fédéral a reconnu que les ayants droit au sens de l'art. 262 ch. 2 CP sont des victimes selon l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infraction du 23 mars 2007 (LAVI)<sup>1250</sup>. Il y a donc une atteinte à l'intégrité psychique des proches (art. 1 al. 1 LAVI). C'est cohérent avec le droit de disposer du cadavre des proches qui repose sur leurs liens affectifs avec le défunt.
- 445 En résumé, le bien juridique protégé par l'art. 262 CP est le sentiment de piété envers les morts. Cette notion n'est pas liée aux croyances religieuses. Elle tire son origine des normes sociales qui prescrivent le respect des morts et de leur cadavre. La notion de sentiment de piété est liée à la dignité humaine. Enfin, le sentiment de piété est un concept large et l'art. 262 ch. 2 CP protège l'une de ses composantes : le droit de disposer du cadavre.

---

<sup>1246</sup> ATF 111 IA 231, consid. 3b. BSK StGB II-FIOLKA, n° 8 ad art. 262 ; TSCHUMY, CUSO, p. 281 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471. Cf. également HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 139, qui fait un lien entre la protection pénale de la paix des morts et la dignité humaine. Sur la notion de dignité humaine, cf. *infra* n° 526 ss.

<sup>1247</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 6 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 4 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 1 ad art. 262 ; KNELLWOLF, p. 73, pour qui le fait que l'infraction soit poursuivie d'office en est la preuve. Cf. également ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5 ; BIERI, p. 125.

<sup>1248</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5.

<sup>1249</sup> TRECHSEL/VEST, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 6 ad art. 262 CP. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 245 ; MONTAVON, § 23 ; BIERI, p. 86 ss, qui font une distinction entre le bien juridique protégé par les deux chiffres de l'art. 262 CP. Sur le droit de disposer de son cadavre, cf. *supra* chapitre 4.

<sup>1250</sup> RS 312.5. Arrêt du TF 5A.52/2000, du 24 novembre 2000, consid. 2b. BSK StGB II-FIOLKA, n° 6 ad art. 262.

## IV. La profanation du lieu où repose un mort

### A. Les éléments objectifs

#### 1. La profanation

La notion de profanation (*Verunehren, profanare*) se retrouve aux trois infractions de l'art. 262 ch. 1 CP. Cette notion doit recevoir une définition semblable dans les trois cas<sup>1251</sup>. Dans chaque alinéa, la profanation porte sur un objet différent, ce qui peut expliquer que la notion soit interprétée de manière nuancée. La notion de profanation comporte deux éléments. La profanation implique une atteinte physique à l'objet protégé. La profanation suppose également que l'atteinte physique dénote un manque de respect<sup>1252</sup>. La notion de profanation est en effet liée à celle de respect, qui est un élément central de l'idée de piété<sup>1253</sup>. La profanation n'a pas de lien avec la notion d'honneur, mais avec les normes sociales<sup>1254</sup>. 446

Dans le cadre de l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP, la doctrine et la jurisprudence parlent d'un acte portant une atteinte physique ou une attaque brutale envers une sépulture, comme le fait de la détériorer, de la détruire, de l'endommager, de la renverser, de la dérober ou de la salir<sup>1255</sup>. 447

L'exhumation implique nécessairement de porter atteinte au lieu où repose un mort, que ce soit en déplaçant la terre ou le monument funéraire. En soi, l'exhumation constitue une profanation. Toutefois, l'exhumation est licite dans certaines circonstances, elle n'est donc pas punissable si les conditions de l'art. 14 CP sont remplies. Il s'agit notamment de l'exhumation dans le cadre d'une 448

<sup>1251</sup> ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1, pour qui la notion de profanation se retrouve également à l'art. 261 al. 3 CP et doit avoir le même sens.

<sup>1252</sup> Au sens figuré, profaner signifie : « faire un usage indigne, mauvais de quelque chose, en violant le respect qui est dû » : Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 2034. Le sens propre est le suivant : « traiter sans respect, avec mépris (une chose sacrée, un objet, un lieu de culte), en violant le caractère sacré ».

<sup>1253</sup> Cf. *supra* n° 442.

<sup>1254</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 13 ad art. 262.

<sup>1255</sup> ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 13 ad art. 262 ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 2 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 19 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 2b ad art. 262 ; BIERI, p. 115 ss ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470.

procédure pénale fondée sur l'art. 254 CPP<sup>1256</sup>. Elle peut également être autorisée dans le cadre d'un procès civil ou en vertu du droit funéraire cantonal<sup>1257</sup>. Si l'exhumation ne respecte pas les conditions légales ou qu'elle est pratiquée sans égard, elle constitue une profanation<sup>1258</sup>.

## 2. Le caractère grossier

- 449 Selon Bernard Corboz, il faut : « *une expression caractérisée de mépris et d'irrespect* »<sup>1259</sup>. Plusieurs auteurs considèrent que le caractère grossier de la profanation de l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP doit être rapproché du caractère vil de l'offense de l'art. 261 ch. 1 CP qui réprime l'atteinte à la liberté de croyance et de culte<sup>1260</sup>. Il nous paraît important de relever que la lettre de la loi n'est pas identique à l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP et l'art. 261 al. 1 CP. La vilénie (*in gemeiner Weise, in modo abietto*) doit être distinguée de la grossièreté (*in roher Weise, grossolanamente*). Le caractère vil doit être considéré comme plus restrictif que le caractère grossier. Les trois alinéas de l'art. 262 ch. 1 CP évoquent la profanation, mais seul l'alinéa 1 y ajoute le caractère grossier. L'idée de profanation grossière aboutit à une forme de pléonasme, car les deux notions évoquent un manque de respect. Il faut toutefois se montrer plus restrictif dans l'analyse de l'élément d'irrespect de la profanation à l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP.
- 450 La profanation doit apparaître comme grossière de point de vue objectif et non subjectif ; il n'est pas tenu compte de la volonté, du but ou de l'état d'esprit de l'auteur<sup>1261</sup>. Il n'est pas non plus nécessaire que les proches du défunt se sentent

---

<sup>1256</sup> Sur les exhumations judiciaires, *cf. infra* n° 1263 ss.

<sup>1257</sup> Sur les exhumations ordinaires (désaffectation des tombes après la durée d'inhumation) et extraordinaires, *cf. infra* n° 1255 ss. Sur les exhumations dans le cadre d'un procès civil, *cf. infra* n° 1265 et 1312 ss

<sup>1258</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 14 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 2 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 3 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 22 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 2b ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 5 ad art. 262. Sur l'exhumation, *cf. infra* n° 1253 ss.

<sup>1259</sup> CORBOZ, Les infractions, n° 2 ad art. 262.

<sup>1260</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ss et 20 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 222 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 5 ad art. 262.

<sup>1261</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2 et les réf. citées ; ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1. BSK StGB II-FIOLKA, n° 14 ad art. 262 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 245 ; CR CP II-MOREILLON, n° 9 ad art. 262 ; BIERI, p. 120. C'est la raison pour laquelle il s'agit bien d'un élément objectif et non subjectif de l'infraction.

atteints dans leur sentiment de piété<sup>1262</sup>. Le comportement doit apparaître comme objectivement choquant et contraire au sentiment de piété dominant ou d'une personne moyenne<sup>1263</sup>.

Dans l'ATF 109 IV 129, le Tribunal fédéral a considéré que n'importe quelle inconvenance dans un cimetière ne suffit pas pour être punissable<sup>1264</sup>. Le fait d'incliner ou de redresser une pierre tombale, de déplacer ou d'enlever une croix en bois facilement détachable ou d'emporter des fleurs d'une tombe ne tombe pas sous le coup de l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP<sup>1265</sup>. 451

### 3. Le lieu où repose un mort

Le lieu où repose un mort est le lieu où un cadavre est déposé dans l'intention qu'il y demeure<sup>1266</sup>. La question de savoir si un lieu où le corps d'une personne décédée est conservé provisoirement est couvert par l'infraction fait l'objet d'un débat dans la doctrine<sup>1267</sup>. À notre sens, un lieu qui a pour vocation d'accueillir des cadavres comme une morgue ou une chapelle funéraire doit être également considéré comme « le lieu où repose un mort »<sup>1268</sup>. Il peut s'agir d'un lieu d'inhumation provisoire<sup>1269</sup>. Un lieu qui renferme un cadavre à la 452

<sup>1262</sup> STRATENWERTH/BOMMER, p. 222 ; LOGOZ, Tome II, n° 2d ad art. 262 ; BIERI, p. 120 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 7 ad art. 262.

<sup>1263</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 9 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262.

<sup>1264</sup> ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1. Dans les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 345. Dans la doctrine, WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 4 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 2b ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 5 ad art. 262.

<sup>1265</sup> ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 3. Sur la protection des fleurs, BIERI, p. 113.

<sup>1266</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 8 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 11 ad art. 262.

<sup>1267</sup> TRECHSEL/VEST, n° 2 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 4 ad art. 262, qui sont d'avis qu'un lieu où le corps est conservé entre dans la définition de la loi. *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 9 ad art. 262, qui est d'avis qu'un lieu de repos provisoire n'est pas protégé.

<sup>1268</sup> *Contra* : HK StGB-SCHUBARTH, n° 12 ad art. 262.

<sup>1269</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 11 ad art. 262 ; BIERI, p. 111, qui donne l'exemple d'un cimetière militaire près d'un champ de bataille dont les corps pourront être réclamés par les proches. Sur cette question en France après la 1<sup>ère</sup> Guerre mondiale, cf. PAU.

suite de circonstances fortuites n'est en revanche pas protégé par l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP<sup>1270</sup>.

- 453 De manière très pragmatique, ce terme désigne ainsi l'espace en trois dimensions qui va accueillir le cadavre : la fosse, ce qui la comble (terre ou autre) et ce qui la surmonte (monument)<sup>1271</sup>. Il peut s'agir d'une tombe (dans un cimetière ou non), d'une niche pour urne funéraire, d'une crypte, d'un ossuaire ou d'un mausolée<sup>1272</sup>. La décoration du monument en fait partie<sup>1273</sup>. En principe, il faut que les restes du défunt y soient déposés<sup>1274</sup>. Un monument funéraire qui ne contiendrait pas le cadavre d'un défunt, parce qu'il est décédé dans des circonstances qui n'ont pas permis de retrouver son corps doit toutefois être protégé<sup>1275</sup>. Par contre, un monument qui est élevé en souvenir d'un défunt (une statue par exemple), mais qui n'a pas pour fonction de lui servir de sépulture, ne doit pas être protégé. À notre sens, un cénotaphe n'est pas protégé par l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP. Le lieu où est situé un tel monument (cimetière ou non) ainsi que l'existence d'une véritable sépulture du défunt dans un autre endroit sont des critères décisifs. L'urne contenant les cendres d'un mort est également « le lieu où repose un mort »<sup>1276</sup>.
- 454 La loi parle du lieu où repose un mort. Selon nous, la loi ne désigne pas uniquement les personnes décédées<sup>1277</sup>. Le droit pénal doit alors suivre le droit administratif. Si le droit, cantonal permet l'inhumation d'autre entité humaine (un enfant mort-né ou un enfant né sans vie), la protection pénale doit être accordée<sup>1278</sup>.

---

<sup>1270</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 9 ad art. 262.

<sup>1271</sup> Dans ce sens, BIERI, p. 107.

<sup>1272</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 9 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 8 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 11 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 2 ad art. 262 ; BIERI, p. 108 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 4 ad art. 262. Sur la protection hors des cimetières, PV Avant-Projet CP 1913, p. 341.

<sup>1273</sup> BIERI, p. 113.

<sup>1274</sup> BIERI, p. 111.

<sup>1275</sup> Nous pensons à l'hypothèse prévue par l'art. 34 CC. HK StGB-SCHUBARTH, n° 14 ad art. 262, qui évoque la question sans prendre position.

<sup>1276</sup> LOGOZ, Tome II, n° 2a ad art. 262 ; BIERI, p. 108. Dans les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 339. *Contra* : HK StGB-SCHUBARTH, n° 14 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ad art. 262, pour qui le critère décisif est le « dévouement » d'un endroit où l'urne est déposée.

<sup>1277</sup> Sur la notion de personne décédée, *cf. infra* n° 600 ss.

<sup>1278</sup> Sur le statut des enfants mort-nés et nés sans vie, *cf. infra* n° 620 ss. Sur leur sépulture, *cf. infra* n° 637 ss. *Contra* : TRECHSEL/VEST, n° 2 ad art. 262, pour qui le lieu où repose un fœtus n'est pas protégé par l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP.

La question de la durée de la protection se pose. Selon la doctrine, la protection des lieux où reposent des morts est limitée dans le temps<sup>1279</sup>. Tout d'abord, la protection s'éteint avec la disparition du lieu de repos : la désaffectation d'une tombe après la période d'inhumation dans un cimetière met fin à la protection<sup>1280</sup>. Toutefois, l'absence d'une pierre tombale ou son retrait ne suffisent pas, si le cadavre ou des restes humains s'y trouvent toujours<sup>1281</sup>. 455

Nous avons vu que le sentiment de pitié envers les morts est lié à la notion de dignité humaine. Nous sommes d'avis que tant que le lieu contient des restes humains (c'est-à-dire du matériel biologique humain), le sentiment de pitié perdure<sup>1282</sup>. Il ne disparaît qu'avec la disparition physique du cadavre. Nous allons traiter de ces questions de manière approfondie dans notre chapitre consacré aux limites de la notion de cadavre<sup>1283</sup>. 456

Toutefois, l'écoulement du temps a certaines conséquences. Avec le temps qui passe, l'existence et l'emplacement d'un lieu où repose un mort peuvent tomber dans l'oubli. Cela a un effet sur l'élément subjectif de l'infraction, sur lesquels nous allons revenir. Par ailleurs, le lieu où repose un mort peut acquérir une valeur scientifique, en particulier du point de vue de l'archéologie. Dans cette situation, la profanation du lieu où repose un mort n'est pas punissable, car elle est autorisée par la loi (art. 14 CP). Par exemple, dans le canton de Vaud, les fouilles archéologiques sont réglementées aux art. 67 ss de la loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites du 10 décembre 1969 (LPNMS) et les art. 38 ss du règlement vaudois d'application de la loi du 10 décembre 1969 sur la protection de la nature, des monuments et des sites du 22 mars 1989 (RLPNMS)<sup>1284</sup>. 457

<sup>1279</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 16 ad art. 262 ; BIERI, p. 108 ss. Dans les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 338.

<sup>1280</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470 ; BIERI, p. 114. Sur la période d'inhumation et la désaffectation des sépultures, *cf. infra* n° 1255 ss.

<sup>1281</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ad art. 262.

<sup>1282</sup> *Contra* : BIERI, p. 108, pour qui la protection s'éteint lorsque le sentiment de pitié des proches a disparu, par exemple, lorsqu'il n'y a plus de proches pour se rappeler le défunt.

<sup>1283</sup> *Cf.* chapitre 8, en particulier le n° 705.

<sup>1284</sup> Respectivement BLV 450.11 et BLV 450.11.1.

## B. *L'élément subjectif*

458 L'art. 262 ch. 1 al. 1 CP est une infraction intentionnelle, pour laquelle le dol éventuel suffit selon la majorité de la doctrine<sup>1285</sup>. L'intention doit s'étendre au caractère grossier de la profanation<sup>1286</sup>. Quelques auteurs sont d'avis que l'exigence de grossièreté exclut le dol éventuel et que l'auteur doit agir à dessein<sup>1287</sup>. Le caractère grossier du comportement de l'auteur est un élément objectif de l'infraction et non subjectif, raison pour laquelle il suffit que l'auteur agisse par dol éventuel. D'ailleurs, le mobile de l'auteur n'a pas d'importance<sup>1288</sup>. L'intention doit également porter sur le fait qu'il s'agit d'un lieu où repose un mort<sup>1289</sup>. Le lieu où repose un mort doit être en principe reconnaissable pour l'auteur<sup>1290</sup>. Cependant, un corps ou une urne enterrés sur un terrain privé sans indication est également protégé, du moment que l'auteur sait qu'il est en présence d'une sépulture<sup>1291</sup>. À l'inverse, si l'auteur ignore la présence d'un lieu où repose un mort, il n'est pas punissable. L'élément subjectif de l'infraction fait défaut si une personne creuse dans son jardin et découvre une tombe datant du Moyen-Âge, dont il n'avait pas de raison de se douter de l'existence.

## C. *Les concours*

459 L'art. 262 ch. 1 al. 1 CP peut entrer en concours idéal (*Idealkonkurrenz*) avec le dommage à la propriété (art. 144 CP) si l'auteur endommage le monument funéraire, ou avec le vol si l'auteur dérobe tout ou partie du monument<sup>1292</sup>. Un

---

<sup>1285</sup> TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 CP ; CORBOZ, Les infractions, n° 8 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 21 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 2c ad art. 262 ; BIERI, p. 120 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 8 ad art. 262.

<sup>1286</sup> TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 CP ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 16 ad art. 262.

<sup>1287</sup> CR CP II-MOREILLON, n° 18 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 21 ad art. 262.

<sup>1288</sup> BIERI, p. 120.

<sup>1289</sup> LOGOZ, Tome II, n° 2c ad art. 262 ; BIERI, p. 120 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 6 ad art. 262. Le dol éventuel suffit. Pour les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 342.

<sup>1290</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 10 ad art. 262 ; BIERI, p. 112, pour qui une pierre tombale n'est pas nécessaire, il suffit d'une croix ou d'un monticule de terre.

<sup>1291</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 10 ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 470.

<sup>1292</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 15 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 8 ad art. 262 ; BIERI, p. 115 et 135 ss. *Contra* : LOGOZ, Tome II, n° 1 ad art. 262, pour qui il y a un concours improprement dit, sauf si le monument funéraire a une valeur considérable. Dans ce cas, il y a un concours idéal. HAFTER, Besonderer Teil, p. 470, pour qui l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP absorbe le dommage à la propriété.

concours idéal est également possible avec l'art. 175 CP si la profanation se double d'une diffamation ou d'une calomnie envers le défunt, par exemple une inscription sur la tombe<sup>1293</sup>. Enfin, si la profanation a lieu dans un cimetière confessionnel, un concours idéal avec l'art. 261 al. 3 CP est envisageable<sup>1294</sup>.

## V. La profanation ou le trouble d'une cérémonie ou d'un convoi funèbre

### A. Les éléments objectifs

#### 1. Le trouble ou la profanation

La profanation et le trouble ne sont pas des synonymes<sup>1295</sup>. Pour la profanation, nous renvoyons à nos développements précédents<sup>1296</sup>. Il faut considérer la profanation comme une atteinte physique avec un manque de respect. Il peut s'agir de s'en prendre aux participants ou aux objets impliqués dans la cérémonie ou le convoi funèbre<sup>1297</sup>. La notion de trouble vise un comportement choquant et perturbateur<sup>1298</sup>. Le trouble empêche le déroulement normal de la cérémonie ou du convoi funèbre<sup>1299</sup>. Contrairement à la profanation, l'auteur ne procède pas à une attaque de nature physique. Le trouble peut consister dans des bruits, des menaces, de la contrainte ou le fait d'empêcher autrement la tenue de la cérémonie ou du convoi<sup>1300</sup>. 460

#### 2. Le convoi ou la cérémonie funèbre

Le trouble ou la profanation doit viser un convoi ou une cérémonie funèbre<sup>1301</sup>. La cérémonie funèbre correspond à la réunion qui permet de prendre congé et 461

---

<sup>1293</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 16 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 8 ad art. 262.

<sup>1294</sup> BIERI, p. 115.

<sup>1295</sup> *Contra* : BIERI, p. 104, qui cite les travaux préparatoires : PV Avant-Projet CP 1913, p. 339.

<sup>1296</sup> Cf. *supra* n° 446 ss.

<sup>1297</sup> BIERI, p. 105.

<sup>1298</sup> CR CP II-MOREILLON, n° 11 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262.

<sup>1299</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2 et les réf. citées.

<sup>1300</sup> LOGOZ, Tome II, n° 3b ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471 ; BIERI, p. 103.

<sup>1301</sup> OFK StGB/JStG-WEDER, n° 4 ad art. 262.



rendre honneur au défunt, en général en présence de son cadavre<sup>1302</sup>. Elle doit avoir lieu peu de temps avant ou après l'inhumation du défunt ou de ses cendres<sup>1303</sup>. Il n'est pas nécessaire que la cérémonie soit religieuse, mais elle doit être solennelle (l'apéritif après les funérailles ne rentre pas dans la définition)<sup>1304</sup>. Une cérémonie de souvenir ou des commémorations ne sont pas protégées si elles n'ont pas un rattachement temporel ou spatial étroit<sup>1305</sup>. La cérémonie funèbre peut notamment avoir lieu devant la tombe, dans une église ou une chapelle funéraire<sup>1306</sup>. Un convoi funèbre transporte le cadavre du défunt ou ses cendres<sup>1307</sup>. Il transfère et accompagne le défunt vers le lieu où il va reposer<sup>1308</sup>.

## B. *Les éléments subjectifs*

### 1. **Le caractère méchant**

462 Le caractère méchant apparaît à l'art. 261 al. 2 et 3 CP et il s'agit de la même notion<sup>1309</sup>. Pour la jurisprudence et la doctrine majoritaire, il s'agit d'un élément subjectif<sup>1310</sup>. Cette solution doit être suivie. La doctrine minoritaire considère que le caractère méchant du trouble, comme le caractère grossier de la profanation sont indistinctement des éléments objectifs<sup>1311</sup>.

---

<sup>1302</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 18 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 25 ad art. 262 ; BIERI, p. 99.

<sup>1303</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 18 ad art. 262.

<sup>1304</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 18 ad art. 262.

<sup>1305</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 18 ad art. 262, qui évoque une cérémonie sur le lieu d'un accident ou d'un crime ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262. On peut également penser aux messes d'anniversaire de décès chez les catholiques.

<sup>1306</sup> BIERI, p. 99.

<sup>1307</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 17 ad art. 262.

<sup>1308</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 24 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 9 ad art. 262 ; BIERI, p. 99. *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 11 ad art. 262.

<sup>1309</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 20 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 11 ad art. 262. *Contra* : CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262.

<sup>1310</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2 et les réf. citées ; ATF 86 IV 19, consid. 4. BSK StGB II-FIOLKA, n° 20 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 18 ad art. 262 ; BIERI, p. 105 ss.

<sup>1311</sup> CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262, qui se base sur l'ATF 109 IV 129 = JdT 1984 IV 83 (trad.), consid. 1, qui traite du caractère grossier ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 26 ad art. 262.

Le caractère méchant implique une infamie consciente, de l'insolence ou au minimum un manque de piété<sup>1312</sup>. Un manque de tact ne suffit pas<sup>1313</sup>. Comme le résumait les juges de Mon Repos : « *L'auteur agit méchamment au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 2 CP lorsqu'il a la volonté de mépriser les proches dans leur sentiment de piété à l'égard du mort ou lorsqu'il a conscience de les blesser dans ce sentiment* »<sup>1314</sup>. Cette approche permet d'éviter que tous les actes intentionnels qui perturbent la cérémonie ou le convoi funèbres ne soient punissables mais garantit la protection du sentiment de piété et des bonnes mœurs<sup>1315</sup>. On peut imaginer comme exemple d'un trouble dépourvu de méchanceté le cas d'ouvriers travaillant à proximité d'un cimetière et dont le bruit des travaux dérange la cérémonie funèbre<sup>1316</sup>.

## 2. L'intention

Il s'agit d'une infraction intentionnelle, pour laquelle le dol éventuel suffit pour la doctrine majoritaire<sup>1317</sup>. Une minorité des auteurs applique le même raisonnement que pour l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP et estime que l'exigence de méchanceté du trouble fait que le dol éventuel n'a pas sa place<sup>1318</sup>. L'auteur doit avoir la conscience et la volonté du caractère méchant de son comportement<sup>1319</sup>. Le Tribunal fédéral admet la réalisation par dol éventuel du dessein (qui est un élément subjectif) d'une infraction<sup>1320</sup>. Nous sommes d'avis que le dol éventuel

<sup>1312</sup> OFK StGB/JStG-WEDER, n° 5 ad art. 262.

<sup>1313</sup> HAFTER, Besonderer Teil, p. 471.

<sup>1314</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2. Cet arrêt se base sur CORBOZ, Les infractions, n° 16 ad art. 261. Le considérant fait un bon résumé des positions de la doctrine.

<sup>1315</sup> Arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2, qui cite le MCF CP, FF 1918 IV, p. 64.

<sup>1316</sup> Cf. également l'arrêt du TF 6B\_515/2019, du 19 juin 2019, consid. 1.1.2, qui cite DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 226, qui évoque l'exemple d'un automobiliste qui trouble un convoi funèbre parce qu'il est pressé.

<sup>1317</sup> TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 8 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 27 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 3c ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 11 ad art. 262.

<sup>1318</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 20 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 18 ad art. 262.

<sup>1319</sup> TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 16 ad art. 262.

<sup>1320</sup> Arrêt du TF 6B\_1268/2018, 6B\_1275/2018 du 15 février 2019, consid. 2.2 (en l'espèce, le dessein d'enrichissement illégitime dans le cadre d'un abus de confiance) ; ATF 119 IV 154 = JdT 1995 IV 84 (trad.), consid. 2d ; ATF 118 IV 32, consid. 2a ; ATF 105 IV 330 = JdT 1981 IV 87 (trad.), consid. 2c et les réf. citées. *Contra* : CR CP I-VILLARD/CORBOZ, n° 13 ad art. 12 ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, n° 76 ss ad art. 12 et les réf. citées.

est possible sur les éléments objectifs (le trouble ou la profanation, le convoi ou la cérémonie funèbre) et sur l'élément subjectif de méchanceté.

### C. *Les concours*

465 Si la cérémonie funèbre comporte un office religieux, l'art. 262 ch. 1 al. 2 CP absorbe comme *lex specialis* l'art. 261 CP (concours imparfait)<sup>1321</sup>. Si le trouble ou la profanation de l'auteur cause une atteinte à l'intégrité physique des participants à la cérémonie ou au convoi funèbre, il y a un concours idéal avec les art. 122 ss CP<sup>1322</sup>. Un concours idéal avec des menaces (art. 180 CP) ou de la contrainte (art. 181 CP) est possible. Les actes de l'auteur peuvent aussi entrer en concours idéal avec une violation de propriété (art. 186 CP), s'il pénètre sans droit dans le lieu où la cérémonie funèbre a lieu<sup>1323</sup>.

## VI. **La profanation ou l'outrage public d'un cadavre humain**

### A. *Les éléments objectifs*

#### 1. **La profanation**

466 Dans le cadre de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP, la profanation implique un acte physique sur le cadavre, qui dénote d'un manque de respect, du mépris<sup>1324</sup>. Contrairement à l'art. 262 ch. 1 al. 1 et 2 CP, les éléments de « grossièreté » ou de « méchanceté » ne sont pas exigés par la loi<sup>1325</sup>. Dès qu'il y a une atteinte à « l'intégrité physique » du cadavre, il faut se demander si celle-ci est irrespectueuse. Les normes sociales sont décisives pour déterminer ce qui constitue une

---

<sup>1321</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 21 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 28 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 3a ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471 ; BIERI, p. 134.

<sup>1322</sup> LOGOZ, Tome II, n° 3b ad art. 262 ; BIERI, p. 103 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 13 ad art. 262.

<sup>1323</sup> BIERI, p. 104.

<sup>1324</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; ATF 129 IV 172, consid. 2.1 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 141 ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 5a ad art. 262. Sur la notion de profanation, cf. *supra* n° 446 ss.

<sup>1325</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich, du 26 octobre 1948, ZR 1949, n° 98, p. 167.

profanation<sup>1326</sup>. L'acte doit apparaître objectivement comme une profanation, et non pas selon la subjectivité de tiers comme les proches du défunt<sup>1327</sup>. En principe, toute atteinte physique au cadavre qui ne poursuit pas un but légitime est profanatoire<sup>1328</sup>, comme par exemple le fait de déshabiller, de détrousser, de mutiler ou de découper un cadavre<sup>1329</sup>. Le fait d'enlever des éléments artificiels rattachés durablement au corps (dents en or, prothèse, œil de verre) revient à porter une atteinte physique à celui-ci<sup>1330</sup>. Des actes sexuels sur un cadavre (nécrophilie) constituent une profanation<sup>1331</sup>. L'anthropophagie implique elle aussi la profanation d'un cadavre<sup>1332</sup>. Le fait d'abandonner le cadavre à la merci

<sup>1326</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 29 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 122. Cf. également TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 44.

<sup>1327</sup> OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 10 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 126 ; BIERI, p. 33.

<sup>1328</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich SE090044/U/eh, du 7 avril 2010, consid. 3.1.1 ; arrêt du TF 6B 969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1. BSK StGB II-FIOLKA, n° 26 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 33 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 123 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; BIERI, p. 32 ; HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 471.

<sup>1329</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1 ; arrêt du TF 6S.668/2001, du 24 janvier 2002. HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 141 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 26 ad art. 262 ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 5a ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 13 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; BIERI, p. 32 ; HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 471.

<sup>1330</sup> ATF 72 IV 150 = JdT 1947 IV 43 (trad.), consid. 4, qui semble le sous-entendre. TRECHSEL/VEST, n° 2 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 26 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 123 ; SCHÖNING, p. 145 ; BIERI, p. 34 s.

<sup>1331</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich SE090044/U/eh, du 7 avril 2010 (pénétration anale avec un déodorant) ; arrêt du TF 6S.104/2002, du 22 octobre 2003 (rapports sexuels avec le cadavre d'une prostituée qui vient d'être tuée). TRECHSEL/VEST, n° 3 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 26 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 13 ad art. 262 ; CORBOZ, *Les infractions*, n° 3 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 34 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 123 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 471 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 6 ad art. 262. *Contra* : BIERI, p. 37 ss, pour qui l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP ne réprime pas la nécrophilie. Dans les travaux préparatoires (sans être clair sur la volonté définitive), PV Avant-Projet CP 1913, p. 346. Sur la nécrophilie, sous l'angle de l'ancien droit zurichois et des projets de Code pénal fédéral, PFENNINGER, RPS, p. 33 ss.

<sup>1332</sup> BIERI, p. 36. Il n'existe pas à notre connaissance d'affaires récentes de cannibalisme en Suisse. Pour un exemple en Allemagne, l'affaire du « cannibale de Rotenburg » Armin Meiwes en 2001. Sur cette affaire, cf. les arrêts du *Bundesgerichtshof*, 2 StR 310/04, du 22 avril 2005 et 2 StR 518/06, du 7 février 2007. L'auteur est notamment condamné au titre du § 168 Abs. 1 du StGB allemand (*Störung der Totenruhe*) équivalent à l'art. 262 ch.1 al. 3 CP. Pour le canton de Vaud, on peut penser au fait divers qui a servi de base au roman de Jacques Chessex, le *Vampire de Ropraz*. En janvier 1903, le cadavre de Rosa Gilliéron est découvert deux jours après son enterrement, victime d'actes cannibales et nécrophiles. Deux autres cas auront lieu en février à Carrouge et Ferlens, sans que le coupable soit retrouvé.

d'animaux est une profanation<sup>1333</sup>. En pratique, la profanation est souvent commise après un homicide, la plupart du temps pour faire disparaître le cadavre<sup>1334</sup>. Notons qu'en soi, une démarche artistique ne saurait être considérée comme un but légitime justifiant une atteinte à l'intégrité du cadavre<sup>1335</sup>.

- 467 L'atteinte doit donc reposer sur un but légitime. Des actes qui entraînent une atteinte physique au cadavre sont courants. Nous pensons en particulier au prélèvement d'organes à des fins de transplantation, aux activités de recherche, aux différentes formes d'autopsie (médico-légale, médicale, sanitaire et d'anatomie) ou aux examens génétiques<sup>1336</sup>. Ces actes sont généralement admis par la société et ont un but considéré comme légitime. Il se pose néanmoins la question de leur caractère profanatoire au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1337</sup>.
- 468 La doctrine considère que ces actes ne constituent pas des profanations, en particulier en raison de leur but légitime<sup>1338</sup>. Par exemple, le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules pour une transplantation n'est pas, sur le prin-

---

<sup>1333</sup> Arrêt du TF 6B\_484/2020, 6B\_485/2020, du 21 janvier 2021, consid. 9.3, qui reprend les considérations des juges de la cour cantonale : « Ces actes de dissimulation du cadavre constituaient des gestes de mépris et de dépréciation au sens de l'art. 262 ch. 1 CP ».

<sup>1334</sup> Arrêt du TF 6B\_484/2020, 6B\_485/2020, du 21 janvier 2021 et arrêt du TF 1B\_28/2018, du 12 février 2018 (cadavre enfermé dans un réservoir à eau et jeté au fond d'un ravin) ; arrêt du TF 6B\_284/2012, du 29 octobre 2012 (cadavre brûlé et enterré dans une forêt) ; arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich SE090044/U/eh, du 7 avril 2010 (pénétration anale avec un déodorant) ; arrêt du TF 1B\_90/2007, du 7 juin 2007 (cadavre incinéré dans une usine de traitement des déchets) ; arrêt du TF 6S.435/2005, du 16 février 2006 (lésions génitales) ; arrêts du TF 6S.292/2003, du 25 septembre 2003 et 6S.307/2003, 6S.309/2003 et 6P.112/2003, du 9 octobre 2003 (cadavre abandonné dans une forêt auquel on a mis le feu, après avoir échoué à l'enterrer) ; arrêt du TF 6S.668/2001, du 24 janvier 2002 (cadavre découpé et jeté probablement dans la Limmat). HK StGB-SCHUBARTH, n° 33 ad art. 262.

<sup>1335</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 35 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 45 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 124.

<sup>1336</sup> Cf. *infra* les chapitres 9 à 12 sur ces interventions.

<sup>1337</sup> Il ne fait pas de doute que ces actes, utiles, ne doivent pas tomber sous l'empire du CP. Deux analyses nous semblent envisageables : soit ces actes ne sont pas des profanations, soit ils sont profanatoires, mais sont autorisés par la loi au sens de l'art. 14 CP. Le résultat est sensiblement le même. Sur l'art. 14 CP dans la cadre des autopsies, TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 46.

<sup>1338</sup> STRATENWERTH/BOMMER, p. 222 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 3 ad art. 262 ; BIERI, p. 43 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; HAFTER, *Besonderer Teil*, p. 471 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 15 ad art. 262. Dans les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 338.

cipe, considéré comme une profanation par de nombreux auteurs<sup>1339</sup>. Une autopsie effectuée selon les règles de l'art et avec le consentement du défunt ou subsidiairement de ses proches, ne constitue pas une profanation non plus<sup>1340</sup>.

Dans l'ATF 129 IV 172, le Tribunal fédéral a considéré qu'une autopsie ou le prélèvement d'organes contre la volonté du défunt ou de ses proches ne tombe pas sous le coup de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP, car un but légitime est poursuivi et que ces actes n'impliquent pas un manque de respect du défunt<sup>1341</sup>. Les juges de Mon Repos se réfèrent pour justifier leur position, sans autre explication, à l'ATF 72 IV 150. Dans cet arrêt de 1946 qui ne traite ni d'autopsie, ni de prélèvement d'organes, le Tribunal fédéral considère que le retrait de quatre dents en or sur demande des personnes ayant le droit de disposer du cadavre n'est pas profanatoire<sup>1342</sup>.

L'exigence du consentement au don d'organes est l'une des conditions de l'art. 8 LTx. Ne pas tenir compte de l'exigence de consentement est un signe d'un manque de respect flagrant pour le défunt et le sentiment de piété envers les morts<sup>1343</sup>. Comme nous le verrons plus loin, les autopsies peuvent être autorisées soit sur la base du consentement du défunt ou de ses proches (autopsie médicale ou d'anatomie), soit sur un ordre de l'autorité (comme les autopsies médico-légales ou sanitaires)<sup>1344</sup>. Si l'autopsie doit reposer sur un consentement, le non-respect de cette condition constitue une profanation<sup>1345</sup>. Si l'auto-

<sup>1339</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 141 et 143 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 27 ad art. 262 ; FREI, p. 130 ; SPLISGARDT, p. 128 ; SCHÖNING, p. 145 ss ; HINDERLING, RSJ 1969, p. 236, note 12. Il n'est pas possible de passer par un état de nécessité au sens de l'art. 17 CP : TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 44 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 39 ad art. 262. *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 58 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 11 ad art. 262 et les réf. citées.

<sup>1340</sup> TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 44 ; SPLISGARDT, p. 129 ; SCHÖNING, p. 146. Sur la question du consentement, cf. *infra* n° 470 ss.

<sup>1341</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1, qui renvoie à l'ATF 72 IV 150 = JdT 1947 IV 43 (trad.), consid. 4. Dans la doctrine, HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 141 s. ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 27 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 222.

<sup>1342</sup> ATF 72 IV 150 = JdT 1947 IV 43 (trad.), consid. 4. BIERI, p. 45, qui critique la conclusion du Tribunal fédéral et estime que les proches auraient dû être reconnus coupables d'instigation à la profanation d'un cadavre.

<sup>1343</sup> SPLISGARDT, p. 131 ss ; SCHÖNING, p. 149.

<sup>1344</sup> Sur les autopsies médicales, cf. *infra* n° 961 ss. Sur les autopsies d'anatomie, cf. *infra* n° 984 ss. Sur les autopsies médico-légales, cf. *infra* n° 924 ss. Sur les autopsies sanitaires, cf. *infra* n° 1000 ss.

<sup>1345</sup> LÜTHY *et alii*, p. 21.

rité peut se passer du consentement du défunt ou de ses proches, le fait d'ordonner une autopsie contre leur volonté n'est pas profanatoire. Par contre, une autopsie ordonnée par une autorité non compétente est profanatoire.

- 471 Les soins du défunt en vue de son inhumation (habillage, maquillage, etc.), la thanatopraxie, les examens génétiques ou les activités de recherche sur un cadavre ne sont pas profanatoires si les dispositions légales (consentement ou autorisation) et les règles de l'art sont respectées<sup>1346</sup>.
- 472 Certains auteurs analysent l'exhumation comme une profanation du cadavre<sup>1347</sup>. Le processus de désintégration du corps est protégé et un acte qui vient l'interrompre est profanatoire<sup>1348</sup>. À notre sens, l'exhumation doit être appréhendée, en principe, soit comme une profanation d'un lieu où repose un mort (art. 262 ch. 1 al. 1 CP), soit comme une soustraction de cadavre (art. 262 ch. 2 CP). Nous renvoyons donc aux développements qui sont consacrés à ces infractions<sup>1349</sup>.
- 473 Un acte sur le cadavre ayant un but légitime peut être profanatoire si son déroulement dénote un manque de respect<sup>1350</sup>. Ainsi, le caractère profanatoire peut provenir d'une manière de traiter le cadavre qui dénote le manque de respect de l'auteur<sup>1351</sup>. On peut mentionner les exemples suivants :
- un acte inutile, qui le défigure ou l'enlaidit<sup>1352</sup> ;
  - une violation des règles de l'art médical<sup>1353</sup> ;
  - un acte qui poursuit un but commercial<sup>1354</sup> ;

---

<sup>1346</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 41 ss ad art. 262.

<sup>1347</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 34 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 123 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471.

<sup>1348</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 34 ad art. 262.

<sup>1349</sup> Cf. *supra* n° 446 ss et *infra* n° 495 ss.

<sup>1350</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1. FREI, p. 130 ; SCHÖNING, p. 146.

<sup>1351</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.1 ; arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich, du 26 octobre 1948, ZR 1949, n° 98, p. 167 : le fait d'emballer le corps d'un défunt, que l'auteur n'a pas tué, dans une baignoire avant de le jeter dans un cours d'eau. Pour des raisons de procédure, le tribunal n'analyse pas ces faits sous l'angle de l'art. 262 ch. 2 CP. OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 6 ad art. 262 ; BIERI, p. 32 ss.

<sup>1352</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 141, qui évoque le cas d'un chirurgien anglais qui a inscrit ses initiales sur le rein qu'il transplantait ; CR CP II-MOREILLON, n° 14 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 128 ; BIERI, p. 43.

<sup>1353</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 141 ; SPLISGARDT, p. 128 ; SCHÖNING, p. 147.

<sup>1354</sup> SPLISGARDT, p. 139.

- un acte pratiqué par une personne non qualifiée (un acte médical réalisé par une personne sans formation adéquate ou sans le matériel approprié)<sup>1355</sup> ;
- un délai excessif pour rendre le corps ou des organes prélevés après une autopsie<sup>1356</sup> ;
- un prélèvement qui revient à considérer le corps comme un simple « réservoir d'organes »<sup>1357</sup>.

L'infraction peut faire l'objet d'une commission par omission au sens de l'art. 11 CP si l'auteur avait le devoir de prendre des mesures pour le soin du cadavre<sup>1358</sup>. Le fait de laisser reposer un cadavre dans son sang durant deux jours dans une morgue après un accident de montagne, malgré le devoir juridique de s'en occuper, est punissable<sup>1359</sup>. 474

<sup>1355</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.2 et 2.3 (le retrait d'un stimulateur cardiaque avec un canif par un employé de pompes funèbres). TRECHSEL/VEST, n° 3 ad art. 262 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 3 ad art. 262 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 142 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 8 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262. BSK StGB II-FIOLKA, n° 32 ad art. 262, qui critique la décision du Tribunal fédéral en considérant qu'un employé des pompes funèbres ayant des connaissances anatomiques peut procéder à une telle opération de manière respectueuse et sans altérer le cadavre plus que nécessaire.

<sup>1356</sup> SPLISGARDT, p. 138. Dans le même sens, BSK StGB II-FIOLKA, n° 27 ad art. 262, qui précise que le fait de ne pas replacer des organes ou des tissus prélevés durant une autopsie dans le corps pour son inhumation n'est pas constitutif d'une infraction.

<sup>1357</sup> SPLISGARDT, p. 128 ; SCHÖNING, p. 148. Les auteurs parlent de « *Multiorganentnahme* », soit le prélèvement complet de tous les organes et tissus potentiellement utilisables, et non pas simplement le prélèvement de plusieurs organes, cf. SCHÖNING, p. 148.

<sup>1358</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 1 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 28 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 5b ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 14 ad art. 262.

<sup>1359</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, faits. BSK StGB II-FIOLKA, n° 28 ad art. 262, qui consacre quelques développements à cette question. Il donne l'exemple de l'usage dans le domaine hospitalier de retirer le matériel médical comme les sondes ou les cathéters, de faire une toilette pour éliminer d'éventuelles salissures et de positionner le corps dans une position naturelle pour qu'il soit présentable et que les proches puissent dire adieu à la personne défunte ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 5b ad art. 262.



## 2. L'outrage public

- 475 Contrairement à la profanation, l'outrage implique un mépris qui s'exprime d'une autre manière que par une atteinte physique au cadavre<sup>1360</sup>. Il s'agit de l'expression d'un jugement de valeur négatif, insultant et déshonorant sur le défunt, exprimé en présence de son cadavre<sup>1361</sup>. Il peut s'agir de paroles, d'écrits, d'images, de faits et gestes ou d'autres manières d'exprimer un jugement<sup>1362</sup>. Le traitement du cadavre est entouré de discrétion et d'un tabou dans notre société : le caractère public d'un acte peut le rendre outrageant<sup>1363</sup>.
- 476 La doctrine et la jurisprudence considèrent que l'outrage est synonyme de l'insulte au sens de l'art. 177 ch. 1 CP<sup>1364</sup>. Toutefois l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP ne protège pas l'honneur du défunt, mais le sentiment de piété<sup>1365</sup>. L'honneur des proches n'est pas protégé non plus<sup>1366</sup>. Selon nous, la notion d'outrage vise les situations où l'on porte atteinte au sentiment de piété en témoignant du mépris sans s'en prendre physiquement au cadavre. Selon le Tribunal fédéral, l'auteur doit « *consciemment et volontairement, livrer sa victime à la honte et à l'opprobre* »<sup>1367</sup>.
- 477 Seul l'outrage doit revêtir un caractère public, pas la profanation<sup>1368</sup>. Le caractère public est réalisé si l'auteur s'adresse à un groupe de personnes important

---

<sup>1360</sup> BIERI, p. 47 ss, qui considère qu'il s'agit d'une forme de profanation au sens large, qui porte atteinte à l'intégrité du défunt. Les travaux préparatoires semblent aller dans le sens de cette distinction, cf. PV Avant-Projet CP 1913, p. 339.

<sup>1361</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 1. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 3 ad art. 262 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 143 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 36 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 48 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; BIERI, p. 49 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 472.

<sup>1362</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 47 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; BIERI, p. 48 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 472 ; SONTAG, p. 389.

<sup>1363</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 33 ad art. 262. Sur la discrétion en matière de pompes funèbres, cf. *infra* n° 1152 ss.

<sup>1364</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 2. TRECHSEL/VEST, n° 3 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 36 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262 ; BIERI, p. 48 et 51 (nuancé), pour qui la notion d'insulte correspond à celle de l'art. 177 CP, mais où le caractère public est restrictif.

<sup>1365</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 36 ad art. 262 ; BIERI, p. 48.

<sup>1366</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 2. OFK StGB/JStG-WEDER, n° 1 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 222. *Contra* : HAFTER, Besonderer Teil, p. 472 ; BIERI, p. 50, pour qui le sentiment de piété des proches est protégé.

<sup>1367</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 2. OFK StGB/JStG-WEDER, n° 9 ad art. 262.

<sup>1368</sup> OFK StGB/JStG-WEDER, n° 10 ad art. 262. Dans les travaux préparatoires, PV Avant-Projet CP 1913, p. 342 ss.

ou indéterminé, dans un lieu accessible à tous ou au moyen d'un média<sup>1369</sup>. L'outrage n'est pas punissable si l'auteur est seul en présence du corps<sup>1370</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'outrage ait causé un scandale public<sup>1371</sup>.

Un enterrement céleste tibétain où le cadavre est exposé à l'air libre pour que les oiseaux viennent le dévorer relève de l'outrage et non de la profanation, puisqu'il n'y a pas d'atteintes directes de la part d'un être humain<sup>1372</sup>. À l'inverse, l'appréciation morale critique du suicide d'une personne adultère lors de sa cérémonie funèbre n'est pas insultante<sup>1373</sup>. L'évocation de faits objectifs de la vie du défunt, connus au-delà du cercle de ses proches, n'est pas punissable<sup>1374</sup>. 478

### 3. *Excursus : les expositions de cadavres plastinés*

L'anatomiste allemand Gunther von Hagens a mis au point en 1977 une technique permettant de « plastiner » des corps humains<sup>1375</sup>. La technique repose sur cinq étapes : injection de formol dans le système sanguin pour stopper la décomposition et dissection des tissus conjonctifs et graisseux ; repos du corps dans un bain d'acétone à -25°C pour faire disparaître les graisses et l'eau ; imprégnation du corps par un bain dans une solution de polymère qui remplace l'acétone ; positionnement du corps ; fixation du polymère au moyen d'un gaz<sup>1376</sup>. Depuis les années 1990, de nombreuses expositions de cadavres plastinés ont parcouru le monde<sup>1377</sup>. La question de leur légalité en particulier sous l'angle du droit pénal se pose<sup>1378</sup>. L'exposition de cadavres plastinés constitue-t-elle une profanation ou un outrage public d'un cadavre ? 479

<sup>1369</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 49 ad art. 262 ; BIERI, p. 51.

<sup>1370</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 49 ad art. 262 ; BIERI, p. 51.

<sup>1371</sup> LOGOZ, Tome II, n° 4b ad art. 262.

<sup>1372</sup> *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 30 ad art. 262, pour qui cela relève de la profanation.

<sup>1373</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 4. TRECHSEL/VEST, n° 3 ad art. 262.

<sup>1374</sup> ATF 73 IV 189 = JdT 1948 IV 13 (trad.), consid. 4. BIERI, p. 50.

<sup>1375</sup> CLAIRE, p. 136 ; ROACH, p. 258. Cf. l'article du journal *24Heures* « Plongée dans l'antre du docteur von Hagens », du 16-18 septembre 2017.

<sup>1376</sup> CLAIRE, p. 137 ; ROACH, p. 258 ss. Pour une analyse sous l'angle du droit allemand, cf. TAG, *Plastination*, p. 387 ss. Cf. également l'article du journal *24Heures* « Plongée dans l'antre du docteur von Hagens », du 16-18 septembre 2017 ainsi que les explications disponibles sur le site des expositions *Korperwelten* : <https://koerperwelten.de/plastination/technik-der-plastination/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>1377</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 96 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 236 ; ROACH, p. 258.

<sup>1378</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 35 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 124.

- 480 En France, à la suite d'un avis du Comité consultatif national d'éthique de 2008, un musée parisien a renoncé à accueillir une exposition de cadavres plastinés<sup>1379</sup>. Une exposition de ce type s'est déroulée en 2008 à Lyon et Marseille. En 2009, l'exposition *Our Body à corps ouvert* programmée à Paris a fait l'objet d'une procédure judiciaire en raison de l'intervention de deux associations qui suspectaient que les cadavres provenaient de condamnés à mort chinois<sup>1380</sup>. Le Tribunal de grande instance de Paris a interdit l'exposition le 21 avril 2009 sur la base de l'art. 16-1-1 du Code civil français, en considérant que « *L'espace assigné par la loi est celui du cimetière, que la commercialisation des corps par leur exposition porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû* »<sup>1381</sup>. La Cour d'appel de Paris a confirmé le 30 avril 2009 l'interdiction sur la base du même article, mais en considérant que la société organisatrice : « *ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, de l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux et de l'existence de consentements autorisés [...]* »<sup>1382</sup>. Enfin, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 16 septembre 2010 qui interdit définitivement l'exposition, au motif que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît l'exigence de respect, dignité et décence<sup>1383</sup>. Entre-temps, le Comité consultatif national d'éthique a publié le 7 janvier 2010 un avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale<sup>1384</sup>.
- 481 En Suisse, l'exposition *Body Worlds* s'est tenue en 2010 à Zurich, en 2012 à Bâle ainsi que du 21 septembre 2017 au 7 janvier 2018 à Genève. L'exposition genevoise a suscité la polémique<sup>1385</sup>. Deux parlementaires du Grand Conseil genevois ont déposé chacun une question urgente au Conseil d'État portant sur la légalité de cette exposition, en invoquant principalement l'interdiction du profit avec le corps humain de l'art. 21 CDHB, la dignité humaine de l'art. 7

---

<sup>1379</sup> CCNE, *Body World*, p. 52 ss ; CLAIRE, p. 137.

<sup>1380</sup> CHARLIER, p. 176.

<sup>1381</sup> Arrêt du Tribunal de grande instance de Paris n° 09/53100, du 21 avril 2009. Cf. également CHARLIER, p. 176 s. ; CLAIRE, p. 1367 ; REYNIER/VIALLA, p. 132.

<sup>1382</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris n° 09/09215, du 30 avril 2009. Cf. également CHARLIER, p. 176 s. ; CLAIRE, p. 137.

<sup>1383</sup> Arrêt de la Cour de cassation n° 09-67.456, du 16 septembre 2010. Cf. également CLAIRE, p. 138.

<sup>1384</sup> CCNE, *Exposition cadavres*, p. 1 ss.

<sup>1385</sup> Cf. par exemple, l'article du journal *20 Minutes* « Polémique autour de l'exposition *Body Worlds* », du 1<sup>er</sup> septembre 2017.

Cst. et l'art. 262 CP<sup>1386</sup>. L'argumentation de la réponse du Conseil d'État genevois à ces deux questions écrites urgentes laisse songeur. Pour justifier la tenue de l'exposition, celui-ci invoque les deux expositions précédentes à Bâle et Zurich et le succès de ces expositions (44 millions de visiteurs dans le monde, plus d'un million en Suisse). Il estime qu'aucune disposition légale n'est violée (sans autre justification) et renvoie la question pénale à la compétence du ministère public<sup>1387</sup>.

En 2018, l'exposition *Real Human Bodies* s'est tenue du 4 au 14 octobre 2018 à Berne et était prévue du 19 au 21 octobre 2018 à Lausanne. Une plainte a été déposée le 9 octobre 2018 auprès de la Municipalité de Lausanne par l'association « Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et de la peine de mort » qui invoquait la forte probabilité que les cadavres soient ceux de prisonniers chinois ou d'adeptes d'un mouvement interdit en Chine. La Municipalité a demandé sans succès aux organisateurs de produire des documents attestant du consentement des personnes dont les cadavres sont utilisés dans l'exposition et a rendu le 16 octobre 2018 une décision interdisant l'exposition. Un recours a été déposé et le Tribunal cantonal vaudois a rendu un arrêt confirmant l'interdiction de l'exposition le 19 octobre 2018<sup>1388</sup>. Dans son arrêt, le Tribunal cantonal vaudois examine uniquement la compétence de la Municipalité de Lausanne et la proportionnalité de sa décision, vu l'incapacité des organisateurs à prouver l'origine des cadavres<sup>1389</sup>. Les juges admettent cependant qu'une telle exposition n'est pas anodine et soulève une question d'ordre public<sup>1390</sup>. Le

482

<sup>1386</sup> Question écrite urgente de Marc Falquet (QUE 677), du 29 août 2017 « Le Conseil d'État veut-il faire respecter la constitution et la loi en interdisant la tenue de l'exposition de cadavres « plastinés » Body Worlds à Palexpo ? » ; question écrite urgente de François Lefort (QUE 685), du 11 septembre 2017 « Le Conseil d'État peut-il évaluer la légalité de l'exposition de cadavres Body Worlds qui se tiendra à Palexpo du 21 septembre 2017 au 7 janvier 2018, et si nécessaire faire procéder à l'application de la loi ? ».

<sup>1387</sup> Réponse du Conseil d'État du 4 octobre 2017 à la question écrite urgente de Marc Falquet (QUE 677-A) « Le Conseil d'État veut-il faire respecter la constitution et la loi en interdisant la tenue de l'exposition de cadavres « plastinés » Body Worlds à Palexpo ? » ; réponse du Conseil d'État du 4 octobre 2017 à la question écrite urgente de François Lefort (QUE 685-A) « Le Conseil d'État peut-il évaluer la légalité de l'exposition de cadavres Body Worlds qui se tiendra à Palexpo du 21 septembre 2017 au 7 janvier 2018, et si nécessaire faire procéder à l'application de la loi ? ». En droit allemand, TAG, *Plastination*, p. 389 s., qui considère également que le succès populaire des expositions n'est pas un argument permettant de renoncer à une analyse juridique de la situation.

<sup>1388</sup> Arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2018.0223, du 19 octobre 2018.

<sup>1389</sup> Arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2018.0223, du 19 octobre 2018, consid. 2 et 5.

<sup>1390</sup> Arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2018.0223, du 19 octobre 2018, consid. 4.

tribunal ne tranche pas la question de la légalité de ce genre d'exposition. Malgré une dénonciation, l'exposition n'a pas eu de suite sur le plan pénal<sup>1391</sup>.

- 483 Les auteurs qui évoquent cette problématique dans la doctrine suisse sont rares<sup>1392</sup>. Certains auteurs considèrent que ces expositions violent l'ordre juridique et sont donc punissables au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1393</sup>. Il n'est pas surprenant que ces expositions suscitent la polémique (c'est d'ailleurs une des raisons de leur succès).
- 484 L'analyse de la légalité de ces expositions doit se faire en deux étapes. L'examen doit d'abord porter sur l'origine des cadavres. L'exposition d'un cadavre n'est possible que si sa plastination et son exposition ont été expressément autorisées par la personne de son vivant<sup>1394</sup>. Nous renvoyons à nos considérations sur le droit de disposer d'un cadavre pour les exigences en matière de consentement<sup>1395</sup>. Les autorités doivent donc prendre les mesures nécessaires pour garantir que les corps exposés proviennent bien de donateurs volontaires<sup>1396</sup>. Si le consentement est une condition nécessaire, il n'est pas suffisant<sup>1397</sup>. L'analyse doit ensuite porter sur le contenu même de l'exposition. Malgré l'origine licite des cadavres, une mise en scène particulièrement choquante peut être considérée comme dénuée de respect et être punissable sous l'angle de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1398</sup>. Dans ce cadre, il peut être tenu compte de certains principes éthiques en matière d'exposition de cadavres : l'exposition de cadavres doit être accompagnée d'explications scientifiques sérieuses, d'éventuels aspects

---

<sup>1391</sup> Cf. l'article du journal *24Heures* « Interdite, l'expo sulfureuse pourrait pourtant avoir lieu », du 17 octobre 2017, dans laquelle le procureur général adjoint déclare : « *Je n'ai distingué aucun indice concret suffisant de commission d'une infraction pénale [...]* ».

<sup>1392</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 35 ad art. 262 ; JOYE, *Immortalité*, p. 171 ss ; SPLISGARDT, p. 124 et 136 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 45 ad art. 262. Relevons également deux opinions de juristes dans la presse : JOYE, *Le Temps* ; SEELMANN, *NZZ*.

<sup>1393</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 35 ad art. 262, pour qui ces expositions ne reposent sur aucune tradition, instrumentalise le cadavre comme objet d'exposition et empêche la désintégration du corps ; JOYE, *Le Temps*, pour qui le sentiment de piété n'est pas respecté.

<sup>1394</sup> JOYE, *Le Temps* ; CHARLIER *et alii*, *Human remains*, p. 145 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 45 ad art. 262, mais qui se pose la question de savoir si un tel consentement est valable.

<sup>1395</sup> Cf. *supra* n° 244 ss.

<sup>1396</sup> À cet égard, il nous semble qu'on peut attendre de la part des autorités tant administratives que pénales davantage d'exigences et de contrôle vis-à-vis des organisateurs de ces expositions. En particulier, il faut tenir compte du fait que l'infraction de l'art. 262 CP est poursuivie d'office.

<sup>1397</sup> JOYE, *Le Temps*. Dans le même sens, CCNE, *Exposition cadavres*, p. 13.

<sup>1398</sup> JOYE, *Immortalité*, p. 172.

religieux doivent être pris en compte avant, pendant et après l'exposition (par exemple, l'explication du contexte religieux de certaines pratiques funéraires pour une exposition de momies), son but ne doit pas être strictement commercial, mais principalement éducatif, les cadavres ne doivent pas être présentés de manière immorale ou sensationnelle<sup>1399</sup>. À notre sens, seule une violation grave de ces principes éthiques est pénalement répréhensible.

#### 4. Le cadavre humain

L'art. 262 ch. 1 al. 3 CP protège le cadavre en lui-même<sup>1400</sup>. Il s'agit en tout cas du corps d'une personne décédée<sup>1401</sup>. Le fait que le cadavre soit mutilé ou incomplet ne change rien<sup>1402</sup>. Par contre, les parties de cadavres et les cendres d'un mort (au sens de l'art. 262 ch. 2 CP) ne sont pas protégées contre une profanation ou un outrage public<sup>1403</sup>. 485

Il se pose la question de savoir si le corps d'un fœtus ou d'un enfant mort-né est un cadavre au sens du Code pénal<sup>1404</sup>. La jurisprudence ne répond pas clairement à la question<sup>1405</sup>. La doctrine est d'accord pour considérer que les fœtus ne sont pas des cadavres<sup>1406</sup>. Pour l'enfant mort-né, la question est controversée<sup>1407</sup>. La 486

<sup>1399</sup> Cf. CHARLIER, p. 209 ss ; CHARLIER *et alii*, Human remains, p. 145. Pour les aspects religieux, cf. CHARLIER *et alii*, qui prennent l'exemple d'une exposition organisée en France en 2011 et présentant environ 120 momies découvertes lors de la restauration d'une église à Randazzo en Sicile et datant du XIV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. L'exposition expliquait le contexte qui a amené à la réalisation de ces momies qui devaient déjà être exposées dans l'église et servir de *memento mori* à la communauté. Des cérémonies de bénédiction des morts ont eu lieu avant et après le transport des cadavres.

<sup>1400</sup> HAFTER, Besonderer Teil, p. 471 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 14 ad art. 262.

<sup>1401</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 140 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262.

<sup>1402</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 30 ad art. 262.

<sup>1403</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 et 25 ad art. 262 ; BIERI, p. 30 ss ; SONTAG, p. 388. *Contra* : HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 140, qui ne justifie pas sa position.

<sup>1404</sup> Pour la définition de ces notions, cf. *infra* 623 ss.

<sup>1405</sup> Arrêt du TF 6P.116/1999 et 6S.452/1999, du 12 août 1999, consid. 4b et l'arrêt du TF 6P.117/1999 et 6S.453/1999, du 12 août 1999, consid. 4b dans lesquels le Tribunal fédéral considère que l'art. 262 ch. 2 CP ne s'applique pas aux fœtus, sans autre explication qu'une seule référence de doctrine. Cependant ces arrêts ont abouti à une condamnation de la Suisse pour violation de l'art. 8 CEDH, cf. arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet c. Suisse*, du 14 février 2008, § 62.

<sup>1406</sup> TRECHSEL/VEST, n° 2 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; BIERI, p. 23 ; VON TOBEL, p. 13 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471, note 4. HK StGB-SCHUBARTH, n° 29 ad art. 26, qui est d'avis que la situation du fœtus n'est pas claire.

<sup>1407</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262.

doctrine majoritaire considère que l'enfant mort-né est un cadavre<sup>1408</sup>. Les auteurs minoritaires sont d'avis que l'enfant mort-né n'est pas un cadavre, car il n'a pas vécu<sup>1409</sup>. Comme le fait remarquer Gerhard Fiolka, le critère de la vie n'est pas pertinent, car l'enfant à naître a vécu dans le corps de sa mère<sup>1410</sup>. Le critère déterminant est la perception comme une « personne décédée » et l'existence d'un sentiment de pitié est l'élément décisif<sup>1411</sup>. Pour cette raison plusieurs auteurs évoquent la nécessité que l'enfant mort-né soit suffisamment développé pour qu'on puisse reconnaître qu'il a le corps d'un être humain<sup>1412</sup>.

487 La protection de l'art. 262 CP repose sur le sentiment de pitié, qui découle de la dignité humaine<sup>1413</sup>. Comme nous le verrons dans notre prochain chapitre, la dignité humaine protège les êtres humains avant la naissance<sup>1414</sup>. À notre avis, l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP protège le corps de toutes les catégories d'enfants n'ayant pas acquis la personnalité. Nous allons présenter les différentes catégories et le statut juridique des enfants n'ayant pas acquis la personnalité au sens de l'art. 31 al. 1 CC dans un chapitre spécifique auquel nous renvoyons le lecteur pour plus de détails<sup>1415</sup>. Il faut toutefois tenir compte du stade de développement de l'enfant lors de l'analyse du caractère profanatoire d'un acte. Les normes sociales ont une grande importance.

488 Il se pose la question de savoir si une modification physique du cadavre, et en particulier sa conservation, volontaire (cadavres plastinés) ou fortuite (cadavres naturellement momifiés) fait qu'il n'est plus protégé par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1416</sup>. Le caractère reconnaissable du cadavre semble central pour la doctrine<sup>1417</sup>. Elle a de la difficulté à établir un critère précis et décisif pour définir ce qui est protégé, sauf à se référer aux normes sociales<sup>1418</sup>. Nous sommes

---

<sup>1408</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 29 ad art. 262 ; SONTAG, p. 388.

<sup>1409</sup> TRECHSEL/VEST, n° 2 ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471, note 4.

<sup>1410</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22.

<sup>1411</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4 ad art. 262.

<sup>1412</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262, qui évoque les enfants mort-nés qui sont complètement développés (*voll entwickelt*) ; SPLISGARDT, p. 121 ; BIERI, p. 21 s.

<sup>1413</sup> Cf. *supra* n° 442 et *infra* n° 587.

<sup>1414</sup> Cf. *infra* n° 539 ss.

<sup>1415</sup> Sur ces questions, cf. *infra* n° 620 ss.

<sup>1416</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4a ad art. 262, pour qui une momie égyptienne ou un squelette dans un musée ne sont pas protégés.

<sup>1417</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 121 ; BIERI, p. 27.

<sup>1418</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 118.

d'avis qu'une telle modification physique ne change pas le statut du cadavre, qui est donc toujours protégé par le droit pénal<sup>1419</sup>. Par contre, il faut tenir compte de la nature particulière de ces cadavres pour déterminer si une intervention constitue une profanation<sup>1420</sup>.

### B. *L'élément subjectif*

La profanation ou l'outrage public d'un cadavre humain est un délit intentionnel<sup>1421</sup>. L'intention doit également porter sur le caractère public de l'outrage<sup>1422</sup>. L'auteur doit être conscient que ses actes violent le sentiment de piété<sup>1423</sup>. Il est suffisant que l'auteur agisse par dol éventuel<sup>1424</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait la volonté de profaner ou outrager publiquement un cadavre humain<sup>1425</sup>.

### C. *Les concours*

Il est envisageable que les actes de l'auteur d'une profanation ou d'un outrage public entrent en concours avec une diffamation ou une calomnie du défunt (art. 173 ou 174 CP en combinaison avec l'art. 175 CP)<sup>1426</sup>. On peut imaginer que l'auteur, en présence du cadavre, tient des propos attentatoires à l'honneur du défunt dont il sait que certains d'entre eux sont faux. Il s'agit alors d'un

<sup>1419</sup> Cf. *infra* n° 713 ss et 717 ss.

<sup>1420</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 32 ad art. 262.

<sup>1421</sup> CORBOZ, Les infractions, n° 8 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 140 ; LOGOZ, Tome II, n° 4c ad art. 262.

<sup>1422</sup> OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 16 ad art. 262.

<sup>1423</sup> ATF 72 IV 150 = JdT 1947 IV 43 (trad.), consid. 4. SPLISGARDT, p. 140 ; BIERI, p. 34.

<sup>1424</sup> Arrêt du TF 6B\_484/2020, 6B\_485/2020, du 21 janvier 2021, consid. 9.1 ; arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; ATF 129 IV 172, consid. 2.1. TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 238 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 8 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 50 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 140 ; BIERI, p. 44 ss ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 8 ad art. 262. CR CP II-MOREILLON, n° 19 ad art. 262, qui admet le dol éventuel vu que la « simple » profanation est réprimée.

<sup>1425</sup> BIERI, p. 45 et 52 ss.

<sup>1426</sup> BIERI, p. 48 et 132 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 17 ad art. 262.



concours idéal<sup>1427</sup>. L'insulte (art. 177 CP) envers une personne décédée est absorbée par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1428</sup>. Si le message touche à la fois l'honneur du défunt et celui de ses proches, il y a un concours réel<sup>1429</sup>.

- 491 Si l'auteur détrousse le cadavre, un concours idéal entre une profanation et une infraction contre le patrimoine est envisageable. L'auteur d'un homicide qui profane le cadavre de sa victime est puni pour un homicide (art. 111 ss CP) et une profanation (concours réel)<sup>1430</sup>. La manière de traiter le cadavre après l'homicide ne joue pas de rôle pour apprécier l'absence particulière de scrupule de l'assassinat (art. 112 CP)<sup>1431</sup>. L'art. 262 ch. 1 al. 3 CP peut entrer en concours idéal avec l'art. 305 CP, si l'auteur découpe le cadavre d'une victime qu'il n'a pas tuée, pour le faire disparaître.
- 492 Le fait de retirer un élément artificiel du cadavre entre en concours réel avec les infractions contre le patrimoine des art. 137 ss CP. Il y a un acte de profanation, la séparation de l'élément artificiel, puis une infraction contre le patrimoine, car l'élément artificiel est redevenu une chose<sup>1432</sup>.
- 493 Il se pose la question d'un concours entre l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et l'art. 69 al. 1 *litt.* c LTx qui réprime le fait de prélever sur une personne décédée des organes, des tissus ou des cellules en l'absence de tout consentement (soit une violation de l'art. 8 LTx). L'art. 69 al. 1 LTx contient une clause de subsidiarité si une infraction plus grave est applicable. Les deux normes prévoient la même

---

<sup>1427</sup> HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 146 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 52 ad art. 262 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 17 ad art. 262. *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 41 ad art. 262 ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 19 ad art. 262, qui estiment que seuls les art. 173 et 174 CP s'appliquent. CORBOZ, *Les infractions*, n° 13 ad art. 262, qui est d'avis qu'il y a un concours réel.

<sup>1428</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 41 ad art. 262. L'art. 175 CP ne s'applique pas à l'art. 177 CP : ATF 118 IV 153, JdT 194 IV 109 (rés.), consid. 2. BSK StGB II-RIKLIN, n° 1 ad art. 175 ; CR CP II-RIEBEN/MAZOU, n° 2 ad art. 175.

<sup>1429</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 41 ad art. 262.

<sup>1430</sup> Arrêt du TF 6B\_484/2020 et 6B\_485/2020, du 21 janvier 2021, consid. 9.3 ; arrêt du TF 6S.307/2003, du 9 octobre 2003, consid. 4.4. HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 145 s. ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 40 ad art. 262 ; OFK StGB/JSStG-WEDER, n° 17 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 54 ad art. 262.

<sup>1431</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 40 ad art. 262.

<sup>1432</sup> Contrairement à une large part de la doctrine, nous pensons que c'est l'infraction de profanation du cadavre qui s'appliquera et non celle de la soustraction (art. 262 ch. 2 CP). Pour la doctrine qui admet un concours idéal entre l'art. 262 ch. 2 CP et les art. 137 ss CP dans cette situation, cf. SPLISGARDT, p. 223 et les ref. citées.

peine menace et sont donc sur un pied d'égalité<sup>1433</sup>. Un concours idéal entre l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et l'art. 69 al. 1 *litt. c* LTx est donc possible<sup>1434</sup>.

## VII. La soustraction d'un cadavre humain, d'une partie de cadavre humain ou des cendres d'un mort

En raison du statut juridique complexe et incertain du cadavre humain, l'infraction réprimée par l'art. 262 ch. 2 CP fait l'objet d'un débat dans la doctrine. La définition de la notion de soustraction et la détermination de l'identité des ayants droit sont problématiques<sup>1435</sup>. 494

### A. Les éléments objectifs

#### 1. La soustraction

L'art. 262 ch. 2 CP utilise le terme de soustraction (*wegnehmen, sottrarre*). Ce terme se retrouve à l'art. 139 CP qui réprime le vol. La doctrine consacre des développements importants à l'art. 262 ch. 2 CP. Les auteurs lient souvent cette question à des considérations sur la nature juridique du cadavre humain. Il est donc difficile d'offrir un panorama clair des différentes positions doctrinales. Cependant deux tendances ressortent de ces débats. 495

Le premier courant doctrinal estime que le terme de soustraction doit recevoir la même définition que dans le cadre du vol (art. 139 CP)<sup>1436</sup>. La soustraction est alors définie comme une rupture de la possession au sens du droit pénal (*Gewahrsam*)<sup>1437</sup>. Il s'agit d'une notion propre au droit pénal qui ne correspond 496

---

<sup>1433</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 153 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 54 ad art. 262.

<sup>1434</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 53 ad art. 262. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 145, nuancée, pour qui l'art. 69 al. 1 *litt. c* LTx ne s'applique que dans le cadre d'un prélèvement, dans un but de transplantation. Il ne peut y avoir un concours que si le prélèvement a lieu sans le consentement et profane ainsi le cadavre

<sup>1435</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 147 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 62 ad art. 262.

<sup>1436</sup> OFK StGB/JStG-WEDER, n° 11 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 5b ad art. 262 ; HAFTER, RPS 1946, p. 395 s. ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 473 ; HAFTER, RPS 1940, p. 267, qui laisse la question ouverte ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 21 ad art. 262.

<sup>1437</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 46 et 47 ad art. 262 ; BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, n° 15 ad art. 139 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 11 ad art. 262 ; CR CP II-PAPAUX, n° 15 ad art. 139 ; CORBOZ, Les infractions, n° 2 ad art. 139 ; VON TOBEL, p. 49 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 473.

pas à la notion du droit civil (art. 919 ss CC), bien qu'elles se recoupent en grande partie<sup>1438</sup>. Pour éviter toute confusion avec la notion civile, nous proposons d'utiliser le terme de détention pour désigner la possession au sens du droit pénal (*Gewahrsam*)<sup>1439</sup>. La détention est un pouvoir factuel sur un objet, une maîtrise effective<sup>1440</sup>.

- 497 Le courant doctrinal opposé défend la thèse selon laquelle la notion de soustraction de l'art. 262 ch. 2 CP doit recevoir une définition propre, indépendante de la notion de l'art. 139 CP<sup>1441</sup>. Il justifie sa position en raison de la nature juridique particulière du cadavre<sup>1442</sup>. Pour ces auteurs, c'est avant tout un droit sur le cadavre qui est protégé<sup>1443</sup>. Sur la base de ce droit, une personne est titulaire de la garde (*Obhut*) sur le cadavre, qui est un élément factuel<sup>1444</sup>. La garde peut être exercée par l'ayant droit (*Berechtigte*) lui-même ou déléguée à un gardien (*Obhutsinhaber*)<sup>1445</sup>. L'ayant droit de l'art. 262 ch. 2 CP n'est pas légitimé par sa détention, mais parce qu'il tire son pouvoir du droit sur le cadavre<sup>1446</sup>.
- 498 Lors de l'élaboration du Code pénal, l'art. 188 de l'avant-projet de Code pénal de 1908 évoquait la soustraction du cadavre à la personne qui en avait la garde<sup>1447</sup>. Le texte allemand utilisait le terme « *Gewahrsam* »<sup>1448</sup>. La raison

---

<sup>1438</sup> ATF 132 IV 108 = SJ 2006 I 277 (trad.), consid. 2.1 ; ATF 73 IV 87, consid. 3. BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, n° 20 ad art. 139 ; CR CP II-PAPAUX, n° 19 ad art. 139 ; CORBOZ, Les infractions, n° 3 ad art. 139.

<sup>1439</sup> BIERI, p. 78, qui utilise aussi le terme de détention (*Detention*).

<sup>1440</sup> SPLISGARDT, p. 145 ; HAFTER, RPS 1940, p. 269. Pour l'art. 139 CP, cf. CR CP II-PAPAUX, n° 1 et 19 ad art. 139 et les réf. citées.

<sup>1441</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 46 ss ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 62 ss ad art. 262 ; SCHÖNING, p. 153 ; BIERI, p. 78 ; GAUGLER, p. 342.

<sup>1442</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 63 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 147 ; BIERI, p. 78 s. Par exemple, Richard Bieri considère que la notion de possession (*Gewahrsam*) selon l'art. 262 ch. 2 CP n'est pas la même que celle du vol, car il n'y a pas de volonté de posséder un cadavre.

<sup>1443</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 69 ss ad art. 262, qui estime que la notion de soustraction contre la volonté de l'ayant droit est une tautologie : c'est avant tout la question du droit de disposer du cadavre qui est centrale et la notion de soustraction n'est pas importante ; GAUGLER, p. 342.

<sup>1444</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 47 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 224.

<sup>1445</sup> SCHÖNING, p. 153. Sur la délégation de la garde, BSK StGB II-FIOLKA, n° 47 ad art. 262 ; BIERI, p. 82 ; GAUGLER, p. 342.

<sup>1446</sup> BIERI, p. 79, qui évoque la situation d'un meurtrier qui après son crime a la détention du corps de sa victime. Une telle détention n'est pas protégée par le Code pénal.

<sup>1447</sup> Avant-projet CP 1908, p. 50.

<sup>1448</sup> Avant-projet CP 1908, p. 50.

pour laquelle cette expression a été remplacée par celle « d'ayant droit » ne ressort pas clairement des travaux préparatoires<sup>1449</sup>. La volonté du législateur est ainsi difficile à expliciter<sup>1450</sup>.

Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul arrêt du Tribunal fédéral sur cette question, lequel brille par son caractère sibyllin. L'ATF 112 IV 34 concerne le cas d'un préparateur d'un institut d'anatomie pathologique qui a prélevé sur un cadavre et conservé dans son bureau un bridge dentaire en or<sup>1451</sup>. Par sa détention (*Gewahrsam*), l'auteur a *de facto* privé les ayants droit (les proches, éventuellement les services de l'institut de pathologie) de la possibilité d'accès (*Zugriffsmöglichkeit*) à l'objet en question, ce qui est constitutif d'une soustraction<sup>1452</sup>. Enfin, les juges de Mon Repos estiment que la loi punit tout acte de disposition de la part d'une personne non autorisée sur un cadavre<sup>1453</sup>. Nous constatons que le Tribunal fédéral accorde de l'importance à un élément factuel quand il parle de détention. Cependant, il est également nécessaire que l'auteur agisse sans autorisation, ce qui implique un élément de droit. Dans une jurisprudence argovienne, les juges ont suivi le premier courant doctrinal et considéré que la notion de soustraction doit recevoir la même définition que pour le vol<sup>1454</sup>.

Selon nous, dans le cadre de l'art. 262 ch. 2 CP, la soustraction est une notion factuelle. Elle renvoie donc à une maîtrise de fait sur un cadavre humain, une partie de cadavre humain ou les cendres d'un mort. Il faut donc suivre le premier courant doctrinal. Le terme utilisé pour désigner cet élément de fait importe peu. L'auteur doit rompre la maîtrise de fait qui est exercée sur l'objet de la soustraction. Si la soustraction porte atteinte à l'intégrité d'un cadavre humain, il s'agit d'une profanation punie par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1455</sup>.

<sup>1449</sup> PV Avant-Projet CP 1913, p. 341. Cf. également SPLISGARDT, p. 152 ; BIERI, p. 78.

<sup>1450</sup> SPLISGARDT, p. 152.

<sup>1451</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), faits.

<sup>1452</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1b.

<sup>1453</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2. Dans la doctrine, WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 14 ad art. 262 ; VON TOBEL, p. 49.

<sup>1454</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton d'Argovie, du 15 décembre 1983, RSJ 1985, p. 146 ss, consid. 2.

<sup>1455</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 49 ad art. 262. *Contra* : BIERI, p. 97 ; VON TOBEL, p. 49 ; GAUGLER, p. 342.

## 2. L'ayant droit

- 501 Pour être punissable, la soustraction doit se produire contre la volonté de l'ayant droit. Il faut donc déterminer qui est titulaire d'un droit sur le cadavre, la partie d'un cadavre ou les cendres, et si l'auteur agit à l'encontre de la volonté de l'ayant droit. De manière abstraite, l'ayant droit est défini comme la personne habilitée à et chargée de décider du sort du cadavre, de la partie de cadavre ou des cendres<sup>1456</sup>.
- 502 En premier lieu, les proches du défunt sont les ayants droit<sup>1457</sup>. Il faut appliquer les règles que nous avons vues dans le cadre du droit de disposer du cadavre<sup>1458</sup>. Si le défunt a exprimé sa volonté, ses proches peuvent la faire respecter. En l'absence de volonté du défunt, l'ayant droit est le proche le plus étroitement lié au défunt (« proche le plus proche »)<sup>1459</sup>.
- 503 Il se pose la question de savoir s'il existe d'autres ayants droit que les proches. Si le défunt n'a pas de proches, la doctrine majoritaire considère que les personnes qui ont la maîtrise de fait sur le cadavre, la partie de cadavre ou les cendres sont les ayants droit, par exemple l'hôpital, l'EMS, l'institut de médecine légale ou l'entreprise de pompes funèbres<sup>1460</sup>.
- 504 Pour certains auteurs, les personnes qui détiennent le cadavre pour une autre raison que de s'assurer du respect du défunt, comme les autorités de poursuite pénale ou les instituts de pathologie, ne sont pas les ayants droit<sup>1461</sup>. Après l'inhumation, l'ayant droit sur le lieu où repose le défunt devient l'ayant droit<sup>1462</sup>.

---

<sup>1456</sup> SCHÖNING, p. 152 ; LOGOZ, Tome II, n° 5c ad art 262 ; BIERI, p. 80 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 473 ; HAFTER, RPS 1940, p. 269.

<sup>1457</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 50 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 15 ad art. 262 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 248 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 224 ; LOGOZ, Tome II, n° 5c ad art. 262 ; BIERI, p. 80 ; VON TOBEL, p. 49 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 474 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 21 ad art. 262. GAUGLER, p. 342, qui évoque les parents survivants (*Hinterbliebenen*). CR CP II-MOREILLON, n° 16 ad art. 262, qui se réfère aux héritiers.

<sup>1458</sup> Cf. *supra* n° 202 ss.

<sup>1459</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 50 ad art. 262.

<sup>1460</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 50 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 15 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 16 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 224 ; VON TOBEL, p. 49 ; BIERI, p. 84.

<sup>1461</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 52 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 224. *Contra* : LOGOZ, Tome II, n° 5c ad art. 262 ; BIERI, p. 82 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 21 ad art. 262, pour qui le juge d'instruction de l'époque pouvait avoir la « possession » du cadavre.

<sup>1462</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 52 ad art. 262. BIERI, p. 85, qui considère qu'il s'agit en général de la commune en charge du cimetière.

Deux auteurs sont d'avis que s'il y a des proches, mais que ceux-ci « confient » la maîtrise de fait sur le cadavre à un tiers, celui-ci n'a pas de droit propre, mais agit comme délégué des proches<sup>1463</sup>.

À notre avis, les proches du défunt sont les ayants droit « primaires » sur le cadavre, la partie de cadavre ou les cendres. Certaines autorités étatiques peuvent également avoir le statut d'ayant droit : le ministère public en cas de procédure pénale, le médecin cantonal en cas d'autopsie sanitaire ou le service chargé d'assurer l'inhumation des personnes qui n'ont pas de proches ou des personnes indigentes. En vertu du droit à une sépulture décente, l'État joue un rôle subsidiaire et il y a toujours un ayant droit sur le cadavre, la partie de cadavre ou les cendres. D'autres acteurs, comme les hôpitaux, les entreprises de pompes funèbres ou les instituts de médecine légale ont certes une maîtrise factuelle, mais celle-ci tire son origine du droit de l'ayant droit, dont elles sont en quelque sorte les auxiliaires. 505

Si l'on admet comme nous, qu'un droit réel peut être créé sur un cadavre, le propriétaire doit être qualifié d'ayant droit<sup>1464</sup>. Les proches du défunt restent également des ayants droit en raison de leur droit de la personnalité. Nous renvoyons pour le surplus à nos considérations sur les relations entre le droit de disposer d'un cadavre et un droit réel<sup>1465</sup>. 506

La volonté de l'ayant droit fait qu'il n'y a pas de soustraction au sens de la loi<sup>1466</sup>. Il peut s'agir d'un consentement des proches ou d'un ordre d'une autorité compétente de par la loi. L'accomplissement de la volonté du défunt n'est pas contraire à la volonté de l'ayant droit<sup>1467</sup>. Une partie de la doctrine considère que le non-respect de la volonté émise du vivant par le défunt, par l'ayant droit, n'est pas punissable au sens de l'art. 262 ch. 2 CP<sup>1468</sup>. Nous sommes de l'avis contraire : le droit du défunt de disposer de son cadavre est prioritaire sur 507

---

<sup>1463</sup> BIERI, p. 82 s., qui cite une longue série d'exemples : hospice, administration pénitentiaire, militaires, policiers, entreprises de pompes funèbres, employés des cimetières, hôtels, amis ou connaissances qui découvrent le corps ; GAUGLER, p. 342, pour qui il ne s'agit que d'un auxiliaire de la possession (*Gewahrsammittler*).

<sup>1464</sup> Cf. *supra* n° 377 ss.

<sup>1465</sup> Cf. *supra* n° 400 ss.

<sup>1466</sup> Dans ce sens, ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1c. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 12 ad art. 262.

<sup>1467</sup> ATF 111 Ia 233, consid. 3b. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 150 ; CORBOZ, Les infractions, n° 7 ad art. 262 CP.

<sup>1468</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 51 ad art. 262, qui parle du titulaire du droit de garde (*Obhutsrecht*) ; SPLISGARDT, p. 162.

le droit des proches de déterminer le sort du cadavre et si le défunt a exprimé une volonté, son non-respect constitue une violation de la volonté de l'ayant droit<sup>1469</sup>.

- 508 Il n'est pas nécessaire que la personne de l'ayant droit soit déterminée et connue pour que la soustraction soit punissable. Il suffit que l'autorisation fasse défaut<sup>1470</sup>. Le fait que l'auteur de la soustraction ignore qui est l'ayant droit ne rend pas son acte licite. La soustraction est punissable à chaque fois que l'ayant droit ne l'a pas autorisée.
- 509 Les prélèvements d'organes, de tissus et de cellules pour une transplantation sont régis par la LTx depuis son entrée en vigueur<sup>1471</sup>. La LRH règle le domaine de la recherche<sup>1472</sup>. Le prélèvement de parties de cadavre dans le cadre d'autopsies est réglementé dans les législations pertinentes<sup>1473</sup>. Nous renvoyons aux chapitres consacrés à ces questions pour plus de détails<sup>1474</sup>.

### 3. L'objet de la soustraction

- 510 La soustraction doit porter sur un cadavre humain, une partie d'un cadavre humain ou les cendres d'un mort. Le fait que le cadavre, la partie de cadavre ou les cendres soient inhumés ne change rien à la protection de l'art. 262 ch. 2 CP<sup>1475</sup>.

#### a. Un cadavre humain

- 511 Il s'agit en premier lieu du corps d'une personne décédée. Pour les situations en marge et pour déterminer à partir de quand et jusqu'à quand une entité humaine est considérée comme un cadavre, nous renvoyons à nos développements sur les

---

<sup>1469</sup> Sur le caractère subsidiaire du droit des proches de déterminer le sort du cadavre, *cf. supra* n° 234.

<sup>1470</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1. BSK StGB II-FIOLKA, n° 47 ad art. 262. On peut envisager la situation d'un cadavre dont l'identité est inconnue et donc dont il est impossible de savoir si des proches existent.

<sup>1471</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 53 et 59 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 17 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 224 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262.

<sup>1472</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 55 ad art. 262.

<sup>1473</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262.

<sup>1474</sup> *Cf. infra* les chapitres 9, 10 et 11.

<sup>1475</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 49 ad art. 262 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 247 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 65 ad art. 262.

limites de la notion de cadavre<sup>1476</sup>. Tant qu'une entité humaine peut être considérée comme un cadavre, elle est protégée par l'art. 262 ch. 2 CP. La protection dure tant que le cadavre n'a pas disparu par décomposition<sup>1477</sup>.

Les éléments artificiels qui sont liés durablement au cadavre et qui remplacent une de ses parties, comme une prothèse, sont aussi couverts par la notion de cadavre<sup>1478</sup>. Le fait de séparer l'élément artificiel tombe sous le coup de la profanation du cadavre (art. 262 ch. 1 al. 3 CP) et non de la soustraction<sup>1479</sup>. Si l'élément artificiel n'est plus rattaché à la dépouille ou uniquement de manière très lâche, il ne fait plus partie du cadavre et sa soustraction tombe sous le coup des infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP)<sup>1480</sup>. 512

#### b. Une partie d'un cadavre humain

Il faut entendre par là les parties naturelles du cadavre (membres, organes, tissus, cellules)<sup>1481</sup>. La partie d'un cadavre est protégée, que sa séparation soit due à un acte humain (accident ou profanation) ou à un phénomène naturel (décomposition)<sup>1482</sup>. L'ATF 112 IV 34 considère que la taille de la partie du cadavre n'a pas d'importance lors de l'examen des éléments constitutifs de l'infraction<sup>1483</sup>. Il n'y a donc pas de quantité minimale qui peut être soustraite librement. Par contre, la taille de la partie peut avoir une influence lors de la fixation de la 513

---

<sup>1476</sup> Cf. *supra* n° 485 ss et *infra* le chapitre 8.

<sup>1477</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 49 ad art. 262. Cf. *infra* n° 687 ss.

<sup>1478</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1. TRECHSEL/VEST, n° 2 et 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 23 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 12 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 16 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 223 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 5 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 60 ad art. 262 ; BIERI, p. 73. Sur cette question, cf. *infra* n° 684 s.

<sup>1479</sup> STRATENWERTH/BOMMER, p. 221 ; BIERI, p. 73 s.

<sup>1480</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 140 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 23 ss et 43 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 223 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 144 ; BIERI, p. 74.

<sup>1481</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 140 ; BIERI, p. 72. Sur cette question, cf. *infra* n° 675 ss.

<sup>1482</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 44 ad art. 262.

<sup>1483</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 3. SPLISGARDT, p. 142 ss, qui estime que la question est contestée, mais se réfère à de la doctrine et de la jurisprudence de droit allemand.



peine<sup>1484</sup>. Le fait de sectionner un membre d'un cadavre sans l'emporter est constitutif d'une profanation au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1485</sup>.

c. Les cendres d'un mort

514 Les cendres sont le résultat de la crémation d'un cadavre, mais les éléments artificiels qui résistent à la combustion (du matériel orthopédique comme des broches, des vis chirurgicales ou des prothèses) ne font pas partie des cendres<sup>1486</sup>. Ce sont des choses ordinaires, soumises aux infractions sur le patrimoine<sup>1487</sup>.

B. *L'élément subjectif*

515 Le délit doit être intentionnel<sup>1488</sup>. L'intention doit porter sur le fait que l'auteur agit contre la volonté de l'ayant droit, y compris le dol éventuel<sup>1489</sup>. Il n'est pas nécessaire que la soustraction ait un caractère profanatoire<sup>1490</sup>. On ne s'intéresse pas aux motifs qui ont poussé l'auteur à la soustraction (un intérêt scientifique ou un but artistique ou de vénération ne rendent pas la soustraction licite)<sup>1491</sup>.

---

<sup>1484</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 3.

<sup>1485</sup> Sur les concours entre l'art. 262 ch. 1 al. 3 et 262 ch. 2 CP, cf. *infra* n° 516.

<sup>1486</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton d'Argovie du 13 mars 1980, AGVE 1980, p. 61, consid. 3. TRECHSEL/VEST, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 45 ad art. 262. Sur cette question, cf. *infra* n° 725 ss.

<sup>1487</sup> Cf. *infra* n° 725.

<sup>1488</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 57 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 8 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 5d ad art. 262 ; BIERI, p. 88.

<sup>1489</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; ATF 129 IV 175, consid. 2.1. TRECHSEL/VEST, n° 4 ad art. 262 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 152 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 57 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 20 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 77 ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 5d ad art. 262 ; BIERI, p. 88 ; THORMANN/VON OVERBECK, n° 22 ad art. 262.

<sup>1490</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 152 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 56 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 13 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 6 ad art. 262.

<sup>1491</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2. WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 6 ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 13 ad art. 262 ; CR CP II-MOREILLON, n° 16 ad art. 262 ; CORBOZ, Les infractions, n° 6 ad art. 262 ; BIERI, p. 89 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 4723.

### C. Les concours

La majorité des auteurs estiment qu'un concours idéal entre les deux chiffres de l'art. 262 CP est envisageable<sup>1492</sup>. Le fait de couper un membre à un cadavre et de dérober le membre est un concours réel entre l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et l'art. 262 ch. 2 CP. L'exhumation et la soustraction sans droit d'un cadavre tombe sous l'empire de l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP et l'art. 262 ch. 2 CP<sup>1493</sup>. 516

Si le cadavre fait l'objet d'un droit réel, il y a un concours imparfait entre l'art. 262 ch. 2 CP et les infractions contre le patrimoine. L'art. 262 ch. 2 CP prime en raison de sa spécialité. 517

L'art. 262 ch. 2 CP réprime la soustraction d'une partie de cadavre contre la volonté de l'ayant droit. Cette infraction peut entrer en concours avec l'art. 69 al. 1 *litt. c* LTx qui punit le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur une personne décédée en l'absence de tout consentement. Encore une fois, la clause de subsidiarité de l'art. 69 al. 1 LTx n'est d'aucun secours vu les deux peines menaces identiques. Il y a donc un concours idéal entre les deux infractions<sup>1494</sup>. 518

## VIII. Conclusion

L'étude de l'art. 262 CP nous montre tout d'abord qu'il existe une certaine continuité au sein de son chiffre premier. La protection pénale s'étend ainsi du moment de la mort à la disparition du cadavre, en passant par la cérémonie funèbre et la sépulture. Le droit pénal fait à cette occasion une métonymie entre le cadavre, les funérailles et la sépulture<sup>1495</sup>. 519

Les normes pénales protégeant la paix des morts visent deux choses. Premièrement, assurer une prise en charge décente des corps morts en permettant de marquer le décès (art. 262 ch. 1 al. 2 CP) et donner une place au défunt (art. 262 520

<sup>1492</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 7 ad art. 262 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 154 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 18 ad art. 262 ; BIERI, p. 89. *Contra* : BSK StGB II-FIOLKA, n° 60 ad art. 262, pour qui les deux chiffres protègent le même bien juridique.

<sup>1493</sup> BIERI, p. 134.

<sup>1494</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 80 ad art. 262. *Contra* : HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 153 s., pour qui il n'y a pas de concours puisque l'art. 69 al. 1 *litt. c* LTx ne s'applique que pour un prélèvement dans le cadre d'une transplantation et que l'art. 262 ch. 2 CP ne s'applique pas dans une telle situation ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 60 ad art. 262, pour qui l'art. 69 LTx est une *lex specialis* du Code pénal.

<sup>1495</sup> Dans ce sens en droit français, cf. BELLIVIER, n° 210, note 10.

ch. 1 al. 1 CP). De manière plus générale, cette protection pénale assure aux proches du défunt que le travail de deuil puisse se faire sans troubles extérieurs.

- 521 Le droit pénal vise à protéger le corps humain après la mort du point de vue collectif. Si les intérêts du défunt ou de tiers (proches ou chercheurs par exemple) sont certes pris en compte, l'art. 262 CP protège un bien juridique collectif. Ce qui est défini comme le « sentiment de pitié envers les morts » semble être une valeur commune à toute société humaine. Si les normes de droit privé et les droits fondamentaux protègent plus directement des intérêts « privés », c'est-à-dire d'un groupe défini de personnes, l'art. 262 CP assure le respect d'un bien collectif. Le cadavre continue ainsi à être rattaché à la communauté humaine.
- 522 L'art. 262 ch. 1 CP vise à éviter qu'une lacune existe dans la protection du cadavre humain. À la suite de son changement de statut au moment du décès, conséquence de la perte de sa personnalité, le corps d'un être humain ne doit pas être dépourvu de protection. L'art. 262 ch. 1 CP rejoint ici l'art. 262 ch. 2 CP. À notre sens, le droit pénal adopte, dans ce cas-là, une approche très pragmatique du statut juridique du cadavre humain. La norme pénale évite de devoir trancher les questions complexes de qualification du cadavre et s'intéresse directement à la répression des comportements qui sont considérés comme irrespectueux. Le caractère pragmatique et le renvoi implicite aux normes sociales de l'art. 262 CP ont fait que cette norme a pu s'adapter sans difficulté aux évolutions techniques qui auraient pu remettre en question le statut juridique du cadavre depuis son adoption en 1937. Le développement de la médecine de transplantation nous semble être le meilleur exemple à cet égard.
- 523 Pour finir, il semble important de relever le rôle de cette infraction, poursuivie d'office, pour permettre la protection du cadavre humain et lui garantir un sort digne et respectueux. Dans le cas particulier où une personne décède en l'absence de proches disponibles ou aptes à s'occuper de son cadavre, cette norme a toute son importance.

---

# Chapitre 7 : La dignité après la mort

## I. Introduction

Dans les chapitres précédents, nous avons mentionné à plusieurs reprises la notion de dignité humaine. Cette notion a une longue histoire dans la pensée occidentale<sup>1496</sup>. En tant que concept juridique, la dignité humaine est un sujet vaste et complexe, qui dépasse largement les limites de notre étude. Nous allons toutefois lui consacrer un chapitre. Il s'agit d'examiner les éléments de la dignité humaine qui jouent un rôle dans le cadre du statut du cadavre. 524

Nous allons commencer par traiter de manière succincte de la dignité humaine en droit suisse (II). Le cœur de notre chapitre est consacré au droit à une sépulture décente, qui est un élément de la dignité humaine (III). Enfin, nous mentionnerons d'autres éléments de la dignité humaine que nous avons déjà évoqués, c'est-à-dire, le droit de disposer d'un cadavre (IV), l'interdiction du profit (V) et le sentiment de pitié (VI). 525

## II. La dignité humaine

### A. Les sources

Ni la Constitution fédérale de 1848 ni celle de 1874 ne contenaient de garantie explicite de la dignité humaine<sup>1497</sup>. Le Tribunal fédéral se référait dans sa jurisprudence à la notion de dignité humaine en lien avec d'autres droits fondamentaux<sup>1498</sup>. Les juges de Mon Repos liaient en particulier la dignité humaine 526

---

<sup>1496</sup> Sur l'évolution de l'idée de dignité, cf. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1020 ss ; MOLINARI, n° 35 ss ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 16 ss ad art. 7.

<sup>1497</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 1 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1131 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 1 ; MOLINARI, n° 69 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 26 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; MAHON, Petit commentaire, n° 1 ad art. 7.

<sup>1498</sup> Notamment ATF 97 I 45 = JdT 1972 I 4 (trad.), consid. 3 ; ATF 90 I 29, consid. 3c. DUBEY, Vol. II, n° 1131 ; CR Cst.-DUBEY, n° 1 ad art. 7 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 26 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 1 ad art. 7.

et la liberté personnelle<sup>1499</sup>. La notion de dignité humaine est apparue en 1992 dans le texte de la Constitution avec l'art. 24<sup>novies</sup> aCst. sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain (devenu l'art. 119 Cst.) et en 1999 avec l'art. 24<sup>decies</sup> aCst. sur la médecine de transplantation (devenu l'art. 119a Cst.)<sup>1500</sup>.

- 527 Dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale, la dignité humaine a été inscrite à l'art. 7 Cst., lequel prévoit que : « *La dignité humaine doit être respectée et protégée* ». La notion de dignité apparaît également dans le cadre du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.), des dispositions sur la recherche sur l'être humain (art. 118b al. 1 Cst.), sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain (art. 119 al. 2 Cst.) et sur la médecine de transplantation (art 119a al. 1 Cst.)<sup>1501</sup>.
- 528 Notons enfin que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la dignité humaine est mentionnée par de nombreux textes internationaux, mais sans une réelle valeur normative ou un caractère justiciable<sup>1502</sup>. Le texte de la CEDH n'évoque pas explicitement la dignité humaine, mais dans sa jurisprudence, la CourEDH se réfère fréquemment à cette notion<sup>1503</sup>. La notion de dignité (de

---

<sup>1499</sup> Notamment ATF 123 I 112, consid. 4a ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 I 523 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. CR Cst.-DUBEY, n° 1 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1131 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; MAHON, Petit commentaire, n° 1 ad art. 7.

<sup>1500</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 142. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1117 ; WYTTEBACH, n° 7 ; MOLINARI, n° 69 s. ; MANAI, La dignité humaine, p. 220 s. ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 26 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; MAHON, Petit commentaire, n° 1 ad art. 7.

<sup>1501</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 4 s. ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1117 ; WYTTEBACH, n° 8 s. ; DUBEY, Vol. II, n° 1139 s. ; MOLINARI, n° 71 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 7 s. ad art. 7.

<sup>1502</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1110 ss ; WYTTEBACH, n° 3 ; DUBEY, Vol. II, n° 1132 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 2 ; MOLINARI, n° 85 ss ; MARGUÉNAUD, p. 235 s. ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 30 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 4 ss ad art. 7 ; MONTAVON, § 40 ; CAYOL, p. 117 s. ; MAHON, Petit commentaire, n° 2 ad art. 7.

<sup>1503</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 7 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 5 ; DUBEY, Vol. II, n° 1142 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 2 ; MOLINARI, n° 98 ss ; MARGUÉNAUD, p. 236 ss ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 31 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 6 ad art. 7.

l'être humain) figure dans la CDHB, dans le titre, l'objet et le but de cette convention (art. 1 al. 1 CDHB) ainsi que dans ses protocoles additionnels (art. 1 STE 186, art. 1 STE 195 et art. 1 STE 203)<sup>1504</sup>.

## B. La nature juridique

Il existe un consensus sur la reconnaissance de trois fonctions à la dignité humaine<sup>1505</sup>. La dignité a une fonction programmatique comme principe constitutionnel, elle encadre (*flankierende Funktion*) les autres droits fondamentaux auxquels elle sert de fondement et elle constitue un droit fondamental en tant que tel<sup>1506</sup>. 529

### 1. Un principe constitutionnel

La dignité humaine est une valeur essentielle de l'État de droit<sup>1507</sup>. Elle constitue un principe constitutionnel fondamental<sup>1508</sup>. Elle doit servir de principe directeur et de programme à l'ensemble de l'activité étatique<sup>1509</sup>. La dignité humaine se réalise dans l'entier de l'ordre juridique au travers de la législation et 530

<sup>1504</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1103 et 2216 ; MOLINARI, n° 104 ss.

<sup>1505</sup> MANAI, La dignité humaine, p. 222 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 33 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 23 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7. Pour plus de détails sur les fonctions de la dignité humaine, cf. MOLINARI, n° 283 ss.

<sup>1506</sup> WYTTENBACH, n° 12 ss et 17 ss ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 34 ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 18 ad art. 7.

<sup>1507</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 1 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 20 ad art. 7.

<sup>1508</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1187 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 44 ad art. 7 ; MANAI, Le corps, p. 223 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 295 ss.

<sup>1509</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 143. ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1 ; ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5.1 ; ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255 (rés.), consid. 5b. CR Cst.-DUBEY, n° 30 et 51 ss ad art. 7 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 331 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1125 ; DUBEY, Vol. II, n° 1164 et 1187 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 6 ; MOLINARI, n° 313 ; MANAI, La dignité humaine, p. 222 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 35 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 23 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 20 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 295 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7.

de l'application du droit<sup>1510</sup>. Elle a une valeur normative, mais elle laisse une large marge de manœuvre à l'État pour sa mise en œuvre et n'est pas directement invocable par un particulier<sup>1511</sup>.

- 531 Dans le cadre de cette fonction, la dignité humaine protège un intérêt public et collectif<sup>1512</sup>. Elle appréhende l'humanité en tant que communauté<sup>1513</sup>. La dignité humaine a une dimension objective<sup>1514</sup>. Elle limite l'autonomie individuelle<sup>1515</sup>. La dimension objective de la dignité humaine peut être invoquée comme un intérêt public pour restreindre d'autres droits fondamentaux<sup>1516</sup>. Il faut alors respecter les conditions de restriction de l'art. 36 Cst.<sup>1517</sup>. En tant que principe constitutionnel, la dignité humaine ne semble pas se rattacher à l'art. 7 Cst., mais plutôt aux art. 118*b* al. 1, 119 al. 2 et 119*a* al. 1 Cst.<sup>1518</sup>.

## 2. Le fondement des autres droits fondamentaux

- 532 La dignité humaine est le fondement des autres droits fondamentaux<sup>1519</sup>. Selon le Message du Conseil fédéral : « *La dignité humaine constitue le noyau et le*

---

<sup>1510</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 52 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1187 ; MOLINARI, n° 315, qui rattache le rôle de la dignité humaine dans le cadre de l'interprétation du droit « ordinaire » à la fonction comme fondement des droits fondamentaux ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 35 ad art. 7.

<sup>1511</sup> MOLINARI, n° 313 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 35 ad art. 7.

<sup>1512</sup> WYTTEBACH, n° 18 ; DUBEY, Vol. II, n° 1145.

<sup>1513</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1039 et 1102 ; DUBEY, Vol. II, n° 1145.

<sup>1514</sup> MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 331 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1101 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 6 ; MOLINARI, n° 313 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 35 ad art. 7 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 22.

<sup>1515</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 21 ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1102 ; DUBEY, Vol. II, n° 1151 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 22.

<sup>1516</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 31 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 18 ; DUBEY, Vol. II, n° 1151 et 1165 ss ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 19 ; MANAĪ, La dignité humaine, p. 222 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 26 et 57 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 7 ad art. 7.

<sup>1517</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 33 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 40 ; DUBEY, Vol. II, n° 1167 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 et 70 ad art. 7.

<sup>1518</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 26 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 20 ; DUBEY, Vol. II, n° 1164. Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. I, n° 1102.

<sup>1519</sup> ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5.1. CR Cst.-DUBEY, n° 8 ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1125 ; DUBEY, Vol. II, n° 1153 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 286 ss.

*point de départ d'autres droits fondamentaux* »<sup>1520</sup>. Elle doit servir de fil conducteur dans le cadre de leur interprétation et leur concrétisation<sup>1521</sup>. Dans ce cadre, la dignité humaine n'a qu'un effet indirect sur les droits fondamentaux<sup>1522</sup>. On considère également qu'elle se confond avec le noyau intangible des autres droits fondamentaux<sup>1523</sup>.

### 3. Un droit fondamental individuel

Finalement, la dignité humaine est un droit fondamental à part entière, indépendant et justiciable<sup>1524</sup>. Elle constitue un droit primaire et subsidiaire qui ne peut être invoqué par le justiciable que lorsqu'on se trouve face à une lacune de la protection spécifique des autres droits fondamentaux<sup>1525</sup>. La dignité humaine constitue alors une sorte de « filet de sécurité » de l'ordre juridique<sup>1526</sup>.

<sup>1520</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 142. Cf. également ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1.

<sup>1521</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 142. ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5 ; ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255 (rés.), consid. 5b. CR Cst.-DUBEY, n° 23 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 19 ; DUBEY, Vol. II, n° 1192 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 6 ; MOLINARI, n° 314 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 37 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 24 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7.

<sup>1522</sup> SGK BV-MASTRONARDI, n° 24 ad art. 7.

<sup>1523</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1153 ; MOLINARI, n° 314 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 37 ad art. 7.

<sup>1524</sup> ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1 ; ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5 ; ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255 (rés.), consid. 5b. CR Cst.-DUBEY, n° 9 et 25 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1157 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 6 ; MOLINARI, n° 316 ; MANAI, La dignité humaine, p. 222 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 13 ss et 25 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7.

<sup>1525</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 142. ATF 135 I 265 = JdT 2010 I 591 (trad.), consid. 1.3 ; ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5.1 ; ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255 (rés.), consid. 5b. CR Cst.-DUBEY, n° 25 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 13 ; DUBEY, Vol. II, n° 1157 et 1193 ; MOLINARI, n° 317 ss ; MANAI, La dignité humaine, p. 221 s. ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 27 ss et 40 ss ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 14 ss et 28 ad art. 7 ; MONTAVON, § 41 ; MANAI, Droits du patient, p. 21 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7.

<sup>1526</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 142. CR Cst.-DUBEY, n° 29 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1160.



- 534 Comme droit fondamental individuel, la dignité humaine protège un intérêt privé et garantit l'autonomie de l'individu<sup>1527</sup>. Elle a alors une dimension subjective<sup>1528</sup>. Le contenu de ce droit se confond avec son noyau<sup>1529</sup>. Dans ce cadre, la dignité humaine ne peut pas être restreinte<sup>1530</sup>. C'est un droit inaliénable et imprescriptible<sup>1531</sup>.
- 535 La doctrine admet que cela concerne le droit à une sépulture décente qui figurait à l'art. 53 al. 2 *aCst.*, sur lequel nous allons revenir<sup>1532</sup>. On évoque aussi l'interdiction de la contrainte par corps de l'art. 59 al. 3 *aCst.*<sup>1533</sup>. Toutefois, ces deux éléments doivent plutôt être rattachés à la liberté personnelle<sup>1534</sup>. En définitive, il semble que la portée pratique de ce droit soit limitée à l'heure actuelle<sup>1535</sup>.

### C. *Le contenu*

- 536 La dignité humaine est une notion indéterminée, évolutive et dont le contenu ne saurait être défini exhaustivement<sup>1536</sup>. Le constituant a renoncé volontaire-

---

<sup>1527</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 20 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1152 ss.

<sup>1528</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1096 ; WYTTEBACH, n° 11 ss ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 6 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 41 ad art. 40.

<sup>1529</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 56 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1195.

<sup>1530</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 59 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 13 ; DUBEY, Vol. II, n° 1198 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 20 ; MANAI, La dignité humaine, p. 222 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 56 ad art. 7.

<sup>1531</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1196.

<sup>1532</sup> WYTTEBACH, n° 13 ; DUBEY, Vol. II, n° 1158 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 15 ; MOLINARI, n° 318 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 39 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 48 ad art. 7 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7.

<sup>1533</sup> ATF 134 I 293, RDAF 2009 I 366 (rés.), consid. 3.2 ; ATF 130 I 169, consid. 2.2. WYTTEBACH, n° 13 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 39 ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 15 et 50 ad art. 7.

<sup>1534</sup> ATF 134 I 293, RDAF 2009 I 366 (rés.), consid. 3.2 ; ATF 130 I 169, consid. 2.2. CR Cst.-DUBEY, n° 26 ad art. 7 ; MOLINARI, n° 778 s. ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 48 ss ad art. 7.

<sup>1535</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 26 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1158 ; MOLINARI, n° 318 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 39 s. ad art. 7 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 43 ; MAHON, Petit commentaire, n° 6 ad art. 7.

<sup>1536</sup> ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1 ; ATF 132 I 49 = JdT 207 I 381 (trad.), consid. 5.1 ; ATF 127 I 6, RDAF 2002 I 255 (rés.), consid. 5b. CR Cst.-DUBEY, n° 40 ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1029 ss ; WYTTEBACH, n° 21 ; DUBEY, Vol. II, n° 1173 ss ; MOLINARI, n° 135 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 3 ad art. 7 ; MANAI, La dignité humaine, p. 223 ; MONTAVON, § 39 ; MAHON, Petit commentaire, n° 5 ad art. 7. Pour plus de détails sur la définition de la dignité humaine, cf. MOLINARI, n° 126 ss.

ment à donner une définition de la dignité humaine<sup>1537</sup>. Une définition est paradoxalement susceptible de limiter la portée de la dignité humaine<sup>1538</sup>. Il faut donc adopter une approche pragmatique, où la notion de dignité humaine est évaluée à l'aune de situations concrètes<sup>1539</sup>. Dans ce cadre, une définition négative de la dignité émerge en reconnaissant des violations de celle-ci<sup>1540</sup>.

En premier lieu, la dignité humaine interdit d'instrumentaliser l'être humain, de le réduire au rang de simple objet<sup>1541</sup>. L'être humain doit être considéré comme un sujet<sup>1542</sup>. La dignité humaine proclame l'individualité et la valeur intrinsèque de l'être humain, sa spécificité et son unicité<sup>1543</sup>. Elle est le fondement de l'autonomie et du droit à l'autodétermination<sup>1544</sup>. Elle garantit l'égalité de valeur de tous les humains et fonde le principe de non-discrimination<sup>1545</sup>. Chaque être humain est considéré comme ayant la même valeur, du seul fait de

<sup>1537</sup> ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1. DUBEY, Vol. II, n° 1176 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 3 ad art. 7.

<sup>1538</sup> ATF 143 IV 77 = JdT 2017 IV 254 (trad.), consid. 4.1. CR Cst.-DUBEY, n° 42 ad art. 7 ; MOLINARI, n° 135 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 6 ad art. 7 ; MONTAVON, § 39.

<sup>1539</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1030 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 4 ad art. 7.

<sup>1540</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 41 ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1030 ; DUBEY, Vol. II, n° 1175 ; MOLINARI, n° 137 ss ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 14 ad art. 7.

<sup>1541</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 14 et 44 ss ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 24 ; DUBEY, Vol. II, n° 1179 ss ; MOLINARI, n° 138 ss ; MANAI, La dignité humaine, p. 223 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 11 ss ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 44 ad art. 7 ; SPLISGARDT, p. 23 ; PELLET, p. 4 ; MAHON, Petit commentaire, n° 5 ad art. 7.

<sup>1542</sup> WYTTEBACH, n° 24 ; DUBEY, Vol. II, n° 1147 et 1179 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 8 ; MOLINARI, n° 145 ; MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, n° 42 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 45 ad art. 7.

<sup>1543</sup> ATF 132 I 49 = JdT 2007 I 381 (trad.), consid. 5.1. CR Cst.-DUBEY, n° 11 ss et 50 ad art. 7 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1035 ; DUBEY, Vol. II, n° 1185 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 8 et 11 ; MANAI, La dignité humaine, p. 223.

<sup>1544</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 50 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 25 ; DUBEY, Vol. II, n° 1150 et 1185 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 11 ; MOLINARI, n° 145 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 59 ss ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 32 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 22. Nous pensons notamment au droit à la liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 Cst. et à la protection contre l'emploi abusif des données personnelles de l'art. 13 al. 2 Cst.

<sup>1545</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 48 ad art. 7 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 1170 ; WYTTEBACH, n° 23 et 25 ; DUBEY, Vol. II, n° 1183 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 8 ; MOLINARI, n° 143 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 51 ss ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 32 ad art. 7. Par exemple, le principe d'égalité de l'art. 8 Cst.

son existence<sup>1546</sup>. Elle est également associée à la protection de l'intégrité physique et psychique<sup>1547</sup>.

#### D. *Les destinataires*

- 538 La dignité humaine a pour destinataire direct l'État (rapport vertical)<sup>1548</sup>. Elle a également un effet horizontal indirect entre les particuliers (art. 35 al. 3 Cst.)<sup>1549</sup>. La dignité a, d'une part, une portée négative, puisqu'elle instaure un devoir de respect<sup>1550</sup>. D'autre part, elle a également une portée positive, puisqu'elle fonde un devoir de protection et un droit à des prestations positives de l'État<sup>1551</sup>.

#### E. *Le début et la fin de la dignité humaine*

- 539 La question de savoir si la dignité humaine protège l'être humain avant la naissance et après la mort se pose. Il faut faire une distinction entre la dignité humaine en tant que droit fondamental individuel (dimension subjective) et comme principe constitutionnel (dimension objective).
- 540 Toutes les personnes physiques au sens de l'art. 11 CC sont titulaires inconditionnellement de la dignité humaine en tant que droit fondamental<sup>1552</sup>. Cette

---

<sup>1546</sup> Notamment ATF 132 I 49 = JdT 207 I 381 (trad.), consid. 5.1. DUBEY, Vol. II, n° 1134 ss ; MANAI, La dignité humaine, p. 223.

<sup>1547</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 49 ad art. 7 ; MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 344 ; DUBEY, Vol. II, n° 1184 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 8 ; MOLINARI, n° 144. Nous pensons par exemple à l'interdiction de la torture, des traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants (art. 10 al. 3 Cst.).

<sup>1548</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 38 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1171.

<sup>1549</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 38 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1172 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 67 ad art. 7.

<sup>1550</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 54 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1188 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 68 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 22.

<sup>1551</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 55 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1189 ss ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 69 ad art. 7. En particulier l'art. 12 Cst., cf. SGK BV-MASTRONARDI, n° 53 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 22.

<sup>1552</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 34 ad art. 7 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1168 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 9 et 46 ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 38 ad art. 7.

titularité est liée à l'existence de la personnalité juridique et commence avec la naissance accomplie et finit avec le décès (art. 31 al. 1 CC)<sup>1553</sup>.

Concernant le début de la vie, la jurisprudence ne fournit pas de réponse claire. 541  
 Dans un premier arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas répondu à la question de savoir si l'embryon *in vitro* est protégé par la dignité humaine, mais a considéré que le sort de celui-ci ne saurait être indifférent à l'ordre juridique, puisque la fécondation d'un ovule détermine l'individualité de l'être humain et peut conduire à une naissance<sup>1554</sup>. Dans une seconde décision, les juges de Mon Repos ont relevé au détour d'un considérant que la dignité humaine appartient déjà à l'embryon *in vitro*<sup>1555</sup>. Il n'est pas possible de déduire de cette jurisprudence qu'un embryon ou un enfant à naître sont titulaires de la dignité humaine en tant que droit subjectif<sup>1556</sup>. Les dispositions protégeant la vie prénatale (notamment l'art. 119 al. 2 Cst.) n'accordent pas un droit subjectif, mais une protection de nature objective<sup>1557</sup>. Il faut donc en conclure que la dignité humaine ne protège l'être humain avant la naissance que dans sa dimension objective et n'accorde pas de droits subjectifs<sup>1558</sup>.

La même question de pose après la mort. Il est vrai que le respect dû à l'être 542  
 humain ne cesse pas au moment du décès<sup>1559</sup>. La jurisprudence affirme que le droit à une sépulture décente (qui est un élément de la dignité humaine) produit des effets même après le décès du défunt<sup>1560</sup>. L'idée que l'être humain puisse

<sup>1553</sup> CR Cst.-DUBEY, n° 34 ad art. 7 ; WYTTEBACH, n° 16 ; DUBEY, Vol. II, n° 1168 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 47 ad art. 7.

<sup>1554</sup> ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 194 (rés.), consid. 9c.

<sup>1555</sup> ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 586 (rés.), consid. 12e.

<sup>1556</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 5, n° 9 ; MOLINARI, n° 760 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 311 ss.

<sup>1557</sup> WYTTEBACH, n° 9 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, n° 19 ; MOLINARI, n° 767 ss ; NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 11 ; MANAI, Le corps, p. 223 s. ; MANAI, L'embryon face au droit, § 17 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 309 ss. Si la CDHB protège bien la vie dès son commencement, l'art. 1 al. 1 CDHB fait une distinction entre la protection de la dignité de l'être humain et la garantie des droits et libertés fondamentales de toute personne. Cf. MCF CDHB, FF 2002, p. 287 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapports CDHB, n° 19. MOLINARI, n° 768.

<sup>1558</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1068 ss ; WYTTEBACH, n° 16 ; DUBEY, Vol. II, n° 1169 ; MOLINARI, n° 774 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 47 ad art. 7 ; TSCHUORNAYDOWSKI, p. 154 ss ; NEK-CNE, Embryons et fœtus, p. 18 s.

<sup>1559</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214 (trad.), consid. 1.2.5 ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 2 ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b.

<sup>1560</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 2 ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1075 ; GRÜNEWALD, p. 65 ; MONTAVON, § 43.

être titulaire de la dignité humaine (comme droit subjectif) après sa mort se heurte aux mêmes problèmes dogmatiques que ceux concernant la reconnaissance d'une personnalité *post-mortem*<sup>1561</sup>. Après la mort, la dignité humaine n'offre qu'une protection objective comme principe constitutionnel<sup>1562</sup>.

543 Il est donc admis, que comme principe constitutionnel, la protection offerte par la dignité humaine s'étend également à la période qui précède la naissance et qui suit la mort d'un être humain<sup>1563</sup>.

### III. Le droit à une sépulture décente

544 Le droit à une sépulture décente trouve son origine dans la période du « *Kulturkampf* » à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1564</sup>. Ce contexte historique de tension entre l'État fédéral et l'Église catholique explique l'inscription de ce droit dans la Constitution fédérale de 1874. L'apaisement de ces tensions a fait que ce droit a progressivement perdu de l'importance. Les enjeux de la société multiculturelle contemporaine et les revendications de la communauté musulmane (et juive dans une certaine mesure) de Suisse font néanmoins que ce droit a connu une nouvelle actualité<sup>1565</sup>.

545 Malgré cela, il reste une institution énigmatique. Il a été consacré dans la Constitution fédérale de 1874. Lors de la révision totale de la Constitution, il fait l'objet de (seulement) deux lignes dans le Message du Conseil fédéral<sup>1566</sup>. La juris-

---

<sup>1561</sup> MOLINARI, n° 752. Cf. *supra* n° 154 ss et 165 ss.

<sup>1562</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7341 ; MCF 118b Cst., FF 2007, p. 6373. CR Cst.-DUBEY, n° 35 ad art. 7 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, n° 13 ; MOLINARI, n° 756 ; KNELLWOLF, p. 82.

<sup>1563</sup> MCF 118b Cst., FF 2007, p. 6373 : « *La protection de la dignité s'étend à la vie avant la naissance et aux personnes décédées, même si ce droit ne leur appartient pas directement* ». ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 586 (rés.), consid. 12e. CR Cst.-DUBEY, n° 35 ad art. 7 ; WYTTENBACH, n° 16 ; GRÜNEWALD, p. 67 ; DUBEY, Vol. II, n° 1169 ; MOLINARI, n° 751 et 774 ; MANAI, La dignité humaine, p. 223 et 232 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 et 49 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 26 ; RÜTSCHKE, Recht von Ungeborenen, p. 297 ; SCHWEIZER, Umgang mit Embryonen, p. 45 ss.

<sup>1564</sup> Pour de la jurisprudence de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : ATF 30 I 703 ; ATF 30 I 166 ; ATF 27 I 331 ; ATF 19 650 ; ATF 12 78 ; ATF 4 572.

<sup>1565</sup> Dans ce sens, FAMOS, p. 38 ; RASELLI, p. 1109 s. ; KARLEN, p. 377.

<sup>1566</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 143.

prudence rendue à son sujet contient peu de développements<sup>1567</sup>. Dans la doctrine, les rares études qui l'approfondissent datent de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1568</sup>.

### A. Les sources

Du point de vue axiologique, le droit à une sépulture décente est lié à l'idée de dignité humaine et cela bien avant son intégration à l'art. 7 Cst.<sup>1569</sup>. Comme l'a écrit Dominique Manai au sujet du cadavre : « *Sa dignité ne résulte pas de sa matérialité, mais de ce qu'il symbolise* »<sup>1570</sup>. La jurisprudence et la doctrine ont repris l'idée de Walter Burckhardt selon lequel : « *L'exigence d'une sépulture décente trouve son fondement dans la croyance que le cadavre mérite le respect et que le refus de ce respect est blessant pour tout être humain, en particulier les proches du défunt* (notre traduction) »<sup>1571</sup>. Tous les êtres humains et dans toutes les circonstances ont le droit au respect et à une forme de solennité dans le sort réservé à leur dépouille<sup>1572</sup>. Le droit à une sépulture décente fait transparaître l'idée d'une égalité entre les humains face et au-delà de la mort<sup>1573</sup>. Peu importe leur vie, les morts ont une valeur intrinsèque et méritent le respect en raison de leur appartenance au genre humain<sup>1574</sup>. Ce respect se réalise en particulier dans la manière dont on traite leur dépouille. Pour reprendre les mots du Tribunal fédéral : « *l'être humain ayant, quel que soit le rang qu'il a occupé*

<sup>1567</sup> Cf. notamment ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.) ; ATF 101 Ia 392 ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7 ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.) ; décision du CF, du 5 juillet 1955, JAAC 1955, p. 43. Cf. également les décisions du Conseil fédéral, qui était compétent pour trancher les litiges basés sur l'art. 53 al. 2 aCst., présentées dans ROUILLER, p. 952 ss ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident, p. 70 ss.

<sup>1568</sup> REMUND, p. 45 ss ; BURCKHARDT, p. 489 ss ; SPÖNDLIN, p. 26 ss ; MAECHLER, p. 59 ss.

<sup>1569</sup> RASELLI, p. 1104 ; KNELLWOLF, p. 32 ; REMUND, p. 46 ; SPÖNDLIN, p. 26 ; MAECHLER, p. 66, qui l'affirme en 1892 déjà !

<sup>1570</sup> MANAI, Droits du patient, p. 279. Cf. également BONDOLFI, Organentnahme, p. 101, pour qui la dignité du cadavre a une fonction symbolique et mémorielle.

<sup>1571</sup> BURCKHARDT, p. 492. Cf. également ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3c. GRÜNEWALD, p. 65 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 19 ; MONTAVON, § 43.

<sup>1572</sup> HANGARTNER, p. 252 ; MAECHLER, p. 59.

<sup>1573</sup> ROUILLER, p. 952.

<sup>1574</sup> Dans ce sens, ROUILLER, p. 952.

*dans la société, un droit constitutionnel à un enterrement et à une sépulture décentes* »<sup>1575</sup>.

547 À notre connaissance, il n'existe pas de convention internationale garantissant expressément le droit à une sépulture décente. Relevons que le § 1 Abs. 2 de la *Bestattungsgesetz* du canton de Bâle-Ville (*BestG*) du 11 mars 2020 qui définit l'objet et le but de cette loi, prévoit qu'elle vise à assurer un enterrement et une inhumation dignes et respectueux (*schicklich und pietätvoll*)<sup>1576</sup>.

## 1. La Constitution fédérale du 29 mai 1874

548 Le droit à une sépulture décente trouve son origine à l'art. 53 al. 2 *in fine* de la Constitution fédérale de 1874<sup>1577</sup>. Cet article avait la teneur suivante :

Art. 53

<sup>1</sup> L'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent sont du ressort des autorités civiles. La législation fédérale statuera à ce sujet les dispositions ultérieures.

<sup>2</sup> Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décentement.

549 L'art. 53 al. 2 *aCst.* visait à « séculariser » les cimetières<sup>1578</sup>. Relevons que la Constitution fédérale de 1848 ne contenait pas de disposition semblable<sup>1579</sup>.

550 À la suite de l'adoption de l'art. 53 *aCst.*, l'Assemblée fédérale a adopté un Arrêté fédéral le 24 décembre 1874, invitant le Conseil fédéral à attirer l'attention des gouvernements cantonaux sur l'application de l'art. 53 al. 2 *aCst.* et à leur demander un rapport sur les mesures prises pour que les morts soient inhumés d'une manière décente<sup>1580</sup>. En réponse, le Conseil fédéral a rendu le

---

<sup>1575</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b.

<sup>1576</sup> 390.100.

<sup>1577</sup> Sur l'historique de l'art. 53 al. 2 *aCst.*, cf. MAECHLER, p. 36 ss et les réf. citées.

<sup>1578</sup> MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 544 s. ; PAHUD DE MORTANGES, p. 3 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 5 ad art. 15 ; SGK BV-CAVELTI/KLEY, n° 1 ad art. 15 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse, p. 397 ; AUER, p. 170 ; MAECHLER, p. 38. Sur l'historique de cette disposition, cf. PAHUD DE MORTANGES, p. 12 ss ; AUER, p. 169 ss.

<sup>1579</sup> BURCKHARDT, p. 489.

<sup>1580</sup> Cité dans CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 263. AUER, p. 170.

24 mai 1875 un rapport qui présentait la situation dans l'ensemble des cantons<sup>1581</sup>. Le rapport conclut que la situation est satisfaisante, qu'une loi fédérale sur cette question n'est pas nécessaire et que le Conseil fédéral va surveiller lui-même l'application de l'art. 53 al. 2 aCst.<sup>1582</sup>

Cinq ans plus tard, le Conseil fédéral propose dans son rapport de gestion l'élaboration d'une loi fédérale en matière de sépulture à la suite de fréquents « *cas d'intolérance* » (refus de sépulture pour les défunts d'autres confessions)<sup>1583</sup>. Le Département fédéral de justice et police est chargé de ce projet et envoie une circulaire aux cantons, pour se tenir au courant de l'évolution de la législation funéraire depuis le rapport de 1875<sup>1584</sup>. Finalement, le projet de loi est jugé « *pas opportun pour le moment* » par le Conseil fédéral<sup>1585</sup>. Aucune loi fédérale sur la question des sépultures ne verra le jour<sup>1586</sup>. 551

Notons qu'il a existé une loi fédérale concernant les frais d'entretien et de sépulture des ressortissants pauvres d'autres cantons du 22 juin 1875<sup>1587</sup>. Cette loi prévoyait qu'en cas de décès, les cantons devaient ensevelir décemment les ressortissants nécessiteux d'autres cantons et que le canton d'origine n'était pas tenu à remboursement. Elle a été abrogée par loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin du 25 juin 1977 (Loi fédérale en matière d'assistance, LAS)<sup>1588</sup>. Les frais de sépulture font désormais partie des frais d'assistance au sens de l'art. 3 LAS<sup>1589</sup>. 552

<sup>1581</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 263 ss. PAHUD DE MORTANGES, p. 14.

<sup>1582</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 281 ss. Cette position est confirmée dans un arrêté fédéral concernant les inhumations, du 16 juin 1875, FF 1875 III, p. 541. PAHUD DE MORTANGES, p. 15.

<sup>1583</sup> CF, Rapport de gestion 1880, FF 1881 II, p. 541 ss.

<sup>1584</sup> CF, Rapport de gestion 1880, FF 1881 II, p. 541 ss. Circulaire du Département fédéral de justice et police à tous les gouvernements cantonaux, concernant la législation en matière de sépulture, du 25 mars 1880, FF 1880 II, p. 117.

<sup>1585</sup> CF, Rapport de gestion 1880, FF 1881 II, p. 542. Le texte du projet de loi existe uniquement en allemand et sous forme manuscrite aux archives fédérales. ALDEEB ABUSAHLEH, Cimetière musulman en occident, p. 76 ss, retranscrit le texte allemand et propose une traduction française. PAHUD DE MORTANGES, p. 15.

<sup>1586</sup> AUER, p. 173.

<sup>1587</sup> RS 851.1. RO 1, p. 678. Pour le texte de la loi, cf. FF 1875 III 539. La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1875. MCF loi 1875, FF 1875 III, p. 284, qui explique que cette loi a remplacé un concordat intercantonal entre 16 cantons datant de 1865 au sujet du remboursement réciproque des frais d'entretien et d'inhumation de ressortissants pauvres. RO VIII, p. 755.

<sup>1588</sup> RS 851.1. RO 1978, p. 221. La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1979. Cf. l'art. 36 LAS.

<sup>1589</sup> MCF LAS, FF 1976 III, p. 1238.



## 2. La Constitution fédérale du 18 avril 1999

553 Le texte de la Constitution fédérale de 1999 ne contient aucune disposition mentionnant le droit à une sépulture décente. La lecture du Message du Conseil fédéral nous permet de comprendre que ce droit n'a pas été supprimé matériellement, mais qu'on a considéré que la notion de dignité humaine, garantie à l'art. 7 Cst., intègre ce droit et qu'il n'était pas nécessaire de l'insérer spécifiquement dans le texte de la Constitution<sup>1590</sup>. Cette intégration à l'art. 7 Cst. a été confirmée par la jurisprudence<sup>1591</sup>.

### B. La nature juridique

554 La nature juridique du droit à une sépulture décente n'est pas claire. Dans la version allemande du Message de la Constitution de 1999, le Conseil fédéral désigne le droit à une sépulture décente comme un « petit droit social » (*kleine Sozialrecht*)<sup>1592</sup>. Andreas Auer considère qu'il s'agit d'une garantie de l'État de droit, non d'une liberté<sup>1593</sup>. Ces deux affirmations peinent à nous convaincre, car elles soulèvent plus de questions qu'elles n'apportent de réponses.

555 L'intégration du droit à une sépulture décente à l'art. 7 Cst. ne clarifie pas vraiment les choses. Toutefois ce rattachement à la notion de dignité humaine nous donne une piste. Il faut examiner dans quelle mesure il est possible de rattacher ce droit aux différentes fonctions de la dignité humaine que nous avons présentées<sup>1594</sup>.

556 Comme l'explique Albert Maechler, en garantissant le respect du cadavre, ce droit protège à la fois le défunt comme individu unique et comme membre du genre humain<sup>1595</sup>. Il faut donc examiner dans quelle mesure le droit à une sépulture décente constitue un droit subjectif et/ou un principe objectif.

---

<sup>1590</sup> MCF Cst., FF 1997 I, p. 143. GRÜNEWALD, p. 65 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 1 et 48 ad art. 7.

<sup>1591</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATĀ/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5b ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 129 I 302, consid. 1.2.5 ; ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a, qui se réfère à l'art. 7 Cst. qui n'était pas encore en vigueur au moment de l'arrêt.

<sup>1592</sup> Cf. la version allemande du MCF Cst., FF 1997 I, p. 141.

<sup>1593</sup> AUER, p. 192. Sur la distinction entre liberté et garantie de l'État de droit, cf. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 4 ss ; DUBEY, Vol. I, n° 79 ss.

<sup>1594</sup> Cf. *supra* n° 529 ss.

<sup>1595</sup> MAECHLER, p. 69 ss, qui parle de l'aspect subjectif et objectif du droit. Sur la double nature de la dignité humaine, cf. DUBEY, Vol. II, n° 1145 ss.

## 1. Un droit subjectif

Nous avons vu que la doctrine considère le droit à une sépulture décente comme l'un des (rares) exemples de la dimension subjective de la dignité humaine<sup>1596</sup>. Le droit à une sépulture décente conférerait un véritable droit subjectif<sup>1597</sup>. Ce droit a été reconnu par le Tribunal fédéral à l'époque de l'art. 53 al. 2 aCst.<sup>1598</sup>. Le droit à une sépulture décente appartient à toute personne physique<sup>1599</sup>. Ce droit protège toute personne, indépendamment de sa nationalité, de son domicile ou de sa fortune<sup>1600</sup>. Le droit garanti par la Constitution s'applique aux décès sur le territoire suisse, y compris pour les personnes de passage<sup>1601</sup>. Conformément à la conception suisse de la personnalité, la mort entraîne la perte de la personnalité et le défunt ne peut plus être titulaire de droits et d'obligations<sup>1602</sup>. C'est également le cas pour la dignité humaine et donc pour le droit à une sépulture décente<sup>1603</sup>. La dimension subjective du droit à une sépulture décente ne concerne donc que les situations où une personne a exprimé une volonté concernant sa sépulture et qu'elle invoque son droit de son vivant<sup>1604</sup>. Comme le rappelle la jurisprudence, la violation du devoir de respect envers le défunt peut heurter tout être humain<sup>1605</sup>. La doctrine admet que les proches du défunt tels qu'ils sont définis dans le cadre du droit de disposer d'un cadavre ont la légitimation active pour faire valoir le droit à une sépulture décente<sup>1606</sup>. Il s'agit donc du même mécanisme (protection de la mémoire) que dans le cadre

<sup>1596</sup> Cf. *supra* n° 535. DUBEY, Vol. II, n° 1158 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 *in fine* ad art. 7.

<sup>1597</sup> ATF 125 I 300, consid. 2a ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3b ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b. GRÜNEWALD, p. 64 s. ; DUBEY, Vol. II, n° 1158 ; MOLINARI, n° 318 et 366 ss ; TSCHENTSCHER, RJB, p. 679 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 39 ad art. 7 Cst. ; MONTAVON, § 43 ; MAHON, Petit commentaire, n° 4 ad art. 7 ; RASELLI, p. 1108 ; KNELLWOLF, p. 31 ; SPÖNDLIN, p. 28 ; MAECHLER, p. 61 ss.

<sup>1598</sup> ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4b, qui cite SPÖNDLIN, p. 29 ss ; HANGARTNER, p. 253 ; MAECHLER, p. 73.

<sup>1599</sup> MAECHLER, p. 67.

<sup>1600</sup> MAECHLER, p. 74 ss.

<sup>1601</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse, p. 396 ; SPÖNDLIN, p. 30.

<sup>1602</sup> Cf. *supra* n° 148 ss.

<sup>1603</sup> Cf. *supra* n° 542.

<sup>1604</sup> Par exemple l'ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.).

<sup>1605</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3c.

<sup>1606</sup> KNELLWOLF, p. 32 et 82 ; KARLEN, p. 381 ; HANGARTNER, p. 253 ; BURCKHARDT, p. 495. Sur la définition des proches du défunt, cf. *supra* n° 207 ss.

du droit de disposer d'un cadavre<sup>1607</sup>. Par exemple, une personne membre de la même communauté religieuse que le défunt peut invoquer le droit à une sépulture décente<sup>1608</sup>. Par contre, une personne morale n'est pas légitimée à se prévaloir du droit à une sépulture décente<sup>1609</sup>. Les proches du défunt sont titulaires du droit à une sépulture décente et, une fois le décès intervenu, ils agissent en leur propre nom<sup>1610</sup>.

561 La protection du corps du défunt se réalise principalement au travers du droit de disposer de son cadavre. Dans la jurisprudence, le droit à une sépulture décente est invoqué au côté du droit du défunt, ou de ses proches, de disposer d'un cadavre<sup>1611</sup>. Nous arrivons donc à la conclusion qu'en lien avec le droit de disposer d'un cadavre (élément de la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 2 Cst.) le droit à une sépulture décente n'a pas de portée propre. En raison de sa spécialité, l'art. 10 al. 2 Cst. l'emporte sur l'art. 7 Cst.<sup>1612</sup>. Celui-ci sert toutefois de guide lorsqu'il s'agit d'interpréter et de concrétiser le droit de disposer d'un cadavre<sup>1613</sup>. Il constitue également le noyau intangible du droit de disposer d'un cadavre<sup>1614</sup>.

## 2. Un principe objectif

562 Le droit à une sépulture décente possède une dimension collective. L'art. 53 al. 2 aCst. était considéré comme une prescription de police (*Polizeivorschrift*)

---

<sup>1607</sup> Sur le mécanisme de protection de la mémoire, *cf. supra* n° 150 ss.

<sup>1608</sup> Sur cette question de légitimation, *cf.* décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 2. Pour un exemple d'une communauté religieuse qui invoque ce droit, ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.). Pour un exemple où le pasteur recourt, décision du CF, du 20 juin 1898, FF 1898 III, p. 525, consid. 1. Sur le rôle de la communauté religieuse dans la sépulture, *cf.* MAECHLER, p. 62.

<sup>1609</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 2.

<sup>1610</sup> KNELLWOLF, p. 32.

<sup>1611</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 I 523 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106, consid. 4b. Dans la doctrine, MOLINARI, n° 403 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 39 ad art. 7 ; MONTAVON, § 44.

<sup>1612</sup> Sur le rapport entre l'art. 7 Cst. et d'autres droits fondamentaux, *cf.* CR Cst.-DUBEY, n° 9 ad art. 7 ; DUBEY, Vol. II, n° 1193 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 40 ss ad art. 7 ; MANAJ, Droits du patient, p. 21.

<sup>1613</sup> Sur la fonction de la dignité humaine comme fil rouge de l'interprétation des droits fondamentaux, *cf. supra* n° 532.

<sup>1614</sup> *Cf. supra* n° 286.

qui n'est pas liée à la volonté du défunt ou de ses proches<sup>1615</sup>. Le droit à une sépulture décente garantit ainsi l'ordre public<sup>1616</sup>.

Ce droit impose un devoir à l'État<sup>1617</sup>. Il a dès lors une fonction programmatique<sup>1618</sup>. Les autorités étatiques ont le devoir de prendre des mesures, tant législatives qu'exécutives, pour assurer une sépulture décente à chaque être humain. Dans sa fonction programmatique, le droit à une sépulture décente est un principe constitutionnel se réalisant au travers d'autres normes constitutionnelles ou légales<sup>1619</sup>. 563

Comme intérêt public, la dignité humaine peut restreindre d'autres droits fondamentaux<sup>1620</sup>. C'est notamment le cas face à la liberté de la science dans le contexte de la biomédecine<sup>1621</sup>. Le droit à une sépulture décente peut limiter la liberté économique<sup>1622</sup>. Il a un rôle limitatif de l'autonomie individuelle. Il est alors nécessaire de respecter les conditions de la restriction d'un droit fondamental de l'art. 36 Cst.<sup>1623</sup>. La protection de la dignité humaine est l'un des buts principaux des lois fédérales encadrant la « biomédecine »<sup>1624</sup>. Le droit de disposer de son cadavre peut être lui aussi restreint si le défunt ou ses proches souhaitent une forme de sépulture qui n'est pas conforme à la décence. De la 564

<sup>1615</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3b ; arrêté du CF, du 20 juin 1898, FF 1898 III, p. 525, consid. 1. KNELLWOLF, p. 31 ; BURCKHARDT, p. 495.

<sup>1616</sup> MAECHLER, p. 70.

<sup>1617</sup> TSCHENTSCHER, RJB, p. 679 ; SPÖNDLIN, p. 26 ; MAECHLER, p. 61.

<sup>1618</sup> Sur la fonction programmatique de la dignité humaine, *cf. supra* n° 530 s.

<sup>1619</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 17 ; MAECHLER, p. 70. Sur la dignité humaine en général, *cf. MOLINARI*, n° 328 ss.

<sup>1620</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1140, 1151 et 1165 ss ; MOLINARI, n° 329 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 23 ; MAHON, Petit commentaire, n° 7 ad art. 7. *Contra* : TSCHENTSCHER, RJB, p. 679, qui trouve cette affirmation discutable et pour qui l'autonomie du défunt doit être le critère décisif dans le sort du cadavre.

<sup>1621</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1140 ; MANAI, La dignité humaine, p. 220 ; MANAI, Droits du patient, p. 22. Nous pensons en particulier aux art. 118b, 119 et 119a Cst., ainsi qu'à la LPMA, LAGH, LTx, LRH et LRSC.

<sup>1622</sup> ATF 143 I 388 = JdT 2018 I 103 (trad.), consid. 2.2.1, sur la validité de la législation zurichoise qui impose un monopole communal en matière d'inhumation et l'interdiction du dépôt d'urnes ou la dispersion de cendres dehors des cimetières à titre professionnel.

<sup>1623</sup> DUBEY, Vol. II, n° 1167 ; MANAI, La dignité humaine, p. 222 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 ad art. 7 ; SGK BV-MASTRONARDI, n° 57 ad art. 7.

<sup>1624</sup> Il s'agit des lois fédérales figurant au n° 810 du RS : « Médecine et dignité humaine ». Art. 1 al. 2 LPMA ; art. 2 *litt. a* LAGH (art. 1 al. 1 *litt. a n*LAGH) ; art. 1 al. 3 LTx ; art. 1 al. 1 LRH ; art. 1 al. 2 LRCS. MANAI, La dignité humaine, p. 223.

même manière, une restriction de la liberté de conscience et de croyance pourrait être admise face à des rites funéraires religieux contraires à la décence.

- 565 En tant qu'intérêt public, c'est l'État qui peut invoquer le droit à une sépulture décente. On peut imaginer ainsi qu'une commune ou un canton l'invoque face à des particuliers, notamment les proches du défunt ou des chercheurs. Dans sa dimension objective, le droit à une sépulture décente n'est pas directement invocable par les particuliers<sup>1625</sup>.

### C. *Les destinataires*

- 566 Le droit à une sépulture décente a pour destinataire l'État. Le domaine funéraire relève de la compétence des cantons<sup>1626</sup>. Toutefois, les communes se voient déléguer d'importantes compétences législatives et exécutives<sup>1627</sup>. La réalisation du droit à une sépulture décente repose en priorité sur les cantons et les communes<sup>1628</sup>. Selon le Conseil fédéral, les communes doivent s'assurer que toute personne décédée ou tout cadavre trouvé sur leur territoire dispose d'une sépulture décente<sup>1629</sup>. Il s'agit d'un minimum et le droit cantonal peut prévoir des obligations plus étendues aux communes<sup>1630</sup>.
- 567 La Confédération est également destinataire de ce droit dans les domaines où elle est compétente. Nous pensons en particulier au domaine de la biomédecine (art. 118b à 119a Cst.) et la lutte contre les maladies transmissibles (art. 118 al. 2 *litt.* b Cst.).

### D. *Le contenu*

- 568 Chaque défunt doit bénéficier d'une sépulture, et celle-ci doit être conforme à la décence<sup>1631</sup>. Le droit est garanti même lorsqu'il n'y a pas de proches (ou d'autres personnes) pour le faire valoir<sup>1632</sup>. En l'absence de proches disponibles

---

<sup>1625</sup> Cf. *supra* n° 530 en particulier, la note 1511.

<sup>1626</sup> GRÜNEWALD, p. 73 ; DUCOR, RDS, p. 272 ; FAMOS, p. 38 ; AFFOLTER/MOTTIEZ, p. 281 ; REMUND, p. 43. Cf. *infra* n° 1134.

<sup>1627</sup> FAMOS, p. 38 ; Cf. *infra* n° 1140.

<sup>1628</sup> Dans ce sens, HANGARTNER, p. 252 ; BURCKHARDT, p. 491.

<sup>1629</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 282 cité par AUER, p. 171.

<sup>1630</sup> Sur ces questions et sur le droit cantonal pertinent, cf. *infra* n° 1242 ss.

<sup>1631</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 20 ; KNELLWOLF, p. 82 ; SPÖNDLIN, p. 26 ; MAECHLER, p. 61.

<sup>1632</sup> KNELLWOLF, p. 31 et 82.

pour assurer une sépulture au défunt, l'État a la responsabilité d'y pourvoir<sup>1633</sup>. L'État doit également prendre en charge les coûts d'une sépulture décente si le défunt est inconnu, indigent, n'a pas de proches connus ou n'a pas d'autre héritier que la collectivité publique<sup>1634</sup>.

Le droit à une sépulture décente est la plupart du temps invoqué entre le moment du décès et les funérailles<sup>1635</sup>. Dans certains cas, on peut imaginer que l'État intervienne après l'inhumation (par exemple, pour exhumer un corps qui a été inhumé de manière irrespectueuse et lui offrir une sépulture décente)<sup>1636</sup>. Pour bien comprendre le contenu du droit à une sépulture décente, il est important de définir les notions de sépulture et de décence.

## 1. La notion de sépulture

La lettre de l'art. 53 al. 2 aCst. évoquait l'enterrement (*Beerdigung*). Il ne faut pas comprendre ce terme comme limitant ce droit à ce mode de sépulture. En 1904, le Tribunal fédéral a précisé, en se basant sur un avis du Conseil fédéral, que l'utilisation du terme « enterrement » dans la Constitution n'interdisait pas d'autres modes de sépultures (en l'espèce la crémation), pour autant que la décence soit respectée<sup>1637</sup>. Notre Haute Cour s'est notamment fondée sur le fait qu'au moment de l'adoption du texte qu'elle avait à examiner (la loi sur l'organisation des cultes dans le canton de Berne du 18 février 1874, donc adoptée la même année que la Constitution fédérale), l'enterrement était le seul mode de sépulture pratiqué en Suisse et que l'hypothèse de la crémation n'avait pas été envisagée<sup>1638</sup>. L'enterrement et la crémation sont indiscutablement des « sé-

<sup>1633</sup> RASELLI, p. 1104 ; KNELLWOLF, p. 82.

<sup>1634</sup> TSCHUMY, Not@lex, p. 12.

<sup>1635</sup> Pour un exemple d'intervention après l'inhumation, décision du CF, du 11 janvier 1895, FF 1895 I, p. 61 ss, dans laquelle le Conseil fédéral ordonne l'exhumation de jour, au son des cloches et l'inhumation à la ligne dans la partie catholique du cimetière, de la dépouille d'un catholique qui s'était suicidé et qui avait été inhumé dans la partie du cimetière réservée aux protestants.

<sup>1636</sup> BURCKHARDT, p. 495.

<sup>1637</sup> ATF 30 I 703, consid. 3 et en particulier consid. 4 où il cite le Rapport du CF du 20 novembre 1884 sur une pétition tendant à obtenir que la crémation des cadavres soit permise, FF 1884 IV, p. 560. ROUILLER, p. 953. Cette jurisprudence a été confirmée : ATF 52 I 353, JdT 1927 I 150 (rés.) consid. 2 ; ATF 43 I 167, JdT 1918 I 28 (rés.), consid. 3. Sur la crémation, cf. *infra* n° 1200 ss.

<sup>1638</sup> ATF 30 I 703, consid. 3.

pultures » dans le cadre du droit à une sépulture décente<sup>1639</sup>. C'est également le cas des nouveaux modes de sépulture (humusation, aquamation, cryogénisation).

571 Le terme d'enterrement de l'art. 53 al. 2 aCst. doit aussi être compris comme synonyme des funérailles. Il désigne par extension les cérémonies en lien avec la sépulture<sup>1640</sup>. La notion de sépulture couvre donc le sort de la dépouille du décès jusqu'à sa mise en sépulture, y compris une éventuelle cérémonie<sup>1641</sup>.

## 2. La notion de décence

572 Toutefois, le fait qu'une pratique soit considérée comme une sépulture n'empêche pas de devoir analyser si celle-ci est considérée comme décente. Ainsi, un enterrement ou une crémation peuvent se dérouler de manière indécente. La question se pose également pour les nouveaux modes de sépulture.

### a. Les usages locaux

573 Les coutumes et les usages locaux sont décisifs pour déterminer les modes de sépulture et les actes qui expriment le respect ou au contraire l'irrespect envers le défunt<sup>1642</sup>. La décence est violée si l'on refuse d'accorder au défunt le respect et l'honneur que les normes sociales prescrivent<sup>1643</sup>. Le défunt doit être traité comme un être humain à part entière<sup>1644</sup>. La notion de décence doit être appréciée de manière dynamique dans le temps et l'espace<sup>1645</sup>. La décence ne dépend pas de la seule sensibilité du défunt ou de ses proches<sup>1646</sup>. Le juge doit adopter une approche objective.

574 Le droit à une sépulture décente n'est pas respecté dans les exemples suivants : l'impossibilité d'organiser les funérailles dans un délai raisonnable et usuel, le

---

<sup>1639</sup> Dans ce sens, ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les cimetières en Suisse*, p. 415 ss ; KNELLWOLF, p. 82 ; HANGARTNER, p. 253. Sur les modes de sépulture, cf. *infra* n° 1197 ss.

<sup>1640</sup> GRÜNEWALD, p. 73 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 20.

<sup>1641</sup> GRÜNEWALD, p. 72 ss ; TANNER, p. 263.

<sup>1642</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3c. MOOR, ch. 2.2 ; BORGHI, *L'image de la mort*, p. 67 ; BURCKHARDT, p. 492 ; MAECHLER, p. 65.

<sup>1643</sup> BURCKHARDT, p. 492 ; MAECHLER, p. 65.

<sup>1644</sup> SPÖNDLIN, p. 26.

<sup>1645</sup> RASELLI, p. 1106 ; SPÖNDLIN, p. 27 ; MAECHLER, p. 65.

<sup>1646</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3c. *Contra* : MAECHLER, p. 64 ss et 78, pour qui les proches sont décisifs pour définir la décence.

fait d'imposer un horaire inhabituel pour des funérailles (tard le soir ou de nuit), le refus de sonner les cloches (là où il s'agit d'une coutume) ou l'attribution discriminatoire d'un emplacement pour une tombe (ne pas respecter l'ordre des tombes à la ligne)<sup>1647</sup>. À l'inverse, le fait de désaffecter les tombes à l'expiration du délai d'inhumation n'est pas contraire à la décence, car cela fait partie des usages en Suisse<sup>1648</sup>. Le meilleur moyen pour assurer le droit à une sépulture décente est d'avoir recours à des tombes à la ligne (c'est-à-dire le fait d'enterrer les défunts dans des fosses par ordre chronologique des inhumations)<sup>1649</sup>.

## b. La volonté du défunt et de ses proches

L'État doit veiller à ce que chaque personne ait une sépulture décente et n'a pas le devoir d'intervenir pour faire respecter dans les moindres détails la volonté du défunt, en particulier vis-à-vis de ses proches<sup>1650</sup>. L'État doit en revanche s'abstenir d'empêcher les proches d'offrir une sépulture au défunt<sup>1651</sup>. Pour le Tribunal fédéral, il est souhaitable que les dernières volontés du défunt soient respectées, mais il ne faut pas perdre de vue que les funérailles ont une grande importance pour les proches qui doivent également être protégés<sup>1652</sup>. Comme ce droit a une dimension objective et relève d'un intérêt public, une manifestation de volonté du défunt ou de ses proches visant à renoncer à une sépulture décente est inefficace<sup>1653</sup>. Selon la jurisprudence, le rôle limité de l'État dans la sauvegarde de la décence s'explique aussi par des considérations pratiques : il est trop compliqué et trop lourd pour les autorités administratives de connaître la volonté du défunt dans chaque situation et d'intervenir pour

<sup>1647</sup> CF, Rapport 1882, FF 1883 II, p. 971 ss ; CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 282. ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a et les réf. citées ; arrêté du CF, du 20 juin 1898, FF 1898 III, p. 513, consid. 4 et p. 525, consid. 4 ; arrêté du CF, du 24 août 1897, FF 1897 IV, p. 89, consid. 3. GRÜNEWALD, p. 65 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 20 ; HANGARTNER, p. 252 ; REMUND, p. 46 ; BURCKHARDT, p. 493.

<sup>1648</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2b.

<sup>1649</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 282. PAHUD DE MORTANGES, p. 20 ; MOOR, ch. 2.2 ; RASELLI, p. 1105 ; BURCKHARDT, p. 493.

<sup>1650</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 4 ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4d et 4e. MANAI, La dignité humaine, p. 231 ; RASELLI, p. 1108 ; MAHON, Petit commentaire, n° 16 ad art. 15.

<sup>1651</sup> MAECHLER, p. 61 ss.

<sup>1652</sup> ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4e ; décision du *Regierungsrat* de Bâle-Ville, du 26 novembre 1929, ZBl 31/1930, p. 175 ss.

<sup>1653</sup> SPÖNDLIN, p. 30 ; MAECHLER, p. 71 ss.



chaque décès<sup>1654</sup>. Enfin, le respect de la volonté du défunt doit rester de la compétence des tribunaux civils<sup>1655</sup>.

c. Les rites funéraires religieux

- 576 Historiquement, l'art. 53 al. 2 *aCst.* visait à assurer que ni la confession d'un défunt ni les circonstances de sa mort (enfants non baptisés, suicidés, criminels condamnés à mort) ne soient un obstacle à son accès à une sépulture décente<sup>1656</sup>. À l'époque, ce sont principalement les paroisses catholiques qui refusaient l'enterrement des protestants ou des suicidés<sup>1657</sup>. La sécularisation du domaine funéraire devait garantir indirectement la paix confessionnelle et la liberté de culte<sup>1658</sup>. Le droit à une sépulture décente est ainsi lié au principe de la neutralité confessionnelle et à la liberté de conscience et de croyance<sup>1659</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que la sépulture est un acte religieux essentiel<sup>1660</sup>. Le sort du cadavre humain intéresse la conscience ainsi que les convictions religieuses ou morales<sup>1661</sup>.
- 577 Les rites funéraires religieux jouent un rôle pour déterminer ce qui relève de la décence<sup>1662</sup>. L'État ne peut ni interdire les enterrements religieux ni les rendre

---

<sup>1654</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3d ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4e.

<sup>1655</sup> Décision du CF, du 9 août 1972, JAAC 1972, p. 7, consid. 3d ; ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4e. AUER, p. 173.

<sup>1656</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 263. PAHUD DE MORTANGES, p. 17 et 20 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse, p. 396 s. ; ROUILLER, p. 952 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident, p. 71 ; RASELLI, p. 1104 s. ; REMUND, p. 46 ; MAECHLER, p. 37 et 42. KARLEN, p. 378, pour qui l'art. 53 al. 2 *aCst.* était rattaché à la dimension négative de la liberté religieuse.

<sup>1657</sup> Pour quelques exemples, *cf.* arrêté du CF, du 11 janvier 1895, FF 1895 I, p. 63 ; Rapport 1882, FF 1883 II, p. 971 ss ; arrêté du CF, du 18 juillet 1879, FF 1880 II, p. 781 ; MOOR, ch. 2.2 ; KARLEN, p. 380.

<sup>1658</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les cimetières en Suisse, p. 419 s. ; RASELLI, p. 1104 ; MAECHLER, p. 43 ss.

<sup>1659</sup> ROUILLER, p. 951 ss ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident, p. 71. AUER, p. 192, qui estime qu'il conserve une portée propre.

<sup>1660</sup> ATF 97 I 221 = JdT 1972 I 106 (trad.), consid. 4d. ROUILLER, p. 953.

<sup>1661</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 3 et les réf. citées. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 499.

<sup>1662</sup> RASELLI, p. 1106.

obligatoires<sup>1663</sup>. L'art. 53 al. 2 aCst. ne donnait pas le droit d'exiger de l'État qu'il assure un mode de sépulture conforme à ses convictions, si ce mode de sépulture ne faisait pas partie des usages locaux<sup>1664</sup>. On ne saurait déduire de ce droit, une prétention à des prestations particulières pour une communauté religieuse, sans violer l'égalité de traitement<sup>1665</sup>. La décence implique une égalité de traitement dans le sens de la non-discrimination<sup>1666</sup>.

La religion majoritaire ne peut pas refuser les défunts d'autres confessions dans les cimetières publics<sup>1667</sup>. Il n'est en revanche pas problématique qu'une communauté religieuse dispose d'un secteur particulier d'un cimetière public (carrés confessionnels)<sup>1668</sup>. L'État peut autoriser la création de carrés confessionnels, mais n'a pas d'obligation de le faire<sup>1669</sup>. Il n'est pas non plus possible d'imposer un carré confessionnel à une confession minoritaire<sup>1670</sup>. Les communautés religieuses peuvent avoir des cimetières privés pour respecter leurs coutumes et doivent y avoir recours si leurs rites ne peuvent pas être respectés dans un cimetière public<sup>1671</sup>. Par exemple, le rite musulman demande une sépulture illimitée et se heurte aux règles sur le délai d'inhumation<sup>1672</sup>. Notre

<sup>1663</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; arrêté du CF, du 4 juillet 1879, FF 1880 II, p. 628 ss, consid. 2. BORGHI, *L'image de la mort*, p. 67 ; HANGARTNER, p. 252 ; BURCKHARDT, p. 492. Sur l'ATF 125 I 300, ENGI, p. 484 et les réf. citées.

<sup>1664</sup> ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6. BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 59 ad art. 15 ; MAHON, *Petit commentaire*, n° 16 ad art. 15.

<sup>1665</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 3b(bb). BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 59 ad art. 15 ; BURCKHARDT, p. 492.

<sup>1666</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 2a ; arrêté du CF, du 11 janvier 1895, FF 1895 I, p. 63. FAMOS, p. 40 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 58 ad art. 15 ; RASELLI, p. 1105 ; BURCKHARDT, p. 492.

<sup>1667</sup> MOOR, ch. 2.2.

<sup>1668</sup> Arrêté du CF, du 11 janvier 1895, FF 1895 I, p. 63. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 545 ; REMUND, p. 46 ; BURCKHARDT, p. 493. Sur les carrés confessionnels, cf. FAMOS ; AUER ; ROUILLER ; RASELLI, p. 1107 ss.

<sup>1669</sup> CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 78 ad art. 15 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, n° 60 ad art. 15. *Contra* : MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 546 ; AUER, p. 193. Sur cette question, ENGI, p. 487 ss.

<sup>1670</sup> MOOR, ch. 2.2.

<sup>1671</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 3b(aa) et 3b(bb) ; arrêté du CF, du 18 juillet 1879, FF 1880 II, p. 781, consid. 2. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, n° 78 ad art. 15 ; AUER, p. 173 ; MOOR, ch. 2.2 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Cimetière musulman en occident*, p. 73 ; BURCKHARDT, p. 493.

<sup>1672</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.). Sur la question des cimetières musulmans, cf. ENGI, p. 481 ss ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les cimetières en Suisse*, p. 389 ss ; TANNER, p. 252 ss ; RASELLI, p. 1103 ss.

Haute Cour a jugé qu'il n'y avait pas de discrimination dans ce cas, car l'impossibilité d'avoir une tombe « éternelle » est justifiée par des motifs objectifs et il existe la possibilité d'avoir un cimetière privé qui respecte cette exigence<sup>1673</sup>. Il n'est pas problématique qu'un cimetière privé soit réservé aux membres de la communauté religieuse (minoritaire) qui en est propriétaire<sup>1674</sup>. Toutefois, les autorités civiles restent compétentes pour assurer la police funéraire et en particulier, la décence des sépultures dans les cimetières privés<sup>1675</sup>.

#### d. Les actes sur le cadavre

579 Le fait que le cadavre subisse certains actes comme un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules, des activités de recherche ou une autopsie, ne prive pas le défunt du droit à une sépulture décente. Selon la doctrine, il faut tenir compte des buts de ces actes (thérapeutiques ou scientifiques notamment) dans l'interprétation de la notion de décence<sup>1676</sup>. Un acte sur un cadavre ne serait pas contraire à la décence s'il a un but légitime (scientifique par exemple). Selon nous, cette question ne concerne pas directement le droit à une sépulture décente, mais plutôt la protection pénale du cadavre, c'est-à-dire le caractère profanatoire d'un acte dans le cadre de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1677</sup>. En revanche, il faut offrir au cadavre une sépulture décente après l'acte en question en tenant compte des contraintes qu'il peut imposer. Par exemple, un cadavre qui a été utilisé par un institut d'anatomie aura été conservé à l'aide de produits de fixation qui en principe interdisent une inhumation pour des raisons écologiques : le cadavre devra donc être incinéré<sup>1678</sup>. Cette réflexion s'applique également à des mesures imposées à des cadavres pour des raisons sanitaires (autopsie sanitaire, forme particulière de sépulture à cause d'une maladie transmissible)<sup>1679</sup>.

---

<sup>1673</sup> ATF 125 I 300 = JdT 2001 I 302 (trad.), consid. 3b(bb).

<sup>1674</sup> MOOR, ch. 2.2 ; BURCKHARDT, p. 492.

<sup>1675</sup> CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 282. Arrêté du CF, du 18 juillet 1879, FF 1880 II, p. 781, consid. 4. MALINVERNI *et alii*, Vol. II, n° 545 ; MOOR, ch. 2.2 ; AL-DEEB ABU-SAHLIEH, Cimetière musulman en occident, p. 78.

<sup>1676</sup> BORGHI, L'image de la mort, p. 67 ; HANGARTNER, p. 253 ; BURCKHARDT, p. 494 ; MAECHLER, p. 72.

<sup>1677</sup> Cf. *supra* n° 466 ss.

<sup>1678</sup> Cf. *infra* n° 723.

<sup>1679</sup> HANGARTNER, p. 253. Sur les autopsies sanitaires, cf. *infra* n° 1000 ss. Sur les impératifs sanitaires concernant les sépultures, cf. *infra* n° 1229 ss.

e. Les personnes décédées et les enfants n'ayant pas acquis la personnalité

La deuxième phrase de l'art. 53 al. 2 *a*Cst. évoquait les personnes décédées. Ainsi, tout être humain qui a acquis la personnalité, aux conditions de l'art. 31 CC bénéficie du droit à une sépulture décente<sup>1680</sup>. 580

La situation des enfants n'ayant pas acquis la personnalité (enfant mort-né et né sans vie) est plus complexe<sup>1681</sup>. Ils ne peuvent pas être titulaires du droit à une sépulture décente<sup>1682</sup>. Même sans être titulaires du droit, ils peuvent cependant être objet de la protection. En 1896, le Conseil fédéral mentionne dans son rapport de gestion, le cas de l'enterrement hors d'un cimetière d'un enfant mort-né à Almagell en Valais et dans lequel, après plainte du père, le gouvernement cantonal est intervenu pour que l'inhumation ait lieu dans les limites du cimetière<sup>1683</sup>. Si le droit à une sépulture décente n'est pas invoqué directement dans cette affaire, elle semble montrer que les enfants mort-nés doivent recevoir le même traitement que les personnes décédées. 581

À notre sens, l'intégration du droit à une sépulture décente à l'art. 7 Cst. qui traite de la dignité humaine est un argument en faveur de la reconnaissance d'un droit à une sépulture décente pour les enfants n'ayant pas acquis la personnalité. En effet, la dignité humaine dans sa dimension objective peut être invoquée avant la naissance ou après la mort d'un être humain<sup>1684</sup>. Les enfants n'ayant pas acquis la personnalité font partie de l'espèce humaine et leur dignité doit être respectée et protégée<sup>1685</sup>. 582

Il faut toutefois analyser la situation des enfants n'ayant pas acquis la personnalité sous l'angle de la décence. Le contenu du droit est différent pour une personne décédée, un enfant mort-né ou un enfant né sans vie. Les normes sociales déterminent s'il existe un devoir ou une possibilité d'offrir une sépulture à un enfant n'ayant pas acquis la personnalité. Ces usages tiennent compte du stade de développement de l'enfant et lui offrent une protection progressive. 583

<sup>1680</sup> HANGARTNER, p. 252. Sur la notion de personne décédée, *cf. infra* n° 600 ss.

<sup>1681</sup> Sur ces notions, *cf. infra* n° 620 ss.

<sup>1682</sup> ATF 119 Ia 460 = JdT 1995 I 586 (trad.), consid. 7a ss et 12e. GRÜNEWALD, p. 65 ss ; DUBÉY, Vol. II, n° 1169.

<sup>1683</sup> CF, Rapport de gestion 1896, FF 1897 II, p. 295.

<sup>1684</sup> GRÜNEWALD, p. 65 ; DUBÉY, Vol. II, n° 1169 ; MANAI, La dignité humaine, p. 223 et 232 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 47 ss ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 26. En droit français, *cf.* CAYOL, p. 119 ss.

<sup>1685</sup> MONTAVON, § 57.

584 Au travers du prisme du droit à une sépulture décente, l'enfant n'ayant pas acquis la personnalité doit être assimilé à une personne décédée<sup>1686</sup>. En pratique, le droit des parents de disposer du corps de l'enfant n'ayant pas acquis la personnalité est prépondérant par rapport au droit à une sépulture décente<sup>1687</sup>. Enfin, les cantons et les communes ont adopté des dispositions qui règlent la question de la sépulture des enfants n'ayant pas acquis la personnalité<sup>1688</sup>. Nous traiterons de manière approfondie du statut des enfants n'ayant pas acquis la personnalité au chapitre suivant auquel nous renvoyons<sup>1689</sup>.

#### IV. Le droit de disposer d'un cadavre

585 Nous avons vu dans le chapitre consacré à cette question que le droit de disposer d'un cadavre est un élément de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>1690</sup>. Dans ce cadre, la dignité humaine est le fondement de cette liberté (et donc du droit de disposer d'un cadavre) et va servir de guide lors de son interprétation et sa concrétisation<sup>1691</sup>.

#### V. L'interdiction du profit

586 L'interdiction du profit sur le corps humain et ses parties est inscrite à l'art. 21 CDHB<sup>1692</sup>. Cette interdiction, l'idée de la gratuité et de la mise à disposition du corps humain basée sur le don, découlent de la dignité humaine<sup>1693</sup>. L'interdiction du profit sur le corps humain et ses parties se retrouve dans la disposition constitutionnelle sur la médecine de transplantation, qui doit veiller à assurer la dignité humaine (art. 119a al. 1 Cst.) et impose la gratuité du don d'organes, de tissus et de cellules et interdit le commerce d'organes humains (art. 119a

---

<sup>1686</sup> MONTAVON, § 58.

<sup>1687</sup> GRÜNEWALD, p. 67 ss ; MONTAVON, § 45 ss.

<sup>1688</sup> GRÜNEWALD, p. 75 ss. *Cf. infra* n° 637 ss.

<sup>1689</sup> *Cf. infra* n° 634 ss.

<sup>1690</sup> *Cf. supra* n° 190 ss.

<sup>1691</sup> *Cf. supra* n° 532. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1222.

<sup>1692</sup> *Cf. supra* n° 363 ss.

<sup>1693</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1089 ; MANAI, Le corps, p. 224 s. On peut faire le lien avec l'idée d'interdiction d'instrumentalisation et de marchandisation contenue dans la notion de dignité humaine, *cf.* MANAI, La dignité humaine, p. 223.

al. 3 Cst.)<sup>1694</sup>. La dignité humaine intervient dans sa dimension objective, en définissant une finalité de l'activité de l'État<sup>1695</sup>.

## VI. Le sentiment de piété

Nous avons déterminé que le bien juridique protégé par l'art. 262 CP est le sentiment de piété et que ce bien est lié à la dignité humaine<sup>1696</sup>. À nouveau, cela concerne la dimension objective de la dignité humaine en tant que principe constitutionnel<sup>1697</sup>. L'art. 262 CP participe à la réalisation de la dignité humaine dans l'ordre juridique, qui a ainsi un effet horizontal indirect<sup>1698</sup>. 587

## VII. Conclusion

La dignité humaine est le fondement de plusieurs éléments du statut juridique du cadavre, le sentiment de piété, l'interdiction du profit, le droit de disposer d'un cadavre et le droit à une sépulture décente. 588

Au terme de notre présentation du droit à une sépulture décente, nous arrivons aux constats suivants. Comme droit subjectif, il n'a pas de portée propre car il est absorbé par le droit de disposer d'un cadavre en raison de leur rapport de spécialité. Comme principe objectif, il n'est pas directement invocable par un particulier. Il s'agit principalement d'un principe de l'activité étatique, une valeur défendue par l'ordre juridique, un intérêt public. 589

Le droit à une sépulture décente est lié à la notion de dignité humaine. Cependant, la décision de le supprimer du texte de la Constitution et de se contenter de « l'intégrer » à l'art. 7 Cst. est critiquable. Premièrement, sa disparition du texte de la Constitution est dommageable pour les justiciables. Comme droit fondamental, il devrait être expressément inscrit dans la Constitution. 590

Secondement, une disposition autonome permettrait de contourner les discussions et les difficultés dogmatiques sur la nature et la portée de l'art. 7 Cst. Cela aurait l'avantage d'extraire le droit à une sépulture décente de ce débat. Andreas Kley estime que ce droit n'est pas à la bonne place à l'art. 7 Cst., mais 591

<sup>1694</sup> Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. I, n° 1091.

<sup>1695</sup> Cf. *supra* n° 530 s.

<sup>1696</sup> Cf. *supra* n° 441 ss.

<sup>1697</sup> Cf. *supra* n° 530 s.

<sup>1698</sup> Dans ce sens, MAECHLER, p. 71, qui évoque des normes de droit pénal antérieures au CP, mais équivalentes dans leur contenu.

devrait plutôt être consacré à l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>1699</sup>. Si le lien avec le droit de disposer d'un cadavre se comprend, à notre avis, le droit à une sépulture décente devrait plutôt figurer dans un article spécifique. Le droit à une sépulture décente n'est pas l'expression d'une liberté, mais d'une valeur que l'État garantit. On pourrait imaginer le faire figurer dans un art. 12<sup>bis</sup> Cst. intitulé : « *Droit à une sépulture décente* » avec la formulation suivante : « *Chacun a le droit à une sépulture décente* »<sup>1700</sup>.

- 592 Le droit à une sépulture décente est peu invoqué devant les tribunaux. D'une part, ce droit est en règle générale bien respecté en Suisse. Les cantons et les communes assurent la réalisation de ce droit<sup>1701</sup>. D'autre part, les rares fois où ce droit est invoqué, c'est en lien avec le respect de la volonté du défunt. Dans ce cadre, il s'efface derrière le droit de disposer d'un cadavre.
- 593 Dans sa dimension objective, le droit à une sépulture décente n'a pas pour vocation de protéger la volonté du défunt ou de ses proches. Il a avant tout le rôle d'un garde-fou. Il assure un standard minimum, conforme à la dignité humaine.
- 594 Une situation pourrait placer le droit à une sépulture décente au cœur de l'actualité : on peut imaginer que les autorités suisses soient amenées à devoir décider du sort de la dépouille de criminels considérés comme particulièrement odieux (terroristes, génocidaires, dictateurs). La question du lieu de sépulture de ces criminels pourrait se retrouver dans le débat public<sup>1702</sup>. Une commune pourrait par exemple refuser d'offrir une sépulture à un défunt en raison de crimes qu'il a commis alors qu'elle y serait tenue par le droit cantonal. Dans une telle situation, la portée et les limites du droit à une sépulture décente seraient probablement remises en question.

---

<sup>1699</sup> KLEY, p. 25.

<sup>1700</sup> L'idée est d'avoir une continuité avec l'art. 12 Cst. qui concrétise l'art. 7 Cst., ATF 131 I 166 = JdT 2007 I 75 (trad.) consid. 7.1. DUBÉY, Vol. II, n° 1139.

<sup>1701</sup> Sur la situation en 1875, CF, Rapport inhumation 1875, FF 1875 III, p. 263 ss.

<sup>1702</sup> En général sur le sort des dépouilles de criminels de masse, cf. GARIBIAN. Sur la question du lieu de sépulture des terroristes en France, cf. l'article du journal *Libération* « Terroristes : l'impossible sépulture », du 10 août 2016 et sur la sépulture des terroristes des attentats du 11 septembre 2001 à New York, du 11 mars 2004 à Madrid et du 7 juillet 2005 à Londres, cf. KASTORYANO.

---

## Chapitre 8 : Les cadavres « spéciaux »

### I. Introduction

La notion de cadavre peut sembler évidente au premier abord. Dans la plupart des situations, la question de savoir si l'on a affaire à un cadavre ou non ne se pose pas. Pourtant, il existe des situations à la marge, plus problématiques. 595

La première situation concerne le « début » de la qualité de cadavre. Nous avons déjà traité de la question de la mort, de sa définition et de sa constatation. Il s'agit plutôt de se demander quand l'être humain « apparaît » et donc à partir de quand son corps est considéré comme un cadavre. La situation du corps des enfants qui décèdent durant la grossesse mérite des développements. Le statut juridique du corps des embryons et fœtus décédés n'est pas clairement défini, ce qui entraîne un risque d'abus<sup>1703</sup>. Sont-ils des cadavres du point de vue juridique ? 596

La deuxième situation est celle où un corps a subi une telle dégradation après sa mort qu'on ne sait plus s'il s'agit d'un cadavre ou d'une partie de celui-ci. Nous nous demanderons comment faire la distinction entre un cadavre et les parties d'un cadavre. 597

La troisième situation porte sur la disparition du cadavre. À partir du décès, le cadavre va inmanquablement se dégrader. Jusqu'à quand les restes d'un être humain doivent-ils être considérés comme un cadavre et avec quelles conséquences ? Il faut tenir compte de la grande variété de manières dont le cadavre peut se métamorphoser selon différents processus. Le squelette découvert lors de la fouille d'un cimetière médiéval doit-il avoir le même statut que les restes d'un alpiniste « restitué » par un glacier des décennies après sa disparition ? 598

Nous allons commencer par nous intéresser aux différentes catégories de cadavres (II). Nous aborderons ensuite la relation entre le cadavre et ses parties (III). Nous terminerons avec la disparition du cadavre (IV). 599

---

<sup>1703</sup> TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 256, qui mentionne des exemples en France et en Allemagne d'utilisation dans l'industrie pharmaceutique et la recherche de fœtus issus de fausses couches ou d'avortement sans le consentement des parents ; SPLISGARDT, p. 119 et les réf. citées, qui mentionne des scandales médiatiques en Allemagne et en France en lien avec l'utilisation de fœtus ou d'enfants mort-nés pour des activités de recherche ou dans l'industrie pharmaceutique. Cf. également CCNE, Conservation fœtus, p. 2.



## II. Les catégories de cadavres

### A. *Le corps des personnes décédées*

- 600 La première catégorie de cadavre est celle du corps des personnes décédées. On désigne par le terme de personne décédée (*verstorbene Personne, persona deceduta*) la personne physique après sa mort. Cette expression indique donc qu'il s'agit d'un être humain qui a acquis la personnalité juridique (aux conditions de l'art. 31 al. 1 CC) avant son décès.
- 601 La notion de personne décédée désigne le défunt et tous les éléments de sa personnalité. Le terme de personne décédée est notamment utilisé dans les lois fédérales en matière de biomédecine<sup>1704</sup>. Dans la LTx et la nLAGH, il désigne implicitement le corps de la personne décédée. L'art. 36 al. 1 et 4 LRH utilise l'expression de « corps d'une personne décédée » qui nous semble plus précise.
- 602 Pour être une personne décédée, il faut remplir deux conditions : avoir acquis la personnalité juridique puis être décédé. Nous traiterons également la situation particulière des personnes décédées maintenues sous respiration artificielle.

### 1. L'acquisition de la personnalité

- 603 L'art. 31 al. 1 CC fixe les conditions de l'acquisition de la personnalité juridique. Trois conditions cumulatives doivent être réunies : la naissance accomplie, d'un enfant, vivant<sup>1705</sup>.
- a. La naissance accomplie
- 604 L'enfant doit être totalement sorti du ventre de sa mère, peu important les circonstances de la naissance (accouchement par voie basse ou césarienne)<sup>1706</sup>. Il

---

<sup>1704</sup> Notamment les art. 8 ss LTx ; art. 36 ss LRH ; art. 4 et 6 LPADN ; art. 18 et 48 ss nLAGH.

<sup>1705</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 20 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 2 ss ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 427.

<sup>1706</sup> Voir le texte italien du CC : « *fuori dall'alvo materno* ». MEIER, Droit des personnes, n° 21 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1063 ; WYSS C., Lebensanfang, p. 23 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 40 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 3 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 20 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 99 ; STEINAUER/FOUN-

n'est pas nécessaire que le cordon ombilical soit coupé ou le placenta expulsé<sup>1707</sup>.

## b. La notion d'enfant

Selon la doctrine, il doit s'agir d'un enfant et non plus d'un fœtus ou d'un embryon<sup>1708</sup>. Il est problématique de se référer à la notion de fœtus dans ces circonstances, puisque selon la définition de l'art. 2 *litt. j* LPMA, le stade du fœtus s'étend depuis l'organogenèse jusqu'à la naissance<sup>1709</sup>. En réalité, la doctrine veut dire que « l'enfant » doit avoir un degré de maturité suffisant pour poursuivre son développement et vivre hors du ventre de sa mère<sup>1710</sup>. Il y aurait donc une condition de viabilité « abstraite »<sup>1711</sup>. La limite doit être fixée au regard des connaissances de la science médicale<sup>1712</sup>. Elle se trouve actuellement à 22 semaines de gestation ou un poids de 500 grammes<sup>1713</sup>. Cette limite

- 
- TOULAKIS, n° 428 ; CR CC I-MANAÏ, n° 3 ad art. 31 ; BUCHER, n° 193 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167 ; RIEMER, n° 120 ; BRÜCKNER, n° 43 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.3.2 ; STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, p. 472 ; GROSSEN, Traité, p. 15.
- <sup>1707</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 21 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1063 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 29 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 40 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 3 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 20 s. ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 99 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 428 ; CR CC I-MANAÏ, n° 3 ad art. 31 ; BUCHER, n° 194 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167 ; BRÜCKNER, n° 43 ; GROSSEN, Traité, p. 15 s. ; ZK ZGB-EGGER, n° 4 ad art. 31.
- <sup>1708</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 22 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 982 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; PERRENOUD, p. 21 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 429 ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 31 ; STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, p. 473.
- <sup>1709</sup> Cf. *infra* n° 626.
- <sup>1710</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 22 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 982 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 46 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 5 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; PERRENOUD, p. 21 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 99 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 429 ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 31 ; BUCHER, n° 197 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 172 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.3.2.
- <sup>1711</sup> PERRENOUD, p. 21 ; BUCHER, n° 205 ; STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, p. 473.
- <sup>1712</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 23 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 47 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 5 ad art. 31 CC ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 22 ; EDELMAN, p. 79 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 99 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 430 ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 31 ; BUCHER, n° 198 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 173 s.
- <sup>1713</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 982 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; PERRENOUD, p. 22 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 439 ; CR CC I-MANAÏ, n° 4 ad art. 31 ; MONTAVON, § 9 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 174. Ces critères se trouvent à l'art. 9 al. 2 OEC. Ils viennent de l'OMS qui les a fixés en 1977, cf. OMS, ch. 5.7.2, qui fixe les critères des 500 grammes, des 22 semaines de gestation ou des 25 centimètres.

figure à l'art. 9 al. 2 OEC pour la définition de l'enfant mort-né<sup>1714</sup>. La durée de la gestation se calcule à partir du premier jour de la dernière période menstruelle<sup>1715</sup>.

- 606 Si un embryon ou un fœtus est expulsé spontanément avant la 22<sup>e</sup> semaine de gestation, il s'agit d'une fausse couche<sup>1716</sup>. Le produit d'une fausse couche n'est pas viable, mais il peut arriver qu'il manifeste des signes de vie, comme des battements de cœur<sup>1717</sup>. Pour la doctrine majoritaire, comme il ne s'agit pas d'un enfant au sens strict, il ne remplit pas l'une des conditions de l'art. 31 al. 1 CC et n'acquiert pas la personnalité<sup>1718</sup>. Nous sommes d'avis qu'il y a acquisition de la personnalité en présence de signes de vie, même si « l'enfant » né avant la 22<sup>e</sup> semaine de gestation n'a aucun espoir de survie à l'heure actuelle<sup>1719</sup>.
- 607 La même réflexion s'applique dans le cadre de l'interruption de grossesse. Avant la 12<sup>e</sup> semaine de gestation, on va procéder soit à un curetage, soit avoir recours à un médicament pour provoquer des contractions de l'utérus et le fœtus est éliminé dans le cadre de ce qui s'apparente à des règles abondantes<sup>1720</sup>. Dans ce cas, le fœtus ne présente pas de signe de vie hors du ventre de la mère. Dans le cadre d'une interruption thérapeutique de grossesse après la 12<sup>e</sup> semaine, on va proposer aux parents d'utiliser un médicament foeticide<sup>1721</sup>. Le fœtus meurt alors *in utero*. En l'absence de recours à un foeticide, il est possible

---

<sup>1714</sup> Cf. *infra* n° 628 ss.

<sup>1715</sup> On parle de semaines d'aménorrhée. CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 7 ; BERGER *et alii*, p. 2 s. ; KOHLER-VAUDAUX, p. 174, note 763.

<sup>1716</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 982 et 984 ; DUCOR, RDS, p. 278, qui fait la distinction entre la fausse couche, les 14 premières semaines de gestation et la fausse couche tardive de la 14<sup>e</sup> à la 22<sup>e</sup> semaine ; PERRENOUD, p. 26 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 100 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 429.

<sup>1717</sup> Confirmé par les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021. DUCOR, RDS, p. 278 ; PERRENOUD, p. 21 et 26 ; BÜCHLER/FREI, n° 23 et 31, qui évoque l'art. 37 al. 2 *litt.* a LTx ; KOHLER-VAUDAUX, p. 172 ; BUCHER, n° 205 ; GUINAND, Rapport sur le corps humain, p. 160.

<sup>1718</sup> BÜCHLER/FREI, n° 23 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 172 s. ; BUCHER, n° 205 ; GUINAND, Rapport sur le corps humain, p. 160.

<sup>1719</sup> NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 14 ss et 41.

<sup>1720</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021. Pour plus de détails sur les méthodes d'interruption de grossesse à partir du deuxième trimestre, cf. NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 18 ss et p. 30 ss ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 39 ss sur les méthodes utilisées en Suisse.

<sup>1721</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021. Pour plus de détails sur les méthodes d'interruption de grossesse à partir du deuxième trimestre, cf. NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 18 ss notamment p. 20 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 42 ss.

que le fœtus présente des signes de vie hors du ventre de sa mère<sup>1722</sup>. Il n'est pas viable et l'équipe médicale va lui prodiguer des soins d'accompagnement (palliatifs)<sup>1723</sup>. Encore une fois, « l'enfant » acquiert la personnalité s'il présente des signes de vie<sup>1724</sup>.

Il faut relever que dans un arrêt datant de 1915, le Tribunal fédéral a considéré que la notion d'enfant devait être interprétée restrictivement et qu'il fallait s'inspirer de la terminologie médicale<sup>1725</sup>. Il évoque notamment le caractère viable du fœtus et l'inscription au registre d'état civil comme des critères déterminants pour considérer s'il s'agit d'un enfant<sup>1726</sup>. 608

### c. Le caractère vivant

Le législateur a consciemment renoncé à définir la notion de vie et renvoie aux connaissances médicales<sup>1727</sup>. L'enfant doit montrer des signes de vie hors du ventre de sa mère<sup>1728</sup>. Si l'enfant meurt dans le ventre de sa mère, il n'acquiert pas la personnalité<sup>1729</sup>. La doctrine juridique évoque les signes de vie suivants : la respiration spontanée, les battements de cœur, les pulsations du cordon ombilical ou les mouvements musculaires<sup>1730</sup>. Les recommandations de la Société 609

<sup>1722</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021, selon lequel, en l'absence de foeticide, il y a des signes de vie dans 10 % des cas. NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 19, qui explique qu'en principe le fœtus ne survit pas avant la 22<sup>e</sup> semaine de grossesse, mais des signes de vie sont observables à partir de la 17<sup>e</sup> semaine de grossesse et p. 32 sur la situation en Suisse.

<sup>1723</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021. NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 16 et 19 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 44 s.

<sup>1724</sup> NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 14 ss et 41.

<sup>1725</sup> ATF 41 II 648 = JdT 1916 II 482 (trad.), consid. 2. À l'époque la limite de la notion d'enfant était fixée après la 28<sup>e</sup> semaine de grossesse.

<sup>1726</sup> ATF 41 II 648 = JdT 1916 II 482 (trad.), consid. 2. Il précise que cette interprétation est conforme à l'art. 31 al. 2 CC.

<sup>1727</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 41.

<sup>1728</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 24 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 41 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 23 ; CR CC I-MANAÏ, n° 5 ad art. 31 ; BUCHER, n° 196 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167 ; BRÜCKNER, n° 46.

<sup>1729</sup> RIEMER, n° 120.

<sup>1730</sup> DFI LRH, p. 110, pour qui l'absence de l'activité cardiaque et des pulsations dans le cordon ombilical, d'activité respiratoire et de mouvement sont des critères cumulatifs pour constater les décès. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1063 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 29 ; WYSS C., Lebensanfang, p. 5 et 23 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 23 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 100 ; STEINAUER/

suisse de néonatalogie sur le soutien à l'adaptation et la réanimation des nouveau-nés évoquent la coloration (rose ou bleu), la respiration, le tonus, la réactivité (motricité spontanée, cris, éternuement, toux) et la fréquence cardiaque<sup>1731</sup>.

- 610 Les recommandations de la Société suisse de néonatalogie prescrivent l'arrêt des mesures de réanimation (ventilation avec oxygène à 100 %, compression thoracique et administration intraveineuse d'adrénaline) si l'enfant ne présente aucun signe de vie après au minimum 20 minutes<sup>1732</sup>. Une partie de la doctrine considère que si l'enfant décède au cours de l'accouchement, il n'acquiert pas la personnalité<sup>1733</sup>. Nous suivons l'avis de Piera Beretta selon lequel l'enfant est considéré comme né vivant si des mesures de réanimation sont pratiquées sur le nouveau-né, même si celles-ci se soldent par un échec<sup>1734</sup>. Il est possible de suivre le rythme cardiaque de l'enfant en continu lors de l'accouchement<sup>1735</sup>. Si l'enfant n'est manifestement pas mort *in utero*, l'équipe médicale a le devoir de lui prodiguer des soins, qui peuvent être de confort en fonction de l'âge gestationnel et de la sévérité de l'éventuelle pathologie que présente l'enfant<sup>1736</sup>. Dans cette hypothèse, on doit considérer qu'il a vécu hors du ventre de sa mère.
- 611 Pour certains auteurs, par cohérence avec le critère de la mort de l'art. 9 al. 1 LTx, l'enfant en état de mort cérébrale ne peut pas être considéré comme vivant<sup>1737</sup>. Cependant, dans son message concernant la LRH, le Conseil fédéral retient comme critère du décès pour les embryons et fœtus issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés : « *l'absence d'activité cardiaque et de pulsations dans le cordon ombilical, l'absence d'activité respiratoire et*

---

FOUNTOULAKIS, n° 431 ; CR CC I-MANAÏ, n° 5 ad art. 31 ; BUCHER, n° 196 ; MANAÏ, L'embryon face au droit, n° 68 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 167 ; RIEMER, n° 120 ; BRÜCKNER, n° 466 ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.3.2 ; GROSSEN, Traité, p. 15 s. ; ZK ZGB-EGGER, n° 5 ad art. 31.

<sup>1731</sup> SOCIÉTÉ SUISSE DE NÉONATOLOGIE, p. 32. Ces critères permettent de calculer le score d'Apgar qui est une évaluation standardisée de l'adaptation néonatale et de la réussite des mesures de réanimation entreprises. Cf. également BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31.

<sup>1732</sup> SOCIÉTÉ SUISSE DE NÉONATOLOGIE, p. 39 : c'est-à-dire un score d'Apgar de 0. Cf. également BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31.

<sup>1733</sup> WYSS C., Lebensanfang, p. 23 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 3 ad art. 31. *Contra* : PAPAUX VAN DELDEN, p. 99 ; CR CC I-MANAÏ, n° 3 ad art. 31 ; RIEMER, n° 120.

<sup>1734</sup> BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31.

<sup>1735</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021.

<sup>1736</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021.

<sup>1737</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 24 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 42 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 100 ; MONTAVON, § 9 ; BUCHER, n° 204.

*l'absence de mouvement* »<sup>1738</sup>. Le rapport explicatif concernant l'avant-projet de la LRH considère que le critère de la mort cérébrale ne s'applique pas aux fœtus issus d'interruptions de grossesses ou d'avortements spontanés<sup>1739</sup>. De plus, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine est d'avis que le critère de la mort cardiaque (absence de battements de cœur ou de respiration) s'applique aux embryons et fœtus, car le critère valable pour les personnes n'est pas valable pour la vie en gestation<sup>1740</sup>. Enfin, dans une prise de position datant du 3 août 2005, l'ASSM considère que le critère de la mort cardiaque s'applique aux embryons et fœtus de la 7<sup>e</sup> semaine de grossesse à la naissance<sup>1741</sup>. Il faut donc admettre que l'art. 9 al. 1 LTx n'est pas applicable pour déterminer si un enfant est vivant et s'il acquiert la personnalité<sup>1742</sup>. Une durée de vie minimum ou la viabilité « concrète » de l'enfant ne sont pas des conditions d'acquisition de la personnalité<sup>1743</sup>.

Il faut enfin évoquer le cas des nouveau-nés anencéphales, c'est-à-dire atteints d'une malformation congénitale qui entraîne l'absence d'encéphale (cerveau, cervelet et tronc cérébral)<sup>1744</sup>. La notion d'anencéphalie désigne en réalité une série de différentes malformations du tube neural<sup>1745</sup>. La plupart des enfants atteints d'anencéphalie naissent mort-nés, mais il peut arriver qu'ils survivent quelques heures ou jours après la naissance s'ils possèdent un tronc cérébral

<sup>1738</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345. Ces critères sont cumulatifs, cf. DFI LRH, p. 110 ; PERRENOUD, p. 24.

<sup>1739</sup> DFI LRH, p. 110.

<sup>1740</sup> NEK-CNE, Embryons et fœtus, p. 72 s et 78. TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 265 ; BÜCHLER/FREI, n° 15.

<sup>1741</sup> ASSM, Mort des embryons et fœtus, ch. 3. Des mouvements réflexes peuvent survenir chez un embryon ou un fœtus hors de l'utérus après l'arrêt de l'activité cardiaque, mais ne remettent pas en question le diagnostic de la mort. Avant la septième semaine, la prise de position considère qu'il est difficile d'établir un critère unique de la mort. Cf. également MANAI, L'embryon face au droit, § 66.

<sup>1742</sup> PERRENOUD, p. 24 ; CR CC I-MANAI, n° 5 ad art. 31. Sur le caractère incertain et controversé de l'application de l'art. 9 al. 1 LTx hors du domaine de la médecine de transplantation, cf. *supra* n° 81 ss.

<sup>1743</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 24 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1063 ; WYSS C., Lebensanfang, p. 23 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 46 ; BSK ZGB I-BERETTA, n° 4 ad art. 31 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 30 ; PERRENOUD, p. 23 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 100 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 432 ; CR CC I-MANAI, n° 2 ad art. 31 ; BUCHER, n° 195 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 168 ; BRÜCKNER, n° 44 ; STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, p. 472 ; GUINAND, Rapport sur le corps humain, p. 160 ; GROSSEN, Traité, p. 16 ; ZK ZGB-EGGER, n° 2 et 6 ad art. 31.

<sup>1744</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1229 ; DUCOR, RDS, p. 259 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 169.

<sup>1745</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 98 ; GUILLOD, Le nouveau-né, p. 842.

fonctionnel qui leur permet de respirer spontanément<sup>1746</sup>. Ils acquièrent alors la personnalité juridique, même s'ils ne sont pas viables<sup>1747</sup>.

## 2. Le décès

613 L'enfant acquiert la personnalité s'il naît vivant. Il devient une personne décédée au moment de son décès. Son corps devient un cadavre. Nous renvoyons à nos développements sur la mort dans le chapitre que nous lui avons consacré<sup>1748</sup>.

## 3. Les personnes décédées placées sous respiration artificielle

614 Parmi les personnes décédées, il faut évoquer la catégorie particulière des personnes décédées placées sous respiration artificielle. Cette situation se produit lorsqu'un patient est admis dans une unité de soins intensifs où il est intubé et placé sous respiration artificielle. Si le patient a des lésions cérébrales qui ont entraîné l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales, les médecins ne peuvent que constater le décès de la personne, consécutif à une lésion primaire du cerveau<sup>1749</sup>. Cette situation est également possible après un arrêt circulatoire persistant<sup>1750</sup>. Dans de telles circonstances, il est possible que les fonctions vitales de la personne décédée soient maintenues par respiration artificielle<sup>1751</sup>. En réalité, en plus de la ventilation artificielle, les médecins vont administrer un traitement médicamenteux vasoactif et un traitement hormonal pour assurer le maintien des fonctions vitales<sup>1752</sup>. La personne décédée placée sous respiration artificielle semble encore en vie puisque rien ne la distingue extérieurement d'une personne inconsciente<sup>1753</sup>. Son cœur bat<sup>1754</sup>. Elle semble endormie, sa peau est chaude et colorée par la circulation sanguine<sup>1755</sup>. La personne décédée

---

<sup>1746</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1229 ; DUCOR, RDS, p. 259 ; PERRENOUD, p. 23 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 169.

<sup>1747</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1229 ; DUCOR, RDS, p. 259 et les réf. citées à la note 14 ; PERRENOUD, p. 23 s. ; KOHLER-VAUDAUX, p. 169 ; GUILLOD, Le nouveau-né, p. 842.

<sup>1748</sup> Cf. *supra* chapitre 2.

<sup>1749</sup> Sur le constat de la mort à la suite d'une lésion primaire du cerveau, cf. *supra* n° 90 ss.

<sup>1750</sup> Cf. *supra* n° 92.

<sup>1751</sup> DUCOR, RDS, p. 259.

<sup>1752</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2017. GUILLOD/MADER, p. 10.

<sup>1753</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7341. DUCOR, RDS, p. 275 ; HK HFG-ZAUGG, n° 6 ad art. 37.

<sup>1754</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2071.

<sup>1755</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 6 ad art. 37.

sous respiration artificielle est proche de la personne physique<sup>1756</sup>. Cependant, du moment que la mort a été constatée, il ne s'agit plus d'une personne physique, mais d'une personne décédée<sup>1757</sup>. Cette situation est donc contre-intuitive et peut se révéler émotionnellement difficile pour les proches du défunt ou le personnel médical<sup>1758</sup>. Il existe un risque d'instrumentalisation de la personne décédée sous respiration artificielle, contraire à la dignité humaine<sup>1759</sup>. Cette situation doit être évitée et le maintien de la personne sous respiration artificielle n'est justifié que dans des circonstances particulières. Le maintien de la respiration artificielle peut avoir lieu dans l'optique d'un don d'organe, d'une activité de recherche ou pour permettre la poursuite de la gestation d'un enfant. Le législateur est d'ailleurs intervenu pour régler deux de ces situations.

a. En vue d'un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules

Une personne décédée peut être maintenue sous respiration artificielle dans l'optique d'une transplantation. Le maintien des fonctions vitales de la personne décédée est essentiel pour assurer la perfusion des organes, tissus ou cellules qui vont être prélevés<sup>1760</sup>. Une personne décédée est maintenue sous respiration artificielle dans tous les cas où le donneur décède à la suite d'une lésion primaire du cerveau (donneur en état de mort cérébrale)<sup>1761</sup>. Une fois le décès constaté et si la personne a consenti de son vivant au don (art. 8 al. 1 LTx), le prélèvement est effectué dès que possible. 615

En l'absence d'une déclaration de don de la personne, l'art. 10 al. 8 LTx prescrit que des mesures médicales qui ont pour but exclusif la conservation des organes, des tissus ou des cellules peuvent être prises après le décès de la personne en attendant que les proches du défunt puissent prendre une décision (conformément à l'art. 8 al. 3 LTx). Le Conseil fédéral a limité la durée des 616

<sup>1756</sup> Dans ce sens, DUCOR, RDS, p. 275.

<sup>1757</sup> DUCOR, RDS, p. 259.

<sup>1758</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7341. ROACH, p. 154.

<sup>1759</sup> DUCOR, RDS, p. 275 ; SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 165.

<sup>1760</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2071 s. GUILLOD/MADER, p. 11 s.

<sup>1761</sup> DFI, LTx, p. 342. Cela concerne la majorité des donneurs d'organes en Suisse, cf. SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 31, selon qui, en 2020, il y a eu 96 donneurs à cœur battant (*Donation after Brain Death, DBD*) et 50 donneurs à cœur arrêté en Suisse (*Donation after Circulatory Determination of Death, DCD*). Sur ces catégories, cf. *infra* n° 736 ss. Le prélèvement de la cornée ne nécessite pas que le donneur soit maintenu sous respiration artificielle et l'intervention peut avoir lieu jusqu'à trois jours après le décès : DUCOR, RDS, p. 321, qui cite le MCF LTx, FF 2002, p. 32 s.



mesures médicales préliminaires à 72 heures après le décès (art. 8 OTx)<sup>1762</sup>. Si le défunt s'est exprimé contre le don d'organes, sa volonté prime et il faut mettre fin aux mesures. Nous traitons en détail des conditions d'une transplantation d'organes, de tissus et de cellules dans un chapitre spécifique auquel nous renvoyons pour plus de détails<sup>1763</sup>.

b. Dans le cadre d'un projet de recherche

- 617 La LRH fixe les conditions permettant de mener un projet de recherche sur une personne décédée<sup>1764</sup>. Un projet de recherche ne peut être réalisé sur une personne décédée placée sous respiration artificielle qu'en respectant le principe de la subsidiarité : il ne doit pas être possible d'obtenir des résultats équivalents avec des personnes décédées qui ne sont pas placées sous respiration artificielle (art. 37 al. 2 LRH)<sup>1765</sup>. Nous renvoyons à nos développements consacrés à cette question dans le chapitre sur la recherche<sup>1766</sup>.

c. Les femmes enceintes en état de mort cérébrale primaire

- 618 Il peut arriver qu'une femme enceinte décède alors qu'elle se trouve sous respiration artificielle<sup>1767</sup>. Si l'enfant a un degré de maturité suffisant, l'équipe médicale va procéder à l'accouchement<sup>1768</sup>. Toutefois, si l'enfant n'est pas assez développé pour survivre hors du corps de sa mère, les progrès de la médecine intensive permettent d'envisager de maintenir les fonctions vitales de la femme jusqu'à ce que l'enfant atteigne un degré de développement permettant de procéder à un accouchement dans de bonnes conditions<sup>1769</sup>.

---

<sup>1762</sup> Cf. également ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.3.2. SPRUMONT/SCHORNO/CORPATAUX, p. 165.

<sup>1763</sup> Cf. *infra* chapitre 9.

<sup>1764</sup> RS 810.30. Les conditions sont un consentement (art. 36 LRH) et le constat du décès (art. 37 al. 1 LRH). Pour plus de détails, cf. *infra* chapitre 10.

<sup>1765</sup> DUCOR, RDS, p. 275 ; HK HFG-ZAUGG, n° 6 ad art. 37 ; MANAI, Droits du patient, p. 530. Le principe de la subsidiarité fait partie des principes généraux de la recherche sur l'être humain, cf. l'art. 16 al. i CDHB. Il est consacré à l'art. 11 LRH et à l'art. 118b al. 2 *litt.* c Cst. pour la recherche portant sur des personnes incapables de discernement.

<sup>1766</sup> Cf. *infra* n° 880 ss.

<sup>1767</sup> DUCOR, RDS, p. 315.

<sup>1768</sup> DUCOR, RDS, p. 315.

<sup>1769</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1084 ; DUCOR, RDS, p. 315.

Dans une telle situation, une pesée des différents intérêts en présence permet de décider de maintenir ou non la femme enceinte décédée sous respiration artificielle<sup>1770</sup>. Nous partageons l'avis de Philippe Ducor qui admet que le droit de la femme enceinte de disposer de son cadavre prime tous les autres intérêts : si la femme a exprimé de son vivant une volonté en faveur de son maintien sous respiration artificielle ou s'est opposée à ces mesures, sa volonté doit être respectée<sup>1771</sup>. En l'absence de volonté exprimée par la mère, c'est le proche le plus étroitement lié avec elle qui peut décider sur la base de son droit à déterminer le sort du corps du défunt<sup>1772</sup>. Il faut présumer que dans ce cas, il s'agit du père de l'enfant<sup>1773</sup>. Il peut donc décider du maintien des fonctions vitales de la mère, en tenant compte de sa volonté présumée<sup>1774</sup>. Si l'enfant a la personnalité juridique conditionnelle dès sa conception (art. 31 al. 2 CC), il ne bénéficie, par contre, pas du droit à la vie de l'art. 10 al. 1 Cst. et de l'art. 2 CEDH<sup>1775</sup>. L'intérêt de l'enfant à naître ne saurait primer les droits de la défunte ou du proche<sup>1776</sup>. Il n'y a aucun devoir de maintenir en vie le fœtus d'une mère décédée<sup>1777</sup>.

<sup>1770</sup> DUCOR, RDS, p. 316.

<sup>1771</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1084 ; DUCOR, RDS, p. 316. Sur le droit de disposer d'un cadavre, *cf. supra* chapitre 4.

<sup>1772</sup> DUCOR, RDS, p. 316. Sur le droit des proches de déterminer le sort du corps du défunt, *cf. supra* n° 222 ss.

<sup>1773</sup> DUCOR, RDS, p. 316 s. Sur le proche le plus étroitement lié avec le défunt, *cf. supra* n° 223 ss.

<sup>1774</sup> DUCOR, RDS, p. 316 s. Sur la volonté présumée du défunt, *cf. supra* n° 235 ss.

<sup>1775</sup> Arrêt de la Cour EDH (Requête n° 13423/09) *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie*, du 9 avril 2013, § 107 et les réf. citées. MEIER, Droit des personnes, n° 28 et 35 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 974 et 1084 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 31 ; NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 11 ; DUCOR, RDS, p. 316 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 101 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 437 ss ; MANAI, L'embryon face au droit, n° 11 et 23. Il existe un débat dans la doctrine (dont l'importance pratique doit être relativisée) pour savoir si la condition est résolutoire ou suspensive (qui rétroagit à la conception), *cf.* BSK ZGB I-BERETTA, n° 20 ad art. 31 ; CR CC I-MANAI, n° 14 ad art. 31 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 438. Pour une condition résolutoire, *cf.* notamment MEIER, Droit des personnes, n° 29 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 31. Pour une condition suspensive, *cf.* notamment RIEMER, n° 123. PEDRAZZINI/OBERHOLZER, n° 2.2.3.3. Pour une approche différenciée, *cf.* notamment HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 52 ; BUCHER, n° 211.

<sup>1776</sup> DUCOR, RDS, p. 316 s. Dans ce sens, DONZALLAZ, Vol. I, n° 974 ; MANAI, L'embryon face au droit, n° 20, pour qui le droit de l'enfant à naître est limité par la liberté personnelle de la mère.

<sup>1777</sup> MANAI, L'embryon face au droit, n° 65.

*B. Le corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité*

- 620 Le corps d'une personne physique devient un cadavre au moment de son décès. Qu'en est-il du corps d'un être humain qui n'a pas acquis la personnalité ? Dès le moment de sa conception, l'enfant jouit d'une personnalité juridique conditionnelle<sup>1778</sup>. S'il décède avant sa naissance, la condition n'est pas remplie et selon la conception défendue il n'a jamais acquis la personnalité ou il la perd rétroactivement<sup>1779</sup>.
- 621 Le corps d'un enfant n'ayant pas acquis la personnalité doit-il être considéré comme un cadavre ? Son statut est-il le même que celui du corps d'une personne décédée ? Faut-il faire des distinctions en fonction du stade de développement de l'enfant ?
- 622 Pour répondre à ces questions, nous allons commencer par présenter les différents termes utilisés par l'ordre juridique pour désigner les stades de développement de l'enfant. Nous nous intéresserons ensuite au statut juridique du corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité. Nous terminerons avec notre appréciation personnelle.

**1. Les catégories d'enfants n'ayant pas acquis la personnalité**

a. La terminologie de la LPMA

- 623 La première classification est fondée sur la LPMA<sup>1780</sup>. L'art. 2 LPMA dresse une liste de définitions. Comme le relève le Conseil fédéral dans son Message, les définitions de l'art. 2 LPMA sont des concepts juridiques qui ne correspondent pas forcément à la terminologie scientifique<sup>1781</sup>. Les catégories de la LPMA ont été reprises dans les autres lois « biomédicales » de la Confédération<sup>1782</sup>. Il faut

---

<sup>1778</sup> Sur la personnalité juridique conditionnelle de l'enfant conçu, cf. notamment MEIER, Droit des personnes, n° 28 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 50 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 31 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 180 ss.

<sup>1779</sup> Notamment MEIER, Droit des personnes, n° 29 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 51 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 31 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 186.

<sup>1780</sup> RS 810.11.

<sup>1781</sup> MCF LPMA, FF 1996 III, p. 239.

<sup>1782</sup> C'est-à-dire les lois fédérales figurant au numéro 810 du RS, intitulé « Médecine et dignité humaine ». Cf. notamment les art. 17 s. nLAGH ; art. 37 ss LTx ; art. 25 ss et 39 ss LRH ; art. 2 litt. a LRCS.

donc considérer que les définitions de la LPMA sont valables dans l'ensemble du droit fédéral.

Ces notions ont été définies pour la première fois par la Commission d'experts pour la génétique humaine et la médecine de la reproduction dans le cadre d'un Rapport au Département fédéral de l'intérieur et au Département fédéral de justice et police datant du 19 août 1988<sup>1783</sup>. Ce rapport est annexé au Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « Contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine » du 18 septembre 1989<sup>1784</sup>. 624

#### (i) Les embryons

L'embryon (*Embryo, embrione*) est défini comme : « le fruit de la fusion des noyaux jusqu'à la fin de l'organogenèse » (art. 2 litt. i LPMA). Le stade de l'embryon s'étend de la conception à la 8<sup>e</sup> semaine de gestation<sup>1785</sup>. Dans ce contexte, la notion de conception correspond à la fusion des noyaux des gamètes (ovule et spermatozoïde), qui détermine l'information génétique de l'enfant<sup>1786</sup>. La fusion a lieu dans les 24 heures qui suivent l'imprégnation, c'est-à-dire la pénétration d'un spermatozoïde dans le plasma d'un ovule<sup>1787</sup>. L'embryon succède donc à l'ovule imprégné au sens de l'art. 2 litt. h LPMA<sup>1788</sup>. 625

#### (ii) Les fœtus

Le fœtus (*Fötus, fetu*) est : « le fruit de la conception après l'organogenèse et jusqu'à la naissance » (art. 2 litt. j LPMA). Le fœtus correspond à la période allant de la 9<sup>e</sup> semaine de gestation au terme de la grossesse<sup>1789</sup>. 626

<sup>1783</sup> Rapport génétique humaine, FF 1989 III, p. 1124.

<sup>1784</sup> MCF 119 Cst., FF 1989 III, p. 945.

<sup>1785</sup> MCF LPMA, FF 1996 III, p. 241 ; Rapport génétique humaine, FF 1989 III, p. 1126. DUCOR, RDS, p. 278 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 99.

<sup>1786</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 442b ; CR CC I-MANAÏ, n° 10 ad art. 31.

<sup>1787</sup> L'imprégnation est définie à l'art. 2 litt. g LPMA. MCF LPMA, FF 1996 III, p. 241. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 53 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 442b ; CR CC I-MANAÏ, n° 12 ad art. 31 ; MANAÏ, L'embryon face au droit, § 2 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 7.

<sup>1788</sup> MANAÏ, L'embryon face au droit, § 2.

<sup>1789</sup> MCF LPMA, FF 1996 III, p. 241 ; Rapport génétique humaine, FF 1989 III, p. 1127. DUCOR, RDS, p. 278.

b. La terminologie de l'OEC

627 L'OEC fait une distinction entre deux catégories : les enfants mort-nés et les enfants nés sans vie.

(i) Les enfants mort-nés

628 L'art. 9 OEC traite de la naissance d'un enfant mort-né (*totgeborenes Kind, infante nato morto*). Un enfant est mort-né s'il ne manifeste aucun signe de vie à la naissance et que son poids est d'au moins 500 grammes ou que la gestation a duré au moins 22 semaines entières (art. 9 al. 2 OEC). Les critères sont alternatifs<sup>1790</sup>.

629 La limite des 22 semaines entières de gestation ou du poids de 500 grammes figure dans l'OEC depuis son adoption le 28 avril 2004<sup>1791</sup>. Le délai était de six mois de grossesse dans l'ancienne ordonnance sur l'état civil du 1<sup>er</sup> juin 1953<sup>1792</sup>. Le délai de six mois de grossesse figurait déjà à l'art. 14 de l'ancienne loi fédérale du 24 décembre 1874 concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage<sup>1793</sup>.

(ii) Les enfants nés sans vie

630 Un enfant est désigné comme né sans vie (*Fehlgeburt, infante privo di vita*) s'il ne manifeste aucun signe de vie lors de sa venue au monde et que son poids n'atteint pas au moins 500 grammes et que la gestation n'a pas duré au moins 22 semaines entières (art. 9a al. 1 OEC). L'enfant né sans vie n'est ni enfant au sens strict ni vivant au sens de l'art. 31 al. 1 CC : il n'acquiert pas la personnalité<sup>1794</sup>. L'art. 9a OEC parle de « venue au monde » : il désigne ainsi toutes les formes d'interruption de grossesse, qu'elle soit volontaire (avortement) ou spontanée (fausse couche)<sup>1795</sup>. Les circonstances de la fin de la grossesse ne changent rien<sup>1796</sup>.

---

<sup>1790</sup> PERRENOUD, p. 24.

<sup>1791</sup> RO 2004, p. 2915. CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 23.

<sup>1792</sup> RS 211.112.1, cf. art. 59 al. 1 et 66 aOEC. PERRENOUD, p. 22.

<sup>1793</sup> Pour le texte de la loi, FF 1875 I, p. 105. CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 23. GAGNAT, p. 274.

<sup>1794</sup> OFJ, Rapport OEC, p. 7. MANAI, Jusletter, § 13.

<sup>1795</sup> OFJ, Rapport OEC, p. 6.

<sup>1796</sup> OFJ, Rapport OEC, p. 8.

La catégorie des enfants nés sans vie a été introduite dans l'OEC à l'occasion d'une révision datant du 31 octobre 2018 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>1797</sup>. Auparavant, si la gestation prenait fin avant 22 semaines entières ou si l'enfant ne pesait pas 500 grammes, sa situation n'était pas réglée<sup>1798</sup>. Cette modification est la conséquence d'un rapport du Conseil fédéral donnant à la suite du postulat de la conseillère nationale Marianne Streiff-Feller du 11 décembre 2014<sup>1799</sup>. Ce postulat est le dernier d'une série d'interventions parlementaires sur la situation des enfants nés sans vie<sup>1800</sup>. La confirmation de la venue au monde d'un enfant né sans vie doit faciliter le processus de deuil des parents et la possibilité de lui offrir une sépulture (même si le droit funéraire relève de la compétence cantonale)<sup>1801</sup>.

### c. Synthèse

Les catégories de la LPMA et de l'OEC suivent des logiques propres. Un embryon mort est toujours un enfant né sans vie, tandis qu'un fœtus est soit un enfant né sans vie, soit un enfant mort-né. Il faut relever que le terme allemand

<sup>1797</sup> RO 2018, p. 4309 ss.

<sup>1798</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 6. MONTAVON, § 29.

<sup>1799</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 5. Postulat Streiff-Feller n° 14.4183 « Améliorer la situation juridique des enfants nés sans vie », du 11 décembre 2014.

<sup>1800</sup> Question Quadranti n° 15.5156 « Enfants nés sans vie. Questions concernant la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 12.4090 », du 11 mars 2015 ; interpellation Quadranti n° 12.4090 « Inhumation d'enfants nés sans vie. Mesures pour favoriser l'aménagement d'emplacements spéciaux dans les cimetières », du 11 décembre 2012 ; initiative parlementaire Maury Pasquier n° 11.494 « Participation aux coûts en cas de maternité. Égalité de traitement », du 21 décembre 2011 ; question Galladé n° 10.5120 « Prestation de maternité en cas de fausse couche ou d'enfant mort-né », du 15 mars 2010 ; motion Teuscher n° 05.3592 « Prestations en cas de maternité », du 6 octobre 2005 ; motion Gutzwiller n° 05.3591 « Prestations en cas de maternité », du 6 octobre 2005 ; motion Häberli-Koller n° 05.3590 « Prestations en cas de maternité », du 6 octobre 2005 ; motions Galladé n° 05.3589 « Prestations en cas de maternité », du 6 octobre 2005 ; questions Gonseth n° 97.5164 « Assurance-maternité. Pas de participation aux coûts », du 6 octobre 1997 ; question ordinaire Wittenwiller n° 95.1090 « Enfants mort-nés », du 23 juin 1995 ; question Sandoz n° 93.5186 « Ordonnance sur l'état civil. Enfants mort-nés », du 4 octobre 1993. CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 5 s.

<sup>1801</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 2 et 33. GRÜNEWALD, p. 62 et 71. Sur l'importance de l'inhumation des enfants mort-nés dans le travail de deuil de la famille, cf. également PAPAUX VAN DELDEN p. 114 ; ASSM, Soins palliatifs, p. 12.

de « *Fehlgeburt* », qui désigne les enfants nés sans vie, renvoie en français à l'idée de fausse couche<sup>1802</sup>.

633 Les catégories de l'OEC ne traitent pas du cas d'un enfant qui vient au monde en présentant des signes de vie et dont le poids n'atteint pas au moins 500 grammes et dont la gestation n'a pas duré au moins 22 semaines entières. C'est à notre sens un argument en faveur de l'acquisition de la personnalité d'un enfant de ce cas de figure, contrairement à ce que la doctrine majoritaire soutient<sup>1803</sup>. Dans ce cas, puisque l'enfant acquiert la personnalité, il devient une personne décédée après sa mort.

## 2. Le statut du corps d'un enfant n'ayant pas acquis la personnalité

### a. L'état civil

634 L'enfant mort-né est un enfant au sens de l'art. 31 al. 1 CC, mais en raison de l'absence de signe de vie au moment où il sort du ventre de sa mère, il n'acquiert pas la personnalité juridique<sup>1804</sup>. La naissance d'un enfant mort-né doit obligatoirement être enregistrée à l'état civil (art. 9 al. 1 OEC)<sup>1805</sup>.

635 La femme qui a donné naissance à l'enfant mort-né est inscrite comme mère dans le registre<sup>1806</sup>. Si la mère de l'enfant est mariée, le mari est inscrit comme père sur la base de la présomption de l'art. 255 al. 1 CC<sup>1807</sup>. Si la mère n'est pas mariée, le père de l'enfant mort-né peut le reconnaître avant ou après la naissance<sup>1808</sup>. Si les parents le souhaitent, le prénom et le nom de famille sont inscrits au registre d'état civil (art. 9 al. 3 OEC)<sup>1809</sup>. Ces inscriptions n'ont pas

---

<sup>1802</sup> Dans ce sens, NEK-CNE, Interruption de grossesse, p. 16 s.

<sup>1803</sup> Cf. *supra* n° 605 ss.

<sup>1804</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 9. MANAI, Jusletter, § 13 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 111 ; MONTAVON, § 29 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 175 et 269.

<sup>1805</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 24. MANAI, Jusletter, § 13 ; MONTAVON, § 29 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 175.

<sup>1806</sup> OFEC, Circulaire, ch. 2.1.1. MEIER, Droit des personnes, n° 35.

<sup>1807</sup> OFEC, Circulaire, ch. 2.1.1. MEIER, Droit des personnes, n° 35.

<sup>1808</sup> OFEC, Circulaire, ch. 2.1.2. MEIER, Droit des personnes, n° 35 ; DUCOR, RDS, p. 277 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 271.

<sup>1809</sup> OFEC, Circulaire, ch. 2.1.3. MEIER, Droit des personnes, n° 35 ; MANAI, Jusletter, § 13 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 112 ; MONTAVON, § 29 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 175. L'art. 37c al. 1 OEC désigne la personne qui peut choisir le prénom de l'enfant.

d'effet juridique ; aucun lien de filiation juridique n'est créé<sup>1810</sup>. L'inscription au registre est faite par respect envers les parents et pour protéger leurs liens affectifs avec l'enfant mort-né<sup>1811</sup>.

La venue au monde d'un enfant né sans vie peut être annoncée à l'état civil, qui établit une confirmation sur demande (art. 9a al. 2 OEC)<sup>1812</sup>. La demande peut émaner de la personne qui a mis au monde l'enfant né sans vie ou de la personne qui déclare en être le géniteur. Ce document peut être établi si la naissance a lieu en Suisse ou si le requérant est domicilié, résident ou citoyen suisse. Le requérant doit notamment produire un certificat établi par un médecin ou une sage-femme attestant de la venue au monde d'un enfant né sans vie (art. 9b al. 2 *litt.* b OEC). 636

#### b. La sépulture des enfants n'ayant pas acquis la personnalité

La réglementation en matière funéraire relève de la compétence des cantons<sup>1813</sup>. La possibilité d'offrir une sépulture à un enfant n'ayant pas acquis la personnalité dépend donc de chaque canton<sup>1814</sup>. Une série de cantons ont adopté des dispositions sur cette question. 637

Le § 3 Abs. 3 de la *Verordnung über das Bestattungswesen* du 11 novembre 2011 du canton d'Argovie prévoit que l'inhumation des enfants mort-nés (*Totgeburten*) est autorisée<sup>1815</sup>. 638

À Genève, l'art. 3C de la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 (LCim) traite des enfants mort-nés<sup>1816</sup>. Si l'enfant fait au moins 500 grammes ou si sa gestation a duré au moins 22 semaines, il peut être inhumé ou incinéré (art. 3C al. 1 LCim)<sup>1817</sup>. En dessous de ces seuils, l'inhumation ou l'incinération est 639

<sup>1810</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 24 ; OFEC, Circulaire, ch. 2.1.3. DONZALLAZ, Vol. I, n° 981 ; MEIER/STETTLER, n° 56 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; PERRENOUD, p. 28 ; PA-PAUX VAN DELDEN, p. 112 ; MONTAVON, § 29.

<sup>1811</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 25. DUCOR, RDS, p. 277 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 175.

<sup>1812</sup> GRÜNEWALD, p. 62. Le contenu de la confirmation est défini par l'art. 9c OEC.

<sup>1813</sup> Cf. *infra* n° 1134 et note 3232.

<sup>1814</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 175.

<sup>1815</sup> 371.112. GRÜNEWALD, p. 77 ; SCHMITT, p. 17.

<sup>1816</sup> K 1 65.

<sup>1817</sup> GRÜNEWALD, p. 77 ; SCHMITT, p. 17.



possible pour « des raisons majeures » et si le Centre universitaire romande de médecine légale délivre une autorisation (art. 3C al. 2 LCim)<sup>1818</sup>.

- 640 Dans le canton du Jura, l'art. 11 al. 1 du décret sur les inhumations du 6 décembre 1978, permet l'inhumation des enfants mort-nés<sup>1819</sup>. L'art. 11 al. 1<sup>bis</sup> prévoit que les parents peuvent demander l'inhumation des fœtus qui ne sont pas désignés comme enfants mort-nés par la législation fédérale sur l'état civil et dont la naissance ne doit donc pas être enregistrée, sur la base d'un certificat médical attestant le décès<sup>1820</sup>.
- 641 Dans le canton de Nidwald, le § 9 de la *Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen (Friedhofs- und Bestattungsverordnung)* du 4 décembre 2012 traite des enfants mort-nés et des enfants nés sans vie (*Totgeburten, Fehlgeburten*)<sup>1821</sup>. Il prévoit que les enfants qui naissent sans manifester de signes de vie ont le droit à une sépulture<sup>1822</sup>.
- 642 À Schaffhouse, la *Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung* du 31 octobre 1972 est applicable aux enfants mort-nés (*Totgeburten*) si le corps fait au moins 30 cm et si les parents ont expressément demandé un enterrement formel (§ 29)<sup>1823</sup>.
- 643 À Schwyz, la *Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen* du 16 janvier 1990 s'applique aux enfants mort-nés (*Totgeburten*) si les parents demandent expressément une sépulture (§ 23)<sup>1824</sup>.
- 644 Dans le canton de Vaud, l'art. 10 du Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 (RDSPF) traite des enfants mort-nés<sup>1825</sup>. L'alinéa 1 reprend la définition de l'art. 9 al. 2 OEC de l'enfant mort-né. En vertu de l'al. 2, les enfants mort-nés doivent recevoir une sépulture<sup>1826</sup>. Selon l'al. 3, les cadavres de fœtus qui ne remplissent pas ces critères peuvent être inhumés<sup>1827</sup>. Il n'est alors pas nécessaire que le décès soit constaté (art. 3 RDSPF), ni d'annoncer le décès à la commune (art. 7 RDSPF) et à l'état civil (art. 8 RDSPF), ni d'avoir une autorisation de transport (art. 9 RDSPF).

---

<sup>1818</sup> GRÜNEWALD, p. 77 ; SCHMITT, p. 17 ; MONTAVON, § 34.

<sup>1819</sup> 556.1.

<sup>1820</sup> GRÜNEWALD, p. 77 ; SCHMITT, p. 17 ; MONTAVON, § 33.

<sup>1821</sup> 715.2.

<sup>1822</sup> SCHMITT, p. 17.

<sup>1823</sup> 818.601.

<sup>1824</sup> 575.111. GRÜNEWALD, p. 77 ; SCHMITT, p. 17.

<sup>1825</sup> 818.41.1.

<sup>1826</sup> GRÜNEWALD, p. 76.

<sup>1827</sup> GRÜNEWALD, p. 76.

À Zurich, les enfants mort-nés ou issus de fausses couches (*Tot- und Fehlgeburten*) peuvent être inhumés sur demande des parents selon le § 16 Abs. 1 de la *Bestattungsverordnung* du 20 mai 2015 (*BesV*)<sup>1828</sup>. À défaut, on doit en disposer d'une manière décente (§ 16 Abs. 2 *BesV*). La sépulture est donc possible (mais pas obligatoire), à n'importe quel stade de développement de l'enfant<sup>1829</sup>. 645

La question de la sépulture des enfants mort-nés ou nés sans vie peut également être réglée dans la réglementation communale<sup>1830</sup>. Au-delà de ces réglementations cantonales et communales, certaines pratiques ont été développées pour permettre l'inhumation des enfants mort-nés et nés sans vie<sup>1831</sup>. Dans le cadre du rapport du Conseil fédéral sur le postulat Streiff-Feller, un questionnaire de l'Office fédéral de l'état civil a été transmis à l'Association suisse des services funéraires sur les pratiques locales<sup>1832</sup>. Il ressort de ce questionnaire que l'inhumation des enfants mort-nés et nés sans vie est possible en pratique<sup>1833</sup>. Leur crémation est également possible, sous réserve de questions techniques : certains fours ne permettent pas de récupérer les petites quantités de cendres produites par la crémation d'un corps d'un enfant mort-né ou d'un enfant né sans vie<sup>1834</sup>. 646

Si les parents ne souhaitent pas de sépulture ou si elle n'est pas réglée par le droit cantonal, le corps des enfants mort-nés et les enfants nés sans vie doivent être considérés comme des déchets médicaux spéciaux<sup>1835</sup>. Ils entrent alors dans la catégorie 18 01 02 des déchets présentant un danger de contamination (par exemple déchets de tissus, déchets contenant du sang, des sécrétions ou des excréments, sacs de sang et réserves de sang) selon l'ordonnance du DETEC concernant les listes pour les mouvements de déchets du 18 octobre 2005<sup>1836</sup>. Toutefois, pour des raisons éthiques, les éléments du corps humain comme les placentas, les membres amputés, autres parties du corps, organes prélevés et fœtus ne peuvent pas être incinérés dans une usine d'incinération des ordures 647

<sup>1828</sup> 818.61. CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 21.

<sup>1829</sup> GRÜNEWALD, p. 76.

<sup>1830</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 20, qui évoque les cantons d'Argovie, Berne, Neuchâtel ou Soleure et la note 86 pour une liste de communes ; GRÜNEWALD, p. 77 ss, qui présente aussi des exemples.

<sup>1831</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 21. GRÜNEWALD, p. 78 ; MONTAVON, § 36 s. Cf. également GAINAT, p. 283 ss, qui présente la pratique du cimetière de Beauregard à Neuchâtel.

<sup>1832</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 21.

<sup>1833</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 21.

<sup>1834</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 21. Il faut alors procéder à la crémation dans un autre four adapté.

<sup>1835</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 19. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1083 ; DUCOR, RDS, p. 277 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 273 ; MONTAVON, § 30 et 35.

<sup>1836</sup> RS 814.610.1. MONTAVON, § 30 ; BULETTI, p. 38.

ménagères<sup>1837</sup>. Ils doivent être éliminés dans un four crématoire<sup>1838</sup>. Si le corps de l'enfant mort-né ou né sans vie n'est pas inhumé, ses parents ne peuvent pas se voir remettre le corps : il est éliminé comme un déchet médical spécial<sup>1839</sup>.

### c. La jurisprudence de la CourEDH

- 648 À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas rendu de jurisprudence sur le statut du corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité<sup>1840</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins eu l'occasion de traiter de plusieurs affaires concernant des enfants n'ayant pas acquis la personnalité. Il faut noter que tous ces arrêts concernent des situations où la grossesse était relativement avancée<sup>1841</sup>.
- 649 Tout d'abord, la Cour a constaté qu'il n'existe pas de consensus au niveau européen sur la nature et le statut des embryons et fœtus<sup>1842</sup>. Toutefois, l'appartenance à l'espèce humaine et la protection au nom de la dignité humaine des embryons et fœtus doivent être reconnues, sans pour autant leur attribuer le statut de personne et leur octroyer le droit à la vie au sens de l'art. 2 CEDH<sup>1843</sup>.
- 650 Dans une affaire concernant un enfant mort-né lors de la trente-cinquième semaine de grossesse, la Cour a admis une violation de la vie privée de la mère (art. 8 ch. 1 CEDH) qui demandait la modification de l'inscription relative au père de l'enfant et des noms et prénoms de l'enfant sur l'acte de naissance et dans le registre des naissances (l'ex-mari de la requérante avait été inscrit et celle-ci souhaitait faire inscrire le père biologique, en détention au moment de

---

<sup>1837</sup> GRÜNEWALD, p. 74 ; MONTAVON, § 30 ; BULETTI, p. 31 et 36.

<sup>1838</sup> GRÜNEWALD, p. 74 ; BULETTI, p. 33.

<sup>1839</sup> DUCOR, RDS, p. 277 ; MANAI, L'embryon face au droit, § 70 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 270.

<sup>1840</sup> Il faut réserver l'arrêt du TF 6P.116/1999, 6S.452/1999 et l'arrêt du TF 6P.117/1999, 6S.453/1999, du 12 août 1999, qui ont fait l'objet de l'arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet c. Suisse*, du 14 février 2008.

<sup>1841</sup> GRÜNEWALD, p. 70.

<sup>1842</sup> Arrêt de la CourEDH (GC) (Requête n° 53924/00) *Vo c. France*, du 8 juillet 2004, § 84 (perte du fœtus en bonne santé de la requérante entre la 20<sup>e</sup> et la 21<sup>e</sup> semaine de gestation suite à une erreur médicale due à la confusion avec une autre patiente homonyme). Confirmé par l'arrêt de la CourEDH (GC) (Requête n° 25579/05) *A, B et C c. Irlande*, du 16 décembre 2010, § 237.

<sup>1843</sup> Arrêt de la CourEDH (GC) (Requête n° 53924/00) *Vo c. France*, du 8 juillet 2004, § 84.

la naissance et décédé depuis lors)<sup>1844</sup>. Les juges de Strasbourg relèvent l'existence d'un lien fort de la mère avec l'embryon, en particulier au travers de son désir de lui donner un nom et une sépulture<sup>1845</sup>.

La Suisse a été condamnée pour violation de l'art. 8 ch. 1 CEDH protégeant la vie privée et familiale dans un cas où après la naissance d'un enfant mort-né âgé de 26 semaines et le refus de ses parents de voir le corps, celui-ci a été transporté dans une camionnette de livraison jusqu'au cimetière où il a été inhumé sans cérémonie dans la fosse commune pour les enfants mort-nés en l'absence de ses parents<sup>1846</sup>. Le droit d'assister à l'enterrement de son enfant, de lui offrir une cérémonie et que son corps soit transporté dans un véhicule approprié entre dans le champ d'application de l'art. 8 ch. 1 CEDH<sup>1847</sup>. 651

Enfin, les Juges de Strasbourg ont rendu un arrêt dans un cas où le corps d'un enfant mort-né lors du neuvième mois de grossesse, que les parents ne voulaient pas prendre en charge, a été éliminé avec d'autres déchets médicaux (tissus humains ou autres membres amputés) et où n'existait pas d'information sur son lieu de sépulture<sup>1848</sup>. La Cour a accordé de l'importance au devoir d'information sur le devenir du corps de l'enfant mort-né, notamment en raison de la charge émotionnelle d'un tel événement<sup>1849</sup>. En particulier, l'accord oral des parents à ce que l'hôpital prenne en charge le corps, ne peut pas être interprété comme un accord à l'élimination de celui-ci comme un déchet médical, ne laissant pas de traces des restes ou de leur localisation<sup>1850</sup>. Une violation de la vie privée et familiale du père de l'enfant (art. 8 ch. 1 CEDH) a été reconnue<sup>1851</sup>. À notre sens, le régime du droit suisse n'est pas contraire à cette jurisprudence si les parents sont informés de manière détaillée, et en tenant compte de leur 652

<sup>1844</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 77785/01) *Znamenskaya c. Russie*, du 2 juin 2005, § 32.

<sup>1845</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 77785/01) *Znamenskaya c. Russie*, du 2 juin 2005, § 27. MONTAVON, § 26.

<sup>1846</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet c. Suisse*, du 14 février 2008, § 62. Cf. § 26 sur les arrêts du TF 6P.116/1999, 6S.452/1999 et l'arrêt du TF 6P.117/1999, 6S.453/1999, du 12 août 1999, où le Tribunal fédéral rejette les recours contre la décision cantonale. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt 1A.52/2000, du 24 novembre 2000 sous l'angle de la LAVI dans cette affaire.

<sup>1847</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet c. Suisse*, du 14 février 2008, § 52.

<sup>1848</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014.

<sup>1849</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014, § 63.

<sup>1850</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014, § 64.

<sup>1851</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014, § 72.

état émotionnel, sur les alternatives qui s'offrent à eux, et si le sort du corps est documenté (lieu et date d'incinération et de dépôt des cendres par exemple).

d. Dans la doctrine

- 653 Plusieurs auteurs se sont intéressés à la question de savoir à partir de quel moment le corps d'un enfant en gestation devient un cadavre. Il y a une première série d'auteurs qui se sont exprimés à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et durant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Parmi eux, deux auteurs sont d'avis que les enfants mort-nés (*Totgeburt*) et le fruit d'un avortement (*Abortus*) ne sont pas des cadavres, car ils n'ont pas vécu dans un corps indépendant<sup>1852</sup>. Pour sa part, Richard Bieri considère que le fœtus mort, né prématurément, n'est pas un cadavre, car il n'a pas de corps « propre » mais il constitue une partie du corps de la mère (*pars viscerum*)<sup>1853</sup>. Il laisse la science médicale faire la distinction entre un fœtus et un enfant<sup>1854</sup>. Ni le fœtus (non développé) ni l'enfant mort-né (développé) ne sont des cadavres<sup>1855</sup>. Un enfant malformé (*Missgeburt*) est un cadavre s'il a une figure humaine<sup>1856</sup>. Pour qu'il s'agisse d'un cadavre, il faut que le corps en question ait pu faire l'objet d'une infraction d'homicide<sup>1857</sup>. Au contraire, Walter von Tobel est d'avis qu'un enfant mort-né est un cadavre, car il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un être humain ayant vécu de manière autonome<sup>1858</sup>. Il refuse cependant de considérer un fœtus comme un cadavre tant qu'il n'a pas développé une forme corporelle (*körperliche Formen*)<sup>1859</sup>.
- 654 Plus récemment, la majorité des auteurs admettent que l'enfant mort-né a le même statut juridique que le cadavre<sup>1860</sup>. Ils reconnaissent l'existence d'un lien affectif des parents avec l'enfant mort-né, ce qui implique qu'ils ont le droit

---

<sup>1852</sup> BADER, p. 367, qui considère qu'il s'agit de parties du corps de la mère ; CRAMER, p. 21, qui les qualifie de choses.

<sup>1853</sup> BIERI, p. 21.

<sup>1854</sup> BIERI, p. 21.

<sup>1855</sup> BIERI, p. 23 s.

<sup>1856</sup> BIERI, p. 24.

<sup>1857</sup> BIERI, p. 24.

<sup>1858</sup> VON TOBEL, p. 13.

<sup>1859</sup> VON TOBEL, p. 13.

<sup>1860</sup> SKARUPINSKI, p. 19 s., qui évoque également l'exigence d'avoir la forme corporelle d'un être humain pour être considéré comme un cadavre ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 270 ; MONTAVON, § 58 ; MANAI, L'embryon face au droit, § 70 ; KOHLER-VAUDAUX, p. 175 s. et 269, qui évoque la dignité de l'enfant dès sa conception pour justifier ce rapprochement ; PIOTET, CMS, p. 71.

d'être informés du sort du corps et d'en disposer<sup>1861</sup>. D'un avis isolé, Oliver Kälín considère que les enfants mort-nés ne sont pas des cadavres, car ils ne sont jamais devenus des personnes, et qu'il s'agit de choses qui doivent être traitées comme des parties détachées du corps de la mère<sup>1862</sup>.

La question s'est également posée en droit pénal, puisque l'art. 262 CP protège le cadavre contre la profanation et la soustraction<sup>1863</sup>. La doctrine majoritaire considère que les enfants mort-nés sont des cadavres au sens de l'art. 262 CP, à la différence des fœtus<sup>1864</sup>. L'existence d'un sentiment de pitié envers l'enfant mort-né est l'élément décisif<sup>1865</sup>. De nombreux auteurs mentionnent le fait que l'enfant mort-né doit être pleinement développé pour être assimilé au cadavre<sup>1866</sup>. 655

### 3. Appréciation personnelle

La question du statut du corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité est complexe. En effet, au cours de la gestation, on passe d'un embryon microscopique, formé au départ d'une unique cellule à un enfant développé, de plusieurs kilos. 656

En premier lieu, nous considérons que l'acquisition de la personnalité juridique n'est pas nécessaire pour admettre que le corps d'un être humain est un cadavre. Les personnes décédées ne forment pas l'unique catégorie de cadavres. La personnalité juridique permet certes à l'être humain d'être acteur du monde juridique. Elle n'est toutefois pas déterminante pour délimiter la notion de cadavre dont le statut est fondé sur l'idée de respect dû à l'être humain. 657

La protection offerte par la dignité humaine (art. 7 Cst.) suit la même logique puisqu'elle ne se limite pas à la personne physique, mais s'étend dans sa dimension objective à la période qui précède la naissance et qui suit la mort<sup>1867</sup>. 658

<sup>1861</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 176 et 269.

<sup>1862</sup> KÄLIN, p. 87.

<sup>1863</sup> Sur l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP, *cf. supra* n° 466 ss. Sur l'art. 262 ch. 2 CP, *cf. supra* n° 494 ss.

<sup>1864</sup> *Cf. supra* n° 486 ss.

<sup>1865</sup> *Cf. supra* n° 486.

<sup>1866</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; SKARUPINSKI, p. 19 ; SPLISGARDT, p. 121 ; BIERI, p. 21 s.

<sup>1867</sup> ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 586 (rés.), consid. 12e. GRÜNEWALD, p. 67 ; DUBEY, Vol. II, n° 1169 ; MANAI, La dignité humaine, p. 223 et 232 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 47 ss ad art. 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 26 ; SCHWEIZER, Umgang mit Embryonen, p. 45 ss. *Cf. supra* n° 541.

L'enfant à naître est protégé sous cet angle dès sa conception et donc dès le stade de l'embryon<sup>1868</sup>. Les enfants mort-nés et les enfants nés sans vie font partie de l'espèce humaine et bien qu'ils n'aient pas acquis la personnalité juridique, leur dignité doit être respectée et protégée<sup>1869</sup>.

- 659 L'existence d'un lien affectif avec l'enfant nous semble être le critère décisif<sup>1870</sup>. Il s'agit donc de déterminer quand le lien affectif entre les parents et l'enfant à naître se crée. Selon nous, ce lien affectif peut exister dès la découverte de la grossesse. Le lien affectif existe aussi bien avec la mère qu'avec le père<sup>1871</sup>. Il va se développer et se renforcer au cours de la grossesse et du développement de l'enfant<sup>1872</sup>. La nature et l'intensité des liens avec l'enfant à naître dépendent de chaque parent<sup>1873</sup>. Les liens émotionnels créés durant la grossesse entre les parents et l'enfant vont être exacerbés par son décès (sans compter le choc de la naissance en tant que telle)<sup>1874</sup>. Il semble admis que la possibilité d'offrir des funérailles à un enfant mort-né ou né sans vie facilite le deuil des parents<sup>1875</sup>.
- 660 Il faut admettre que des liens affectifs existent entre les parents et l'enfant à naître avant la 22<sup>e</sup> semaine de gestation ou un poids de 500 grammes<sup>1876</sup>. Seraina Grünwald propose de fixer une limite à la protection du lien affectif des parents à la 12<sup>e</sup> semaine de gestation<sup>1877</sup>. Elle relève que le risque de fausse

---

<sup>1868</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 287 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 19. PAPAUX VAN DELDEN, p. 112 ; MANAI, L'embryon face au droit, § 17 ss ; MONTAVON, § 38 ss. Cf. *supra* n° 541.

<sup>1869</sup> SCHWEIZER, Umgang mit Embryonen p. 64. Pour l'enfant mort-né, cf. MONTAVON, § 58. Les enfants mort-nés et nés sans vie n'acquièrent pas la personnalité et ne sont pas titulaires des droits fondamentaux.

<sup>1870</sup> PAPAUX VAN DELDEN, p. 112 ; MANAI, L'embryon face au droit, § 70.

<sup>1871</sup> GRÜNEWALD, p. 70 ; SCHWEIZER, Umgang mit Embryonen, p. 64.

<sup>1872</sup> GRÜNEWALD, p. 70.

<sup>1873</sup> GRÜNEWALD, p. 70 ; CCNE, Conservation fœtus, p. 8.

<sup>1874</sup> Sur les liens durant la grossesse, GRÜNEWALD, p. 69 ; MONTAVON, § 60 ; CCNE, Conservation fœtus, p. 3. Cf. également l'arrêt de la Cour EDH (Requête n° 50132/12) *Marić c. Croatie*, du 12 juin 2014, § 63.

<sup>1875</sup> GRÜNEWALD, p. 80 ; CCNE, Conservation fœtus, p. 3.

<sup>1876</sup> GRÜNEWALD, p. 71, qui relève avec justesse que le critère de la viabilité abstraite de l'enfant (et donc la limite de l'art. 9 al. 2 OEC) n'est pas déterminant dans le cadre de la détermination de l'existence d'un lien affectif avec l'enfant. *Contra* : CHARLIER *et alii*, When Does the Fetus Become a Person ?, p. 105 ss. Cette étude menée en France sur la représentation du début de « l'humanité » des fœtus selon les parents arrive à la conclusion que celle-ci se situe autour de la 25<sup>e</sup> semaine de gestation (180<sup>e</sup> jour).

<sup>1877</sup> GRÜNEWALD, p. 72.

couche diminue drastiquement après le 1<sup>er</sup> trimestre de grossesse et que les parents attendent souvent ce moment pour annoncer la grossesse<sup>1878</sup>. Il faut aussi noter qu'en général la première échographie a lieu à la fin du premier trimestre de grossesse<sup>1879</sup>. Les techniques d'imagerie médicale comme l'échographie permettent de « voir » l'enfant dans le ventre de sa mère et sont de nature à renforcer le lien affectif des parents<sup>1880</sup>.

La limite de la 12<sup>e</sup> semaine de gestation ne doit pas constituer une limite fixe<sup>1881</sup>. La solution récente de l'OEC pour les enfants nés sans vie semble être la piste à suivre, en ce sens qu'elle ne fixe pas de limite inférieure absolue, mais tient compte de facteurs subjectifs. Selon nous, il faut admettre que le lien affectif fait l'objet d'une présomption réfragable à partir de la 12<sup>e</sup> semaine de gestation. Avant la 12<sup>e</sup> semaine de gestation, l'existence d'un lien affectif doit être prouvée selon les règles ordinaires. Relevons que si un parent invoque l'existence d'un lien affectif, il nous paraît difficile d'apporter la preuve du contraire : le lien affectif découle de la qualité de parent et de la volonté de disposer du corps de l'enfant. 661

Si l'on admet l'existence de liens affectifs des parents avec l'enfant, il en découle un droit de disposer du corps de l'enfant identique à celui des proches pour le corps d'une personne décédée<sup>1882</sup>. Ces liens affectifs sont protégés comme des droits de la personnalité (art. 28 CC) et comme élément de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>1883</sup>. À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question de savoir si le droit des proches de disposer d'un cadavre s'étend aux enfants mort-nés et nés sans vie<sup>1884</sup>. L'enfant mort-né ou né sans vie n'a pas pu exprimer de volonté et ne peut pas avoir disposé de son cadavre<sup>1885</sup>. Seuls ses proches ont un droit de disposer de son corps<sup>1886</sup>. 662

Selon la jurisprudence, ce droit revient à la personne la plus étroitement liée avec le défunt<sup>1887</sup>. Dans la situation de la naissance d'un enfant mort-né, ce 663

---

<sup>1878</sup> GRÜNEWALD, p. 72.

<sup>1879</sup> Selon les déclarations du Prof. DAVID BAUD, le 28 janvier 2021.

<sup>1880</sup> CCNE, Conservation fœtus, p. 3.

<sup>1881</sup> GRÜNEWALD, p. 72.

<sup>1882</sup> Dans ce sens, GRÜNEWALD, p. 67 ss ; MONTAVON, § 47 et 56. Cf. *supra* n° 201 et 222.

<sup>1883</sup> Cf. *supra* n° 189 ss.

<sup>1884</sup> GRÜNEWALD, p. 68.

<sup>1885</sup> MONTAVON, § 44.

<sup>1886</sup> GRÜNEWALD, p. 66 ; MONTAVON, § 46 ss.

<sup>1887</sup> Cf. *supra* n° 223 ss.



droit revient à ses parents<sup>1888</sup>. Nous avons vu qu'aucun lien de filiation juridique n'est établi avec l'enfant mort-né ou né sans vie puisqu'il n'acquiert pas la personnalité<sup>1889</sup>. Il faut cependant appliquer par analogie les principes sur l'établissement de la filiation pour déterminer qui sont les parents de l'enfant mort-né ou né sans vie<sup>1890</sup>. La mère qui a donné naissance à l'enfant mort-né ou né sans vie a le droit de déterminer le sort du cadavre de l'enfant. Ce droit est reconnu également au père de l'enfant. On applique par analogie les règles de la présomption de paternité des art. 255 ss CC si la mère est mariée<sup>1891</sup>. Sinon, le père peut avoir reconnu l'enfant avant ou après la naissance<sup>1892</sup>. Le père et la mère doivent décider en commun du sort de l'enfant. Une intervention sur le corps de l'enfant n'est pas possible sans l'accord des deux parents. En cas de conflit entre les parents, l'intervention n'est pas autorisée. Par contre, la volonté de l'un des deux parents suffit pour offrir une sépulture à l'enfant, même si l'autre n'en souhaite pas.

664 Ces règles sur la personne pouvant déterminer le sort du corps de l'enfant doivent être considérées comme des présomptions réfragables. Il est donc possible que dans une situation concrète, le lien affectif d'une autre personne soit reconnu. On peut par exemple imaginer une situation où le père est prédécédé et où la femme décède des suites de l'accouchement de l'enfant mort-né. Il n'y a alors ni père ni mère pour décider du sort du corps. Le cas d'une gestation pour autrui peut lui aussi être problématique, notamment vis-à-vis des parents d'intention. Il s'agit alors d'examiner les liens affectifs dans cette situation concrète.

665 Le droit de disposer du corps de l'enfant permet aux parents de lui offrir une sépulture s'ils le souhaitent<sup>1893</sup>. Nous avons vu que la possibilité d'offrir une sépulture aux enfants mort-nés existe dans l'ensemble de la Suisse. Nous n'avons pas connaissance de situations où leur sépulture est refusée. Il existe donc en Suisse un consensus autour de l'idée que les enfants mort-nés peuvent recevoir une sépulture.

---

<sup>1888</sup> La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme protège les liens affectifs du père ou de la mère des enfants mort-nés comme un élément de la vie privée ou familiale au sens de l'art. 8 CEDH, *cf. supra* n° 648 ss.

<sup>1889</sup> *Cf. supra* n° 634.

<sup>1890</sup> Avec une logique semblable pour l'inscription au registre d'état civil, *cf.* OFEC, Circulaire, ch. 2.1.

<sup>1891</sup> Dans ce sens, OFEC, Circulaire, ch. 2.1.1.

<sup>1892</sup> PAPAUX VAN DELDEN, p. 105. Dans ce sens, OFEC, Circulaire, ch. 2.1.2.

<sup>1893</sup> Dans ce sens, SCHWEIZER, *Umgang mit Embryonen*, p. 64.

Cette possibilité doit être étendue de manière générale aux enfants nés sans vie, si les parents expriment une telle demande. Il s'agit d'ailleurs de l'un des objectifs de la révision de l'OEC<sup>1894</sup>. Une législation interdisant la sépulture des enfants nés sans vie porte atteinte à la liberté personnelle des parents<sup>1895</sup>. 666

Si les parents ne souhaitent pas de sépulture, ce choix doit être respecté<sup>1896</sup>. Les autorités doivent demander aux parents leur souhait concernant la sépulture et assurer un enterrement décent même si les parents n'expriment pas de souhaits particuliers<sup>1897</sup>. Le corps de l'enfant mort-né ou né sans vie doit être traité avec respect, dans la décence et la dignité, même si les parents ne souhaitent pas lui offrir de sépulture<sup>1898</sup>. Il doit faire l'objet d'une crémation comme les autres déchets médicaux spéciaux<sup>1899</sup>. Même si les parents renoncent à une sépulture de l'enfant, on ne peut porter atteinte à l'intégrité de son corps sans l'accord de ses parents. 667

Le corps d'un enfant mort-né et d'un enfant né sans vie doit être considéré comme un cadavre et doit en principe recevoir le même statut que le corps d'une personne décédée. Il est protégé contre la profanation par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et contre la soustraction par l'art. 262 ch. 2 CP<sup>1900</sup>. Il bénéficie comme nous l'avons vu du droit à une sépulture décente<sup>1901</sup>. Comme le corps d'une personne décédée, le corps d'un enfant mort-né ou né sans vie ne peut pas faire lui-même l'objet de profit en vertu de l'art. 21 CDHB<sup>1902</sup>. Les règles sur l'acquisition d'un droit réel sur un cadavre sont applicables<sup>1903</sup>. L'assimilation des corps d'enfants n'ayant pas acquis la personnalité au statut de celui des personnes décédées n'empêche pas l'existence de règles spéciales. Nous pensons notamment aux art. 37 à 42 LTx, aux art. 39 et 40 LRH, et à l'art. 18 nLAGH. Nous renvoyons à nos chapitres spécifiques pour une présentation de ces dispositions<sup>1904</sup>. 668

<sup>1894</sup> CF, Rapport postulat Streiff-Feller, p. 27.

<sup>1895</sup> MONTAVON, § 46 ss et en particulier n° 49 où l'auteur considère qu'il s'agit d'une restriction grave à la liberté personnelle des parents.

<sup>1896</sup> Aussi en raison de la liberté personnelle et de la protection de leur personnalité affective.

<sup>1897</sup> GRÜNEWALD, p. 70.

<sup>1898</sup> GRÜNEWALD, p. 69 s.

<sup>1899</sup> Cf. *supra* n° 647.

<sup>1900</sup> Sur ces questions, cf. *supra* chapitre 6. Il existe différentes normes pénales protégeant le corps des enfants mort-nés et nés sans vie dans les lois spéciales. Par exemple l'art. 62 *litt.* b et e LRH et l'art. 69 *litt.* j à n LTx.

<sup>1901</sup> GRÜNEWALD, p. 70. Cf. *supra* n° 580 ss.

<sup>1902</sup> BREYER *et alii*, p. 192. Cf. *supra* n° 365.

<sup>1903</sup> Cf. *supra* n° 387 ss.

<sup>1904</sup> Pour la LTx, cf. *infra* n° 826 ss. Pour la LRH, cf. *infra* n° 884 ss. Pour la LAGH, cf. *infra* n° 1112 ss.

### III. Le cadavre et ses parties

- 669 Le cadavre peut être incomplet, altéré ou mutilé. L'altération du cadavre peut être due aux circonstances de la mort (par exemple le décès d'un piéton à la suite d'une collision avec un train). Elle peut également avoir lieu après le décès. La dégradation peut être la conséquence d'une intervention humaine (il arrive ainsi que l'auteur d'un homicide tente de le dissimuler en cherchant à faire disparaître le cadavre de la victime de différentes manières)<sup>1905</sup>. La transformation du cadavre peut également être le résultat d'un processus naturel (le corps d'un promeneur décédé accidentellement qui est retrouvé dans la nature plusieurs mois après sa disparition). Il se peut dès lors que le cadavre soit réduit à l'état de fragments.
- 670 Il se pose ainsi la question de savoir comment faire la distinction entre un cadavre en tant que tel, même s'il est altéré et une partie de cadavre. Comme nous allons le voir, les parties du cadavre n'ont pas exactement le même statut que le cadavre<sup>1906</sup>. Par exemple, la profanation d'une partie de cadavre, contrairement à la profanation d'un cadavre, n'est pas punissable par le droit pénal (art. 262 ch. 1 al. 3 CP *a contrario*)<sup>1907</sup>.

#### A. Le cadavre altéré

- 671 Le fait que le cadavre soit mutilé ou incomplet ne change pas son statut. Il est protégé par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et l'art. 262 ch. 2 CP en dépit de son altération<sup>1908</sup>. Il faut examiner, en fonction des circonstances de chaque cas, si l'on a affaire à un cadavre ou à une partie de cadavre. Pour cela, il faut se demander ce qui constitue la chose principale et ce qui constitue la partie. Dans le cadre d'une intervention humaine de prélèvement, c'est en principe assez simple. Lorsqu'un chirurgien prélève différents organes sur le corps d'une personne décédée, chaque organe (cœur, foie, rein, etc.) constitue une partie de cadavre tandis que le corps reste le cadavre en tant que tel. La taille des deux éléments est en principe décisive. Face à deux éléments de même taille, nous sommes d'avis d'appliquer le même statut aux deux éléments. Un cadavre sectionné en deux dans le sens de la longueur aboutit à deux cadavres, tandis qu'une jambe (partie de cadavre) coupée en deux donne deux parties de cadavre.

---

<sup>1905</sup> Sur cette question sous l'angle du droit pénal, cf. *supra* n° 466 et 491.

<sup>1906</sup> Cf. *infra* n° 675 ss.

<sup>1907</sup> Cf. *supra* n° 485.

<sup>1908</sup> HK StGB-SCHUBARTH, n° 30 ad art. 262 ; BIERI, p. 27.

À notre avis, il n'y a pas de partie du cadavre qui soit essentielle et qui doit être nécessairement présente pour considérer qu'il s'agit d'un cadavre. Par exemple, la tête n'est pas nécessaire : la décapitation d'un corps n'empêche pas de considérer qu'il s'agit d'un cadavre (la tête est une partie de cadavre dans ce cas)<sup>1909</sup>. 672

Selon la doctrine, les fragments d'un cadavre (par exemple victime d'une catastrophe ou d'un homicide) doivent être considérés comme un cadavre en tant que tel si leur réunion permet d'offrir « l'image » du défunt<sup>1910</sup>. Il est vrai que le rassemblement de plusieurs fragments de corps va créer une unité conceptuelle qui permet de considérer qu'il s'agit d'un cadavre en tant que tel. Mais selon nous, il n'est pas nécessaire d'avoir la forme d'un corps humain « complet ». Même des fragments limités (quelques ossements, des membres) peuvent déjà constituer un cadavre, si c'est tout ce que l'on retrouve de l'individu. On doit admettre un devoir de rassembler dans la mesure du possible les fragments de corps d'un individu pour sa sépulture, fondé sur le respect dû au défunt et le sentiment de pitié. 673

Selon la doctrine, si les fragments ne sont que des ossements et qu'il n'y a plus de chairs, on ne peut pas considérer qu'il s'agit d'un cadavre<sup>1911</sup>. Comme nous allons le voir, nous sommes en désaccord avec la conception selon laquelle il n'y a plus de cadavre au moment où il ne reste plus que le squelette<sup>1912</sup>. 674

## B. Les parties de cadavre

Les parties de cadavres (*Teile eines Leichnams, parti di cadavere*) sont des éléments organiques du cadavre (organes, membres, tissus, cellules) qui ont été détachés du cadavre<sup>1913</sup>. Les éléments artificiels (prothèses ou implants chirurgicaux) intégrés au cadavre ne sont pas des parties de cadavre une fois séparés de celui-ci<sup>1914</sup>. La séparation de la partie du cadavre peut être la conséquence d'un processus naturel ou artificiel<sup>1915</sup>. 675

<sup>1909</sup> *Contra* : BIERI, p. 27, qui est d'avis qu'il est nécessaire d'avoir au moins la tête et le buste du défunt pour parler de cadavre. Il évoque le droit romain, cf. PAUL, Digeste, XI, 7, 44, *pr.*

<sup>1910</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 24 ad art. 262 ; BIERI, p. 26 s. et 71.

<sup>1911</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 24 ad art. 262 ; BIERI, p. 26.

<sup>1912</sup> Sur cette question, cf. *infra* n° 706 ss.

<sup>1913</sup> BIERI, p. 25 s, qui évoque la disparition de l'unité du corps, et p. 71.

<sup>1914</sup> Sur cette question, cf. *infra* n° 684 ss.

<sup>1915</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 44 ad art. 262.

- 676 Si la séparation de la partie est effectuée par une intervention humaine, elle doit être fondée sur un motif justificatif. En principe, il s'agit du consentement du défunt ou subsidiairement des proches qui peuvent déterminer le sort du cadavre<sup>1916</sup>. La loi peut également justifier un prélèvement, notamment dans le cadre des autopsies pouvant être ordonnées contre la volonté du défunt ou de ses proches<sup>1917</sup>. En l'absence d'un motif justificatif, le prélèvement constitue une profanation du cadavre lui-même, réprimée à l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP et une atteinte aux droits de la personnalité des proches<sup>1918</sup>.
- 677 Selon la jurisprudence, la taille de la partie du cadavre ne change pas son statut et sa protection<sup>1919</sup>. Une quantité minimale de matériel biologique provenant d'un cadavre constitue une partie de cadavre<sup>1920</sup>. Même le prélèvement d'une portion infime doit reposer sur un motif justificatif<sup>1921</sup>.
- 678 Le statut des parties de cadavre fait l'objet des mêmes controverses que celles entourant le statut du cadavre<sup>1922</sup>. Les auteurs accordent en principe aux parties de cadavre un statut semblable à celui qu'ils préconisent pour le cadavre<sup>1923</sup>. Comme le cadavre, les parties de cadavre sont des choses. La partie détachée devient une chose nouvelle au moment de sa séparation, que la séparation soit naturelle ou artificielle<sup>1924</sup>.

---

<sup>1916</sup> Dans ce sens pour le prélèvement d'organes, KÄLIN, p. 86. Sur le consentement, *cf. supra* n° 241 ss.

<sup>1917</sup> *Cf. infra* n° 924 pour l'autopsie médico-légale et n° 1000 pour l'autopsie sanitaire.

<sup>1918</sup> *Cf. supra* n° 466 ss sur la notion de profanation.

<sup>1919</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 3. SPLISGARDT, p. 142 ss, qui estime que la question est contestée, mais se réfère à de la doctrine et de la jurisprudence de droit allemand.

<sup>1920</sup> La taille de la partie pourrait avoir une influence lors de la fixation de la peine en cas de profanation ou de soustraction, *cf. ATF* 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 3.

<sup>1921</sup> Notons que l'art. 38 LRH constitue une exception à ce principe en autorisant l'utilisation à des fins de recherche sous forme anonymisée de quantités minimales de substances corporelles prélevées lors d'une autopsie ou d'une transplantation. Sur cette disposition, *cf. infra* n° 874 ss.

<sup>1922</sup> Sur la controverse concernant la nature juridique du cadavre, *cf. supra* n° 293 ss.

<sup>1923</sup> KÄLIN, p. 85, qui arrive au même constat. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, n° 19 ad intro. art. 641 ss, pour qui ce ne sont pas des choses ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 136 ad systematischer Teil, pour qui le statut du cadavre s'applique aussi à ses parties. MADER, n° 1017 ; VON TOBEL, p. 18 ; CRAMER, p. 23 s., qui cite WAPPÄUS, p. 48, qui sont d'avis que les parties de cadavre sont des choses, objets de droits réels. Sur les parties de cadavre, *cf. également* BIERI, p. 71 ss.

<sup>1924</sup> KÄLIN, p. 85 ; VON TOBEL, p. 18 ; BADER, p. 370.

Le sentiment de piété envers une partie de cadavre n'est pas le même que celui qui porte sur un cadavre<sup>1925</sup>. La profanation d'une partie de cadavre n'est pas punissable (art. 262 ch. 1 al. 3 CP *a contrario*)<sup>1926</sup>. Cependant, les parties du cadavre sont protégées par les droits de la personnalité des proches du défunt, comme le cadavre<sup>1927</sup>. Les proches peuvent donc disposer des parties du cadavre et s'assurer qu'elles sont utilisées conformément à la volonté du défunt ou à leur volonté. 679

Si le cadavre ne fait pas l'objet de droits réels, la partie du cadavre est une chose sans maître, qui peut faire l'objet d'une occupation (art. 718 CC)<sup>1928</sup>. Le défunt ou subsidiairement ses proches doivent consentir à l'occupation<sup>1929</sup>. Si le cadavre fait l'objet d'un droit réel, l'art. 642 CC s'applique et le propriétaire du cadavre est aussi propriétaire des parties de celui-ci<sup>1930</sup>. Sur le plan pénal, la soustraction des parties détachées du cadavre est réprimée par l'art. 262 ch. 2 CP. Les ayants droit sont les proches du défunt ou l'éventuel propriétaire de la partie de cadavre. Les parties de cadavre sont soumises à l'interdiction du profit de l'art. 21 CDHB<sup>1931</sup>. Les parties de cadavre sont hors du marché et donc partiellement hors du commerce<sup>1932</sup>. 680

Enfin, il faut noter que les actes les plus courants sur un cadavre font l'objet de réglementations spéciales qui définissent, d'une part, les conditions du prélèvement et, d'autre part, l'utilisation de la partie détachée du cadavre. Nous pensons en particulier aux règles de la LTx, de la LRH, de la LPADN et de la 681

<sup>1925</sup> VON TOBEL, p. 18 ; BADER, p. 370, qui sont d'avis qu'il n'existe plus de sentiment de piété.

<sup>1926</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 et 25 ad art. 262 ; BIERI, p. 30 ss ; SONTAG, p. 388.

<sup>1927</sup> MADER, n° 1029 s. ; KÄLIN, p. 86. Cette protection est fondée sur le lien affectif avec le défunt.

<sup>1928</sup> SPLISGARDT, p. 103 s. ; KÄLIN, p. 85. Sur l'occupation, *cf. supra* n° 387 ss.

<sup>1929</sup> Sur cette question, *cf. supra* n° 403 ss.

<sup>1930</sup> KÄLIN, p. 85.

<sup>1931</sup> DUCOR, RDS, p. 269 ; MAURER/TAG, p. 127 ; BREYER *et alii*, p. 192. *Cf. supra* n° 365. DUCOR, RDS, p. 320. Selon les catégories qu'il distingue, il considère que l'on a un objet humain (le cadavre) dont on a tiré un nouvel objet humain (un organe, des tissus ou cellules destinés à être transplantés).

<sup>1932</sup> KÄLIN, p. 85. Les choses hors du commerce sont des choses qui sont totalement ou partiellement soustraites au droit privé. Les choses hors du marché ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux. Pour plus de détails sur ces notions, *cf. supra* n° 349 ss et 370.

*n*LAGH qui font l'objet d'une présentation détaillée dans des chapitres spécifiques<sup>1933</sup>. En raison de leur spécialité, elles priment les principes généraux que nous venons de présenter.

- 682 La sépulture des parties de cadavre relève du droit cantonal. Par exemple, dans le canton de Vaud, l'art. 11 RDSPF prévoit que : « *Les fragments de corps ou ossements humains peuvent être inhumés ou incinérés sans que les formalités mentionnées aux articles 3 et 7 à 9 soient remplies, sous réserve que leur découverte soit annoncée à la police ou au ministère public* ».
- 683 En l'absence de règle cantonale, les parties de cadavres doivent être considérées comme des déchets médicaux spéciaux au sens du droit fédéral<sup>1934</sup>. Toutefois, les membres amputés, les autres parties du corps ou les organes prélevés ne sont pas des déchets médicaux spéciaux pour des motifs éthiques (selon Philippe Ducor, en raison de leur forme humaine et de leur proximité avec la personne source) et ne peuvent pas être incinérés dans une usine d'incinération des ordures ménagères, mais doivent l'être dans un crématoire (comme un cadavre)<sup>1935</sup>.

### C. Les éléments artificiels intégrés au cadavre

- 684 Il arrive que des éléments artificiels (prothèse, implants chirurgicaux) soient intégrés au corps du vivant de la personne. Dans cette situation, ces éléments artificiels sont considérés comme des éléments du corps en raison de leur intégration et protégés par les droits de la personnalité (choses, personnes par destination)<sup>1936</sup>. Il arrive donc qu'au moment du décès, de tels éléments artificiels soient toujours intégrés dans le corps. Le raisonnement suivi pour le corps vivant s'applique *mutatis mutandis* au cadavre. Les éléments artificiels intégrés durablement au cadavre font partie du cadavre<sup>1937</sup>. La même réflexion doit être appliquée à un élément artificiel intégré au cadavre après le décès. Par contre,

---

<sup>1933</sup> Pour la LTx, chapitre 9, pour la LRH, chapitre 10, pour la LPADN et la *n*LAGH, chapitre 12.

<sup>1934</sup> DUCOR, RDS, p. 306 s. ; BULETTI, p. 36. Sur les déchets médicaux spéciaux, *cf. supra* n° 647.

<sup>1935</sup> DUCOR, RDS, p. 307 ; BULETTI, p. 31 ss.

<sup>1936</sup> *Cf. supra* n° 141.

<sup>1937</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 1a. TRECHSEL/VEST, n° 2 et 5 ad art. 262 ; WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 s. ad art. 262 ; OFK StGB/JStG-WEDER, n° 12 ad art. 262 ; CR CP II-MOREIL-LON, n° 16 ad art. 262 ; STRATENWERTH/BOMMER, p. 223 ; CORBOZ, Les infractions, n° 5 ad art. 262 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 60 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 143 s. ; BIERI, p. 73.

un élément artificiel qui n'est pas durablement rattaché au corps (un dentier, des lunettes ou une perruque) ne fait pas partie du cadavre, mais est une chose séparée qui entre dans la succession<sup>1938</sup>.

Le fait de retirer l'élément artificiel du cadavre nécessite le consentement du défunt ou subsidiairement de son « proche le plus proche ». En l'absence d'un tel consentement, le retrait constitue une atteinte à la personnalité des proches du défunt et une profanation du cadavre punie par l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>1939</sup>. Une fois séparé du cadavre (naturellement ou par une intervention humaine), l'élément artificiel redevient une chose ordinaire<sup>1940</sup>. Il n'est plus protégé par l'art. 262 ch. 2 CP<sup>1941</sup>. 685

Notons que certains éléments artificiels doivent être retirés du cadavre avant sa sépulture pour des raisons de sécurité ou pour éviter une pollution<sup>1942</sup>. Il existe en particulier le risque qu'un stimulateur cardiaque explose lors de la crémation et endommage le four crématoire. 686

#### IV. La disparition du cadavre

Par disparition du cadavre, nous entendons sa décomposition. Nous n'allons pas traiter du cas de la mort tenue pour certaine de l'art. 34 CC, car dans cette situation il n'y a justement pas de cadavre. 687

La mort d'un être vivant a pour conséquence inéluctable sa décomposition<sup>1943</sup>. Le destin naturel du corps mort est de disparaître<sup>1944</sup>. Le processus de décomposition d'un corps mort est appelé thanatomorphose<sup>1945</sup>. Il dépend à la fois de facteurs intrinsèques au corps (âge, poids, maladie) et de l'environnement dans lequel il se trouve (température, humidité, faune)<sup>1946</sup>. 688

<sup>1938</sup> BIERI, p. 74. Par définition, le défunt ne peut plus avoir de volonté, dont nous avons vu qu'elle est l'élément décisif pour savoir si un élément artificiel rattaché non durablement doit être considéré comme faisant partie du corps de la personne, *cf. supra* n° 141.

<sup>1939</sup> *Cf. supra* n° 512.

<sup>1940</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; BIERI, p. 73 s.

<sup>1941</sup> Il est alors soumis aux infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP), *cf.* BSK StGB II-FIOLKA, n° 44 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 144 ; BIERI, p. 73 s.

<sup>1942</sup> Par exemple dans le canton de Vaud, *cf.* l'art. 21 al. 1 RDSPF.

<sup>1943</sup> HAMILTON/GREEN, p. 11.

<sup>1944</sup> GAUTHIER, p. 19 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 251.

<sup>1945</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 20.

<sup>1946</sup> HAMILTON/GREEN, p. 11 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 27. L'étude des mécanismes de la décomposition des éléments organiques fait l'objet d'une discipline scientifique propre : la taphonomie, de τάφος (*taphos*) l'enfouissement et νόμος (*nomos*) la loi en grec ; VARLET/JOYE/FARBES/GRABHERR.



689 La thanatomorphose débute avec une phase que l'on peut qualifier de « cadavérisation » lors de laquelle les premiers effets du décès apparaissent<sup>1947</sup>. La température corporelle va s'ajuster à la température ambiante<sup>1948</sup>. La rigidité cadavérique (*rigor mortis*) va progressivement s'emparer de l'ensemble des muscles du corps<sup>1949</sup>. La fin de la circulation sanguine a pour conséquence que le sang s'accumule dans les parties déclives du corps en raison de la gravité et crée ainsi des lividités cadavériques (*livor mortis*)<sup>1950</sup>. La putréfaction est le signe tardif et absolu de la mort<sup>1951</sup>. Ce processus s'amorce avec le décès, mais ses traces ne se manifestent pas immédiatement<sup>1952</sup>. Elle commence par la phase d'autolyse, durant laquelle les enzymes contenues dans les cellules vont autodigérer le corps<sup>1953</sup>. Les bactéries présentes dans l'organisme (tube digestif, peau, etc.) se multiplient et se répandent dans la dépouille<sup>1954</sup>. Elles produisent du gaz qui s'accumule et crée un ballonnement du corps<sup>1955</sup>. Les organes et les tissus se liquéfient<sup>1956</sup>. La peau va se boursoufler ou former des cloques et des liquides s'écoulent parfois par les orifices naturels du corps<sup>1957</sup>. Le cadavre va attirer différents prédateurs (bactéries, champignons, insectes, invertébrés, autres charognards)<sup>1958</sup>. Au terme de la putréfaction, la thanatomorphose entre dans sa phase finale, la squelettisation<sup>1959</sup>. Les tissus mous du corps ont disparu et il ne reste que des éléments durs, solides et secs : les restes (ossements, dents, cheveux)<sup>1960</sup>. À terme, même les restes finissent par disparaître<sup>1961</sup>.

<sup>1947</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 20. HAMILTON/GREEN, p. 11 ss parlent de « *The Immediate Post-Mortem period* ».

<sup>1948</sup> HAMILTON/GREEN, p. 11 s.

<sup>1949</sup> HAMILTON/GREEN, p. 12 s.

<sup>1950</sup> HAMILTON/GREEN, p. 13 s.

<sup>1951</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 22 ss.

<sup>1952</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16.

<sup>1953</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16 ; PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 102 ; ROACH, p. 58 s. ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 25.

<sup>1954</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16 ; PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 102 ; ROACH, p. 60 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 25.

<sup>1955</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16 ; ROACH, p. 60 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 24.

<sup>1956</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16 ; ROACH, p. 62.

<sup>1957</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16.

<sup>1958</sup> HAMILTON/GREEN, p. 16 s. ; PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 102 ; ROACH, p. 60 ss ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 26 ss.

<sup>1959</sup> HAMILTON/GREEN, p. 22 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 28, qui parle de « minéralisation ».

<sup>1960</sup> HAMILTON/GREEN, p. 22 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 28.

<sup>1961</sup> THOMAS, *Le cadavre*, p. 30.

Par ailleurs, le cadavre peut également être atteint dans sa substance par une intervention humaine (autopsie, prélèvement, thanatopraxie, crémation, profanation, etc.). 690

Dans certains cas, la putréfaction est interrompue artificiellement ou naturellement<sup>1962</sup>. Le corps peut se momifier naturellement s'il est exposé à certaines conditions : un environnement sec (déserts, cryptes), humide (tourbières) ou froid (glacier, hautes altitudes)<sup>1963</sup>. Certains groupes humains ont délibérément placé des dépouilles dans ces lieux aux propriétés conservatrices<sup>1964</sup>. Des conditions anaérobies (notamment les corps immergés) peuvent conduire à une saponification du corps où les graisses se transforment en adipocire<sup>1965</sup>. 691

De nombreuses civilisations ont développé des techniques sophistiquées visant à conserver le corps de leurs défunts. On pense immédiatement aux momies de l'Égypte antique, où la conservation du corps devait permettre la vie éternelle<sup>1966</sup>. L'Égypte antique n'a cependant pas le monopole de la momification, qui s'est notamment pratiquée en Amérique et en Asie<sup>1967</sup>. Des techniques de conservation moins efficaces apparaissent également dans l'Occident médiéval, mais sont limitées aux cadavres royaux<sup>1968</sup>. La conservation devait permettre soit le transport soit l'exposition du corps<sup>1969</sup>. En plus de la toilette et de l'utilisation de parfums et d'aromates, on procédait à l'éviscération ou au salage du cadavre<sup>1970</sup>. Le *mos teutonicus* est une technique funéraire qui apparaît lors des Croisades. Le cadavre est d'abord découpé en morceaux (cela permet parfois de conserver certains organes séparément), puis il est bouilli pour séparer les chairs, qui sont enterrées sur place, tandis que les ossements sont rapatriés en Occident<sup>1971</sup>. Les anatomistes ont très vite essayé de retarder la putréfaction et de conserver des parties de cadavre<sup>1972</sup>. Petit à petit, les techniques s'améliorent et de véritables collections anatomiques sont créées au XVII<sup>e</sup> 692

<sup>1962</sup> BIOTTI-MACHE, p. 20 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 29.

<sup>1963</sup> PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 104 ss.

<sup>1964</sup> BIOTTI-MACHE, p. 21.

<sup>1965</sup> PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 112 s.

<sup>1966</sup> BACQUÉ, p. 8 ; GAUTHIER, p. 40 et 84. Sur les procédés de momification des anciens Égyptiens, cf. BIOTTI-MACHE, p. 23 ss, en particulier p. 26 ss ; GAUTHIER, p. 56 ss.

<sup>1967</sup> Cf. BIOTTI-MACHE, p. 33 ss ; GAUTHIER, p. 78 ss ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 148 s.

<sup>1968</sup> GAUTHIER, p. 84 ss.

<sup>1969</sup> BIOTTI-MACHE, p. 43.

<sup>1970</sup> BIOTTI-MACHE, p. 43 s. ; GAUTHIER, p. 99 ss.

<sup>1971</sup> CHARLIER, p. 54 s. ; BIOTTI-MACHE, p. 44 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 60 ; MANDRESSI, p. 20 ; GAUTHIER, p. 99 ; VOVELLE, p. 111.

<sup>1972</sup> BIOTTI-MACHE, p. 49 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 205 ss.

siècle<sup>1973</sup>. Le XIX<sup>e</sup> siècle voit la naissance de la thanatopraxie moderne<sup>1974</sup>. Cette technique repose principalement sur l'injection dans le système vasculaire d'un liquide conservateur<sup>1975</sup>. Les soins de thanatopraxie permettent la conservation provisoire du corps<sup>1976</sup>. Ils vont se démocratiser en Amérique du Nord durant la guerre de Sécession où ils permettent le rapatriement des corps dans leur famille<sup>1977</sup>. Il faudra presque un siècle pour que cette pratique se développe en Europe<sup>1978</sup>. Elle reste aujourd'hui peu répandue en Suisse<sup>1979</sup>. La thanatopraxie doit être distinguée des soins mortuaires<sup>1980</sup>. Il faut mentionner les techniques modernes de plastination et de cryogénéisation<sup>1981</sup>.

- 693 Ainsi, la notion de cadavre désigne un objet dont la nature matérielle est changeante. L'ordre juridique doit tenir compte de cette situation. Il faut se demander jusqu'à quand le corps d'un être humain après son décès doit être considéré comme un cadavre (et bénéficiaire du statut juridique qui lui est accordé).
- 694 Il n'existe pas de norme en droit suisse qui fixe une limite temporelle au statut du cadavre. Il faut cependant mentionner l'art. 36 al. 4 LRH qui assouplit les conditions auxquelles le corps d'une personne décédée depuis plus de 70 ans peut faire l'objet d'un projet de recherche<sup>1982</sup>. Si les conditions sont facilitées après 70 ans, le corps d'une personne décédée reste protégé néanmoins par la LRH. Mentionnons également que selon l'art. 175 al. 2 CP, la diffamation ou

---

<sup>1973</sup> BIOTTI-MACHE, p. 49 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 206 et 208 ; MANDRESSI, p. 255 s. Les anatomistes conservaient les pièces dans de l'esprit-de-vin ou en leur injectent des produits (cire, verni ou résine), cf. LE BRETON, La chair à vif, p. 206 ss ; Nous pouvons évoquer les collections de William Harey, de Frederik Ruysch et celle d'Honoré Fragonard, cf. LARRIBE, p. 73 ; BIOTTI-MACHE, p. 50 ; LE BRETON, La chair à vif, p. 206 ss ; MANDRESSI, p. 255 s. ; GAUTHIER, p. 102.

<sup>1974</sup> LARRIBE, p. 73 ; BIOTTI-MACHE, p. 51 ss ; GAUTHIER, p. 184. Nous utilisons le terme de thanatopraxie dans un sens étroit, qui désigne la pratique contemporaine, par opposition au sens large, qui vise toute forme d'acte de conservation, cf. BIOTTI-MACHE, p. 15 s. Le terme français de « thanatopraxie » a été inventé en 1960 au Canada. Le terme anglais est « *embalming* », cf. BIOTTI-MACHE, p. 52 s.

<sup>1975</sup> LARRIBE, p. 62 s. Pour une description des procédés mis en œuvre dans le cadre des soins de thanatopraxie, cf. *infra* n° 1178 ss.

<sup>1976</sup> LARRIBE, p. 77 ; LAMENDIN, p. 77.

<sup>1977</sup> BACQUÉ, p. 9 ; BIOTTI-MACHE, p. 23 ss ; BERTHOD, De si beaux cadavres, p. 433 ; ROACH, p. 72 ss ; GAUTHIER, p. 184 ss.

<sup>1978</sup> LARRIBE, p. 75 ; LAMENDIN, p. 75 ; GAUTHIER, p. 188. Elle apparaît en France dans les années 1960.

<sup>1979</sup> Selon l'émission de la RTS *Vacarme* « Une dernière beauté », du 17 février 2020, il n'y a que quatre thanatopracteurs en Suisse.

<sup>1980</sup> Sur cette distinction, cf. *infra* n° 1177 ss.

<sup>1981</sup> Sur la plastination, cf. *supra* n° 479 ss. Sur la cryogénéisation, cf. *infra* n° 1211 ss.

<sup>1982</sup> Sur cette disposition, cf. *infra* n° 871 ss.

la calomnie envers une personne décédée n'est plus punissable 30 ans après le décès<sup>1983</sup>.

À notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais fixé de limite temporelle stricte à la protection juridique du cadavre. Dans la doctrine, la question de la « fin » de la qualité de cadavre s'est notamment posée en lien avec la protection pénale du cadavre par l'art. 262 CP. Cependant, rares sont les auteurs qui traitent de la question, et s'ils le font, c'est la plupart du temps de manière très sommaire, en se contentant d'évoquer certaines situations (cendres, momies, squelettes) en se demandant pour chacune si l'on a affaire à un cadavre<sup>1984</sup>. 695

Cette approche « casuistique » nous paraît limitée face à la myriade de situations envisageables. Nous allons revenir sur deux éléments qui nous semblent essentiels dans le statut juridique du cadavre : le droit de disposer d'un cadavre et le sentiment de piété. La fin de ces deux éléments va être décisive dans la détermination de la limite de la notion de cadavre. Nous allons appliquer ces principes à certains exemples choisis qui sont régulièrement cités par la doctrine sur cette question. 696

#### A. *L'extinction du droit de disposer du cadavre*

Un élément central du statut du cadavre est le droit dont bénéficient le défunt, et subsidiairement ses proches, d'en disposer<sup>1985</sup>. Le droit du défunt s'éteint à sa mort. Il faut donc se demander à quel moment les droits des proches vont s'éteindre. Les droits de la personnalité des proches protégeant le cadavre perdurent jusqu'à leur propre décès<sup>1986</sup>. La relation affective entre le défunt et le proche est « figée » au moment du décès du premier et elle va continuer malgré l'écoulement du temps<sup>1987</sup>. Le lien affectif va probablement fluctuer (voire diminuer) avec le temps, mais il est « réactivé » si le sort du cadavre est à nouveau problématique. 697

Lorsque le proche le plus étroitement lié avec le défunt décède, il faut examiner qui est dorénavant le « proche le plus proche » du défunt à qui revient le droit 698

<sup>1983</sup> Sur l'art. 175 CP, cf. *supra* n° 174.

<sup>1984</sup> Cf. notamment BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; SPLISGARDT, p. 118 ; HK StGB-SCHUBARTH, n° 30 ss ad art. 262 ; LOGOZ, Tome II, n° 4a ad art. 262 ; HAFTER, Besonderer Teil, p. 471, note 4. BIERI, p. 20 ss, qui fait figure d'exception et traite de la question en détail.

<sup>1985</sup> Cf. *supra* chapitre 4.

<sup>1986</sup> MAIRE, p. 225 ; KÄLIN, p. 83.

<sup>1987</sup> KÄLIN, p. 83.

de déterminer le sort du cadavre<sup>1988</sup>. Le droit de faire respecter la volonté du défunt existe tant qu'il est possible de prouver, d'une part, la volonté du défunt et, d'autre part, un lien affectif avec le défunt<sup>1989</sup>.

- 699 Pour Oliver Kälín, la protection prend fin avec le décès des proches<sup>1990</sup>. Il se pose toutefois la question de savoir si des personnes peuvent recevoir la qualité de proche même s'ils n'ont pas connu le défunt de son vivant. Selon nous, il n'est pas possible d'exclure l'existence d'un lien affectif avec le défunt, même si la personne en question ne l'a pas connu. Un lien affectif peut être reconnu avec les membres de la famille proche du défunt, en particulier ses éventuels descendants.
- 700 On peut imaginer l'exemple du cadavre d'une personne disparue sur un glacier qui est découvert plusieurs décennies plus tard, avec la fonte de la glace<sup>1991</sup>. S'il est possible d'identifier le défunt et de retrouver des membres de sa famille, il faut admettre l'existence d'un droit de disposition de ceux-ci sur le cadavre (même s'ils n'ont pas connu le défunt personnellement). En effet, la découverte du corps d'un ancêtre disparu va probablement créer ou renforcer un lien émotionnel avec le défunt<sup>1992</sup>.
- 701 Dans ce contexte, la problématique des cadavres ou parties de cadavre (restes humains) dans les collections muséales, qui sont bien souvent conservés dans un pays différent de leur pays d'origine, doit aussi être évoquée<sup>1993</sup>. Il existe une tendance des pays d'origine à demander la restitution de ces restes humains<sup>1994</sup>. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007 prévoit à son art. 12 al. 1 *in fine* le droit au rapatriement de leurs restes humains. En général, si les restes humains sont identifiés et si leurs descendants ou leur famille en font la demande, la restitution a lieu<sup>1995</sup>. On voit donc l'importance de pouvoir établir un lien entre le cadavre et un membre de sa famille. Hors de

---

<sup>1988</sup> Cf. *supra* n° 223 ss.

<sup>1989</sup> Cf. *supra* n° 207 ss.

<sup>1990</sup> KÄLIN, p. 83, pour qui le droit des proches n'est pas transmissible.

<sup>1991</sup> Cf. notamment l'article du journal *Le Temps* « Le glacier des Diablerets a rendu les corps d'un couple disparu en 1942 », du 19 juillet 2017.

<sup>1992</sup> Il faut donc faire une distinction entre les contemporains du défunt, dont le lien affectif est « figé » au moment du décès et les proches qui n'ont pas connu le défunt dont le lien peut être créé ou renforcé par la découverte du cadavre.

<sup>1993</sup> Sur cette question, DUCOR, RDS, p. 343 et les réf. citées à la note 597 ; CHARLIER, p. 129 ss en particulier p. 138 ss où il revient sur cinq exemples.

<sup>1994</sup> DUCOR, RDS, p. 343.

<sup>1995</sup> DUCOR, RDS, p. 343 ; CHARLIER, p. 166.

cette hypothèse, la restitution dépend de l'intensité du lien avec la communauté d'origine et plus les restes sont anciens, moins ce lien est considéré comme fort<sup>1996</sup>.

Le droit des proches va disparaître définitivement lorsqu'il n'est pas ou plus possible d'identifier le défunt ou lorsqu'il n'y a plus de membres de sa famille vivant pour exercer le droit de déterminer le sort de son corps. Plus le cadavre est ancien, plus l'identification de celui-ci et la recherche des membres de sa famille sont difficiles<sup>1997</sup>. On peut imaginer dans certains cas qu'un lien avec d'autres personnes que des membres de la famille soit admis : membres d'une association ou d'une communauté religieuse par exemple. 702

L'extinction des droits de la personnalité des proches a des conséquences sur d'éventuels droits réels sur le cadavre. Le droit du propriétaire n'est plus limité par les droits de la personnalité des proches<sup>1998</sup>. En principe, il n'est plus possible de créer un droit réel sur un cadavre, car il n'est plus possible de recueillir un consentement<sup>1999</sup>. En l'absence d'un consentement, l'occupation est nulle, car contraire à l'art. 262 ch. 2 CP<sup>2000</sup>. 703

Il faut réserver une exception dans le cas de la découverte d'un cadavre présentant un intérêt scientifique où l'art. 724 CC va s'appliquer<sup>2001</sup>. L'art. 724 CC est une règle spéciale précisant l'art. 723 CC sur la découverte d'un trésor (art. 723 al. 2 CC)<sup>2002</sup>. Pour que l'art. 724 CC s'applique, il est donc né- 704

<sup>1996</sup> DUCOR, RDS, p. 343 s., qui évoque l'exemple des restes d'être humain datant de la Préhistoire. Il fait un lien avec le principe de l'art. 36 al. 4 LRH ; CHARLIER, p. 166. Le sort des restes dans le pays d'origine est aussi un facteur important, la restitution aura lieu plus volontiers si les restes vont recevoir une sépulture que s'ils se retrouvent dans un autre musée.

<sup>1997</sup> Pour reprendre notre exemple du glacier, on peut penser au corps du « mercenaire du Théodule » mort vers 1600 et découvert progressivement entre 1984 et 1990 (les ossements et les objets ont été dispersés par le glacier) au-dessus de Zermatt, cf. l'article du journal *Le Temps* « En Valais, les glaciers recrachent leur trésor », du 26 janvier 2016.

<sup>1998</sup> Cf. *supra* n° 413 ss.

<sup>1999</sup> Cf. *supra* n° 403 ss.

<sup>2000</sup> Cf. *supra* n° 408.

<sup>2001</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 2 ad art. 724 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3167. Les cadavres relèvent de la curiosité naturelle, cf. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3168 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 6 ad art. 723/724 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 5 ad art. 724.

<sup>2002</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 2 ad art. 723 et n° 2 ad art. 724 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 1 ad art. 723 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3166 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 1 ad art. 724.

cessaire que l'objet découvert soit enfoui ou caché depuis longtemps et n'ait plus de propriétaire (chose sans maître)<sup>2003</sup>. On doit appliquer ce principe par analogie dans le cas d'un cadavre et l'art. 724 CC ne trouve application que s'il n'est pas possible de retrouver les proches du défunt. Si cette condition est remplie, le canton sur le territoire duquel le cadavre a été découvert en acquiert la propriété de plein droit (art. 724 al. 1 CC)<sup>2004</sup>. Dans cette situation, la loi prévoit la création d'un droit réel sur le cadavre en faveur du canton. Si un cadavre est découvert et qu'il ne représente pas d'intérêt scientifique, la commune du lieu de découverte du corps doit lui assurer une sépulture décente<sup>2005</sup>.

### B. *La fin du sentiment de piété*

705 Il se pose la question de savoir quand le corps d'un être humain décédé n'est plus considéré comme un cadavre au sens du droit pénal et n'est donc plus protégé par l'art. 262 CP. Selon nous, la notion de cadavre doit être conçue de manière large. En effet, le bien juridiquement protégé par l'art. 262 CP est le sentiment de piété<sup>2006</sup>. Le sentiment de piété découle de la notion de dignité humaine, dont la dimension objective protège le corps humain après la mort<sup>2007</sup>. Ainsi, tant qu'il existe de la matière organique humaine, on doit considérer qu'il s'agit d'un cadavre, respectivement d'une partie de cadavre<sup>2008</sup>. La détermination du moment de la disparition de la matière organique relève d'une question de fait<sup>2009</sup>.

---

<sup>2003</sup> BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 2 ad art. 723 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 2 ad art. 723 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3160 et 3167 ; REY, n° 1870 et 1877 ; LIVER, p. 366 ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 4 ss et 18 s. ad art. 723/724.

<sup>2004</sup> CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 6 ad art. 724 ; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3170 ; REY, n° 1881 ss ; ZK ZGB-SCHERRER, n° 25 ad art. 723/724 ; BK ZGB-LEEMANN, n° 13 ad art. 724.

<sup>2005</sup> Cf. *supra* n° 544 ss.

<sup>2006</sup> Cf. *supra* n° 439 ss.

<sup>2007</sup> Cf. *supra* n° 542 s.

<sup>2008</sup> Sur la distinction entre un cadavre et une partie de cadavre, cf. *supra* n° 671 ss.

<sup>2009</sup> Dans ce sens, BIERI, p. 25.

## C. Exemples choisis

### 1. Les squelettes

On parle de squelette lorsque l'ensemble des parties molles du corps (pour être trivial : les chairs) ont disparu et qu'il ne reste que les ossements<sup>2010</sup>. La doctrine est d'avis que les squelettes ne sont plus des cadavres<sup>2011</sup>. La décomposition de l'ensemble des chairs marquerait la disparition du cadavre<sup>2012</sup>. 706

Selon la conception que nous défendons, la disparition de toute matière organique humaine est nécessaire pour considérer qu'il ne s'agit plus d'un cadavre. Le squelette et les os sont composés de matière organique humaine (malgré leurs caractéristiques physiques particulières), raison pour laquelle nous estimons qu'il s'agit toujours d'un cadavre. 707

Selon une partie de la doctrine, le cadavre devient une chose en devenant un squelette<sup>2013</sup>. Cette affirmation n'entre pas en contradiction avec notre position, puisque nous considérons le squelette comme un cadavre qui est une chose<sup>2014</sup>. Le squelette remplit les critères définissant la chose<sup>2015</sup>. 708

Enfin, la doctrine considère que les squelettes sont des choses ordinaires auxquels les droits réels sont applicables, car ils ne font plus l'objet d'un sentiment de pitié<sup>2016</sup>. Selon nous, cette dernière affirmation n'est pas correcte et mérite précision et nuance. En soi, la squelettisation du corps n'est pas la cause de la disparition du sentiment de pitié. À notre avis, même un squelette fait l'objet d'un sentiment de pitié, car il revêt toujours une part d'humanité. 709

On peut imaginer l'hypothèse où le corps devient un squelette très rapidement (quelques mois) après le décès et qu'il existe donc des proches du défunt ayant un droit de disposer de celui-ci. Le fait que le corps se soit transformé en squelette n'empêche pas la protection de la relation affective entre le proche et le défunt<sup>2017</sup>. 710

<sup>2010</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; HAMILTON/GREEN, p. 22 ; CRAMER, p. 20, note 3, qui parle de « *fleischliche Überreste* ».

<sup>2011</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; VON TOBEL, p. 13 ; BIERI, p. 72 ; BADER, p. 366 ; CRAMER, p. 20, note 3.

<sup>2012</sup> BADER, p. 366.

<sup>2013</sup> REY, n° 112 ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BADER, p. 371.

<sup>2014</sup> Cf. *supra* n° 340 ss.

<sup>2015</sup> Cf. *supra* n° 322 ss.

<sup>2016</sup> REY, n° 112 ; KÄLIN, p. 71 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 137 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; LOGOZ, n° 4 ad art. 262 ; BK ZGB-LEE-MANN, n° 9 ad art. 713 ; CRAMER, p. 20, note 3.

<sup>2017</sup> Dans ce sens, BIERI, p. 72.



- 711 Cependant, il est vrai qu'il faut en général des années voire des décennies pour que le corps soit réduit à l'état de squelette, et l'écoulement d'une aussi longue période a pour conséquence probable qu'il n'y ait plus de proche du défunt. Malgré l'absence de droit de la personnalité protégeant le squelette, celui-ci doit être traité avec respect en vertu de la dignité humaine.
- 712 Notons que la découverte d'un squelette peut avoir un intérêt scientifique (en particulier archéologique). Dans cette hypothèse, on applique l'art. 724 CC<sup>2018</sup>. Certains squelettes humains sont utilisés pour l'enseignement de l'anatomie<sup>2019</sup>. Dans ce cas, le squelette doit avoir le même statut que les autres pièces anatomiques<sup>2020</sup>.

## 2. Les momies

- 713 Il arrive qu'un cadavre soit préservé du processus de décomposition soit naturellement, en raison de l'environnement dans lequel il se trouve (glacier, désert, tourbière) soit au moyen d'interventions humaines<sup>2021</sup>.
- 714 La doctrine considère que les momies ne sont pas des cadavres<sup>2022</sup>. Ce changement de statut s'expliquerait, d'une part, par la spécification que le cadavre subit avec la transformation des chairs<sup>2023</sup>. D'autre part, les momies ne feraient, en principe, plus l'objet d'un sentiment de piété<sup>2024</sup>. Les momies seraient par conséquent des choses ordinaires pouvant faire l'objet d'un commerce juridique<sup>2025</sup>.

---

<sup>2018</sup> Cf. *supra* n° 704.

<sup>2019</sup> DUCOR, RDS, p. 341 s.

<sup>2020</sup> DUCOR, RDS, p. 341 s.

<sup>2021</sup> BIERI, p. 27. GAUTHIER, p. 20, qui liste comme facteurs de conservation du cadavre la chaleur, la sécheresse, le froid, l'humidité anaérobie et la raréfaction de l'air en altitude. Cf. également PIOMBINO-MASCALI/GILL-FRERKING/BECKETT, p. 101 ss.

<sup>2022</sup> BIERI, p. 27 ; BADER, p. 366 s. ; CRAMER, p. 20, note 3. Cf. également BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262, qui relève la tendance de la doctrine d'exclure les momies égyptiennes de la notion de cadavre sans explication. Selon lui, cela démontre l'importance des normes sociales, car il n'y a pas d'argument conceptuel pour considérer qu'une momie n'est pas un cadavre.

<sup>2023</sup> BIERI, p. 27 ; BADER, p. 366 s. ; CRAMER, p. 20, note 3.

<sup>2024</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; NIGGLI, n° 406, note 568 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 137 ad systematischer Teil ; LOGOZ, n° 4 ad art. 262 ; BIERI, p. 28, qui admet que les momies restent des cadavres dans l'absolu.

<sup>2025</sup> REY, n° 112 ; KÄLIN, p. 66 ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 137 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BIERI, p. 27 ; BADER, p. 366 s. ; BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713 ; CRAMER, p. 20, note 3.

Nous sommes d'avis que les momies doivent également être considérées 715  
comme des cadavres, car elles sont constituées de matière organique humaine,  
même si celle-ci s'est transformée et a résisté à la décomposition. Le raisonne-  
ment sur la fin du sentiment de pitié et des droits de disposer sur un squelette  
s'applique *mutatis mutandis* à une momie<sup>2026</sup>. La momification n'est pas la  
cause de la disparition du lien affectif (et donc du droit) des proches. Les mo-  
mies doivent être traitées avec respect. Lorsqu'elles présentent un intérêt scien-  
tifique, l'art. 724 CC s'applique.

### 3. Les cadavres ayant subi des soins de thanatopraxie

La thanatopraxie facilite le travail de deuil<sup>2027</sup>. La conservation du cadavre pendant 716  
quelques jours permet aux proches d'avoir davantage de temps pour orga-  
niser les obsèques<sup>2028</sup>. Les membres de la famille éloignée géographiquement  
peuvent ainsi assister aux funérailles, ou à l'inverse, le cadavre peut être rapa-  
trié en cas de décès loin du domicile<sup>2029</sup>. Les corps ayant subi des soins de  
thanatopraxie sont des cadavres. Le thanatopracteur intervient uniquement en  
retirant les fluides corporels et en injectant des produits permettant la conser-  
vation du corps<sup>2030</sup>. La thanatopraxie va donc simplement retarder le processus  
de décomposition et ne change pas la nature matérielle du corps.

### 4. Les pièces anatomiques

Les anatomistes ont toujours été confrontés au problème de la décomposition 717  
progressive et inévitable des cadavres dans le cadre de leurs activités<sup>2031</sup>. Ils  
ont développé des techniques permettant la conservation des pièces ou des spé-  
cimens les plus intéressants<sup>2032</sup>. Les instituts d'anatomie conservent ainsi cer-  
tains cadavres ou parties de ceux-ci pour leur activité d'enseignement<sup>2033</sup>. Les

<sup>2026</sup> Cf. *supra* n° 706 ss.

<sup>2027</sup> BERTHOD, De si beaux cadavres, p. 433, qui parle des arguments « hygiéniste, pratique et psychologique » en faveur de la thanatopraxie ; THOMAS, Anthropologie de la mort, p. 270. Sur l'aspect « contaminant » du cadavre, cf. THOMAS, Le cadavre, p. 23.

<sup>2028</sup> LARRIBE, p. 66 s.

<sup>2029</sup> LAMENDIN, p. 76.

<sup>2030</sup> Sur la thanatopraxie, cf. *infra* n° 1178 ss.

<sup>2031</sup> LE BRETON, La chair à vif, p. 205.

<sup>2032</sup> LE BRETON, La chair à vif, p. 205 ss, qui fait un aperçu historique des techniques de conservation.

<sup>2033</sup> DUCOR, RDS, p. 341.

pièces sont préparées par dissection, puis fixées à l'aide d'un procédé technique qui permet leur conservation. Il peut s'agir de squelettes, d'organes, de membres, des coupes (histologiques ou histo-pathologiques), mais également de cadavres plastinés<sup>2034</sup>. Il existe ainsi des pièces anatomiques sèches (plastinées) et d'autres humides (conservées dans du formol).

- 718 Il faut constater que même en cas de plastination, il reste de la matière organique. C'est d'ailleurs le but de la conservation de la pièce anatomique : permettre l'observation des structures de l'organisme. Les pièces anatomiques doivent donc être considérées comme des cadavres.
- 719 Le travail de préparation et de fixation a toutefois une conséquence importante sur le caractère « hors du marché » du cadavre<sup>2035</sup>. En effet, comme nous l'avons vu, l'interdiction du profit de l'art. 21 CDHB ne s'applique pas aux parties du corps humain qui ont subi un travail de préparation<sup>2036</sup>. Les pièces anatomiques peuvent donc faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux<sup>2037</sup>. Les pièces anatomiques sont dès lors « dans le commerce ». La doctrine est unanime pour considérer les préparations anatomiques comme des choses « ordinaires » soumises aux règles des droits réels<sup>2038</sup>.
- 720 Lorsque le cadavre est confié à l'institut qui va créer la pièce anatomique, celui-ci acquiert dans un premier temps un droit de propriété sur le cadavre et dans un second temps sur la pièce anatomique<sup>2039</sup>. La pièce anatomique constitue une chose nouvelle<sup>2040</sup>. En général, le préparateur agit dans le cadre d'un contrat de travail et les règles de la spécification (art. 726 CC) ne trouvent pas application<sup>2041</sup>. Hors de cette hypothèse, les règles de la spécification (art. 726 CC) s'appliquent au travail de préparation et de fixation du cadavre ou d'une

---

<sup>2034</sup> DUCOR, RDS, p. 341 s. Sur les expositions de cadavres plastinés, *cf. supra* n° 479 ss.

<sup>2035</sup> Sur cette notion, *cf. supra* n° 370.

<sup>2036</sup> BREYER *et alii*, p. 193.

<sup>2037</sup> MCF CDHB, FF 2002, p. 320 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport CDHB, n° 132. DUCOR, RDS, p. 341 ss ; MADER, n° 271 ; BREYER *et alii*, p. 193.

<sup>2038</sup> DUCOR, RDS, p. 341, qui les fait entrer dans la catégorie des choses d'origines humaines ; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 137 ad systematischer Teil ; ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BIERI, p. 29, pour qui un squelette préparé dans un but scientifique n'est plus un cadavre, car il ne contient plus l'image de la personnalité du défunt et p. 72 ; BADER, p. 369 s. ; BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713.

<sup>2039</sup> DUCOR, RDS, p. 341, qui justifie l'exigence d'un consentement par l'exposition prolongée de l'intimité corporelle de la personne devant des générations d'étudiants.

<sup>2040</sup> Sur cette notion, *cf.* notamment STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3131 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 7 ss ad art. 726.

<sup>2041</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3130 ; CR CC II-PANNATIER KESSLER, n° 6 ad art. 726.

partie de celui-ci<sup>2042</sup>. Le préparateur (l'ouvrier) n'acquiert pas la propriété sur la chose nouvelle, car il est impossible d'établir si l'industrie a plus de valeur que la matière en raison de l'interdiction du profit de l'art. 21 CDHB<sup>2043</sup>.

Un consentement libre et éclairé est nécessaire pour l'atteinte à l'intégrité physique et la création d'un droit réel<sup>2044</sup>. Le consentement à la « fixation » du cadavre ou d'une partie de celui-ci n'est valable que si celle-ci suit un but légitime et n'est pas contraire à la dignité humaine (art. 19 et 20 CO)<sup>2045</sup>. Un but scientifique, pédagogique ou artistique est légitime<sup>2046</sup>. 721

Malgré cela, il n'est pas impossible d'admettre un droit des proches de disposer de la pièce anatomique, notamment si celle-ci n'est pas utilisée conformément à la volonté du défunt ou des proches. Enfin, même s'il s'agit de choses ordinaires, les pièces anatomiques continuent à être protégées par la dignité humaine et doivent être ainsi traitées avec respect<sup>2047</sup>. 722

Le devenir des pièces anatomiques, lorsqu'elles ne sont plus utilisées, et la question de leur sépulture ne sont pas clairement réglés<sup>2048</sup>. Le canton de Genève fait figure d'exception puisque l'art. 7 al. 2 du règlement sur le sort du cadavre et la sépulture, du 22 août 2006 (RSép) prévoit que : « *Les corps ou partie de corps qui ne servent plus à l'enseignement sont inhumés ou incinérés conformément aux dispositions de la loi sur les cimetières, du 20 septembre* 723

<sup>2042</sup> DUCOR, RDS, p. 335 selon lequel, l'objet humain (le cadavre) devient alors une chose d'origine humaine (la préparation anatomique). Toutefois cet auteur ne reconnaît pas l'existence d'un droit de propriété sur le cadavre d'origine ; BADER, p. 369.

<sup>2043</sup> DUCOR, RDS, p. 335. Sur la règle de l'art. 726 al. 1 CC, cf. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, n° 3133 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, n° 4 ad art. 726 CC ; CR CC II-PANNA-TIER KESSLER, n° 13 ad art. 726.

<sup>2044</sup> DUCOR, RDS, p. 341 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 779 ; BÄR, p. 456. Cf. *infra* n° 999 pour les questions de consentement à la création de pièces anatomiques dans les documents des instituts d'anatomie en Suisse. Il faut relever que dans le canton de Bâle-Ville, le § 20 Abs. 5 de la *Gesundheitsgesetz*, du 21 septembre 2011 (300.100) prévoit que la personne décédée doit avoir expressément donné son consentement à l'utilisation de son cadavre pour la création de pièces anatomiques.

<sup>2045</sup> DUCOR, RDS, p. 342. Sur les limites au droit de disposer d'un cadavre, cf. *supra* n° 266 ss.

<sup>2046</sup> DUCOR, RDS, p. 342.

<sup>2047</sup> BADER, p. 370. *Contra* : BK ZGB-MEIER-HAYOZ, n° 137 ad systematischer Teil ; BK ZGB-LEEMANN, n° 9 ad art. 713, pour qui les pièces anatomiques ne font plus l'objet de sentiment de piété en raison de leur ancienneté.

<sup>2048</sup> BADER, p. 370, pour qui, comme la pièce anatomique n'est plus un cadavre, il n'existe pas d'obligation de lui offrir une sépulture, sauf règle légale expresse.

1876 »<sup>2049</sup>. Nous sommes d'avis que la règle du droit genevois a valeur de principe général. Les pièces anatomiques doivent être traitées comme n'importe quel cadavre ou partie de cadavre. Il faut toutefois tenir compte de leur nature particulière, notamment du point de vue écologique<sup>2050</sup>. Les cadavres anatomiques étant conservés dans du formaldéhyde (formol), ils ne peuvent être incinérés que dans des crématoires disposant d'installation permettant de capter les résidus de la combustion du formol<sup>2051</sup>.

## 5. Les cadavres inhumés

724 Une fois inhumé, le cadavre va se décomposer progressivement sous terre<sup>2052</sup>. Ni l'inhumation d'un cadavre ni son exhumation ne change son statut<sup>2053</sup>. En principe, les proches du défunt qui peuvent disposer du cadavre ont un droit de disposition semblable sur la sépulture. Il faut toutefois réserver les règles de droit communal ou cantonal du lieu de sépulture, notamment en fonction du type de monument funéraire (tombe à la ligne ou concession)<sup>2054</sup>. L'art. 262 ch. 1 al. 1 CP protège la sépulture et donc indirectement le cadavre inhumé<sup>2055</sup>. L'exhumation d'un cadavre ne doit pas intervenir sans raison et fait l'objet de règles spécifiques, que nous présentons dans le cadre de notre chapitre consacré aux funérailles<sup>2056</sup>.

## 6. Les cendres

725 Les cendres sont le produit de la crémation d'un cadavre<sup>2057</sup>. Le cadavre est placé dans un cercueil puis incinéré à plus de 800°C pendant environ 90 mi-

---

<sup>2049</sup> K 1 55.08.

<sup>2050</sup> La fixation des pièces anatomiques va en pratique limiter les possibilités d'inhumation vu qu'elles vont résister à la décomposition. Une incinération est donc à privilégier.

<sup>2051</sup> BULETTI, p. 34.

<sup>2052</sup> Sur la problématique de la mauvaise décomposition des corps inhumés dans certains lieux de Suisse romande, cf. l'article du journal *24Heures* « Au cimetière, les corps ne se décomposent plus », du 11 mai 2020.

<sup>2053</sup> BIERI, p. 25. *Contra* : CRAMER, p. 20, pour qui la notion de cadavre cesse avec l'inhumation.

<sup>2054</sup> De manière générale nous renvoyons à notre chapitre 13 pour les questions de droit funéraire. Sur les différentes catégories de tombes, cf. *infra* n° 1221 ss.

<sup>2055</sup> BIERI, p. 72 ; BADER, p. 371. Sur cette infraction, cf. *supra* n° 446 ss.

<sup>2056</sup> Cf. *infra* n° 1253 ss.

<sup>2057</sup> Notons que le Code pénal utilise le terme de cendres d'un mort (*die Asche eines Toten, le ceneri di un defunto*) à l'art. 262 ch. 2 CP.

nutes<sup>2058</sup>. Après la crémation, il ne reste que les os, qui sont broyés et d'éventuels éléments métalliques (matériel orthopédique, broches, vis chirurgicales ou prothèses), qui sont retirés pour être recyclés<sup>2059</sup>. Ces éléments artificiels qui résistent à la combustion ne font pas partie des cendres<sup>2060</sup>. La crémation entraîne la séparation de ces éléments artificiels qui redeviennent des choses ordinaires.

En Suisse, le taux de crémation est très élevé. Malgré l'absence de chiffres officiels sur cette question, ce taux est estimé à plus de 85 %<sup>2061</sup>. L'immense majorité des cadavres vont donc devenir des cendres. 726

Dans la doctrine, rares sont les auteurs qui se sont véritablement intéressés au statut des cendres<sup>2062</sup>. Il existe un consensus sur l'idée que les cendres ne rentrent pas dans la notion juridique de cadavre, mais qu'elles constituent une catégorie distincte<sup>2063</sup>. La crémation entraîne le passage du statut de cadavre au statut de cendres<sup>2064</sup>. Ce changement de statut s'explique par la transformation physique subie par le cadavre<sup>2065</sup>. Dans le cadre d'une crémation, le changement est complet. L'art. 262 ch. 2 CP fait d'ailleurs la distinction entre le cadavre humain et les cendres d'un mort. 727

<sup>2058</sup> Cf. l'émission de la RTS *A bon entendeur* « Même la mort a un prix ! », du 30 octobre 2018, disponible sur : <https://pages.rts.ch/emissions/abe/9849793-meme-la-mort-a-un-prix.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf. également l'émission de la RTS *Mise au point* « Partir en fumée », du 8 mai 2016, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/partir-en-fumee?id=7707313> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2059</sup> Cf. l'émission de la RTS *A bon entendeur* « Même la mort a un prix ! », du 30 octobre 2018, disponible sur : <https://pages.rts.ch/emissions/abe/9849793-meme-la-mort-a-un-prix.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf. également l'émission de la RTS *Mise au point* « Partir en fumée », du 8 mai 2016, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/partir-en-fumee?id=7707313> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2060</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton d'Argovie, du 13 mars 1980, AGVE 1980, p. 61, consid. 3. TRECHSEL/VEST, n° 5 ad art. 262 ; BSK StGB II-FIOLKA, n° 45 ad art. 262. Relevons que le § 10 Abs. 1 de la *Bestattungsverordnung* du canton de Bâle-Ville (*BestV*), du 2 mars 2021 (390.110) prévoit la séparation et le recyclage des implants chirurgicaux et des substances magnétiques après la crémation.

<sup>2061</sup> Cf. *infra* n° 1197 et les réf. citées.

<sup>2062</sup> Principalement BIERI, p. 30 ss et 76 ss ; BADER, p. 370 s.

<sup>2063</sup> BSK StGB II-FIOLKA, n° 22 ad art. 262 ; BIERI, p. 30 ; SONTAG, p. 388 ; BADER, p. 370.

<sup>2064</sup> BADER, p. 366, qui parle de cendres d'un cadavre (*Leichenaschen*).

<sup>2065</sup> BADER, p. 366, qui parle de spécification au sens de l'art. 726 CC. *Contra* : ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729, qui considère que les règles de la spécification ne peuvent pas s'appliquer à la crémation puisque le cadavre n'est pas une chose.

- 728 Comme pour le cadavre, le statut de chose des cendres est controversé<sup>2066</sup>. Les cendres remplissent les critères de la chose<sup>2067</sup>. Elles ont toutefois un statut particulier. Le Tribunal fédéral a admis que les cendres ne sont pas des objets ordinaires, ayant une valeur commerciale ou librement négociable et qu'elles méritent une protection juridique particulière, comme le cadavre<sup>2068</sup>. Les cendres ne peuvent pas faire l'objet d'une infraction contre le patrimoine<sup>2069</sup>. Elles sont ainsi protégées contre la soustraction par l'art. 262 ch. 2 CP, en raison du sentiment de piété dont elles font l'objet<sup>2070</sup>. Le défunt et ses proches bénéficient d'un droit de disposer des cendres, semblable à celui portant sur le cadavre, qui est lui aussi basé sur le sentiment de piété, et plus particulièrement sur leurs liens affectifs<sup>2071</sup>. Le statut des cendres est donc très proche de celui du cadavre.
- 729 L'inhumation, la conservation, le transport ou la dispersion des cendres sont réglés dans le droit cantonal<sup>2072</sup>. L'inhumation d'une urne ou la dispersion des

<sup>2066</sup> BADER, p. 370 s., qui est favorable au statut de chose. Pour cet auteur, les cendres font partie de la succession. *Contra* : apparemment ZK ZGB-HAAB, n° 22 ad intro. art. 641-729 ; BIERI, p. 77. Sur la controverse autour du statut du cadavre, *cf. supra* n° 293 ss.

<sup>2067</sup> Pour les critères, *cf. supra* n° 322 ss.

<sup>2068</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2.

<sup>2069</sup> ATF 112 IV 34 = JdT 1986 IV 47 (trad.), consid. 2.

<sup>2070</sup> BIERI, p. 77 ; BADER, p. 371.

<sup>2071</sup> Arrêt du TF 5A\_862/2020, du 25 mai 2021, consid. 7.2.1 ; arrêt de la Cour de Justice genevoise du 23 septembre 2014 ATA/743/2014, consid. 2 ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 4bb. Sur ces droits, *cf. supra* n° 202 ss. *Cf.* également l'arrêt de la CourEDH (Requête n° 61564/00) *Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, du 17 janvier 2006, où la Cour semble admettre que le refus d'autoriser l'exhumation d'une urne funéraire est une ingérence dans la vie privée au sens de l'art. 8 al. 1 CEDH (§ 24), mais considère qu'en l'espèce le refus des autorités suédoises ne constitue pas une violation (§ 29). Il existe une opinion dissidente de trois juges qui admettent la violation.

<sup>2072</sup> Certains cantons n'ont pas réglé la question : BL, FR, GE, GL, GR, JU, SO, TI, UR, ZG. Dans le reste des cantons, il existe des règles sur l'inhumation des cendres : AG, § 7 al. 3 *Verordnung über das Bestattungswesen (Bestattungsverordnung)*, du 11 novembre 2009 (371.112) ; AI, § 13 s. *Verordnung über das Bestattungswesen*, du 24 novembre 2003 (818.410) ; AR, Art. 4 *Verordnung über das Bestattungswesen*, du 19 juin 1995 (816.31) ; BE, art. 5 al. 2 ordonnance sur les enterrements et les incinérations (OEIn), du 27 octobre 2010 (811.811) ; BS, § 14 *BestG* et § 13 *BestV* ; LU, § 12 *Verordnung über das Bestattungswesen*, du 9 décembre 2008 (840) ; NE, art. 36 loi sur les sépultures (inhumation gratuite), du 10 juillet 1894 (565.1) ; NW, § 16 al. 2 *Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen*, du 4 décembre 2012 (715.2) ; OW, Art. 19 Abs. 2 *Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen*, du 24 octobre 1991 (817.11) ; SG, § 14 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*, du

cenres hors d'un cimetièrre est r'glerent'ee<sup>2073</sup>. La possibilit' pour les proches de se voir remettre les cenres est pr'vue<sup>2074</sup>. Enfin, deux cantons interdisent la dispersion de cenres à titre commercial<sup>2075</sup>.

## V. Conclusion

Le concept d'être humain, sous-jacent à la notion de cadavre ne se limite pas à la personne physique telle qu'elle est délimitée par l'art. 31 al. 1 CC. La personnalité permet à l'individu d'être acteur du monde juridique, mais elle n'est pas nécessaire pour protéger l'être humain sous l'angle de la dignité humaine. 730

Le corps humain est un objet qui mérite une protection. Cette protection est due en vertu de ce que le corps humain symbolise. Cela se traduit juridiquement par la notion de dignité humaine, qui est extrêmement vaste et protège des entités qui ne sont pas des personnes physiques. À cet égard, le sentiment de piété, qui découle de la protection de la dignité humaine n'est pas un critère très utile, car trop large. À l'inverse, l'existence d'un lien affectif avec le défunt est capitale pour délimiter la protection du corps de l'être humain après la mort. 731

---

28 décembre 1964 (458.1) ; SH, § 27 *Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung*, du 31 octobre 1972 (818.600) ; SZ, § 12 al. 1 *Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen*, du 16 janvier 1990 (571.111) ; TG, § 47 al. 2 *Gesetz über das Gesundheitswesen*, du 3 décembre 2014 (810.1) ; VD, art. 63 al. 1 RDSPF ; VS, art. 129 al. 4 loi sur la santé, du 14 février 2002 (800.1) ; ZH, § 55 Abs. 4 *Gesundheitsgesetz (GesG)*, du 2 avril 2007 (810.1) et § 29 Abs. 4 *Bestattungsverordnung (BesV)*, du 20 mai 2015 (818.61).

<sup>2073</sup> AG, § 7 al. 3 *Verordnung über das Bestattungswesen (Bestattungsverordnung)*, du 11 novembre 2009 (371.112) ; BE, art. 5 al. 2 OEIn ; BS, § 14 Abs. 2 *BestG* et § 13 *BestV*, qui règle le fait de répandre des cenres dans le Rhin ; NW, § 16 Abs. 3 *Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen*, du 4 décembre 2012 (715.2) ; ZH, § 29 *BesV*.

<sup>2074</sup> AR, Art. 4 Abs. 4 *Verordnung über das Bestattungswesen*, du 19 juin 1995 (816.31) ; BS, § 13 *BestV*, qui règle l'importation de cenres ; NE, art. 36 loi sur les sépultures (inhumation gratuite), du 10 juillet 1894 (565.1) ; SG, § 15 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*, du 28 décembre 1964 (458.1) ; SH, § 28 al. 2 *Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung*, du 31 octobre 1972 (818.600) ; SZ, § 12 al. 2 *Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen*, du 16 janvier 1990 (571.111) ; TG, § 47 al. 2 *Gesetz über das Gesundheitswesen*, du 3 décembre 2014 (810.1) ; VD, art. 53 al. 1 RDSPF. Le transport des cenres est libre (art. 26 al. 3 et 53 al. 1 RDSPF), y compris vers l'étranger (art. 33 al. 1 RDSPF) ; ZH, § 55 Abs. 4 *GesG*.

<sup>2075</sup> VS, art. 133 al. 4 loi sur la santé, du 12 mars 2020 (800.1) ; ZH, § 29 Abs. 4 *BesV*.



- 732 Pour le début de la vie, l'ordre juridique doit protéger la personnalité affective des parents d'un enfant mort-né ou né sans vie. Il doit tenir compte du lien avec l'enfant à naître et favoriser le deuil des proches.
- 733 Concernant la disparition du cadavre, la détermination de limites fixes, qu'elles soient temporelles ou liées à l'état physique du cadavre, nous paraît trop rigide pour fournir une solution satisfaisante face à la multitude de situations envisageables. Il est toutefois nécessaire d'avoir une certaine prévisibilité pour savoir ce qui bénéficie du statut de cadavre ou non et ainsi garantir une certaine sécurité juridique. La présence de matière organique humaine et l'existence, respectivement la persistance d'un droit des proches de disposer du cadavre sont les éléments décisifs dans un cas concret.

---

## Chapitre 9 : La transplantation d'organes, de tissus et de cellules

### I. Introduction

Développées à partir du XX<sup>e</sup> siècle, les greffes d'organes, de tissus et de cellules 734 sont devenues des opérations courantes dans la médecine moderne à partir des années septante<sup>2076</sup>. Dès l'origine de la médecine de transplantation, les médecins se sont tournés vers les corps des personnes décédées pour prélever des organes, tissus et cellules dans le but de les transplanter. Les prélèvements *post mortem* soulèvent deux questions principales : la détermination du moment du décès et les exigences liées au consentement du donneur et de ses proches<sup>2077</sup>. Ces enjeux ont poussé les États à encadrer la médecine de transplantation.

En Suisse, la première transplantation a eu lieu en 1964 à Zurich avec la greffe 735 d'un rein d'un donneur décédé<sup>2078</sup>. La Suisse a joué un rôle clé dans le développement de la médecine de transplantation avec la découverte de la ciclosporine en 1972, un immunosuppresseur empêchant le rejet du transplant<sup>2079</sup>. La médecine de transplantation s'est véritablement développée dans les années huitante en Suisse<sup>2080</sup>. Actuellement, il existe six centres de transplantation à Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Saint-Gall et Zurich<sup>2081</sup>. Les organes concernés sont le cœur, les poumons, le foie, les reins, le pancréas et l'intestin grêle<sup>2082</sup>. Des tissus comme la peau, le cartilage, la cornée, les valves cardiaques, les vaisseaux, les os ou les cellules souches ou des îlots de Langerhans

---

<sup>2076</sup> Cf. DONZALLAZ, Vol. I, n° 403 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 254 ; SKARUPINSKI, p. 6 et 8 ss ; MANAI, Droits du patient, p. 447 ss ; HOFER, p. 23. Cf. également BÜCHLER/MICHEL, p. 254 ; JOMINI, p. 107, qui évoquent des essais infructueux en URSS en 1933 ; OFSP, Cornée p. 1, qui mentionne la première greffe de cornée en 1905.

<sup>2077</sup> MANAI, Droits du patient, p. 460.

<sup>2078</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 43. COCHAND, p. 47 s. ; SKARUPINSKI, p. 10 ; JOMINI, p. 108. En général sur l'histoire de la transplantation d'organes en Suisse, cf. COCHAND, p. 43 ss.

<sup>2079</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 403 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 254 s.

<sup>2080</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 255 ; JOMINI, p. 108.

<sup>2081</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 63. De manière générale, les rapports annuels de Swisstransplant sont une excellente source d'informations et de statistiques sur la situation de la médecine de transplantation en Suisse. Nous les recommandons à tout lecteur curieux.

<sup>2082</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 70 ss. Cf. art. 1 de l'ordonnance sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation, du 16 mars 2007 (OAOTx, RS 810.212.4). Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

sont eux aussi l'objet de greffes<sup>2083</sup>. Il y a eu 146 personnes décédées donneuses d'organes en 2020<sup>2084</sup>. Cela correspond à un taux de 17 donneurs par million de personnes<sup>2085</sup>. Fin 2020, 1457 patients étaient sur liste d'attente<sup>2086</sup>. 72 patients sont décédés en 2020 alors qu'ils étaient sur liste d'attente<sup>2087</sup>.

- 736 Le prélèvement d'organe peut intervenir si le défunt se trouve en état de mort cérébrale et que sa circulation est maintenue<sup>2088</sup>. On parle alors de donneurs en état de mort cérébrale (*Donors after brain death, DBD*)<sup>2089</sup>. Cela concerne des patients admis aux soins intensifs, pour des pathologies comme les accidents vasculaires cérébraux, les traumatismes crâniens ou les situations où à la suite d'un arrêt cardiaque et malgré une réanimation, le cerveau est endommagé par l'hypoxie<sup>2090</sup>.
- 737 Il est également possible de prélever des organes sur des donneurs chez qui la mort est constatée par l'arrêt irréversible des fonctions cardio-respiratoires<sup>2091</sup>. On parle de donneurs en état de mort cérébrale après un arrêt cardio-circulatoire

---

<sup>2083</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 44. DONZALLAZ, Vol. I, n° 404 ; SKARUPINSKI, p. 11 et 29 ss ; Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. Cf. également KELLER, p. 373.

<sup>2084</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 31. Alors qu'il y a eu 83 donneurs vivants. Pour une présentation de l'évolution du don d'organes en Suisse de 2016 à 2020, cf. SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 31 ss et pour les chiffres de 1999 à 2018, cf. MAIRE, p. 45 ss.

<sup>2085</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 32. Pour les statistiques concernant les tissus, cf. les chiffres de l'OFSP disponibles sur : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-transplantationsmedizin/zahlen-fakten-zur-spende-und-transplantation-von-gewebe.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Pour une comparaison internationale, cf. MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9240. Par exemple en 2019, l'Allemagne avait un taux de 11.2 avec le système du consentement exprès. L'Autriche avait un taux de 23.8, l'Italie de 24.7, la France de 33.3 et l'Espagne de 49.6, tous avec le système du consentement présumé.

<sup>2086</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 80.

<sup>2087</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 82.

<sup>2088</sup> SKARUPINSKI, p. 36.

<sup>2089</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 13 ; MAIRE, p. 30 s. ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 87 ss ; MÜLLER/LENHERR, p. 43. Ce sont des donneurs à cœur battant (*heart-beating donors*), cf. MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2069.

<sup>2090</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. Cf. également MAIRE, p. 18. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 12 évoque, par ordre de fréquence, les accidents vasculaires cérébraux (infarctus hémorragique ou infarctus ischémique), les lésions cérébrales anoxiques, les traumatismes crânio-cérébraux et d'autres maladies cérébrales (par exemple des infections ou des intoxications).

<sup>2091</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2069. On parle de donneur à cœur non battant (*non heart beating donor*). Cette technique utilisée au début de la médecine de transplantation a été éclipsée par les meilleurs résultats de prélèvement sur des donneurs à cœur battant, mais a connu un renouveau en raison de la pénurie d'organes. Elle est pratiquée à nouveau en Suisse depuis 2011.

(*Donors after circulatory death, DCD*)<sup>2092</sup>. La classification de Maastricht distingue cinq catégories de donneurs ayant subi un arrêt cardio-circulatoire irréversible<sup>2093</sup>. En Suisse, des prélèvements d'organes sont pratiqués sur des patients en catégorie Maastricht III<sup>2094</sup>. La catégorie III concerne des patients hospitalisés aux soins intensifs pour de graves lésions cérébrales, mais qui ne remplissent pas tous les critères d'une mort cérébrale primaire<sup>2095</sup>. Si la décision d'interrompre les mesures de maintien en vie (retrait thérapeutique) est prise par les proches et l'équipe médicale, le patient décède par arrêt cardiaque dans les minutes ou les heures qui suivent<sup>2096</sup>. Il faut que l'arrêt cardiaque intervienne au maximum dans les 60 minutes qui suivent l'arrêt des mesures de maintien en vie pour que les organes puissent être prélevés<sup>2097</sup>.

En 2020, il y a eu 96 donneurs en état de mort cérébrale (DBD) et 50 donneurs en état de mort cérébrale après un arrêt cardio-circulatoire (DCD) en Suisse<sup>2098</sup>. Dans les deux cas, il existe des exigences médicales pour que les organes puissent être prélevés et transplantés<sup>2099</sup>. 738

À la différence des organes, les tissus peuvent être prélevés dans une période plus longue après la mort de la personne<sup>2100</sup>. Par exemple, le prélèvement de la cornée, qui peut se faire jusqu'à 72 heures après l'arrêt de la circulation, ne 739

<sup>2092</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 13 ; MAIRE, p. 31 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 90 ss ; MÜLLER/LENHERR, p. 43.

<sup>2093</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 17 ; MÜLLER/LENHERR, p. 45. Catégorie I : décès déjà survenu lors de l'arrivée à l'hôpital ; Catégorie II : décès après échec de la réanimation ; Catégorie III : décès après interruption des mesures thérapeutiques vitales ; Catégorie IV : arrêt cardio-circulatoire suite à un décès dû à une lésion cérébrale primaire ; Catégorie V : arrêt cardio-circulatoire inattendu chez un patient gravement malade. Cf. également à l'époque où il n'y avait que quatre catégories, MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070 ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1000 ss ; MAIRE, p. 35 ; GUILLOD/MADER, p. 14.

<sup>2094</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070. Cela concerne les poumons, les reins et le foie. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 17 ; MÜLLER/LENHERR, p. 45.

<sup>2095</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1001 ; SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module IX, p. 6 s. ; MAIRE, p. 36 ; MÜLLER/LENHERR, p. 46 s. ; GUILLOD/MADER, p. 14.

<sup>2096</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 21 ; MAIRE, p. 35 ; MÜLLER/LENHERR, p. 45 ss ; GUILLOD/MADER, p. 15.

<sup>2097</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 21 ; MAIRE, p. 35 ; GUILLOD/MADER, p. 15.

<sup>2098</sup> SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 31.

<sup>2099</sup> Sur cette question, cf. l'art. 23 OTx, qui traite de l'aptitude au don et MAIRE, p. 165 ss.

<sup>2100</sup> SKARUPINSKI, p. 7.

nécessite pas un état de mort cérébrale, et peut donc concerner tous les patients qui décèdent dans un hôpital<sup>2101</sup>.

- 740 Nous allons commencer par présenter le cadre normatif (II), puis les conditions du prélèvement sur une personne décédée (III). Nous traiterons ensuite des mesures médicales préliminaires (IV), de la gratuité et de la prise en charge des frais (V), des embryons et fœtus (VI) et de la restitution du corps (VII). Nous terminerons avec les dispositions pénales (VIII) de la LTx.

## II. Le cadre normatif

- 741 Au niveau international, la Suisse a ratifié la CDHB et son Protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002 (STE 186)<sup>2102</sup>. La CDHB ne contient pas de disposition spécifique sur le prélèvement sur des personnes décédées, contrairement au Protocole qui en traite à ses art. 16 à 18<sup>2103</sup>. Le Protocole aborde de manière sommaire la question du constat de la mort, du consentement, du respect du défunt, de la restauration du corps et de la promotion du don par les États parties<sup>2104</sup>. Notons encore la ratification par la Suisse de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains du 25 mars 2015 (STCE 216)<sup>2105</sup>.
- 742 En Suisse, la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (LTx) du 8 octobre 2004 fixe les conditions d'un prélèvement cadavérique<sup>2106</sup>. La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007<sup>2107</sup>. La LTx est fondée sur l'art. 119a de la Cst.<sup>2108</sup>. Cette disposition accorde à la Confédération la

---

<sup>2101</sup> SKARUPINSKI, p. 30. En effet, la cornée n'est pas vascularisée, *cf.* OFSP, Cornée, p. 1 s. Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2102</sup> RS 0.810.22. Le Protocole additionnel est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 pour la Suisse. BÜCHLER/MICHEL, p. 255 ; MADER, n° 244 ss.

<sup>2103</sup> MADER, n° 299.

<sup>2104</sup> Sur le Protocole additionnel, *cf.* BÜCHLER/MICHEL, p. 255 s.

<sup>2105</sup> RS 0.810.3. La Convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2021. Elle a eu pour conséquence une modification de la LTx et de la LRH, *cf.* FF 2018, p. 3251 et 3226 pour le Message du Conseil fédéral et RO 2020, p. 6567 pour le texte de la modification. *Cf.* BÜCHLER/MICHEL, p. 257.

<sup>2106</sup> RS 810.21. Pour des considérations historiques sur la réglementation de la médecine de transplantation en Suisse, *cf.* HOFER, p. 29 ss.

<sup>2107</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 16 mars 2007. BÜCHLER/MICHEL, p. 258.

<sup>2108</sup> Adopté le 7 février 1999, RO 1999, p. 1341. Sur l'histoire de cette disposition, *cf. supra* n° 77.

compétence de réglementer la médecine de transplantation et de promouvoir la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé ; une répartition équitable des organes ; la gratuité du don d'organes, tissus et cellules et l'interdiction du commerce d'organes.

La LTx est complétée par l'OTx ainsi que l'ordonnance sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation du 16 mars 2007 (OAOTx) et l'ordonnance du DFI sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation du 2 mai 2007 (ordonnance du DFI sur l'attribution d'organes)<sup>2109</sup>. 743

La LTx régit l'utilisation d'organes, tissus et cellules à des fins de transplantation (art. 1 al. 1 LTx). La notion d'utilisation, qui a un sens très large, est précisée à l'art. 2 *litt.* a OTx : « *Toute activité impliquant l'emploi d'organes, de tissus ou de cellules, notamment leur prélèvement, le fait de les soumettre à un test, leur préparation, leur importation, leur exportation, leur stockage et leur transplantation* ». La loi s'applique à l'utilisation d'organes, tissus et cellules, dans un but thérapeutique, c'est-à-dire, comme le prévoit l'art. 2 al. 1 *in fine* LTx : « *destinés à être transplantés sur l'être humain* »<sup>2110</sup>. Les prélèvements effectués à d'autres fins, notamment lors d'autopsie, de biopsie ou dans le cadre d'une recherche, ne sont pas soumis à la LTx<sup>2111</sup>. L'art. 2 al. 2 LTx limite le champ d'application de la loi. Ces exclusions ne concernent pas notre étude<sup>2112</sup>. Les notions d'organes, tissus et cellules sont explicitées par des définitions à l'art. 3 *litt.* a-c LTx. 744

Les directives médico-éthiques de l'ASSM sur le diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes et préparation du prélèvement d'organes du 16 mai 2017 contiennent également des règles sur le diagnostic de la mort et sur la manière d'établir la volonté de la personne décédée, de s'entretenir avec les proches et sur le traitement respectueux du corps du défunt<sup>2113</sup>. 745

Un projet commun de la Société suisse de médecine intensive, du Comité national du don d'organes (CNDO) et de Swisstransplant, la fondation nationale suisse pour le don et la transplantation d'organes, a abouti au *Swiss donation pathway* qui est la norme pour les hôpitaux et contient les directives et recom- 746

<sup>2109</sup> Respectivement RS 810.212.4 et RS 810.212.41.

<sup>2110</sup> DFI, LTx, p. 7. MADER, n° 534. Cf. également l'art. 2 al. 1 STE 186.

<sup>2111</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 130. MANAI, Droits du patient, p. 454.

<sup>2112</sup> Sur ce sujet, cf. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 25 ; MANAI, Droits du patient, p. 454.

<sup>2113</sup> Cf. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, p. 6.

mandations nécessaires dans le processus de don d'organes<sup>2114</sup>. Le *Swiss donation pathway* contient dix modules thématiques<sup>2115</sup>.

### III. Les conditions du prélèvement sur une personne décédée

747 La section 2 de la LTx (art. 8 à 11) traite des conditions d'un prélèvement d'organes, tissus et cellules sur une personne décédée. L'art. 8 LTx soumet le prélèvement à deux conditions cumulatives : le constat de la mort et le consentement du donneur. Ces conditions se retrouvent aux art. 16 et 17 du Protocole additionnel STE 186.

#### A. Le décès

748 La première condition d'un prélèvement *post mortem* est le constat du décès (art. 8 al. 1 *litt.* b LTx). L'art. 9 LTx utilise comme critère l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales, y compris du tronc cérébral. Nous avons déjà traité en détail du critère de la mort et de son constat et nous renvoyons au chapitre topique pour plus de détails<sup>2116</sup>.

#### B. Le consentement du donneur

749 La deuxième condition est le consentement du donneur (art. 8 al. 1 *litt.* a LTx). L'exigence d'un consentement est imposée par la protection de la dignité hu-

---

<sup>2114</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 12 s. Le *Swiss donation pathway* est disponible sur : <https://www.swisstransplant.org/fr/info-materiel/professionnels/supports-de-formation-et-documents-medicaux-de-base/swiss-donation-pathway/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Le Swiss Donation Pathway a été révisé en décembre 2020.

<sup>2115</sup> I Détection des donneurs : bases légales et pertinence pratique ; II Prise en charge des proches et communication ; III Prise en charge des donneurs d'organes adultes : soins intensifs ; IV Prise en charge du donneur pédiatrique ; V Coordination et communication du processus de don d'organes ; VI Recommandations pour la protection anesthésiologique des organes au cours du prélèvement chez le donneur adulte en état de mort cérébrale (« *Donation after Brain Death* [DBD] ») ; VII Prélèvement d'organes et de tissus chez les donneurs DBD ; VIII Organisation des transports ; IX Détection, annonce et suivi d'un donneur DCD ; X Receveur.

<sup>2116</sup> Cf. *supra* n° 51 ss pour le critère de la mort et n° 85 ss pour le constat de la mort dans le domaine de la transplantation.

maine et de la liberté personnelle après la mort, protection qui se réalise au travers du droit de disposer d'un cadavre<sup>2117</sup>. Deux modèles principaux de consentement sont envisageables : le modèle exprès (*Zustimmungslösung*) ou le modèle présumé (*Widerspruchslösung*)<sup>2118</sup>. Dans le premier système, une déclaration positive de don est nécessaire, tandis que dans le second, un prélèvement est autorisé par défaut, en l'absence d'un refus<sup>2119</sup>. Ces deux modèles sont sous-divisés entre un modèle étroit et un modèle large. Le modèle étroit reconnaît au seul défunt un droit de décider du prélèvement. Le modèle large accorde un droit subsidiaire de décision aux proches<sup>2120</sup>.

La Suisse applique actuellement le modèle du consentement exprès au sens large<sup>2121</sup>. Cela signifie qu'en premier lieu, le défunt peut décider du don ou non de ses organes et, en l'absence d'une volonté exprimée par le défunt, ses proches peuvent subsidiairement décider du don, dans le respect de la volonté présumée du défunt (art. 8 al. 3 LTx)<sup>2122</sup>. 750

<sup>2117</sup> Sur le droit de disposer d'un cadavre, cf. *supra* chapitre 4. ATF 123 I 112, consid. 4b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6. BÜCHLER/MICHEL, p. 262 ; MAIRE, p. 66. Mentionnons encore l'art. 18 STE 186, qui prescrit que le corps humain doit être traité avec respect et qu'il faut prendre toute mesure raisonnable pour restaurer son apparence dans le cadre du prélèvement.

<sup>2118</sup> MAIRE, p. 66 ; HOLLIGER, RSJ, p. 444 ; BÜCHLER/MICHEL, p. 260 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 67 ; BAUMGARTNER, p. 10 et 21 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 461 ; PFISTER, p. 68 ; DEVAUD, p. 264 ss, qui parle du modèle de l'opposition et du modèle du consentement ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 919 ss ; HOFER, p. 54 ; MARESCOTTI, ch. 2.4 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 25. Cf. également HEIMANN, p. 305 ss.

<sup>2119</sup> MAIRE, p. 66 ss ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 67 ; PFISTER, p. 68 ; HOFER, p. 54 ; DUMOULIN, Transplantation, p. 62 ss.

<sup>2120</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 136. ATF 123 I 112, consid. 4c. MAIRE, p. 66 ; HOLLIGER, p. 67 ; BAUMGARTNER, p. 10 et 21 ; PFISTER, p. 68 ; DEVAUD, p. 265 ss ; HOFER, p. 54 ss. Il existe une variante au modèle du consentement présumé, le modèle de l'information (*Informationslösung*) où les proches sont informés après le décès de leur droit de s'opposer au prélèvement.

<sup>2121</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 136. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 43 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 461 ; MADER, n° 539 ; GUILLOD/MADER, p. 21 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 921 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 25. Sur les raisons de l'adoption de ce modèle lors de l'élaboration de la LTx, cf. également DEVAUD, p. 268 ss.

<sup>2122</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 136. MANAĪ, Droits du patient, p. 461 ss ; DEVAUD, p. 266.



## 1. Le choix d'un modèle de consentement

751 La Suisse a dû choisir entre le modèle du consentement présumé ou exprès lors de l'adoption de sa législation sur le don d'organes. Avec la question du constat de la mort, c'est la principale controverse qui touche le domaine du prélèvement d'organes *post mortem*<sup>2123</sup>. Il n'existe pas de consensus au niveau international sur cette question, contrairement au concept de mort cérébrale<sup>2124</sup>. Nous allons présenter une synthèse du débat sur cette question en Suisse, ainsi que les principaux arguments des partisans des deux modèles de consentement.

### a. Les lois cantonales antérieures à la LTx

752 Vingt-deux cantons disposaient d'une réglementation sur la médecine de transplantation avant l'adoption de la loi fédérale<sup>2125</sup>. Les lois cantonales réglementant le don d'organes avant l'adoption de la LTx variaient sur la question du consentement<sup>2126</sup>. En 2001, cinq cantons connaissaient le modèle du consentement exprès, tandis que dix-sept cantons celui du consentement présumé<sup>2127</sup>. En pratique, cependant, le modèle du consentement exprès au sens large était appliqué<sup>2128</sup>.

### b. La jurisprudence du Tribunal fédéral

753 Comme nous l'avons vu plus haut dans notre travail, le Tribunal fédéral a admis la constitutionnalité du système du consentement présumé au sens large pour le don d'organes<sup>2129</sup>. Pour être acceptable, ce système nécessite une information claire des personnes concernées sur leur droit d'opposition<sup>2130</sup>. L'État ne

---

<sup>2123</sup> DEVAUD, p. 264.

<sup>2124</sup> OFSP, Mesures, p. 21 ss ; DFI, LTx, p. 37.

<sup>2125</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 54. Seuls GL, SH, SZ et ZG ne connaissaient pas de règles dans le domaine. HOFER, p. 29 ss.

<sup>2126</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 54 et 232 ; DFI, LTx, p. 24. MARESCOTTI/DUMOULIN, p. 454 ; DUMOULIN, Prélèvement, p. 280. Pour un résumé des législations cantonales avant l'entrée en vigueur de la LTx, cf. également DEVAUD, note 1118.

<sup>2127</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 232. Pour un tableau détaillé, cf. HOFER, p. 57 ; BAUMGARTNER, p. 35.

<sup>2128</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 71 ; DFI, LTx, p. 28. DEVAUD, p. 269.

<sup>2129</sup> Cf. *supra* n° 284. ATF 123 I 112, consid. 4b ss à propos de la législation genevoise ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c à propos de la législation zurichoise.

<sup>2130</sup> ATF 123 I 112, consid. 9aa ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

remplit pas son devoir d'information en publiant uniquement la loi dans le recueil officiel<sup>2131</sup>. Ce devoir implique de rechercher et d'informer les proches du défunt de leur droit d'opposition<sup>2132</sup>.

c. L'élaboration de la LTx

(i) L'arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des transplants du 22 mars 1996

Le Conseil national voulait inscrire le modèle du consentement exprès au sens étroit et exiger un consentement par écrit<sup>2133</sup>. Le Conseil des États a supprimé cette disposition en raison, d'une part, de la réaction du milieu médical qui a rappelé l'importance en pratique du rôle des proches dans la décision et d'autre part, car il ne voulait pas trancher une question aussi controversée de manière provisoire<sup>2134</sup>. Finalement, la position du Conseil des États l'a emporté et l'Arrêté ne traite pas de la question du consentement<sup>2135</sup>. 754

(ii) Le projet de loi de 1999

Le projet du Département fédéral de l'intérieur de décembre 1999 comportait deux variantes sur la question du consentement<sup>2136</sup>. La variante A prévoyait le modèle du consentement exprès au sens large, tandis que la variante B proposait le modèle de l'opposition au sens large (c'est-à-dire le modèle consentement présumé au sens large)<sup>2137</sup>. La variante A a été considérée comme plus respectueuse des droits du défunt et de ses proches et correspondait à la pratique<sup>2138</sup>. La variante B devait augmenter les nombres d'organes disponibles, mais imposait un devoir d'information ainsi que la création d'un registre des oppositions<sup>2139</sup>. 755

---

<sup>2131</sup> ATF 123 I 112, consid. 9e.

<sup>2132</sup> ATF 123 I 112, consid. 9bb.

<sup>2133</sup> BO CN 1995, p. 1966 ss. MCF LTx, FF 2002, p. 70.

<sup>2134</sup> BO CE 1995, p. 1165 ss. MCF LTx, FF 2002, p. 70 ss.

<sup>2135</sup> BO CN 1996, p. 174 ss. MCF LTx, FF 2002, p. 71.

<sup>2136</sup> DFI, LTx, p. 27 ss et 86 ss. HOFER, p. 44.

<sup>2137</sup> DFI, LTx, p. 27 ss et 86 ss. DEVAUD, p. 268.

<sup>2138</sup> DFI, LTx, p. 29.

<sup>2139</sup> DFI, LTx, p. 29.

(iii) Le Message du Conseil fédéral

- 756 La procédure de consultation sur le projet de loi a été ouverte entre le 1<sup>er</sup> décembre 1999 et le 29 février 2000<sup>2140</sup>. Le résultat fut très serré sur la question du consentement : trente-huit organisations consultées se sont prononcées en faveur du consentement exprès au sens large tandis que trente-quatre s'exprimaient pour le modèle de consentement présumé au sens large<sup>2141</sup>. Le Conseil fédéral a finalement décidé d'adopter le modèle du consentement exprès au sens large à la suite de la consultation d'un panel de vingt-huit citoyens lors d'un « Publiforum » du 24 au 27 novembre 2000, qui s'est prononcé en faveur de ce modèle<sup>2142</sup>.
- 757 Ce choix est justifié par le fait que ce modèle protège mieux le droit du donneur de disposer de son cadavre que le modèle du consentement présumé<sup>2143</sup>. Un consentement au sens étroit serait encore plus respectueux, mais risquerait de limiter grandement le nombre d'organes disponibles, car peu de personnes expriment leur volonté de leur vivant<sup>2144</sup>. De plus, le modèle du consentement exprès au sens large permet de tenir compte du rôle des proches et de leur droit subsidiaire à décider du sort du cadavre<sup>2145</sup>. Il correspondait à la pratique en Suisse à l'époque<sup>2146</sup>. Enfin, aucune étude statistique ne prouvait la corrélation entre le modèle du consentement présumé et un taux de donateurs élevé<sup>2147</sup>.

(iv) Les débats parlementaires

- 758 L'art. 8 de la LTx qui prévoit le système du consentement exprès au sens large a été adopté dès la première lecture aussi bien par le Conseil national que par le Conseil des États<sup>2148</sup>. Au Conseil national, cette disposition n'a pas suscité

---

<sup>2140</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 61.

<sup>2141</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 62. Pour plus de détails sur les résultats de la procédure de consultation, cf. CHENAUX, p. 94 ss.

<sup>2142</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 66. HOFER, p. 44 et 68.

<sup>2143</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 71 et 73. Sur le droit du défunt de disposer de son cadavre, cf. *supra* n° 200 ss.

<sup>2144</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 70.

<sup>2145</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 71. Sur le droit des proches de déterminer le sort du cadavre, cf. *supra* n° 222 ss.

<sup>2146</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 71 et 73. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 68 ; CHENAUX, p. 95.

<sup>2147</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 54. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 68 s.

<sup>2148</sup> Pour les débats parlementaires sur la LTx en première lecture, cf. BO CN 2003, p. 2055 ss et BO CE 2004, p. 176 ss.

d'intervention<sup>2149</sup>. Au Conseil des États, deux interventions ont eu lieu, mais elles portaient sur la définition de la notion de proches et non sur le choix du système<sup>2150</sup>.

#### d. Depuis l'adoption de la LTx

Depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, le modèle de consentement au don d'organes n'a pas été modifié. Néanmoins, la pénurie d'organes et le faible taux de donateurs en Suisse font qu'un passage au consentement présumé est régulièrement proposé<sup>2151</sup>. Le 28 septembre 2010, trois postulats interpellent le Conseil fédéral sur la manière d'augmenter le don d'organes et sur l'examen de l'utilité d'un passage au modèle du consentement présumé au sens large<sup>2152</sup>. 759

Pour donner suite à l'adoption les 2 et 10 décembre 2010 de ces trois postulats, le Conseil fédéral a demandé un rapport à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) sur les mesures susceptibles de favoriser la disponibilité d'organes en Suisse<sup>2153</sup>. Les mesures évaluées par le rapport sont le passage au modèle du consentement présumé, l'indication de la qualité de donneur sur la carte d'assuré et le permis de conduire, un registre national des donateurs et l'information et la formation du personnel médical<sup>2154</sup>. À la suite d'une analyse approfondie des études empiriques sur le sujet, le rapport conclut : « *Il n'est pas scientifiquement prouvé qu'à lui seul, le modèle de l'opposition augmente le taux de* 760

<sup>2149</sup> BO CN 2003, p. 2063.

<sup>2150</sup> BO CE 2004, p. 188 ss. Nous relèverons les remarques finales de la conseillère aux États Trix Heberlein (ZH, PLR) : « *Aber wir müssen uns bewusst sein, dass es eine Einschränkung ist. Nicht umsonst haben Spanien oder Österreich sehr viel höhere Spenderzahlen. Die Diskussion über die Widerspruchslösung war auch im Publiforum nicht unumstritten. Auch alle Transplantationsorganisationen wollten sich eigentlich für die Widerspruchslösung aussprechen. Aber im heutigen Gesundheitssystem, auch bei der heutigen Werteauffassung der Bevölkerung, ist sie meiner Meinung nach nicht praktikabel* ».

<sup>2151</sup> Pour un aperçu de l'évolution du nombre de donateurs décédés et du taux de donateurs par millions d'habitants entre 1997 et 2011, cf. OFSP, Mesures, p. 11, fig. 1. Le nombre reste stable autour d'une centaine de donateurs décédés pour un taux entre 14 et 13 personnes par million d'habitants.

<sup>2152</sup> Postulat Amherd 10.3701 « Prélèvement d'organes. Régime du refus », du 28 septembre 2010 ; postulat Gutzwiller 10.3703 « Favoriser le don d'organes », du 28 septembre 2010 ; postulat Favre 10.3711 « Don d'organes. Évaluation du régime du refus », du 28 septembre 2010.

<sup>2153</sup> OFSP, Mesures.

<sup>2154</sup> OFSP, Mesures, p. 5.

*donneur* »<sup>2155</sup>. Le rapport recommande d'améliorer l'information et la formation du personnel médical, seules mesures qu'il estime susceptibles d'augmenter le nombre d'organes disponibles<sup>2156</sup>.

- 761 Après ce rapport, le Conseil fédéral a lancé en 2013 le plan d'action « Plus d'organes pour des transplantations » avec pour objectif d'atteindre un nombre de 20 donneurs par million d'habitants d'ici 2018<sup>2157</sup>. En 2018, bien que le taux de donneurs ait augmenté, l'objectif fixé par le plan n'a pas été atteint et celui-ci a été prolongé jusqu'en 2021<sup>2158</sup>.
- 762 Entre-temps, la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (NEK-CNE) a publié une prise de position sur les considérations éthiques soulevées par le consentement présumé<sup>2159</sup>. La Commission se prononce contre le passage au modèle du consentement présumé, car elle estime qu'un tel changement n'aboutirait par nécessairement à son objectif qui est d'augmenter le nombre d'organes disponibles<sup>2160</sup>. L'analyse de la situation à l'étranger et en Suisse montre que de nombreux facteurs influencent de manière complexe le taux de donneurs<sup>2161</sup>. Sur le plan éthique, le droit de la personne de se déterminer ne peut pas être supprimé sous prétexte qu'elle serait très probablement disposée au don en raison des sondages qui montrent que la population est largement favorable à la médecine de transplantation<sup>2162</sup>. L'interprétation du silence de la personne peut être problématique, en particulier pour ses proches<sup>2163</sup>. Pour éviter que des organes ne soient prélevés contre la volonté de la personne, il serait nécessaire d'imposer une obligation de se déterminer, tout

---

<sup>2155</sup> OFSP, Mesures, p. 27.

<sup>2156</sup> OFSP, Mesures, p. 68 ss.

<sup>2157</sup> Le plan d'action est disponible sur : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/aktionsplan-transplantationsmedizin.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Le plan d'action a quatre champs d'action : formation du personnel médical dans le domaine du don d'organes ; processus et gestion de la qualité : harmonisation au niveau national et optimisation de la saisie des données ; structures et ressources des hôpitaux : financement de coordinateurs dans les hôpitaux ; campagnes et relations publiques. Cf. également MAIRE, p. 279 ss.

<sup>2158</sup> CF, Rapport Contre-projet 2019, p. 8. Sur les effets du plan d'action, MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9238. Cf. également MAIRE, p. 279 et 282. Il doit atteindre 22 donneurs par million d'habitants en 2021.

<sup>2159</sup> NEK-CNE, Consentement présumé.

<sup>2160</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 5.

<sup>2161</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 6.

<sup>2162</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 8.

<sup>2163</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 13.

aussi discutable sur le plan éthique<sup>2164</sup>. Le système du consentement présumé viole le principe de neutralité de l'État, en faisant du don d'organes la norme<sup>2165</sup>. La Commission considère qu'il n'existe pas d'obligation morale à donner ses organes et que tel acte doit rester un geste altruiste<sup>2166</sup>.

e. L'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes ».

En automne 2017, une initiative populaire a été lancée pour inscrire le système du consentement présumé dans la Constitution<sup>2167</sup>. Elle vise à modifier l'art. 119a al. 4 Cst. pour qu'il ait la teneur suivante : « *Le don d'organes, de tissus et de cellules d'une personne décédée, dans le but d'une transplantation, est basé sur le principe du consentement présumé de la personne à moins qu'elle ait fait connaître de son vivant, son refus* »<sup>2168</sup>. Elle a été déposée le 22 mars 2019 à la Chancellerie fédérale avec plus de 112'633 signatures valides<sup>2169</sup>. 763

Le 14 juin 2019, le Conseil fédéral s'exprime en faveur du modèle du consentement présumé, mais charge le Département fédéral de l'intérieur d'élaborer un contre-projet indirect pour garantir le droit des proches de s'opposer<sup>2170</sup>. Le Conseil fédéral a mis en consultation ce contre-projet le 13 septembre 2019<sup>2171</sup>. Il prévoit la modification de la LTx et l'introduction du système du consentement présumé au sens large<sup>2172</sup>. 764

La Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine a publié une nouvelle prise de position concernant l'autorisation du prélève- 765

<sup>2164</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 9 s.

<sup>2165</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 10.

<sup>2166</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 10 s.

<sup>2167</sup> Le site internet de l'initiative est disponible sur : <https://www.initiativedondorganes.ch> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2168</sup> FF 2017, p. 6105, du 17 octobre 2017.

<sup>2169</sup> FF 2019, p. 3079, du 18 avril 2019.

<sup>2170</sup> Communiqué du 14 juin 2019 : « Don d'organes : Le Conseil fédéral est favorable au modèle de l'opposition au sens large », disponible sur : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/das-bag/aktuell/news/news-14-06-2019.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). HOLLIGER, RSJ, p. 447.

<sup>2171</sup> [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/aenderung-txg-vernehmlassung-13-9-2019.pdf.download.pdf/Entwurf\\_Gesetzestext\\_Aenderung\\_TxG\\_FR.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/aenderung-txg-vernehmlassung-13-9-2019.pdf.download.pdf/Entwurf_Gesetzestext_Aenderung_TxG_FR.pdf) (consulté par la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2172</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 447.

ment du don d'organes<sup>2173</sup>. La commission note qu'il n'existe pas dans la littérature scientifique de preuve que le consentement présumé augmente le taux de donateurs, bien que des indices suggèrent une corrélation<sup>2174</sup>. Après une analyse des biens juridiques et des intérêts en jeu, la Commission recommande de mettre en place un système où les personnes sont appelées à se prononcer régulièrement sur la question du don d'organes (système de « déclaration obligatoire »), qui est le plus respectueux du droit à l'autodétermination du défunt<sup>2175</sup>. Les personnes interrogées pourraient toujours refuser de prendre position, en vertu de leur droit d'autodétermination négatif<sup>2176</sup>.

766 Le rapport sur la procédure de consultation de l'OFSP a été publié en octobre 2020<sup>2177</sup>. Le 25 novembre 2020, le Conseil fédéral a publié le Message de son contre-projet indirect à l'initiative qui implique la modification de la LTx pour passer au système du consentement présumé au sens large<sup>2178</sup>.

767 Le projet prévoit que le modèle du consentement présumé au sens large ne s'applique pas pour un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules pour fabriquer des transplants standardisés (art. 8 al. 4 du projet)<sup>2179</sup>. À la suite de la procédure de consultation, le projet prévoit que le prélèvement n'est pas autorisé si les proches ne peuvent pas être atteints (art. 8 al. 3 du projet), pour éviter que certaines populations vulnérables comme les requérants d'asile, les sans-papiers ou les personnes âgées sans proches, soient des donateurs, alors qu'il existe un grand risque qu'elles ne soient pas informées de la législation en vigueur<sup>2180</sup>. La création d'un registre des déclarations relatives au don d'organes et de tissus par la Confédération est prévue à l'art. 10a du projet<sup>2181</sup>. Enfin, la disposition sur l'information du public (art. 61 al. 2 et 3 LTx) est également adaptée<sup>2182</sup>.

---

<sup>2173</sup> NEK-CNE, Don d'organes.

<sup>2174</sup> NEK-CNE, Don d'organes, p. 13 ss.

<sup>2175</sup> NEK-CNE, Don d'organes, p. 28.

<sup>2176</sup> NEK-CNE, Don d'organes, p. 28.

<sup>2177</sup> Le rapport est disponible sur : <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/biomed/transplantationsmedizin/ergebnisbericht-vernehmlassung-indir-gegenvorschlag-vi-wider-spruchsloesung.pdf.download.pdf/ergebnisbericht-vernehmlassung-indir-gegenvorschlag-vi-widerspruchsloesung-fr.pdf> (consulté par la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2178</sup> FF 2020, p. 9231 ss.

<sup>2179</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 4218.

<sup>2180</sup> MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9250 s. Sur cette question, *cf.* HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 72.

<sup>2181</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 4222 s.

<sup>2182</sup> Sur cette question, DONZALLAZ, Vol. II, n° 4224 s.

Le Conseil national a approuvé l'initiative et le contre-projet du Conseil fédéral le 5 mai 2021<sup>2183</sup>. Le Conseil des États a adopté le contre-projet, mais rejeté l'initiative le 20 septembre 2021<sup>2184</sup>. Les deux conseils ont accepté la modification de la LTx et recommandé de rejeter l'initiative populaire en vote final le 1<sup>er</sup> octobre 2021<sup>2185</sup>. Le 7 octobre 2021, le comité d'initiative a retiré conditionnellement l'initiative<sup>2186</sup>. La presse a annoncé le 15 octobre 2021 le lancement d'un référendum contre la modification de la LTx<sup>2187</sup>. 768

## f. Synthèse

La pénurie d'organes en Suisse et le décès de nombreuses personnes sur liste d'attente sont des problèmes graves. Il est donc nécessaire que les autorités prennent des mesures pour les résoudre. C'est déjà (en partie) le cas avec le plan d'action de Conseil fédéral. 769

Les modèles de consentement (qu'il soit présumé ou exprès) au sens étroit où les proches n'ont pas leur mot à dire doivent être rejetés. Sur le plan juridique, un tel modèle ne tient pas compte du droit des proches de déterminer le sort du cadavre du défunt. Nous ne voyons pas d'intérêt justifiant de les priver de ce droit. Les proches jouent un rôle central en pratique et ne pas les consulter est hautement problématique. Ils sont en général dans une situation émotionnelle exceptionnelle au moment où la question du don d'organes se pose<sup>2188</sup>. Il est nécessaire de les impliquer dans le processus de don. Leur exclusion du processus comporte le risque qu'ils ressentent le prélèvement comme une expérience négative, ce qui va diminuer la confiance dans la médecine de transplantation<sup>2189</sup>. L'initiative populaire n'est pas assez précise sur le rôle des proches. Pour cette raison, nous sommes d'avis qu'elle doit être rejetée. La volonté du 770

<sup>2183</sup> BO CN 2020, p. 834 ss. L'initiative a été approuvée par 88 voix contre 87, tandis que le contre-projet du Conseil fédéral modifiant la LTx a été adopté par 150 voix contre 34.

<sup>2184</sup> BO CE 2021, p. 867 ss. Le contre-projet a été adopté par 31 voix contre 12 et l'initiative tacitement rejetée.

<sup>2185</sup> Le contre-projet indirect a été adopté respectivement par 141 voix contre 44 et 31 voix contre 12. L'initiative a été rejetée respectivement par 137 voix contre 29 et par 35 voix contre 0. Pour le texte de la nLTx : FF 2021 2328.

<sup>2186</sup> <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200090> (consulté pour la dernière fois le 31 octobre 2021).

<sup>2187</sup> <https://www.rts.ch/info/suisse/12567177-referendum-lance-contre-le-consentement-presume-face-au-don-dorganes.html> (consulté pour la dernière fois le 31 octobre 2021).

<sup>2188</sup> ASSM, *Factsheet*, p. 2.

<sup>2189</sup> ASSM, *Factsheet*, p. 2.



Conseil fédéral de garantir le respect du droit des proches dans le cadre de son contre-projet doit être saluée<sup>2190</sup>.

- 771 Le principal argument du modèle du consentement exprès au sens large est qu'il est le plus respectueux des droits du défunt et de ses proches, en particulier leur autodétermination<sup>2191</sup>. Il garantit en effet le droit de disposer d'un cadavre. Il assure qu'aucun prélèvement n'est effectué sans un consentement explicite<sup>2192</sup>.
- 772 À l'inverse, le système du consentement présumé au sens large est plus problématique. Il se fonde sur l'idée que le silence peut être interprété comme un accord au don d'organes, notamment en raison des sondages dans lesquels la population suisse se montre largement favorable à cette pratique<sup>2193</sup>. Cette considération ne tient pas assez compte de la volonté du défunt<sup>2194</sup>. Il est possible que des organes soient prélevés sur une personne qui était opposée au don<sup>2195</sup>. Dans ce modèle, l'État n'est plus neutre<sup>2196</sup>. Il existe un risque de stigmatisation des personnes refusant le don, celui-ci étant vu comme la norme<sup>2197</sup>.
- 773 Comme nous l'avons déjà vu, Tribunal fédéral a admis la validité du consentement présumé sous l'angle des droits fondamentaux, à la condition, d'une part, que l'État informe la population et, d'autre part, que les proches soient informés de leur droit subsidiaire d'opposition<sup>2198</sup>.
- 774 Les promoteurs du modèle du consentement présumé au sens large mettent en avant la potentielle augmentation du nombre de donneurs qu'il devrait entraîner<sup>2199</sup>. En Suisse, avant l'entrée en vigueur de la LTx, les deux modèles de consentement ont été appliqués par les cantons ; le Tessin avait le taux le plus

---

<sup>2190</sup> MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9246.

<sup>2191</sup> GÄCHTER/CHRISTENSEN, n° 7 ; MAIRE, p. 293 ; HOLLIGER, RSJ, p. 449 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 78 ; HOFER, p. 78.

<sup>2192</sup> MAIRE, p. 295.

<sup>2193</sup> Sur la position de la population, cf. MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9239. HOLLIGER, RSJ, p. 445 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 73 ; WEISS *et alii*, p. 2, qui dans le cadre d'un sondage avec 1000 personnes arrive à 92 % d'attitude positive ; BAUMGARTNER, p. 34.

<sup>2194</sup> NEK-CNE, Consentement présumé, p. 8.

<sup>2195</sup> MAIRE, p. 295 ; HOLLIGER, RSJ, p. 449.

<sup>2196</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 449 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 78.

<sup>2197</sup> MAIRE, p. 294.

<sup>2198</sup> ATF 123 I 112, consid. 9b/bb ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c. Cf. *surpa* n° 284 ss.

<sup>2199</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 448 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 78 ; BAUMGARTNER, p. 34.

élevé de donateurs, avec le système du consentement exprès au sens large<sup>2200</sup>. Pendant longtemps, les études sur cette question n'ont pas établi de lien entre ce modèle et l'augmentation du taux de donateurs<sup>2201</sup>. Il semble que des liens commencent à être établis dans certaines études récentes<sup>2202</sup>. En revanche, les études semblent unanimes pour constater que cette mesure isolée ne suffit pas à assurer une augmentation du nombre de dons<sup>2203</sup>.

Un autre élément en faveur du consentement présumé est le nombre restreint de personnes qui exprime ou documente leur volonté de leur vivant<sup>2204</sup>. Ce qui aboutit à une situation très difficile pour les proches<sup>2205</sup>. 775

La majorité des auteurs récents sont opposés à un changement de modèle<sup>2206</sup>. Selon eux, le consentement présumé ne tient pas assez compte de la liberté personnelle et de la personnalité du défunt<sup>2207</sup>. Raphaela Holliger compare cela à faire de l'État l'unique héritier du patrimoine de tout défunt qui n'a pas rédigé de testament<sup>2208</sup>. Le système doit reposer sur une logique de don altruiste et non d'échange<sup>2209</sup>. Cela risque de saper la confiance de la population dans le système<sup>2210</sup>. L'accent doit être mis sur des mesures structurelles dans les hôpitaux, dans la ligne du plan d'action du Conseil fédéral<sup>2211</sup>. 776

Le passage au modèle du consentement présumé au sens large n'est pas la solution miracle. Selon nous, le risque que des organes soient prélevés sur des 777

<sup>2200</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 448 ; ASSM, *Factsheet*, p. 1.

<sup>2201</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 448 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78 ; WEISS/IMMER, p. 138 ; ASSM, *Factsheet*, p. 1 ; NEK-CNE, *Consentement présumé*, p. 5.

<sup>2202</sup> MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9241. GERBER/SAGER/RÜEFLI, p. 101 ss, qui arrivent à la conclusion que le modèle de consentement n'est pas décisif pour l'évolution du taux de donateurs dans le temps ; CHRISTEN/BAUMANN/SPITALE, p. 27 s., qui constatent que les preuves d'un possible rôle causal du consentement présumé dans l'augmentation du taux de donateurs, ont augmenté.

<sup>2203</sup> MCF LTx 2020, FF 2020, p. 9241. WEISS/IMMER, p. 138 ; OFSP, *Mesures*, p. 68 ss.

<sup>2204</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 445, qui mentionne les chiffres de l'OFSP selon lesquels 10,2 % des personnes ont documenté leur volonté ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78 ; WEISS/IMMER, p. 138 ; WEISS *et alii*, p. 4.

<sup>2205</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 446 ; WEISS/IMMER, p. 138.

<sup>2206</sup> GÄCHTER/CHRISTENSEN, n° 7 ; MAIRE, p. 296 ; HOLLIGER, RSJ, p. 449 s. ; NEK-CNE, *Don d'organes*, p. 13 ss ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78 ; ASSM, *Factsheet*, p. 2. *Contra* : WEISS/IMMER, p. 139, qui sont favorables au changement de modèle et à la création d'un registre des oppositions ; BAUMGARTNER, p. 34.

<sup>2207</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 449 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78.

<sup>2208</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 449 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 79.

<sup>2209</sup> MAIRE, p. 293 ; NEK-CNE, *Consentement présumé*, p. 11.

<sup>2210</sup> GÄCHTER/CHRISTENSEN, n° 6 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78.

<sup>2211</sup> HOLLIGER, RSJ, p. 450 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 78.

personnes qui sont en fait opposées ou n'ont pas été informées, l'emporte sur la possible augmentation du nombre de donneurs.

- 778 Nous sommes davantage convaincu par la proposition d'un système qui vise à favoriser l'expression de la volonté de la personne. Le système de déclaration obligatoire proposé par la NEK-CNE nous semble être plus respectueux du droit du défunt et des proches, puisqu'il interpelle régulièrement la population sur la question du don d'organes, tout en leur laissant la possibilité de ne rien décider<sup>2212</sup>. Relevons que le nom du modèle proposé par la NEK-CNE est trompeur, car il n'impose pas une véritable obligation d'exprimer sa volonté concernant le don d'organes.
- 779 Il faut reconnaître que le contre-projet indirect proposé par le Conseil fédéral est acceptable. Il respecte les exigences de la jurisprudence sur le devoir d'information de la population et des proches. Si le consentement présumé au sens large est introduit en droit suisse, les mesures proposées par le plan d'action du Conseil fédéral doivent être prolongées, car il est nécessaire d'agir sur plusieurs terrains<sup>2213</sup>.
- 780 Nous comprenons que le Conseil fédéral souhaite modifier la LTx et non la Constitution fédérale sous l'angle de la hiérarchie des normes. L'avantage de l'initiative populaire est qu'elle entraîne un référendum obligatoire (art. 140 al. 1 *litt. a* Cst.). Il y a donc le risque que le contre-projet indirect du Conseil fédéral soit accepté par le Parlement et que les initiants acceptent de retirer l'initiative. La modification de la LTx ne serait donc soumise au peuple qu'en cas de référendum. Selon nous, une votation populaire sur le passage au consentement présumé au sens large a deux avantages. D'une part, en cas d'acceptation, le changement de système aurait une légitimité démocratique forte<sup>2214</sup>. D'autre part, la votation et la campagne la précédant engendreraient une couverture médiatique favorable à l'information de la population sur les enjeux du don d'organes.
- 781 Si le modèle du consentement présumé devait être finalement introduit pour le don d'organes en Suisse, il ne devrait pas être étendu à d'autres domaines comme la recherche sur des personnes décédées ou les autopsies médicales. Dans le domaine du don d'organes, cette restriction au droit de disposer du cadavre du défunt et des proches se justifie par l'intérêt vital et direct des patients en attente d'une greffe de pouvoir disposer d'un organe à temps. Dans le domaine de la recherche et des autopsies médicales, il n'existe pas un intérêt aussi important et direct justifiant le modèle du consentement présumé (même si ces activités poursuivent des intérêts de santé publique).

---

<sup>2212</sup> MAIRE, p. 298 ; HOLLIGER, RSJ, p. 450. *Contra* : ASSM, *Factsheet*, p. 2, qui considère qu'il est problématique que l'État impose à l'individu de réfléchir à sa propre mort.

<sup>2213</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 268 ; HOLLIGER, RSJ, p. 450 ; HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 70.

<sup>2214</sup> HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 79.

## 2. La volonté du défunt

### a. La nature juridique

En raison du droit de disposer de son cadavre, émanation de la liberté personnelle et des droits de la personnalité, il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du cadavre sans un motif justificatif<sup>2215</sup>. La LTx n'admet qu'un seul motif justificatif au prélèvement : le consentement. Le futur défunt doit pouvoir compter sur le fait que sa volonté sera respectée après sa mort<sup>2216</sup>. La décision du défunt, qu'elle soit en faveur ou non d'un don, lie ses proches (art. 8 al. 5 LTx)<sup>2217</sup>. En pratique, si les proches refusent le prélèvement, malgré la volonté claire du défunt en faveur du don, l'équipe médicale renonce au prélèvement (en dépit de la règle claire de la loi)<sup>2218</sup>. 782

Il n'existe pas de base légale permettant de justifier un prélèvement en l'absence du consentement de la personne décédée ou subsidiairement de ses proches. La loi ne prévoit pas un intérêt prépondérant à celui du défunt de disposer de son corps. Le Tribunal fédéral considère que l'intérêt du receveur à recevoir un organe, même en danger de mort, ne l'emporte jamais sur l'intérêt du donneur<sup>2219</sup>. 783

### b. Les conditions de validité

#### (i) L'âge et la capacité de discernement

La personne doit avoir seize ans révolus au moment de l'expression du consentement au prélèvement (art. 8 al. 7 LTx)<sup>2220</sup>. La LTx fait ainsi le choix d'un 784

<sup>2215</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 Ia 598 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b ; ATF 45 I 132 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2 ; SKARUPINSKI, p. 167 ss ; HOFER, p. 61 ; MARESCOTTI, ch. 2.3 ; BORGHI, Transplantation, p. 173. Cf. *supra* chapitre 4.

<sup>2216</sup> SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 103.

<sup>2217</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 53 s. ; SKARUPINSKI, p. 169 ; MARESCOTTI, ch. 2.4 ; SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 123 ; SCHÖNING, p. 76.

<sup>2218</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 54. Cf. *infra* n° 819.

<sup>2219</sup> ATF 123 I 112, consid. 9d.

<sup>2220</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 638 ; DUMOULIN, Prélèvement, p. 280.

critère clair et facile à vérifier<sup>2221</sup>. En effet, dans le contexte d'une transplantation, où une certaine urgence règne, il est souvent impossible d'examiner rétrospectivement le discernement du défunt lors de l'expression de sa volonté<sup>2222</sup>. Selon nous, ces contraintes justifient un seuil d'âge fixe, qui constitue néanmoins une atteinte à l'art. 11 al. 2 Cst. qui prévoit que les enfants et les jeunes exercent eux-mêmes leurs droits s'ils sont capables de discernement<sup>2223</sup>.

785 En plus d'avoir seize ans révolus, la personne doit être capable de discernement au sens de l'art. 16 CC lorsqu'elle donne son consentement<sup>2224</sup>. Si la personne est incapable de discernement, elle ne peut pas consentir. Dans cette situation, la décision revient aux proches, qui doivent respecter la volonté présumée (art. 8 al. 3 LTx)<sup>2225</sup>. Si le défunt a toujours été incapable de discernement, il est impossible d'établir sa volonté présumée<sup>2226</sup>. Nous revenons sur cette question dans le cadre de la décision des proches<sup>2227</sup>.

786 Il faut admettre qu'un mineur peut être capable de discernement sur la question du don de ses organes, tissus et cellules avant seize ans<sup>2228</sup>. La déclaration d'un mineur de moins de seize ans, capable de discernement ne vaut pas consentement, mais doit être prise en compte lors de la décision des proches, en vertu du respect de sa volonté présumée<sup>2229</sup>.

787 Le consentement au don d'organes est un droit strictement personnel absolu (art. 19c al. 2 *in fine* CC) et proprement dit (art. 19c al. 1 *in fine* CC) ; le représentant légal d'un mineur ou d'une personne incapable de discernement ne peut pas exercer ce droit à sa place<sup>2230</sup>. Comme nous allons le voir, les proches exercent un droit qui leur est propre<sup>2231</sup>.

---

2221 MCF LTx, FF 2002, p. 136. BREITSCHMID/MATT, p. 88 ; DEVAUD, note 1146.

2222 FREI, p. 81 ; BREITSCHMID/MATT, p. 88.

2223 Sur l'art. 11 al. 2 Cst., cf. CR Cst.-GAVILLET, n° 25 ss ad art 11 ; DUBEY, Vol. II, n° 1741 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 37, n° 28 ; BSK BV-TSCHENTSCHER, n° 33 ad art. 11, pour qui la sécurité juridique ou un aspect pratique ne suffisent pas à pouvoir justifier une restriction à l'art. 11 al. 2 Cst.

2224 MAIRE, p. 115 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 51.

2225 GUILLOD/MADER, p. 39.

2226 GUILLOD/MADER, p. 39.

2227 Cf. *infra* n° 812 ss.

2228 FREI, p. 82.

2229 Cf. ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.6 ; GUILLOD/MADER, p. 38.

2230 FREI, p. 82. *Contra* : DEVAUD, p. 270, pour qui les parents ou le représentant légal peuvent autoriser le don des organes d'une personne de moins de seize ans.

2231 Cf. *infra* n° 803.

## (ii) La forme

L'expression de la volonté du défunt n'est pas soumise à une exigence de forme<sup>2232</sup>. Cette liberté de forme s'explique par le caractère personnel et non patrimonial de l'acte de la personne décédée<sup>2233</sup>. Une déclaration orale est donc possible<sup>2234</sup>. En l'absence de volonté documentée, les proches du défunt doivent renseigner l'équipe médicale sur une éventuelle déclaration orale (art. 8 al. 2 LTx et art. 4 al. 1 OTx)<sup>2235</sup>. Plusieurs formes de documents attestant de la volonté de la personne décédée sont envisageables. 788

La personne peut avoir rempli de son vivant une carte de donneur<sup>2236</sup>. Swisstransplant propose un modèle de document attestant de la volonté de la personne<sup>2237</sup>. Une fois remplie, la carte contient le nom, le prénom, la date de naissance et la signature de la personne ainsi que son choix concernant le prélèvement d'organes, tissus et cellules ou le choix d'une personne de confiance<sup>2238</sup>. La personne peut aussi documenter son choix d'une autre manière<sup>2239</sup>. Par exemple sur une application pour téléphone portable<sup>2240</sup>. 789

<sup>2232</sup> HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 46 ; FREI, p. 83 ; BREITSCHMID/MATT, p. 95 ; DUMOULIN, *Prélèvement*, p. 280 ; SCHÖNING, p. 160. À l'inverse, le prélèvement sur une personne vivante requiert un consentement donné par écrit (art. 12 *litt. b* LTx).

<sup>2233</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 96.

<sup>2234</sup> MAIRE, p. 127.

<sup>2235</sup> HOLLIGER, *Postmortale Organspende*, p. 46 s.

<sup>2236</sup> FREI, p. 84 ; BREITSCHMID/MATT, p. 95 ; SCHÖNING, p. 165. C'est la forme la plus courante de documentation du choix en matière de don d'organes, *cf.* MAIRE, p. 119.

<sup>2237</sup> <https://www.swisstransplant.org/fr/don-dorganes-et-de-tissus/devenir-donneur-dorganes/demander-la-carte-de-donneur> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). *Cf.* également MAIRE, p. 104 s.

<sup>2238</sup> <https://www.swisstransplant.org/fr/don-dorganes-et-de-tissus/devenir-donneur-dorganes/demander-la-carte-de-donneur> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2239</sup> FREI, p. 84 ; DUMOULIN, *Prélèvement*, p. 280. Pour plus de détails sur cette question, *cf.* MAIRE, p. 120 ss.

<sup>2240</sup> Swisstransplant propose d'utiliser l'application EchoSOS comme carte de donneur numérique : <https://www.swisstransplant.org/fr/don-dorganes-et-de-tissus/devenir-donneur-dorganes> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). *Cf.* également MAIRE, p. 105 s. Swisstransplant recommandait auparavant l'application Medical ID. Cependant, pour que l'application soit détectée par les bornes disposées dans les services des urgences, le téléphone portable doit avoir son Bluetooth activé. Il y a donc un risque que malgré la présence de l'application, celle-ci ne soit pas « détectée » : selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. *Cf.* également MAIRE, p. 124. Pour plus de détails sur cette question, *cf.* MAIRE, p. 123.

- 790 Le consentement peut figurer dans le testament du défunt, même si techniquement, il ne s'agit pas de dispositions successorales<sup>2241</sup>. Les actes de disposition à cause de mort permettent au *de cuius* de régler le sort de ses biens à son décès<sup>2242</sup>. Les règles sur la capacité de disposer (art. 467 à 469 CC) et la forme de disposition à cause de mort (art. 498 à 516 CC) ne s'appliquent pas à la volonté portant sur des éléments personnels comme le don d'organes<sup>2243</sup>. Le délai nécessaire à l'ouverture du testament est d'ailleurs peu conciliable avec l'urgence du prélèvement<sup>2244</sup>.
- 791 De la même manière, des directives anticipées au sens des art. 370 ss CC peuvent contenir une déclaration concernant le don d'organes ; bien qu'il ne s'agisse pas non plus de directives anticipées au sens technique<sup>2245</sup>. Les directives anticipées visent à régler par avance les atteintes à la personnalité que le personnel médical pourra effectuer ou non sur la personne devenue incapable de discernement (art. 370 al. 1 CC)<sup>2246</sup>. En vertu de l'art. 31 al. 1 CC, il ne peut plus être question de capacité de discernement ou d'atteinte à la personnalité après la mort de la personne. En pratique, de nombreux modèles de directives anticipées contiennent cependant une rubrique sur le consentement au prélèvement d'organes, tissus et cellules à des fins de transplantation<sup>2247</sup>. Il faut noter que le modèle de la carte de donneur de Swisstransplant remplit les conditions formelles des directives anticipées (art. 371 al. 1 CC).
- 792 Ces informations peuvent – mais sans obligation – être inscrites sur la carte d'assurance maladie à la demande de l'assuré selon l'art. 6 al. 1 *litt. c* de l'ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins du 14 fé-

---

<sup>2241</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 95.

<sup>2242</sup> CR CC II-LEUBA, n° 3 ad art. 467 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 307 ; UMMEL/HARARI, p. 298 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, n° 233.

<sup>2243</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, n° 22 ad intro. art. 467-536 ; CR CC II-LEUBA, n° 3 ad art. 467 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 307 ; GUINAND/STETTLER/LEUBA, n° 233, note 377.

<sup>2244</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 95.

<sup>2245</sup> MEIER, Protection de l'adulte, n° 484 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 56 ad art. 370 ; BSK ZGB I-WYSS, n° 15 ad art. 370. *Contra* : MAIRE, p. 119 ; GUILLOD/MADER, p. 35, qui considèrent la carte de donneur comme « une forme particulière de directives anticipées ». MAIRE, p. 118, qui invoque aussi la possibilité que la volonté du défunt figure dans un mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss CC), notamment dans le cadre des instructions données au mandataire. Le même raisonnement s'applique *mutatis mutandis*.

<sup>2246</sup> MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6664. MEIER, Droit des personnes, n° 477 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 36 ss ad art. 370 ; UMMEL/HARARI, p. 299 ; BSK ZGB I-WYSS, n° 1 ad art. 370 ; MANAI, Droits du patient, p. 217.

<sup>2247</sup> Par exemple le modèle de directives anticipées de Bon à Savoir, de la FMH/ASSM ou du Docupass de Pro Senectute

vrier 2007 (OCA)<sup>2248</sup>. En pratique, de nombreux cabinets médicaux ou hôpitaux ne disposent pas du matériel pour inscrire et lire des informations sur la carte d'assuré<sup>2249</sup>.

La possibilité d'inscrire de telles données sur la carte d'identité ou le permis de conduire a été rejetée lors de l'élaboration de la LTx<sup>2250</sup>. Alors qu'elle était prévue par l'avant-projet, la création d'un registre national des donneurs a finalement été abandonnée dans le projet de LTx, principalement pour des raisons de coûts<sup>2251</sup>. L'attitude du législateur nous paraît critiquable : ces mesures auraient favorisé la documentation des volontés des personnes, avec deux effets positifs : éviter des situations d'incertitude difficiles où les proches doivent décider pour le défunt et probablement augmenter le nombre de dons d'organes, qui est un des buts de la loi (art. 1 al. 2 LTx)<sup>2252</sup>. 793

Pour finir, l'art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur le dossier électronique du patient du 19 juin 2015 (LDEP) prévoit la possibilité pour le patient de saisir ses propres données dans son dossier, notamment sa volonté concernant le don d'organes<sup>2253</sup>. 794

### (iii) *Excursus* : le registre national du don d'organes

Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2018, Swisstransplant met à disposition du public un registre national du don d'organes<sup>2254</sup>. L'inscription peut se faire en ligne ou à un point de contact. Dans un point de contact, le collaborateur aide la personne à remplir le formulaire et le fait signer après avoir contrôlé son identité, avant de le transmettre à Swisstransplant<sup>2255</sup>. En ligne, il existe deux procédures : sur un 795

<sup>2248</sup> RS 832.105. Ce qui est également prévu pour les directives anticipées à l'art. 371 al. 2 CC.

<sup>2249</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 514.

<sup>2250</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 78.

<sup>2251</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 76 ss. MANAI, Droits du patient, p. 464.

<sup>2252</sup> Cf. art. 19 STE 186 sur la promotion du don d'organes.

<sup>2253</sup> RS 816.1.

<sup>2254</sup> MAIRE, p. 125 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 48. La page internet du registre est accessible sur : <https://www.swisstransplant.org/fr/registre-nationaldu-don-dorganes/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2255</sup> SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 4. Selon la liste de Swisstransplant, il n'existe pour l'heure qu'un seul point de contact, à Montreux : <https://www.swisstransplant.org/fr/registre-nationaldu-don-dorganes/points-de-contact/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).



ordinateur ou sur un *smartphone* ou une tablette<sup>2256</sup>. Dans le premier cas, la personne remplit un formulaire sur internet avec ses données personnelles et sa décision<sup>2257</sup>. La personne a le choix entre trois solutions. Elle peut imprimer le document et le signer, puis le scanner ou le photographier et le télécharger avec une copie de sa carte d'identité ou de son passeport<sup>2258</sup>. Elle peut aussi l'imprimer et le signer avant de l'envoyer par courrier postal à Swisstransplant. Enfin, Swisstransplant peut envoyer le document imprimé par la poste et la personne le signe et le renvoie. Sur un appareil mobile (*smartphone* ou tablette), la personne remplit également un formulaire, se prend en photo pour s'identifier et signer directement sur son appareil<sup>2259</sup>. Il existe également des « cubes », c'est-à-dire des bornes contenant des tablettes dans certains hôpitaux et centres de recrutement de l'armée<sup>2260</sup>. Le cube permet à la personne de suivre la procédure sur la tablette. Dans tous les cas, après vérification par Swisstransplant, la personne reçoit un courrier électronique de confirmation de l'activation de l'inscription au registre avec ses données et sa décision<sup>2261</sup>.

796 Le fichier permet d'exprimer sa volonté pour le don d'organes, en choisissant entre le don de tous les organes, le choix de certains organes ou le refus du don, mais également en matière de recherche, de laisser un message et une photo à ses proches<sup>2262</sup>. Chaque personne inscrite peut modifier en tout temps sa décision et ses données personnelles en se connectant à son profil sur le registre<sup>2263</sup>. Fin 2020, 106'185 personnes étaient inscrites sur le registre national du don d'organes<sup>2264</sup>. Si un patient est un potentiel donneur, l'hôpital contacte Swisstransplant pour savoir si la personne figure dans le registre<sup>2265</sup>. Si c'est le

---

2256 <https://www.swisstransplant.org/fr/registre-nationaldu-don-dorganes/comment-sinscrire/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

2257 Le formulaire est disponible sur : <https://register.swisstransplant.org/pages/public/registrationWizard.xhtml?lang=fr> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

2258 SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 3.

2259 SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 3. Le formulaire est disponible sur : <https://register.swisstransplant.org/pages/public/m/registrationWizard.xhtml> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

2260 La liste des emplacements des cubes est disponible sur : <https://www.swisstransplant.org/fr/registre-nationaldu-don-dorganes/points-de-contact/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

2261 SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 5.

2262 MAIRE, p. 126. Pour la recherche, cf. *infra* n° 866.

2263 SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 7 et 8. Le registre est accessible sur : <https://register.swisstransplant.org/pages/login/login.jsf?lang=fr> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

2264 SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 22.

2265 SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 12.

cas, une version informatique du document signé par la personne contenant sa décision est transmise à l'hôpital, qui la communique aux proches<sup>2266</sup>.

(iv) Le contenu

Pour consentir valablement, la personne doit avoir été informée afin de décider de manière éclairée, comme pour un acte médical<sup>2267</sup>. Cependant, la mort étant un événement imprévisible, il n'est pas toujours possible d'informer individuellement le donneur éventuel. Comme pour les directives anticipées, il faut présumer que la personne qui consent de son vivant au don d'organes, de tissus ou de cellules a été informée correctement ou a renoncé à une information détaillée<sup>2268</sup>. Une information générale, par des campagnes de publicité par exemple, est admissible<sup>2269</sup>. En pratique, il s'agit de la forme d'information principale des donneurs décédés. L'art. 61 LTx charge l'OFSP et les cantons d'informer la population sur les enjeux de la médecine de transplantation<sup>2270</sup>. Cette information doit être neutre, claire et complète<sup>2271</sup>. Si un patient est en fin de vie, l'information peut être faite de manière individuelle<sup>2272</sup>. On peut également imaginer qu'un médecin de famille aborde la question du don d'organes avec un patient lors d'un contrôle<sup>2273</sup>. 797

La liberté du consentement doit être garantie, notamment par l'indépendance entre l'équipe médicale qui soigne le patient et constate la mort et celle qui se chargera de la transplantation ; la seconde ne doit pas exercer de pression sur 798

<sup>2266</sup> SWISSTRANSPLANT, Conditions registre, ch. 12.

<sup>2267</sup> GUILLOD/MADER, p. 21. Sur le consentement éclairé en matière de don d'organes, *cf.* MAIRE, p. 141 ss.

<sup>2268</sup> Sur les directives anticipées, *cf.* MCF Protection de l'adulte, FF 2006, p. 6666. BSK ZGB I-WYSS, n° 21 s. ad art. 372 ; MEIER, Protection de l'adulte, n° 511 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 938 ; ZK ZGB-BOENTE, n° 53 ss ad art. 372.

<sup>2269</sup> GUILLOD/MADER, p. 22. Pour plus de détails, *cf.* DEVAUD, p. 261 ss. *Cf.* également l'art. 8 STE 186. MAIRE, p. 88 ss, qui fait la distinction entre l'information individuelle et l'information générale.

<sup>2270</sup> MAUSBACH, Datenbekanntgabe, § 9. Notons que dans le canton de Vaud, l'art. 27c al. 1 de la loi sur la santé publique, du 29 mai 1985 (LSP, BLV 800.01) prévoit que : « L'État procède à une large diffusion dans l'ensemble de la population des règles sur le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus ».

<sup>2271</sup> DEVAUD, p. 261. *Cf.* art. 19 STE 186.

<sup>2272</sup> GUILLOD/MADER, p. 22 ; DEVAUD, p. 261 ss. Sur cette question, MAIRE, p. 107 s.

<sup>2273</sup> MAIRE, p. 101 s. et 108 s.

la première (art. 11 al. 2 LTx)<sup>2274</sup>. L'art. 6 LTx garantit la gratuité du don d'organes, tissus ou cellules d'origine humaine et l'art. 7 LTx interdit leur commerce (avec des exceptions)<sup>2275</sup>. Le consentement au don *post mortem* s'étend à toutes interventions nécessaires ou favorables au bon déroulement de la transplantation, après le constat du décès<sup>2276</sup>. Les mesures préliminaires qui ont lieu avant le constat du décès font l'objet de règles spécifiques<sup>2277</sup>.

- 799 La déclaration de la volonté de la personne peut être soit générale, en refusant ou acceptant le prélèvement de tous ses organes, tissus et cellules, soit limitée à certains organes, tissus ou cellules<sup>2278</sup>. Il n'est pas nécessaire de motiver sa décision<sup>2279</sup>. Selon la loi, en vertu de l'art. 16 al. 1 LTx, le donneur peut désigner une personne déterminée comme receveuse, y compris en cas de don *post mortem*<sup>2280</sup>. Un don dirigé en faveur d'un groupe de personnes (race ou religion par exemple) est exclu<sup>2281</sup>. En revanche, le Conseil fédéral n'ayant pas déclaré les dispositions sur l'attribution des organes applicables aux tissus et cellules, la personne peut en disposer librement (art. 16 al. 2 *litt.* b LTx)<sup>2282</sup>.
- 800 Néanmoins, du point de vue pratique, un don *post mortem* en faveur d'une personne nominative se heurte à la faible probabilité d'une compatibilité avec le receveur<sup>2283</sup>. De plus, les circonstances du décès qui conduisent à une situation permettant le prélèvement sont en général accidentelles et donc ne rendent pas possible la désignation d'un receveur. Enfin, un prélèvement *post mortem* concerne un maximum d'organes possible, rendant l'attribution de ceux-ci par le défunt illusoire. Les dons dirigés pour un prélèvement *post mortem* n'existent pas dans les faits<sup>2284</sup>. Les règles sur l'attribution des organes s'appliqueront donc toujours pour un donneur décédé (art. 16 ss LTx).

---

<sup>2274</sup> DEVAUD, p. 262.

<sup>2275</sup> Cf. *infra* n° 825.

<sup>2276</sup> GUILLOD/MADER, p. 22 ; DEVAUD, p. 272.

<sup>2277</sup> Cf. *infra* n° 823.

<sup>2278</sup> FREI, p. 95 ss ; DUMOULIN, Prélèvement, p. 280.

<sup>2279</sup> SCHÖNING, p. 160.

<sup>2280</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 145. MANAI, Droits du patient, p. 470 ; FREI, p. 96 ss. Sur le don dirigé, cf. ROMAGNOLI *et alii*, § 11 ss.

<sup>2281</sup> MANAI, Droits du patient, p. 470 ; FREI, p. 97 ; ROMAGNOLI *et alii*, § 32.

<sup>2282</sup> MANAI, Jusletter, § 18. Conformément à l'art. 119a al. 2 Cst., la Confédération doit veiller à la répartition équitable des organes. FREI, p. 98.

<sup>2283</sup> VAN HOLLEBEKE, p. 1832. Des motifs éthiques sont aussi invoqués.

<sup>2284</sup> ROMAGNOLI *et alii*, § 11 ss. Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

(v) Le moment

Le consentement du défunt doit bien sûr avoir été donné de son vivant. Si les proches doivent témoigner d'une déclaration orale du défunt ou décider selon sa volonté présumée, ils sont alors soumis au délai de l'art. 8 OTx qui limite les mesures préliminaires à 72 heures après le décès. En pratique cependant, le consentement ou le refus au don intervient bien avant ce délai<sup>2285</sup>. 801

(vi) La révocation

Malgré le silence de la loi, une déclaration en matière de transplantation (don ou refus) peut être révoquée en tout temps<sup>2286</sup>. L'engagement de ne pas révoquer son consentement est contraire à l'art. 27 CC<sup>2287</sup>. Il n'y a pas d'exigence de forme ou de motif<sup>2288</sup>. Il est toutefois important de documenter le changement d'avis de la personne<sup>2289</sup>. 802

c. Le rôle des proches

Si le défunt n'a pas laissé de documents attestant de sa volonté, l'équipe médicale va interroger les proches du donneur potentiel sur l'existence d'une déclaration orale (art. 8 al. 2 LTx et 4 al. 1 OTx). Il faut savoir que c'est la situation la plus fréquente<sup>2290</sup>. Conformément à l'art. 8 al. 8 LTx, le Conseil fédéral a défini le cercle des proches à l'art. 3 OTx : 803

---

<sup>2285</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2286</sup> MAIRE, p. 117 ; FREI, p. 98 ss ; SCHÖNING, p. 161.

<sup>2287</sup> Cf. *supra* n° 271.

<sup>2288</sup> FREI, p. 99.

<sup>2289</sup> MAIRE, p. 66.

<sup>2290</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. MAIRE, p. 119, qui évoque 5 % de volontés exprimées dans un document papier. SWISSTRANSPLANT, 2018, p. 14, qui donne les chiffres de 5 % de patients avec une carte de donneur et plus de la moitié des cas où les proches ne connaissent pas la volonté du défunt.

Sont réputés proches selon l'art. 8 al. 8 de la loi sur la transplantation :

- Le conjoint, le partenaire enregistré ou la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée ;
- Les enfants, les parents, les frères et sœurs ;
- Les grands-parents et les petits enfants ;
- Les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée.

- 804 L'expression « *personne ayant mené de fait une vie de couple* » correspond à la notion de concubin, telle que définie par le Tribunal fédéral<sup>2291</sup>. L'art. 3 *litt.* d OTx correspond à une relation amicale étroite ou quasi familiale<sup>2292</sup>. Le cercle des proches de l'OTx ne correspond pas à l'ordre successoral en raison du caractère éminemment personnel de la question du don d'organes<sup>2293</sup>. Pour témoigner d'une volonté exprimée par oral, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents proches<sup>2294</sup>. En théorie, n'importe quelle personne peut témoigner de l'expression de la volonté de la personne décédée ; les proches sont en pratique les personnes les plus susceptibles d'avoir recueilli une telle volonté. Le proche peut renvoyer à un tiers qui aurait connaissance d'une déclaration du défunt (art. 4 al. 1 *in fine* OTx)<sup>2295</sup>. Cela peut être problématique si le donneur potentiel exprime oralement sa volonté aux membres de l'équipe médicale. Il faut alors faire preuve de prudence et tenter de s'appuyer sur une autre déclaration de consentement, pour éviter un conflit d'intérêts<sup>2296</sup>.
- 805 En général, il n'existe pas de difficulté pour trouver et contacter les proches, car ceux-ci sont avertis de l'hospitalisation du donneur<sup>2297</sup>. Dans la situation où la mort est violente ou due à un accident, la police se chargera de trouver et prendre contact avec les proches<sup>2298</sup>.

---

<sup>2291</sup> ATF 138 III 157, consid. 2.3.3, qui définit le concubinage : « *comme une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique, et qui est parfois désignée comme une communauté de toit, de table et de lit* » et qui cite l'ATF 118 II 235 = JdT 1994 I 331 (trad.), consid. 3b.

<sup>2292</sup> FREI, p. 91.

<sup>2293</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 136 ss, qui cite l'ATF 101 II 177.

<sup>2294</sup> OFSP, Rapport OTx, p. 4. *Contra* : FREI, p. 91, qui prévoit une hiérarchie en fonction des différentes lettres de l'art. 3 OTx. Il fonde cette hiérarchie sur le sentiment de piété des proches.

<sup>2295</sup> FREI, p. 93.

<sup>2296</sup> FREI, p. 94 ss.

<sup>2297</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2298</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

En cas de divergence entre les déclarations rapportées par les proches, l'art. 4 al. 2 OTx prévoit que c'est la plus récente qui fait foi. Il n'est pas nécessaire que la personne qui atteste d'une déclaration de volonté ait seize ans révolus (art. 4 al. 3 OTx)<sup>2299</sup>. 806

### 3. La décision des proches

#### a. Le cercle des proches

Si la personne décédée n'a ni exprimé de volonté ni désigné de personne de confiance, ses proches peuvent consentir au prélèvement *post mortem* (art. 8 al. 3 LTx)<sup>2300</sup>. Cette situation est très fréquente<sup>2301</sup>. Le droit de décider du prélèvement *post mortem* est fondé sur la personnalité des proches et découle de leurs relations affectives, sentimentales et spirituelles avec le défunt ainsi que de leur sentiment de piété<sup>2302</sup>. Ce pouvoir de décision est exercé par la personne la plus étroitement liée avec le défunt (« proche le plus proche ») et la plus affectée par sa disparition (art. 5 al. 2 OTx)<sup>2303</sup>. Pour le déterminer, il faut analyser les circonstances du cas d'espèce ; une certaine hiérarchie peut être présumée en raison de l'expérience générale de la vie (art. 5 al. 2 OTx)<sup>2304</sup>. Celle-ci ne correspond pas à l'ordre successoral<sup>2305</sup>. L'art. 5 al. 2 OTx prévoit l'ordre suivant :

- le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin ;
- les enfants ;
- les parents, les frères et sœurs ;

<sup>2299</sup> FREI, p. 90.

<sup>2300</sup> MAIRE, p. 133 ; SKARUPINSKI, p. 169 ; MANAI, Droits du patient, p. 461. Un tel pouvoir subsidiaire des proches a été reconnu par le Tribunal fédéral avant l'adoption de la LTx, cf. ATF 123 I 112, consid. 4c et les réf. citées. SCHÖNING, p. 75.

<sup>2301</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2302</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a ; ATF 98 Ia 598 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b. MEIER, Droit des personnes, n° 611 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 49 ; MANAI, Droits du patient, p. 462 ; MARESCOTTI, ch. 2.3 ; DUMOULIN, Transplantation, p. 65 ; GUILLOD/DUMOULIN, p. 25 ss ; SCHÖNING, p. 75 ; GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4. Cf. *supra* n° 222 ss.

<sup>2303</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c ; ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MANAI, Droits du patient, p. 462 ; SCHÖNING, p. 75 ss ; GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4. Cf. *supra* n° 223 ss.

<sup>2304</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. MAIRE, p. 133.

<sup>2305</sup> FREI, p. 103 ; GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 4.

- les grands-parents et les petits-enfants ;
  - les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée<sup>2306</sup>.
- 808 Il faut que jusqu'au décès, le proche et le défunt aient entretenu des contacts réguliers (art. 5 al. 2 *in fine* OTx)<sup>2307</sup>. Il est possible de s'écarter de cette hiérarchie, par exemple si les conjoints vivent séparés depuis une longue période<sup>2308</sup>.
- 809 S'il y a plusieurs personnes au sein d'un niveau de proche(s) (plusieurs frères et sœurs par exemple), il faut l'unanimité des personnes qui ont été contactées dans un délai raisonnable et l'absence d'opposition connue d'un proche qui n'a pas pu être atteint<sup>2309</sup>. Le « proche le plus proche » décide seul et s'il n'est pas joignable ou refuse de décider, le droit est délégué au rang suivant<sup>2310</sup>. Une application analogue du concept d'indignité au sens de l'art. 540 CC doit permettre d'exclure un proche<sup>2311</sup>. Si le défunt n'a pas de proche, s'il n'a pas désigné de personne de confiance ou qu'ils sont impossibles à contacter, il est interdit de faire un prélèvement (art. 8 al. 4 LTx)<sup>2312</sup>.
- 810 Le proche le plus étroitement lié avec le défunt doit avoir seize ans révolus et la capacité de discernement (au sens de l'art. 16 CC) pour pouvoir décider du prélèvement (art. 5 al. 1 OTx)<sup>2313</sup>.

#### b. La volonté présumée

- 811 La volonté des proches doit respecter la volonté présumée du défunt (art. 8 al. 3 *in fine* LTx)<sup>2314</sup>. Ils doivent aussi tenir compte de la volonté présumée du donneur pour décider des *modalités* du don (l'ensemble ou certains organes, tissus

---

<sup>2306</sup> Comp. cette hiérarchie avec celle de l'art. 378 al. 1 ch. 3-7 CC.

<sup>2307</sup> DUCOR, RDS, p. 321.

<sup>2308</sup> ATF 101 II 177= JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5b. SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 126.

<sup>2309</sup> Comp. l'art. 5 al. 3 OTx et l'art. 6 al. 2 OTx. MAIRE, p. 133.

<sup>2310</sup> SKARUPINSKI, p. 180 ; FREI, p. 104.

<sup>2311</sup> FREI, p. 105 ss.

<sup>2312</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.2 ; MADER, n° 539 ; DEVAUD, p. 266 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 780. Confirmée par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. Cf. également GUINAND, Les droits de la personnalité, p. 6, qui admet de privilégier l'intérêt du receveur dans une telle situation.

<sup>2313</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 48 s. ; FREI, p. 101.

<sup>2314</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 263 ; MAIRE, p. 131 ; FREI, p. 108 ss ; SCHMID, La nouvelle loi suisse sur la transplantation d'organes, p. 9.

ou cellules)<sup>2315</sup>. La volonté présumée a pour but d'étendre la portée de l'auto-détermination de la personne en considérant même de petits indices<sup>2316</sup>. Les proches doivent s'efforcer de tenir compte d'indices sur les souhaits, intérêts, valeurs ou croyances du défunt<sup>2317</sup>. Nous avons déjà traité de la volonté présumée dans notre chapitre sur le droit de disposer d'un cadavre auquel nous renvoyons pour plus de détails<sup>2318</sup>.

Si le donneur potentiel n'a jamais été capable de discernement (incapacité originaire), la construction d'une volonté présumée est impossible<sup>2319</sup>. Le représentant qui doit autoriser un acte médical dans un cas d'incapacité originaire doit suivre uniquement l'intérêt objectif de la personne<sup>2320</sup>. L'intérêt objectif signifie la préservation de la vie, la protection et l'amélioration de la santé<sup>2321</sup>. Le donneur d'organes étant décédé, ces intérêts ne peuvent plus être protégés. Le prélèvement *post mortem* d'organes ne peut pas être fait dans l'intérêt objectif du donneur<sup>2322</sup>. 812

Renoncer à un prélèvement en cas d'incapacité originaire du défunt nous paraît cependant excessif<sup>2323</sup>. Du point de vue pratique, cela reviendrait à interdire les prélèvements sur des enfants en bas âge, incapables de discernement. Notons qu'un prélèvement est possible dès 28 jours de vie chez un enfant<sup>2324</sup>. Il ne serait plus possible de disposer d'organes adaptés à une transplantation sur un enfant. Selon nous, les proches peuvent consentir, même s'ils ignorent la volonté présumée du défunt<sup>2325</sup>. Dans ce cas, les proches décident selon leurs propres croyances ou valeurs<sup>2326</sup>. Leur décision est alors légitimée par la protection de leurs liens affectifs avec le défunt<sup>2327</sup>. 813

<sup>2315</sup> FREI, p. 111 ; GUILLOD/MADER, p. 40.

<sup>2316</sup> SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 117.

<sup>2317</sup> FREI, p. 110 ; GUILLOD/MADER, p. 39 ; HAAS, n° 897 ss.

<sup>2318</sup> Cf. *supra* n° 235 ss.

<sup>2319</sup> MAIRE, p. 140 ; SKARUPINSKI, p. 29 ; GUILLOD/MADER, p. 34 ; SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 117.

<sup>2320</sup> MAIRE, p. 140 ; GUILLOD/MADER, p. 34 et 41. Cf. l'art. 378 al. 3 CC, qui évoque les intérêts de la personne incapable de discernement.

<sup>2321</sup> GUILLOD/MADER, p. 41. Cf. également art. 6 ch. 1 CDHB et l'ATF 114 Ia 350, consid. 7bb.

<sup>2322</sup> MAIRE, p. 140 ; SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen, p. 118.

<sup>2323</sup> Dans ce sens, MAIRE, p. 140.

<sup>2324</sup> MAIRE p. 39, avant 28 jours, le don est exclu pour des raisons médicales ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 3.2.2, note 25.

<sup>2325</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.2.

<sup>2326</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 47 et 52 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.2.

<sup>2327</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 176.



814 Si le mineur est capable de discernement, mais a moins de seize ans, la décision revient à ses proches. Dans ce cas, si l'enfant a exprimé une volonté, il en est tenu compte à titre de volonté présumée<sup>2328</sup>. Une personne placée sous curatelle et capable de discernement peut consentir ou refuser le don de ses organes, tissus ou cellules seule (droit strictement personnel proprement dit). Si la personne sous curatelle n'est pas capable de discernement, le curateur ne peut pas consentir à sa place (droit strictement personnel absolu)<sup>2329</sup>. Le curateur peut cependant intervenir en tant que proche du donneur potentiel<sup>2330</sup>.

c. Le moment, la forme et le contenu de la décision

815 Ni LTx ni l'OTx ne traitent de la question de l'entretien avec les proches au sujet du don d'organes<sup>2331</sup>. L'entretien avec les proches est un moment difficile, mais capital ; c'est pourquoi il doit être mené par des personnes disposant de formation et d'expérience dans ce domaine et dans une atmosphère calme<sup>2332</sup>. Ni la confession ni l'origine culturelle ne doivent empêcher d'évoquer un potentiel prélèvement<sup>2333</sup>.

816 L'équipe médicale ne peut interroger les proches et ceux-ci ne peuvent prendre une décision, qu'après qu'il a été décidé de mettre un terme aux mesures de maintien en vie (art. 8 al. 3<sup>bis</sup> LTx)<sup>2334</sup>. Toutefois, les deux décisions doivent être clairement séparées<sup>2335</sup>. L'entretien concernant le don d'organes peut intervenir avant le diagnostic de la mort cérébrale<sup>2336</sup>. Cela laisse plus de temps

---

<sup>2328</sup> Dans ce sens, ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.6.

<sup>2329</sup> FREI, p. 82.

<sup>2330</sup> Cf. *supra* n° 214. Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2331</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 55 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1. Le module V du *Swiss donation pathway* contient des instructions sur le déroulement de cet entretien, cf. SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module II, p. 7 ss.

<sup>2332</sup> MAIRE, p. 98 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1.

<sup>2333</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1.

<sup>2334</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 3921 et 4282 ; MAIRE, p. 112 et 128 ; HOLLIGER, p. 62 s. ; MANAI, Jusletter, § 18 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1. Cet alinéa a été introduit dans la LTx en 2015 pour faciliter les prélèvements à cœur arrêté (*Non Heart Beating Donors*), cf. MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2070 ss et BÜCHLER/MICHEL, p. 263 s. Sur la situation dans l'aLTx, cf. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 59 ss.

<sup>2335</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 3921 ; MAIRE, p. 110 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 58 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1 ; GUILLOD/MADER, p. 82.

<sup>2336</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 263 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 63.

aux proches pour prendre leur décision concernant le don d'organes et faire leurs adieux<sup>2337</sup>.

Le consentement des proches est en principe soumis aux mêmes exigences de forme, de contenu et d'information que celui du défunt<sup>2338</sup>. En général, la décision des proches est exprimée par oral<sup>2339</sup>. Les proches doivent recevoir une information neutre, sans pression, sur les différents aspects d'une transplantation (diagnostic de la mort, mesures préliminaires, prélèvement, etc.)<sup>2340</sup>. Il faut tenir compte des émotions des proches<sup>2341</sup>. Les proches doivent disposer de suffisamment de temps pour être informés sur la transplantation, poser des questions et décider sereinement<sup>2342</sup>. 817

Les proches peuvent révoquer leur consentement avant le prélèvement<sup>2343</sup>. Une révocation n'est plus possible à partir du moment où les opérations de prélèvement ont commencé<sup>2344</sup>. Après le prélèvement, l'intérêt privé du receveur et l'intérêt public à une bonne gestion des organes sont alors prépondérants et les proches ne peuvent plus s'opposer<sup>2345</sup>. 818

Des conflits entre la volonté exprimée par le défunt et celle des proches ou entre proches peuvent survenir. Même si la situation juridique est claire, les Directives de l'ASSM recommandent aux équipes médicales de tenter d'aboutir à un consensus<sup>2346</sup>. En pratique, face à un conflit, l'équipe médicale tente de concilier les parties par un dialogue, notamment en essayant de comprendre les motivations des parties<sup>2347</sup>. Il peut arriver par exemple qu'un refus soit dû à une 819

<sup>2337</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 66.

<sup>2338</sup> Cf. *supra* n° 788 ss et 797 ss.

<sup>2339</sup> MAIRE p. 131.

<sup>2340</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module II p. 7 ss, qui fournit de nombreux détails ; MAIRE, p. 98 et 111 ; HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 58 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1. Cf. également ASSM, Diagnostic de la mort 2011, ch. 3.1, p. 10, qui évoque le contenu de l'entretien : « *une information complète et compréhensible concernant l'état de santé et le pronostic du patient (probabilité de survenance de la mort), l'arrêt des traitements vitaux, le contenu et l'étendue des mesures destinées à la conservation des organes ainsi que leur objet et leurs conséquences, le diagnostic de la mort, le déroulement d'un éventuel prélèvement d'organes et la procédure après le prélèvement d'organes* ».

<sup>2341</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 55.

<sup>2342</sup> MAIRE, p. 111 s. ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.1.

<sup>2343</sup> MAIRE, p. 130.

<sup>2344</sup> MAIRE, p. 130, qui met en avant les ressources personnelles et financières mises en œuvre. Elle considère que la révocation est alors contraire aux mœurs.

<sup>2345</sup> DUCOR, RDS, p. 282.

<sup>2346</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.7.

<sup>2347</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

méconnaissance du processus de transplantation<sup>2348</sup>. La hiérarchie prévue par l'OTx est relativisée lors d'un conflit au sein des proches<sup>2349</sup>. Dans des situations aussi douloureuses, l'argument juridique n'est pas convaincant pour les proches<sup>2350</sup>. Si le défunt a clairement exprimé sa volonté d'être donneur, il est envisageable de renoncer à prélever les organes finalement, si ses proches s'opposent, notamment pour leur épargner des souffrances psychologiques<sup>2351</sup>. En pratique, les équipes médicales ne prélèvent pas « de force » les organes, même s'elles en ont le droit.

#### 4. La personne de confiance

820 En vertu de l'art. 8 al. 6 LTx, le défunt peut déléguer à une ou plusieurs personnes de confiance le soin de prendre une décision sur le don de ses organes. Le rôle de cette personne peut être rapproché de celui du représentant thérapeutique désigné dans des directives anticipées de l'art. 370 al. 2 CC, même si techniquement il ne s'agit pas de directives anticipées<sup>2352</sup>. Il n'y a pas d'exigence de forme pour la nomination d'une personne de confiance<sup>2353</sup>. Seule une personne physique peut accomplir cette tâche<sup>2354</sup>. La personne qui désigne une personne de confiance et la personne de confiance doivent avoir seize ans révolus (art. 6 al. 1 OTx)<sup>2355</sup>. La personne de confiance remplace les proches dans leur droit de décision subsidiaire<sup>2356</sup>. À notre sens, il ne s'agit pas d'un représentant qui exerce le droit du défunt de déterminer le sort de son cadavre. En effet, un tel droit strictement personnel absolu est exclusif de représentation. Le pouvoir de décision de la personne de confiance repose sur sa propre personnalité et notamment le rapport de confiance avec le défunt<sup>2357</sup>. Cependant, il n'est pas nécessaire de prouver le lien affectif entre le défunt et la personne

---

<sup>2348</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2349</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2350</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2351</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2352</sup> Cf. *supra* n° 791, note 2245.

<sup>2353</sup> MAIRE, p. 136.

<sup>2354</sup> Sur le représentant thérapeutique désigné dans des directives anticipées, cf. MEIER, Protection de l'adulte, n° 486.

<sup>2355</sup> MAIRE, p. 137.

<sup>2356</sup> MAIRE, p. 135.

<sup>2357</sup> FREI, p. 115.

de confiance<sup>2358</sup>. C'est un droit de même nature que celui des proches. Le défunt a le droit de choisir une autre personne que celles désignées comme proches par la LTx et l'OTx, en court-circuitant ainsi la hiérarchie légale. Il est possible de nommer plusieurs personnes de confiance (art. 6 al. 2 OTx)<sup>2359</sup>. Si plusieurs personnes de confiance ont été désignées, l'art. 6 al. 2 OTx autorise le prélèvement aux conditions cumulatives suivantes : l'unanimité des personnes de confiance qui ont pu être contactées dans un délai raisonnable et l'absence d'un refus connu d'une personne de confiance qui n'a pas pu être contactée dans le délai raisonnable<sup>2360</sup>. Si aucune personne de confiance n'est joignable dans un délai raisonnable, il faut renoncer au prélèvement<sup>2361</sup>.

Le pouvoir de décision doit s'exercer dans le respect de la volonté présumée du défunt<sup>2362</sup>. Si le défunt a pris des dispositions incomplètes sur le prélèvement d'organes, tissus ou cellules *post mortem*, elles lient la personne de confiance. La personne de confiance n'est pas obligée d'accepter son rôle et de choisir pour le défunt<sup>2363</sup>. Si la personne de confiance refuse d'exercer son droit, il revient alors aux proches de décider<sup>2364</sup>. 821

### C. *L'accord du ministère public*

Il peut arriver qu'un potentiel donneur décède à la suite de circonstances non naturelles<sup>2365</sup>. Il s'agit alors d'une mort suspecte au sens de l'art. 253 CPP qui doit être annoncée au ministère public<sup>2366</sup>. Le procureur peut ordonner des examens médico-légaux pour déterminer la cause du décès<sup>2367</sup>. En principe, si ces 822

<sup>2358</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 17 ad art. 36. La LRH repose aussi sur le système du consentement exprès au sens large et renvoie aux règles de la LTx.

<sup>2359</sup> MAIRE, p. 136.

<sup>2360</sup> FREI, p. 118 ss.

<sup>2361</sup> OFSP, Rapport OTx, p. 6, qui applique l'art. 8 al. 4 LTx par analogie.

<sup>2362</sup> MAIRE, p. 137 ; FREI, p. 116 ; DEVAUD, p. 263 ss.

<sup>2363</sup> FREI, p. 117.

<sup>2364</sup> FREI, p. 104.

<sup>2365</sup> DE CAPITANI, p. 103. *Cf. supra* n° 98.

<sup>2366</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 17 ; DE CAPITANI, p. 103. Pour les dispositions cantonales pertinentes fondées sur l'art. 253 al. 4 CPP, *cf.* Annexe I.

<sup>2367</sup> Sur ces examens médico-légaux, *cf. infra* n° 930 ss.

examens sont ordonnés, ils sont incompatibles avec un prélèvement d'organes<sup>2368</sup>. Dans le cas d'un décès non naturel, le procureur compétent doit libérer le cadavre et ainsi autoriser le prélèvement<sup>2369</sup>.

#### IV. Les mesures médicales préliminaires

- 823 On entend par mesures médicales préliminaires, les actes médicaux qui sont effectués avant ou après la mort du donneur potentiel qui ont pour but exclusif de conserver les organes, tissus et cellules (art. 10 al. 1 LTx)<sup>2370</sup>. Chez les donneurs à cœur battant, elles consistent principalement dans le maintien de la ventilation artificielle et à l'administration de médicaments vasoactifs et d'un traitement hormonal<sup>2371</sup>. Pour les donneurs à cœur non battant, il s'agit de l'administration d'un anticoagulant et d'un vasodilatateur et l'installation de canules artérielles en vue de l'administration d'un liquide de refroidissement après le constat du décès<sup>2372</sup>. L'art. 10 LTx traite des mesures médicales préliminaires au prélèvement, mais il se concentre sur les mesures intervenant avant le constat du décès du donneur potentiel, c'est pourquoi nous n'en traiterons pas davantage dans cette étude<sup>2373</sup>.
- 824 Toutefois, l'art. 10 al. 8 LTx traite des mesures après le décès de la personne. De telles mesures médicales peuvent être appliquées après le décès de la personne uniquement si elle ne s'est pas opposée au prélèvement de son vivant et dans l'attente de la décision de ses proches ou de la personne de confiance qu'il a désignée<sup>2374</sup>. De telles mesures sont limitées à une durée de 72 heures maximum après le décès (art. 8 OTx)<sup>2375</sup>.

---

<sup>2368</sup> DE CAPITANI, p. 104. Il existe toutefois des solutions pratiques dans certaines circonstances. Pour un exemple de la procédure à Zurich pour les donneurs en état de mort cérébrale après un arrêt cardio-circulatoire, *cf.* DE CAPITANI, p. 105 s.

<sup>2369</sup> SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 17 ; SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module IX, p. 13 s. ; MAIRE, p. 138 s.

<sup>2370</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2069. Pour des explications détaillées, *cf.* MAIRE, p. 189 ss ; SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module I, p. 15 ss.

<sup>2371</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2071. MAIRE, p. 206 ss. Sur la notion de donneur à cœur battant, *cf. supra* n° 736.

<sup>2372</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2072. MAIRE, p. 209 ss. Sur la notion de donneur à cœur non battant, *cf. supra* n° 737.

<sup>2373</sup> MCF LTx 2013, FF 2013, p. 2071.

<sup>2374</sup> MANAI, Jusletter, § 18 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.3.2. Sur ces mesures, *cf. supra* n° 614.

<sup>2375</sup> MANAI, Jusletter, § 18 ; ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.3.2.

## V. La gratuité et la prise en charge des frais

L'art. 6 al. 1 LTx prévoit la gratuité du don : « *Il est interdit de proposer, d'octroyer, d'exiger ou d'accepter un avantage pécuniaire ou un autre avantage pour le don d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine* ». C'est l'acte initial du don qui doit être gratuit<sup>2376</sup>. La notion de gratuité est définie largement et concerne à la fois le receveur, le donneur ou leurs proches<sup>2377</sup>. Ce principe vise notamment à éviter que les proches du défunt ne s'enrichissent en autorisant le prélèvement *post mortem*<sup>2378</sup>. Toutefois, un geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation est admis (art. 6 al. 2 *litt. c* LTx)<sup>2379</sup>. Le commerce d'organes, tissus et cellules d'origine humaine est interdit tout comme leur prélèvement sur une personne décédée après qu'un avantage pécuniaire ou autre ait été proposé, octroyé, exigé ou accepté (art. 7 al. 1 LTx). Les frais des prélèvements sont pris en charge par les assurances des receveurs, si la transplantation est nécessaire pour traiter une maladie ou ses séquelles selon l'art. 25 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMa)<sup>2380</sup>. En application de l'art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMa)<sup>2381</sup>, le Département fédéral de l'intérieur (DFI) a établi la liste des procédures prises en charge à l'annexe 1, section 1.2 de l'ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995 (OPAS)<sup>2382</sup>.

## VI. Le prélèvement sur des embryons et des fœtus

La LTx consacre une section particulière à la question de l'utilisation de tissus ou cellules issus d'embryons ou de fœtus d'origine humaine aux art. 37 à 42 LTx. De telles cellules ne sont pas encore utilisées en Suisse à des fins thérapeutiques, mais font l'objet de recherches<sup>2383</sup>.

<sup>2376</sup> MADER, n° 547 ; PELET, p. 167.

<sup>2377</sup> MADER, n° 552 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 915 ; KOTTMANN, n° 41.

<sup>2378</sup> MADER, n° 552.

<sup>2379</sup> Pour plus de détails, cf. également MADER, n° 565 ss.

<sup>2380</sup> RS 832.10. DUMOULIN, Prélèvement, p. 282 ; VAN HOLLEBEKE, p. 1831.

<sup>2381</sup> RS 832.102.

<sup>2382</sup> RS 832.112.31. DUMOULIN, Prélèvement, p. 282.

<sup>2383</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 281, qui évoque le potentiel d'une telle technique. Sur l'utilisation de cellules fœtales dans la médecine et la recherche, cf. TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 247 et p. 252 ss. Confirmé pour le CHUV par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

- 827 Cette section vise à tenir compte des intérêts particuliers en jeu dans ce domaine : l'intérêt de la mère, du fœtus *in utero* et hors du ventre de la mère ou du couple et de l'embryon<sup>2384</sup>. Tout d'abord, la pratique de tels prélèvements est soumise à l'autorisation de l'OFSP, dont les conditions d'octroi se trouvent aux art. 38 LTx et 34 OTx<sup>2385</sup>.
- 828 Les embryons et fœtus peuvent être issus de fausses couches naturelles ou d'interruptions de grossesse<sup>2386</sup>. Cependant, en pratique, ce sont principalement les embryons et fœtus issus d'interruptions de grossesse qui sont utilisés pour des prélèvements ; une fausse couche ne permettant généralement pas de disposer d'organes, tissus ou cellules aptes à la transplantation<sup>2387</sup>.
- 829 Les règles de la LTx visent ainsi à garantir l'autodétermination de la femme enceinte et à protéger son intégrité corporelle<sup>2388</sup>. Pour cela, il faut distinguer d'une part, la décision en matière d'interruption de grossesse, qui doit être prise valablement avant toute évocation d'une transplantation, et, d'autre part, la décision concernant le prélèvement (art. 39 al. 1 LTx)<sup>2389</sup>. Les méthodes les plus courantes d'interruption de grossesse réduisent les possibilités d'un prélèvement sur le fœtus ou l'embryon<sup>2390</sup>. Le choix de la date et de la méthode d'interruption de grossesse doit être uniquement guidé par le bien de la femme et ne doit pas tenir compte d'une éventuelle transplantation (art. 37 al. 1 LTx)<sup>2391</sup>. Le personnel médical qui procède à l'interruption de grossesse doit être indépendant de celui qui effectuera la transplantation (art. 41 LTx)<sup>2392</sup>.
- 830 Ces règles doivent empêcher une instrumentalisation de la femme et de la grossesse : il existe la crainte qu'une mère décide de tomber enceinte et d'interrompre sa grossesse dans l'intérêt d'un tiers<sup>2393</sup>. Pour cela, le don dirigé est strictement interdit (art. 37 al. 2 *litt.* b LTx)<sup>2394</sup>. Il est interdit de prélever des

---

<sup>2384</sup> MANAI, Droits du patient, p. 474.

<sup>2385</sup> DUCOR, RDS, p. 280.

<sup>2386</sup> BÜCHLER/FREI, n° 4.

<sup>2387</sup> DFI, LTx, p. 67. BÜCHLER/FREI, n° 4 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 245 s.

<sup>2388</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; MANAI, Droits du patient, p. 474 ; BÜCHLER/FREI, n° 9.

<sup>2389</sup> DONZALLAZ, Vol. II, n° 4283 s. ; BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; DUCOR, RDS, p. 280 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 258.

<sup>2390</sup> DFI LTx, p. 69 ss. BÜCHLER/FREI, n° 4 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 246.

<sup>2391</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 256 s. ; MANAI, Droits du patient, p. 474 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 954 ; BÜCHLER/FREI, n° 19.

<sup>2392</sup> DUCOR, RDS, p. 280 ; BÜCHLER/FREI, n° 19.

<sup>2393</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 158. MANAI, Droits du patient, p. 474 et 476 ; BÜCHLER/FREI, n° 11 ss.

<sup>2394</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; DUCOR, RDS, p. 280 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 257 ; BÜCHLER/FREI, n° 29.

tissus ou cellules sur des fœtus et embryons qui sont issus d'une femme incapable de discernement (art. 37 al. 2 *litt.* c LTx)<sup>2395</sup>.

Après une information exhaustive et compréhensible sur le but et la nature de l'utilisation des tissus, sur les examens diagnostics visant à protéger le receveur et à la suite d'un délai de réflexion raisonnable, la femme enceinte doit consentir par écrit au prélèvement (art. 39 al. 2 LTx et art. 35 OTx)<sup>2396</sup>. Les mêmes exigences s'appliquent à un couple concernant un embryon surnuméraire (art. 40 LTx et 36 OTx)<sup>2397</sup>. Le fœtus ne pouvant pas consentir, cette exigence repose donc sur la ou les personnes qui en sont les plus proches<sup>2398</sup>. Selon Andrea Büchler et Marco Frei, il s'agit de la mère en raison du lien physique entre celle-ci et le fœtus ; il n'est pas tenu compte des intérêts du père<sup>2399</sup>. À notre avis, si la décision d'interrompre une grossesse est prise par la mère uniquement, une fois l'embryon ou le fœtus sorti de son ventre, le père doit participer à la décision s'il est connu (mari de la femme ou père ayant reconnu l'enfant avant la naissance)<sup>2400</sup>. Il faut donc l'accord des deux parents pour pouvoir effectuer un prélèvement. 831

Aucune disposition ne pose comme condition au prélèvement le constat de la mort du fœtus ou de l'embryon<sup>2401</sup>. Le critère applicable au constat du décès du fœtus et de l'embryon est controversé<sup>2402</sup>. La loi interdit de conserver artificiellement en vie un embryon ou un fœtus à des fins de transplantation (art. 37 al. 2 *litt.* a LTx)<sup>2403</sup>. Cela démontre que les fœtus et les embryons sont encore potentiellement en vie après leur expulsion<sup>2404</sup>. Dans le cadre de la LRH, les critères du constat du décès d'un fœtus ou d'un embryon sont : « l'absence d'activité cardiaque et de pulsation dans le cordon ombilical, l'absence d'activité respiratoire et l'absence de mouvements »<sup>2405</sup>. Selon nous, dans le cadre 832

<sup>2395</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282.

<sup>2396</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; DUCOR, RDS, p. 280 ; MANAI, Droits du patient, p. 475.

<sup>2397</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 283 ; MANAI, Droits du patient, p. 475.

<sup>2398</sup> BÜCHLER/FREI, n° 13.

<sup>2399</sup> BÜCHLER/FREI, n° 21.

<sup>2400</sup> Sur le droit de disposer des parents, *cf. supra* n° 663. Sur une situation similaire dans la LRH, *cf. infra* n° 889.

<sup>2401</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 283 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 260 et 264 ; MANAI, Droits du patient, p. 476 ; BÜCHLER/FREI, n° 31.

<sup>2402</sup> BÜCHLER/FREI, n° 15 ss et les réf. citées.

<sup>2403</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 282 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 257.

<sup>2404</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 283 ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 264 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 930 ; BÜCHLER/FREI, n° 31.

<sup>2405</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345.



du prélèvement sur des embryons ou des fœtus, le constat de la mort doit être fait selon ces critères spécifiques<sup>2406</sup>.

## VII. La restitution du cadavre

833 Après le prélèvement des organes sur le donneur décédé, les incisions sont suturées et pansées comme n'importe quelle opération chirurgicale et le cadavre est rendu à ses proches<sup>2407</sup>. Le corps est alors traité comme celui de n'importe quel défunt<sup>2408</sup>. L'art. 18 du Protocole additionnel STE 186 affirme le respect que l'on doit témoigner au corps du donneur décédé et impose de prendre « *toute mesure raisonnable [...] en vue de restaurer l'apparence du corps* ». Les médecins qui effectuent les prélèvements prennent ainsi le soin de redonner au corps un aspect décent, notamment en refermant toutes les incisions<sup>2409</sup>. Nous traiterons des recherches sur les personnes décédées placées sous respiration artificielle (art. 37 LRH) dans le chapitre consacré à la recherche sur le cadavre<sup>2410</sup>.

## VIII. Les dispositions pénales

834 Le respect de la LTx est renforcé par une norme pénale à l'art. 69 LTx, qui donne une liste de délits passibles de 3 ans de peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. La négligence est punie d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus (art. 69 al. 3 LTx). La violation de l'art. 8 LTx, c'est-à-dire le prélèvement d'organes sans consentement sur une personne décédée est un délit (art. 69 al. 1 *litt. c<sup>bis</sup>* LTx)<sup>2411</sup>. Si l'auteur de cette infraction a agi par métier, il s'agit d'un crime puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 69 al. 2 LTx). L'auteur est punissable en

---

<sup>2406</sup> Cf. *supra* n° 101. D'ailleurs l'art. 9 LTx, qui consacre le critère de la mort cérébrale se situe dans la partie de la loi concernant les personnes décédées, ce que les embryons et fœtus ne sont pas.

<sup>2407</sup> VAN HOLLEBEKE, p. 1832. Confirmé par les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017. Pour des détails pratiques, cf. également SWISSTRANSPLANT/CNDO, Module V, p. 13 s.

<sup>2408</sup> Selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2409</sup> ASSM, Diagnostic de la mort 2017, ch. 2.9 ; VAN HOLLEBEKE, p. 1832.

<sup>2410</sup> Cf. *infra* chapitre 10.

<sup>2411</sup> HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 109 ; DEVAUD, p. 272. Pour plus de détails sur cette infraction, cf. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 109 ss.

Suisse s'il a agi à l'étranger et dans ce cas l'art. 7 CP est applicable (art. 69 al. 4 LTx). Le non-respect des règles sur les mesures médicales préliminaires et celles concernant les fœtus et les embryons est aussi sanctionné pénalement (art. 69 al. 1 *litt.* d et j-n LTx). D'autres violations de la loi constituent des contraventions (art. 70 LTx). Notamment, la violation des règles sur l'indépendance du personnel soignant (art. 11 LTx) est punissable en vertu de l'art. 70 al. 1 *litt.* b LTx<sup>2412</sup>.

Pour les questions de concours entre l'art. 69 LTx et l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP 835 (profanation de cadavre) ou l'art. 262 ch. 2 CP (soustraction d'un cadavre ou d'une partie de cadavre), nous renvoyons au chapitre consacré à cette disposition du Code pénal<sup>2413</sup>.

## IX. Conclusion

La LTx est la première loi adoptée au niveau fédéral qui réglemente précisé- 836  
ment une intervention sur le cadavre. Les règles de la LTx s'inscrivent dans la continuité des règles établies par la jurisprudence avant son adoption<sup>2414</sup>. Elle permet une unification du régime juridique de la médecine de transplantation en Suisse, qui était auparavant de la compétence des cantons. Elle a servi et servira indéniablement de base à d'autres législations qui traitent d'atteintes au cadavre<sup>2415</sup>.

Le choix du système du consentement exprès au sens large doit être salué. Ce 837  
modèle est le plus respectueux de l'autonomie de la personne. Il assure également que tout acte de « disposition » de son corps repose sur un don. La possibilité pour la personne de désigner une personne de confiance apte à décider au lieu des proches nous semble une innovation intéressante. Cela renforce l'autonomie de la personne, qui n'est pas liée par la structure de son cercle familial ou intime.

La loi fixe un âge minimal pour consentir au don d'organes, tissus et cellules. 838  
L'établissement de cette limite pour le don d'organes nous semble pertinent par son pragmatisme. Une règle claire évite des interrogations ou des conflits face

<sup>2412</sup> La négligence est punissable sur la base de l'art. 70 al. 1<sup>bis</sup> LTx.

<sup>2413</sup> Sur les concours avec l'art. 262 ch.1 al. 3 CP, *cf. supra* n° 493 et l'art. 262 ch. 2 CP, *cf. supra* n° 518.

<sup>2414</sup> ATF 123 I 112 ; ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490.

<sup>2415</sup> L'art. 36 al. 3 LRH renvoie aux règles de la LTx sur la question du consentement des proches et de la personne de confiance dans le cadre d'une recherche sur une personne décédée. *Cf. infra* chapitre 10.

aux situations difficiles en raison du deuil et de l'urgence qui entourent les décisions en matière de transplantation. L'âge de seize ans révolus est raisonnable, ce d'autant plus qu'il correspond à la majorité religieuse (art. 303 al. 3 CC), qui peut jouer un rôle important pour ces questions<sup>2416</sup>. C'est l'âge de la majorité sexuelle (art. 187 al. 1 CP), également liée au rapport que la personne entretient avec son corps. Dans le même sens, l'art. 30b al. 4 nCC fixe à seize ans l'âge à partir duquel un enfant peut faire une déclaration de changement de sexe à l'état civil sans le consentement de son représentant légal<sup>2417</sup>.

839 L'absence d'un registre des donneurs au niveau fédéral doit en revanche être critiquée. Un tel fichier permettrait sans doute de favoriser la preuve du consentement et éviterait des moments douloureux aux proches dans un contexte de deuil. L'unique argument financier nous paraît presque choquant alors que la pénurie d'organes entraîne le décès de nombreuses personnes en attente d'une greffe<sup>2418</sup>. Le registre lancé par Swisstransplant est venu heureusement pallier ce vide. Le contre-projet du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Pour sauver des vies en favorisant le don d'organes » prévoit enfin la création d'un tel registre au niveau fédéral.

840 Il nous paraît étonnant que le législateur n'ait pas posé comme condition au prélèvement d'organes, tissus et cellules, le constat de la mort des embryons et fœtus. *De lege ferenda* le constat du décès devrait être inscrit dans la section 9 de la LTx. Il faut s'inspirer de la règle de l'art. 40 al. 2 LRH. La situation particulière des embryons et fœtus justifie que leur mort soit constatée différemment que pour une personne physique. Finalement, une disposition sur la restitution et le respect du corps sur le modèle de l'art. 18 Protocole additionnel STE 186 nous apparaîtrait souhaitable.

---

<sup>2416</sup> MCF LTx, FF 2002, p. 136. HOLLIGER, Postmortale Organspende, p. 51.

<sup>2417</sup> Pour le texte de l'art. 30b nCC, FF 2020, p. 9623.

<sup>2418</sup> En 2020, 72 patients sur liste d'attente sont décédés : SWISSTRANSPLANT, 2020, p. 82.

---

# Chapitre 10 : La recherche

## I. Introduction

La recherche scientifique est une activité essentielle de la société contemporaine. La Constitution fédérale garantit la liberté de la science comme une liberté fondamentale à son art. 20. La recherche dans le domaine biomédical y occupe une place importante. Elle permet d'assurer le développement de nouveaux moyens thérapeutiques ou diagnostiques et vise ainsi la promotion de la santé<sup>2419</sup>. Ces recherches impliquent la participation d'êtres humains à différents stades de leur développement. 841

La participation d'un être humain à une recherche l'expose à certains risques. La plupart des formes de recherche sur l'être humain comporte une atteinte à l'intégrité physique ou psychique<sup>2420</sup>. L'Histoire est remplie d'exemples tragiques de recherches où les intérêts et les droits des sujets de recherche ont été largement bafoués<sup>2421</sup>. Les dangers sont nombreux : recherche contre la volonté de la personne, instrumentalisation et réification de la personne humaine, tromperie ou information incomplète du participant, risques disproportionnés avec les résultats de la recherche, utilisation de personnes vulnérables, recherche sans pertinence scientifique, etc. 842

Si la recherche concerne principalement les vivants, les morts ne sont pas ignorés par les chercheurs. Depuis des siècles, les scientifiques ont recouru à des cadavres dans le domaine de l'anatomie, de la pathologie ou pour développer de nouvelles techniques opératoires ou diagnostiques<sup>2422</sup>. Le domaine de la médecine légale a recouru à des cadavres afin d'expérimenter de nouvelles méthodes d'analyse<sup>2423</sup>. Dans une telle situation, il faut tenir compte des intérêts des chercheurs, de ceux de la personne décédée et de ceux de ses proches<sup>2424</sup>. 843

Pour trouver quelques statistiques, nous avons consulté le registre des projets de recherche en Suisse (RAPS) tenu par Swissethics, l'organe qui regroupe les 844

---

<sup>2419</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7262. BÜCHLER/MICHEL, p. 287 ; SPRECHER, p. 107 ss.

<sup>2420</sup> SPRECHER, p. 109.

<sup>2421</sup> Pour une série d'exemples historiques, cf. MANAI, Droits du patient, p. 487.

<sup>2422</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; MANAI, Droits du patient, p. 528. Cf. également ROACH, p. 11 ss.

<sup>2423</sup> MANAI, Jusletter, § 20.

<sup>2424</sup> MANAI, Droits du patient, p. 528.

commissions suisses d'éthique relative à la recherche sur l'être humain<sup>2425</sup>. Cette liste ne couvre que les projets de recherche depuis 2016. Entre 2016 et 2020, il y a eu 111 projets de recherche concernant des personnes décédées approuvés durant cette période : 17 en 2016, 22 en 2017, 28 en 2018, 14 en 2019 et 30 en 2020<sup>2426</sup>. Ces projets de recherche portent sur des sujets très variés. Ils concernent principalement la chirurgie, y compris l'orthopédie, la biomécanique, les soins palliatifs, la pathologie, l'imagerie médicale, la médecine légale, et depuis 2020, le Covid-19.

845 Notre chapitre s'ouvre par la présentation du cadre normatif (II). Nous examinerons les conditions de la recherche sur une personne décédée (III) avant de traiter de la situation des personnes décédées placées sous respiration artificielle (IV) et de la recherche sur des embryons, des fœtus et des enfants mort-nés (V). Nous allons également présenter le transport, l'exportation et la conservation des cadavres (VI), l'autorisation du projet de recherche (VII) et les dispositions pénales (VIII).

## II. Le cadre normatif

### A. *Au niveau international*

846 À la suite de la découverte des expériences nazies effectuées sur les prisonniers des camps de concentration, dix principes éthiques essentiels de la recherche ont été formulés dans le Code de Nuremberg du 19 août 1947<sup>2427</sup>. Prononcés par les juges du tribunal militaire américain lors du procès de médecins ayant participé à ces expérimentations, ces dix critères ont pour but d'assurer une recherche respectueuse de la personne humaine<sup>2428</sup>. Ce texte affirme en particulier l'exigence du consentement libre et éclairé du sujet de recherche<sup>2429</sup>.

847 En 1964, l'assemblée générale de l'Association médicale mondiale (AMM) adopte la Déclaration d'Helsinki, qui fixe les principes éthiques applicables à

---

<sup>2425</sup> Le RAPS est disponible sur : <https://raps.swissethics.ch/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021)

<sup>2426</sup> Cf. Annexe II.

<sup>2427</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2201 ss ; BÜCHLER/MICHEL, p. 287 ; MANAI, Droits du patient, p. 490 ; SPRECHER, p. 114 ss. Sur le procès des médecins de Nuremberg, cf. notamment HALIOUA, en particulier p. 159 ss.

<sup>2428</sup> Code de Nuremberg, traduction française *in* BAYLE.

<sup>2429</sup> Code de Nuremberg, ch. 1.

la recherche médicale impliquant des êtres humains<sup>2430</sup>. Ce texte a été amendé neuf fois, la dernière fois en octobre 2013. Il n'a pas de portée juridiquement contraignante sauf pour les membres des ordres médicaux nationaux formant l'AMM<sup>2431</sup>. Il affirme en particulier la primauté des intérêts de la personne sur ceux de la recherche (ch. 8), la proportionnalité entre les risques et l'objectif de la recherche (ch. 16-18), la protection des personnes vulnérables (ch. 19-20), le recours à un protocole de recherche soumis à un comité d'éthique (ch. 21-23) et les exigences en matière de consentement éclairé (ch. 25-32). Il faut relever que la déclaration d'Helsinki s'applique aussi au matériel biologique humain (ch. 1)<sup>2432</sup>.

D'autres textes internationaux postérieurs à la déclaration d'Helsinki traitent de la recherche sur l'être humain<sup>2433</sup>. Comme le relève Dominique Manaï : « *La scène internationale est un terrain privilégié, dans la mesure où la science ne connaît pas les frontières [...] cette « internationalisation » des principes de base qui encadrent la recherche biomédicale exprime un consensus rare au sein de la communauté internationale* »<sup>2434</sup>. 848

La CDHB traite de la recherche scientifique dans son chapitre V. L'art. 15 CDHB assure la liberté de la recherche et l'art. 16 CDHB la soumet à certaines conditions : les principes de la subsidiarité, de la proportionnalité, l'examen de la pertinence scientifique et de l'acceptabilité éthique de la recherche par une instance compétente et le consentement éclairé. L'art. 17 CDHB traite de la protection des personnes incapables de consentir. Un protocole additionnel re- 849

<sup>2430</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 289 ; SPRECHER, p. 116. Le texte de la déclaration est disponible sur : <https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2431</sup> SPRECHER, p. 117. En Suisse selon l'art. 18 du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH), du 12 décembre 1996, révisé pour la dernière fois le 28 octobre 2020, rend la déclaration d'Helsinki contraignante pour la recherche, cf. CR Cst.-BOILLET, n° 2 ad art 118b.

<sup>2432</sup> Dans ce domaine, la déclaration d'Helsinki a été complétée par la déclaration de Taipei sur les déclarations éthiques concernant les bases de données de santé et les bio-banques, d'octobre 2016, disponible sur : <https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-de-lamm-sur-les-considerations-ethiques-concernant-les-bases-de-donnees-de-sante-et-les-bioanques/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2433</sup> Pour un petit aperçu, cf. MANAÏ, Droits du patient, p. 491 ss ; SPRECHER, p. 116 ss.

<sup>2434</sup> MANAÏ, Droits du patient, p. 493.

latif à la recherche biomédicale a été adopté le 25 janvier 2005<sup>2435</sup>. Celui-ci n'est ni signé ni ratifié par la Suisse<sup>2436</sup>.

850 De manière générale, ces textes ne traitent pas spécifiquement des personnes décédées. Les questions concernant la protection de la personne aux extrémités de la vie concernent avant tout le début de celle-ci<sup>2437</sup>. Néanmoins, comme nous le verrons, les principes applicables à la recherche sur une personne vivante sont largement transposables aux personnes décédées.

## B. *En Suisse*

851 Il a fallu attendre l'adoption de l'art. 118*b* de la Constitution, le 7 mars 2010, pour que la Confédération reçoive la compétence de réglementer la recherche sur l'être humain<sup>2438</sup>. Cet article a été adopté à la suite d'un processus amorcé par une motion du 18 décembre 1997 de la conseillère nationale Rosemarie Dormann<sup>2439</sup>. Auparavant, le panorama législatif était fragmenté entre quelques compétences fédérales particulières (par exemple la procréation médicalement assistée ou la transplantation), les compétences fédérales générales en matière de droit civil et pénal et les législations cantonales dans le domaine de la santé<sup>2440</sup>. L'art. 118*b* Cst. inscrit dans la Constitution les principes cardinaux de la recherche sur l'être humain et vise à garantir le respect de la dignité humaine et la protection de la personnalité face à la liberté de la recherche<sup>2441</sup>. Le texte institue l'exigence du consentement du sujet de recherche, la proportionnalité entre les risques et les retombées, la protection des personnes incapables de discernement, notamment par le principe de subsidiarité et le contrôle par

---

<sup>2435</sup> Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale, du 25 janvier 2005 (STE 195).

<sup>2436</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 292 s. ; ASSM, Guide recherche 2015, p. 22 ; SPRECHER, p. 119.

<sup>2437</sup> Par exemple sur la question de la protection de l'enfant à naître, cf. MCF CDHB, FF 2002, p. 286 ss, qui traite de l'absence de consensus international sur cette question.

<sup>2438</sup> RO 2010, p. 1569. CR Cst.-BOILLET, n° 9 ad art 118*b* ; DUCOR, Jusletter, § 6 ss ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 293 ; SPRECHER, p. 123.

<sup>2439</sup> Motion Dormann 97.3623 « Recherche médicale sur l'homme. Création d'une loi fédérale », du 18 décembre 1997. MANAI, Droits du patient, p. 494.

<sup>2440</sup> MCF 118*b* Cst., FF 2007, p. 6351. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1898 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 293 ; SPRECHER, p. 122. Pour une présentation de la situation juridique avant l'entrée en vigueur de l'art. 118*b* Cst., cf. DEVAUD, p. 311 ss.

<sup>2441</sup> MCF 118*b* Cst., FF 2007, p. 6355.

une autorité indépendante (art. 118*b* al. 2 Cst.)<sup>2442</sup>. Le texte de l'art. 118*b* al. 2 Cst. restreint toutefois sa portée aux seules personnes physiques<sup>2443</sup>.

## 1. La loi relative à la recherche sur l'être humain

Fondée sur l'art. 118*b* Cst., la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH) a été approuvée par les Chambres fédérales le 30 septembre 2011<sup>2444</sup>. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>2445</sup>. 852

Son but premier est exprimé à l'art. 1 al. 1 LRH : « [...] *protéger la dignité, la personnalité et la santé de l'être humain dans la recherche* »<sup>2446</sup>. L'art. 2 al. 1 LRH fixe également comme objectif d'aménager des conditions favorables, de garantir la qualité et d'assurer la transparence de la recherche sur l'être humain. La loi fixe dans quelle mesure la liberté de la recherche est limitée par la dignité humaine et la liberté personnelle<sup>2447</sup>. En participant à une recherche, une personne se soumet à des risques et des contraintes non pour son intérêt exclusif, mais pour celui de tiers, des scientifiques et de manière plus générale, de la société<sup>2448</sup>. La LRH vise à garantir que les intérêts du sujet de recherche prennent toujours ces autres intérêts<sup>2449</sup>. 853

Conformément à l'art. 118*b* al. 1 Cst., le législateur ne doit intervenir dans le domaine de la recherche que si une réglementation est indispensable à la protection de la dignité et de la personnalité de l'être humain<sup>2450</sup>. Seul le domaine de la recherche sur les maladies humaines, la structure et le fonctionnement du corps humain présentait, selon le législateur, un risque pour la dignité et la personnalité de l'être humain<sup>2451</sup>. 854

L'art. 2 LRH définit le champ d'application de la loi en désignant les « sujets de recherche » qui sont protégés : les personnes, les personnes décédées, les embryons et fœtus *in vivo* ou issus d'interruptions de grossesse ou d'avortements spontanés, le matériel biologique et les données personnelles liées à la 855

<sup>2442</sup> DUCOR, Jusletter, § 18.

<sup>2443</sup> CR Cst.-BOILLET, n° 24, note 76 ad art 118b et les réf. citées.

<sup>2444</sup> RS 810.30.

<sup>2445</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 20 septembre 2013.

<sup>2446</sup> MCF LRH FF 2009, p. 7306.

<sup>2447</sup> MANAI, Droits du patient, p. 497 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 294.

<sup>2448</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7271.

<sup>2449</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7271.

<sup>2450</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7268. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1903 ; DUCOR, Jusletter, § 14.

<sup>2451</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7269. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1921 ; DUCOR, Jusletter, § 31.



santé non anonymisées<sup>2452</sup>. Le législateur a adopté une vision large de l'être humain, plus étendue que la notion de personne physique<sup>2453</sup>. Cette conception large se rapproche de la dimension objective de la dignité humaine, qui protège également l'être humain avant la naissance et après la mort<sup>2454</sup>.

- 856 La notion de recherche est définie à l'art. 3 *litt.* a LRH. Cette définition insiste sur le caractère méthodologique de la recherche, qui doit ainsi reposer sur des procédés scientifiques reconnus<sup>2455</sup>. Le but de la recherche doit être d'acquérir des connaissances généralisables, c'est-à-dire qui dépassent le cadre du projet de recherche<sup>2456</sup>. Il faut noter que l'utilisation de cadavre à des fins de formation et les autopsies visant à déterminer les causes d'un décès ne sont pas considérées comme des activités de recherche et ne sont donc pas soumises à la LRH<sup>2457</sup>. La recherche sur les maladies humaines est aussi largement définie à l'art. 3 *litt.* b LRH. Elle vise tout état pathologique, peu importe son origine et le domaine de recherche (médecine, psychologie, sport ou diététique)<sup>2458</sup>. La recherche sur la structure et le fonctionnement de l'être humain vise l'acquisition de connaissances en dehors de situations pathologiques (art. 3 *litt.* c LRH)<sup>2459</sup>.
- 857 La LRH est complétée par l'ordonnance relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques du 20 septembre 2013 (ORH)<sup>2460</sup>, par l'ordonnance sur les essais cliniques dans le cadre de la recherche sur l'être humain du 20 septembre 2013 (OClin)<sup>2461</sup> et par l'ordonnance d'organisation concernant la loi relative à la recherche sur l'être humain du 20 septembre 2013 (Org LRH)<sup>2462</sup>.

---

<sup>2452</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7306 ss. CR Cst.-BOILLET, n° 15 ad art 118b ; DONZALLAZ, Vol. I, n° 1921.

<sup>2453</sup> CR Cst.-BOILLET, n° 15 ad art 118b ; DUCOR, Jusletter, § 33.

<sup>2454</sup> MCF 118b Cst., FF 2007, p. 6374. Sur la dignité humaine avant la vie et après la mort, cf. *supra* n° 539 ss.

<sup>2455</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7307.

<sup>2456</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7307 ss. Nous relèverons que le Message considère qu'en règle générale, un travail de master ou une thèse ne doivent pas être considérés comme des travaux de recherche, car ils visent plus à l'acquisition d'un savoir individuel que de connaissances généralisables...

<sup>2457</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7340 ; HK HFG-ZAUGG, n° 1 ad intro. art. 36-38. Nous en traiterons dans le chapitre 11 sur les autopsies.

<sup>2458</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7308 ss. La notion couvre aussi bien la maladie que les accidents au sens des assurances sociales.

<sup>2459</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7309.

<sup>2460</sup> RS 810.301.

<sup>2461</sup> RS 810.305.

<sup>2462</sup> RS 810.308.

## 2. Les normes éthiques

L'ASSM a adopté le 1<sup>er</sup> décembre 1970 des Directives pour la recherche expérimentale sur l'être humain. Elles reprenaient largement les principes développés par les textes internationaux. Ces directives ont été révisées le 17 novembre 1981. Elles ont été complétées le 11 mai 1989 par les Directives pour l'organisation et l'activité des commissions d'éthique médicale chargées de l'examen des projets de recherche expérimentale sur l'homme. La version du 5 juin 1997 reprend le contenu des deux directives. Ces directives ont été retirées avec l'entrée en vigueur de la LRH et intégrées dans le Guide pratique de l'ASSM sur la recherche sur l'être humain de 2009, révisé en 2015<sup>2463</sup>. 858

Enfin, il existe des Recommandations de l'ASSM sur l'utilisation de cadavres et de parties de cadavre dans la recherche médicale et la formation prégraduée, postgraduée et continue du 27 novembre 2008 et adaptées fin 2014. Ces recommandations posent comme principe la nécessité d'un consentement éclairé de la personne décédée ou de ses proches pour une utilisation du cadavre<sup>2464</sup>. L'ASSM a également adopté des directives médico-éthiques et des recommandations sur les biobanques et le prélèvement, la conservation et l'utilisation de matériel biologique humain du 23 mai 2006, dont le ch. 4.5 traitait des prélèvements sur des personnes décédées. Ces directives ont été retirées le 28 novembre 2013, mais peuvent toujours servir à interpréter la LRH<sup>2465</sup>. 859

## III. Les conditions de la recherche sur une personne décédée

La LRH autorise les projets de recherche sur les personnes décédées à deux conditions cumulatives : le constat du décès et le consentement. Il existe des exceptions à l'exigence d'un consentement. 860

### A. *Le constat du décès*

Selon l'art. 37 al. 1 LRH un projet de recherche sur une personne décédée n'est autorisé que si son décès est constaté<sup>2466</sup>. La LRH reprend l'idée (que nous avons déjà abordée) qu'il n'y a qu'une seule mort, mais différentes manières 861

<sup>2463</sup> ASSM, Guide recherche 2015, p. 7.

<sup>2464</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2465</sup> HK HFG-RÜTSCHKE/ANNER, n° 2 ad art. 43.

<sup>2466</sup> DUCOR, Jusletter, § 84.

de la constater<sup>2467</sup>. Le Message distingue le constat du décès classique et le constat du décès d'une personne sous respiration artificielle et traitement médicamenteux<sup>2468</sup>. Le constat classique se base sur la mort cardiaque et l'apparition des signes de mort certaine comme la putréfaction, la rigidité ou les lividités cadavériques<sup>2469</sup>. Pour une personne maintenue sous respiration artificielle et traitement médicamenteux, les règles de la LTx sur le constat de la mort s'appliquent<sup>2470</sup>.

## B. *Le consentement*

862 Le projet de recherche sur la personne décédée porte atteinte au droit de disposer du défunt et de ses proches ; cette atteinte doit donc être justifiée par un motif justificatif<sup>2471</sup>. En principe, seul un consentement est apte à autoriser une telle atteinte<sup>2472</sup>.

### 1. **De la personne décédée**

863 Il revient en premier lieu à la personne d'autoriser de son vivant l'utilisation de son corps après son décès à des fins de recherche (art. 36 al. 1 LRH)<sup>2473</sup>.

#### a. Les conditions de validité

##### (i) La capacité de discernement

864 La personne doit disposer de la capacité de discernement pour valablement consentir à un projet de recherche sur son cadavre<sup>2474</sup>. Il s'agit d'un droit strictement personnel, proprement dit, librement exercé par un mineur ou une personne majeure privée de l'exercice des droits civils capables de discernement

---

<sup>2467</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 1 ad art. 37. Cf. *supra* n° 84 ss.

<sup>2468</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343.

<sup>2469</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 3 ad art. 37.

<sup>2470</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343 ; HK HFG-ZAUGG, n° 4 ad art. 37. Pour le constat de la mort dans ces circonstances, cf. *supra* n° 85 ss.

<sup>2471</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 4 ad intro. art. 36-38.

<sup>2472</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2473</sup> DUCOR, Jusletter, § 84 ; MAUSBACH/HUBER, n° 5.

<sup>2474</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; HK HFG-ZAUGG, n° 7 ad art. 36.

(art. 19c al. 1 CC) et absolu, exclu de représentation (art. 19c al. 2 *in fine* CC)<sup>2475</sup>. Contrairement à la LTx, la LRH ne fixe pas d'âge minimal pour consentir à une recherche<sup>2476</sup>.

(ii) La forme

L'expression de la volonté de la personne n'est pas soumise à une exigence de forme<sup>2477</sup>. Elle peut être documentée par écrit, notamment dans des directives anticipées (art. 370 CC) ou un mandat pour cause d'incapacité (art. 360 CC)<sup>2478</sup>. Nous avons déjà vu qu'il ne s'agit ni de directives anticipées ni d'un mandat pour cause d'incapacité au sens technique du terme<sup>2479</sup>. Une déclaration orale est aussi envisageable (art. 9 al. 2 *litt. b* ORH par analogie)<sup>2480</sup>. À noter que le Registre national du don d'organes permet également d'indiquer sa volonté en matière de recherche<sup>2481</sup>. 865

(iii) L'objet

Le consentement doit explicitement porter sur la recherche : une déclaration en faveur du don d'organes n'autorise pas une utilisation du corps de la personne décédée à des fins de recherche<sup>2482</sup>. Le consentement doit être libre et éclairé. Il est libre si la personne n'a pas subi de contrainte, de tromperie ou d'influences indues<sup>2483</sup>. Les règles de l'art. 9 LRH sur l'interdiction de commercialiser le corps humain servent notamment à garantir la liberté de décision de la personne<sup>2484</sup>. 866

<sup>2475</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 7 *in fine* ad art. 36.

<sup>2476</sup> HK HFG-ZAUGG, note 14 ad art. 36.

<sup>2477</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; HK HFG-ZAUGG, n° 8 ad art. 36.

<sup>2478</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; HK HFG-ZAUGG, n° 8 ad art. 36.

<sup>2479</sup> Cf. *supra* n° 249 s.

<sup>2480</sup> HK HFG-ZAUGG, note 18 ad art. 36.

<sup>2481</sup> Sur le registre, cf. *supra* n° 795.

<sup>2482</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342. *Contra* : MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 296, note 7, qui envisage la possibilité qu'une carte de donneur d'organes autorise également la recherche sur la personne décédée.

<sup>2483</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7313.

<sup>2484</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7315 ss.

867 Le consentement n'est valable que si la personne est informée de manière suffisante et adéquate<sup>2485</sup>. Les exigences de l'art. 16 al. 2 LRH doivent être remplies<sup>2486</sup>. Il est cependant possible que la personne renonce à une information complète et donne son corps à la recherche valablement<sup>2487</sup>. Ces exigences moindres peuvent aussi s'expliquer par des difficultés pratiques : il y a en général un certain laps de temps entre le moment où la personne consent à l'utilisation de son cadavre, le moment de son décès, et parfois l'utilisation de son corps. L'information porte principalement sur le type de recherche et d'interventions envisageables<sup>2488</sup>. Une personne peut en tout temps refuser que son corps soit utilisé à des fins de recherche<sup>2489</sup>. Enfin, on peut imaginer que la personne ne consente qu'à certains types ou domaines de recherche ou que son consentement soit limité à certaines parties de son cadavre.

## 2. Des proches ou de la personne de confiance

868 En vertu du renvoi de l'art. 36 al. 3 LRH, les dispositions topiques de la LTx s'appliquent aussi au domaine de la recherche sur l'être humain. Le système que nous avons présenté dans le chapitre sur la transplantation s'applique<sup>2490</sup>. Il faut donc demander aux proches s'ils ont connaissance d'une déclaration orale en faveur du don du corps à la recherche<sup>2491</sup>.

869 En l'absence de volonté exprimée par le défunt, la LRH applique le système du consentement exprès au sens large<sup>2492</sup>. Le proche le plus fortement affecté par le décès ou une personne de confiance désignée du vivant de la personne peuvent décider à la place du défunt (art. 36 al. 2 LRH)<sup>2493</sup>. Le cercle des proches est le même que celui défini par la LTx et l'OTx<sup>2494</sup>. La personne qui prend la décision doit être informée valablement<sup>2495</sup>. Sans l'accord des proches ou de la

---

<sup>2485</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2486</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 9 ad art. 36.

<sup>2487</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 9 ad art. 36.

<sup>2488</sup> MANAI, Jusletter, § 20 ; HK HFG-ZAUGG, n° 10 ad art. 36.

<sup>2489</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 12 ad art. 36.

<sup>2490</sup> Cf. *supra* n° 782 ss.

<sup>2491</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 18 ad art. 36.

<sup>2492</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342. BÜCHLER/MICHEL, p. 306 ; MANAI, Jusletter, § 22 ; MAUSBACH/HUBER, n° 9 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 297.

<sup>2493</sup> MANAI, Jusletter, § 21 ; HK HFG-ZAUGG, n° 16 ad art. 36 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 297 ss. Cf. également ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2494</sup> DUCOR, RDS, p. 281.

<sup>2495</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 21 ad art. 36.

personne de confiance, l'utilisation du corps de la personne décédée à des fins de recherche est prohibée<sup>2496</sup>. Ce droit de décision subsidiaire doit être exercé dans le respect de la volonté présumée du défunt<sup>2497</sup>.

### 3. Les exceptions à l'exigence du consentement

La LRH pose le principe qu'une recherche sur une personne décédée ne peut être justifiée que par un consentement. La loi prévoit cependant des exceptions. La première repose sur l'écoulement du temps depuis le décès et la deuxième sur le caractère minime de l'atteinte portée au cadavre. 870

#### a. Les personnes décédées depuis plus de 70 ans

L'art. 36 al. 4 LRH autorise à mener des projets de recherche sur une personne décédée sans son consentement si celle-ci est décédée depuis plus de 70 ans. Le consentement des proches ou d'une personne de confiance n'est pas non plus nécessaire. Si le défunt de son vivant ou les proches s'opposent à la recherche, celle-ci est interdite<sup>2498</sup>. Cela implique un devoir d'information des proches au sujet de la recherche et de leur droit d'opposition<sup>2499</sup>. 871

Le Message justifie cette exception en expliquant qu'après plusieurs décennies il est parfois impossible ou extrêmement compliqué de retrouver les proches d'une personne décédée<sup>2500</sup>. Selon le Message, cette règle vise donc à permettre notamment les recherches, à des fins archéologiques, sur les momies ou les corps retrouvés dans des glaciers<sup>2501</sup>. 872

La durée de 70 ans est calquée sur celle de la protection du droit d'auteur<sup>2502</sup>. Le Message n'explique pas le rapprochement entre le droit d'auteur et la re- 873

<sup>2496</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 13 ad art. 36.

<sup>2497</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 14 ad art. 36.

<sup>2498</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342. MAUSBACH/HUBER, n° 15.

<sup>2499</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 23 ad art. 36. *Contra* : MANAÍ, Jusletter, § 24, pour qui la loi ne prévoit pas de rechercher et d'informer d'éventuels proches.

<sup>2500</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342.

<sup>2501</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342. HK HFG-ZAUGG, n° 22 ad art. 36.

<sup>2502</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7342. MAUSBACH/HUBER, n° 14. La durée de 70 ans est inscrite à l'art. 29 al. 2 *litt.* b de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA, RS 231.1). Autrefois fixée à 50 ans dans le but d'assurer la protection de deux générations de descendants, la durée de protection des œuvres

cherche sur une personne décédée. Selon nous, le lien s'explique par la similitude entre les deux situations. Tout comme le cadavre, l'œuvre est un élément lié à la personnalité du défunt et sur lequel les proches peuvent faire valoir certains droits de maîtrise. L'écoulement du temps diminue la protection de l'intégrité du cadavre<sup>2503</sup>.

b. Les prélèvements lors d'autopsies et de transplantations

- 874 L'art. 38 LRH contient la deuxième exception à l'exigence du consentement. Cette exception vise la situation où une autopsie ou un prélèvement à des fins de transplantation est pratiqué sur la personne décédée. Dans ce cas, la loi admet qu'une quantité minimale de substance corporelle, prélevée pour la transplantation ou l'autopsie, soit utilisée de manière anonymisée à des fins de recherche, sans le consentement du défunt<sup>2504</sup>. Si le défunt a exprimé la volonté que son corps ne soit pas utilisé à des fins de recherche, un tel prélèvement n'est pas autorisé (art. 38 *in fine* LRH)<sup>2505</sup>. Lorsque l'autopsie a été ordonnée contre la volonté du défunt ou de ses proches, par exemple dans le cadre d'une procédure pénale, cette disposition n'est pas applicable<sup>2506</sup>. Il n'est alors plus possible de justifier le prélèvement par le consentement en amont qui a autorisé l'autopsie ou la transplantation.
- 875 La LRH ne s'applique pas à la recherche pratiquée sur du matériel biologique anonymisé (art. 2 al. 2 *litt.* b LRH). L'art. 38 LRH fixe les conditions qui permettent d'obtenir du matériel biologique anonymisé, mais son utilisation à des fins de recherche n'est pas soumise à la LRH.
- 876 La règle de l'art. 38 LRH consacre donc le modèle du consentement présumé pour des prélèvements minimes<sup>2507</sup>. L'absence d'opposition de la part de la personne revient à autoriser les prélèvements pour la recherche<sup>2508</sup>. Une quan-

---

a été étendue notamment en raison de l'allongement de la durée de vie moyenne et par souci d'harmonisation au niveau international, *cf.* notamment BARRELET *et alii*, n° 2 ad art. 29 LDA.

<sup>2503</sup> DUCOR, RDS, p. 275.

<sup>2504</sup> MAUSBACH/HUBER, n° 15.

<sup>2505</sup> MAUSBACH/HUBER, n° 17.

<sup>2506</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343. HK HFG-ZAUGG, n° 4 ad art. 38 ; RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 40.

<sup>2507</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 1 ad art. 38.

<sup>2508</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 1 ad art. 38.

tité minimale correspond à un échantillon de l'ordre des grammes ou des milligrammes<sup>2509</sup>. La notion de substance corporelle correspond à des cellules, tissus, organes ou liquides corporels<sup>2510</sup>. Contrairement à ce que laisse penser le texte légal en parlant de « document attestant du refus », le droit d'opposition n'est pas soumis à une exigence de forme<sup>2511</sup>. Les proches ou la personne de confiance peuvent témoigner d'un refus de la personne décédée<sup>2512</sup>.

Le Conseil fédéral justifie cette disposition par l'atteinte modique qu'implique un prélèvement minimal, dans le cadre des atteintes lourdes à l'intégrité du cadavre que constituent l'autopsie ou la transplantation<sup>2513</sup>. L'autopsie et la transplantation doivent être autorisées par le consentement du défunt ou de ses proches. Une atteinte supplémentaire, mais d'une portée infime ne lèse pas leur droit et est donc négligeable<sup>2514</sup>. De plus, le caractère anonyme du prélèvement réduit le risque d'atteinte à la personnalité. Ce point est critiqué par Julian Mausbach et Mia Aurelia Huber, qui évoquent le fait que même une quantité minimale de matériel biologique comportant de l'ADN peut être reliée à la personne<sup>2515</sup>. 877

La loi ne précise pas si le modèle du consentement présumé au sens étroit, où seul le défunt peut s'opposer, ou au sens large, où les proches peuvent également refuser, s'applique. Le Message ne donne pas d'informations précises à ce sujet<sup>2516</sup>. Helena Zaugg est d'avis que c'est le modèle du consentement au sens étroit qui s'applique et que les proches ou la personne de confiance ne peuvent pas s'opposer<sup>2517</sup>. Elle ne donne cependant pas de justification à cette affirmation. Selon nous, si un proche ou une personne de confiance a consenti à l'autopsie ou à la transplantation, il faut admettre qu'il dispose également du droit de s'opposer au prélèvement à des fins de recherche. Sinon il y a une contradiction avec l'art. 36 LRH qui considère qu'une déclaration en faveur d'un don d'organes ou d'une autopsie n'est pas valable pour la recherche<sup>2518</sup>. Le fait que le prélèvement soit pratiqué lors d'un acte qui nécessite un consentement permet de justifier le passage au modèle du consentement présumé. 878

<sup>2509</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343.

<sup>2510</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 18 ad art. 38.

<sup>2511</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 25 ad art. 38.

<sup>2512</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 26 ad art. 38.

<sup>2513</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343.

<sup>2514</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343. MAUSBACH/HUBER, n° 16.

<sup>2515</sup> MAUSBACH/HUBER, n° 18, note 29.

<sup>2516</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343.

<sup>2517</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 1 ad art. 38.

<sup>2518</sup> Cf. *supra* n° 866.



Nous ne voyons cependant pas de raison de restreindre le droit des proches dans cette situation, alors que le défunt peut, pour sa part, s'opposer.

- 879 Si nous suivons la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de consentement présumé, un tel système est admissible pour autant que le public soit informé<sup>2519</sup>. Les juges de Mon Repos considèrent même qu'il s'agit là d'un « [...] *élément essentiel sans lequel le système du consentement présumé perd sa légitimité* »<sup>2520</sup>. La simple publication d'une loi au recueil officiel ne suffit pas pour informer le public<sup>2521</sup>. Les exigences du Tribunal fédéral imposent une information de l'ensemble de la population, y compris hors des établissements médicaux, et régulièrement renouvelée<sup>2522</sup>. L'art. 38 LRH n'évoque pas de devoir d'information<sup>2523</sup>. Si l'on suit la logique du Tribunal fédéral, l'art. 38 LRH porte atteinte de manière disproportionnée au droit de disposer d'un cadavre comme élément de la liberté personnelle. Cependant, il faut tenir compte du fait que seule une quantité minimale de substance corporelle est prélevée de manière anonyme. Selon nous, ces éléments font que le principe de la proportionnalité est respecté. L'enjeu de ce débat est limité par le fait que les autorités sont tenues en vertu de l'art. 190 Cst. d'appliquer les lois fédérales contraires à la Constitution fédérale<sup>2524</sup>.

#### **IV. Les personnes décédées placées sous respiration artificielle**

- 880 L'art. 37 al. 2 LRH impose le respect du principe de subsidiarité, pour des recherches impliquant des personnes décédées placées sous respiration artificielle. Cela ajoute une exigence supplémentaire à celles des art. 36 et 37 al. 1 LRH. Le Conseil fédéral a renoncé à fixer davantage de conditions dans l'ORH<sup>2525</sup>.

---

<sup>2519</sup> ATF 123 I 112 consid. 9e.

<sup>2520</sup> ATF 123 I 112 consid. 9e.

<sup>2521</sup> ATF 123 I 112 consid. 9e.

<sup>2522</sup> ATF 123 I 112 consid. 9e.aa.

<sup>2523</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 5 *in fine* ad art. 38.

<sup>2524</sup> CR Cst.-MARTENET, n° 28 ad art. 190 ; BSK BV-EPINEY, n° 23 ad art. 190 ; SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, n° 5 ad art. 190 ; MAHON, Petit commentaire, n° 3 ad art. 190.

<sup>2525</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 7 ad art. 37 et les réf. citées. Une restriction sous la forme d'une durée maximum du maintien sous respiration artificielle aurait pu être envisagée par exemple.

Le principe de subsidiarité veut qu'on ne recoure à des expériences sur l'être humain que s'il est impossible d'obtenir des résultats équivalents par d'autres moyens qui ne nécessitent pas leur participation (art. 11 al. 1 LRH)<sup>2526</sup>. Dans le cadre de l'art. 37 al. 2 LRH, les recherches sur des personnes décédées placées sous respiration artificielle sont subsidiaires à celles sur des personnes décédées non placées sous respiration artificielle. 881

Le principe de subsidiarité s'explique par les difficultés émotionnelles que la situation d'une personne décédée sous respiration artificielle pose. Bien qu'elle soit décédée, maintenue sous respiration artificielle, la personne a l'apparence d'une personne endormie<sup>2527</sup>. La loi veut donc éviter au maximum qu'une personne décédée soit maintenue sous respiration artificielle après sa mort<sup>2528</sup>. 882

L'art. 37 al. 3 LRH garantit l'indépendance du médecin qui constate le décès vis-à-vis de l'équipe qui mène le projet de recherche. Ce devoir d'indépendance s'étend non seulement au médecin, mais aussi à l'ensemble de l'équipe médicale qui lui est liée<sup>2529</sup>. La loi veut ainsi éviter tout conflit d'intérêts<sup>2530</sup>. Pour Helena Zaugg, les buts de la norme sont d'une part de prévenir des actes dommageables sur des personnes en état de mort cérébrale et d'autre part d'éviter qu'un projet de recherche empêche le prélèvement d'organes aptes à la transplantation<sup>2531</sup>. Selon nous, il existe surtout la crainte que le constat du décès ne soit orienté ou favorisé par la perspective de mener une recherche sur la personne décédée. 883

## V. La recherche sur des embryons, des fœtus et des enfants mort-nés

La LRH traite à son chapitre 5 de la recherche sur les embryons, fœtus et enfants mort-nés. Celle-ci vise notamment à mieux comprendre le développement embryonnaire, les causes d'avortement, de naissance prématurée ou de morti- 884

<sup>2526</sup> Cf. également art. 16 ch. i CDHB. MCF LRH, FF 2009, p. 7318. MANAI, Jusletter, § 22 ; DUCOR, Jusletter, § 50 ; MANAI, Droits du patient, p. 499. On retrouve l'idée du principe de subsidiarité au ch. 20 de la déclaration d'Helsinki.

<sup>2527</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 5 *in fine* ad art. 37.

<sup>2528</sup> MANAI, Jusletter, § 22, qui invoque le respect de la dignité humaine ; MANAI, Droits du patient, p. 530.

<sup>2529</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 12 ad art. 37.

<sup>2530</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7343. MANAI, Droits du patient, p. 530.

<sup>2531</sup> HK HFG-ZAUGG, n° 11 ad art. 37.

natalité<sup>2532</sup>. Des prélèvements sont également possibles dans le cadre du développement de traitements de maladies dégénératives au moyen de cellules embryonnaires ou fœtales<sup>2533</sup>.

- 885 La loi fait une différence entre les embryons, fœtus et enfants mort-nés, issus d'interruptions de grossesse (art. 39 LRH) et d'avortements spontanés (art. 40 LRH)<sup>2534</sup>. L'interruption de grossesse doit être volontaire et se situer entre la nidation et le début de l'accouchement selon la définition du droit pénal<sup>2535</sup>. L'avortement spontané correspond à l'expulsion spontanée d'un embryon, fœtus ou d'un enfant<sup>2536</sup>. La loi n'exige pas que l'utilisation de fœtus et d'embryons issus d'interruptions de grossesse soit subsidiaire à l'utilisation de fœtus ou d'embryon issus d'avortements spontanés<sup>2537</sup>. Le Parlement a débattu de la possibilité d'interdire, pour des raisons éthiques, la recherche sur les embryons et fœtus issus d'interruptions de grossesse<sup>2538</sup>. Finalement, le conseiller fédéral Didier Burkhalter a convaincu le Conseil national en avançant l'argument que l'interruption de grossesse étant autorisée, il n'y avait pas de raison d'interdire la recherche sur les embryons et fœtus qui en sont issus<sup>2539</sup>.

#### A. *En cas d'interruption de grossesse*

- 886 L'art. 39 al. 1 LRH a pour objectif de s'assurer que le choix de la femme d'avoir recours à une interruption de grossesse n'est pas influencé par les intérêts de la recherche<sup>2540</sup>. On craint que la femme soit instrumentalisée et incitée à interrompre sa grossesse pour favoriser la recherche scientifique<sup>2541</sup>. Bien que la recherche soit une activité louable en soi, sur le plan éthique la femme doit prendre la décision de mettre fin à sa grossesse en toute indépendance<sup>2542</sup>.

---

<sup>2532</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 3 ad art. 39 et n° 2 ad art. 40 ; MANAI, Droits du patient, p. 532.

<sup>2533</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344 ; MANAI, Droits du patient, p. 532.

<sup>2534</sup> MANAI, Droits du patient, p. 532.

<sup>2535</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 2 ad art. 39. Pour le droit pénal, cf. notamment CORBOZ, Les infractions, n° 10 à 13 ad art. 118 CP et les réf. citées.

<sup>2536</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344.

<sup>2537</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 4 ad art. 39.

<sup>2538</sup> BO CN 2011, p. 333 ss.

<sup>2539</sup> BO CN 2011, p. 334. L'interdiction a été refusée par 119 voix contre 34.

<sup>2540</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344.

<sup>2541</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344.

<sup>2542</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344. HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 16 ad art. 39.

Pour cela, la loi exige que l'éventualité de l'utilisation d'un fœtus ou d'un embryon issu d'une interruption de grossesse ne soit abordée qu'une fois la décision définitive de la mère (art. 39 al. 1 LRH)<sup>2543</sup>. Le choix de la date ou de la méthode d'interruption de grossesse ne doit pas être déterminé par les besoins de la recherche (art. 39 al. 2 LRH)<sup>2544</sup>. Les potentiels conflits d'intérêts sont prévenus par l'indépendance et la séparation personnelle entre l'équipe médicale qui s'occupe de la grossesse et celle de la recherche (art. 39 al. 4 LRH)<sup>2545</sup>. Ces règles sont semblables à celles de la LTx<sup>2546</sup>. 887

La décision de la mère doit reposer sur un consentement éclairé<sup>2547</sup>. La loi renvoie explicitement à la règle de l'art. 16 LRH. Le consentement doit donc être donné par écrit après une information détaillée conforme à l'art. 16 al. 2 LRH<sup>2548</sup>. Les exigences en matière de consentement éclairé sont précisées à l'art. 44 ORH. Les dispositions sur la protection des personnes incapables de discernement (art. 22-24 LRH) s'appliquent également par analogie si la mère se trouve dans une telle situation<sup>2549</sup>. 888

Le système de la LRH repose sur deux décisions indépendantes : celle sur l'interruption de grossesse et celle sur la recherche<sup>2550</sup>. Dans les deux décisions, le père de l'embryon ou du fœtus n'est pas pris en compte. Le Message justifie ce choix ainsi : « *Une femme pouvant décider de manière autonome d'interrrompre une grossesse, il ne serait pas logique, dans le cadre d'une interruption de grossesse d'exiger le consentement de l'homme pour la partie concernant la recherche* »<sup>2551</sup>. 889

Nous sommes d'accord avec Bernhard Rüttsche qui est d'avis que la décision en matière de recherche devrait être prise par le couple, et non uniquement la mère<sup>2552</sup>. La décision en matière d'interruption de grossesse revient uniquement à la mère, en raison de la primauté de son intégrité physique sur les intérêts de l'embryon ou du fœtus. Une fois l'embryon ou le fœtus sorti du ventre de la mère, ses parents, qui sont les proches les plus étroitement liés avec lui, peuvent disposer de son corps. Nous renvoyons à nos développements sur le statut des enfants n'ayant pas acquis la personnalité et sur les personnes qui 890

<sup>2543</sup> DUCOR, RDS, p. 279 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 532.

<sup>2544</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 307 ; DUCOR, Jusletter, § 85.

<sup>2545</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 19 ad art. 39.

<sup>2546</sup> Comp. l'art. 39 al. 4 LRH avec l'art. 41 LTx. HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 18 ad art. 39.

<sup>2547</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 12 ad art. 39 ; MANAĪ, Droits du patient, p. 532.

<sup>2548</sup> DUCOR, RDS, p. 279.

<sup>2549</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 12 ad art. 39.

<sup>2550</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 11 ad art. 39.

<sup>2551</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345.

<sup>2552</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 12 ad art. 39.

peuvent décider du sort de leur corps et notamment sur la détermination et le rôle du père<sup>2553</sup>. Actuellement, si le père est inconnu, la mère peut consentir seule à une utilisation pour la recherche.

- 891 Enfin, la recherche n'est autorisée que si le décès de l'embryon ou du fœtus a été constaté (art. 39 al. 3 LRH)<sup>2554</sup>. L'exigence du constat du décès a pour but d'empêcher que des scientifiques ne prolongent la vie du fœtus ou de l'embryon dans un but de recherche<sup>2555</sup>. Cela participe à la protection de la dignité humaine en interdisant une instrumentalisation de la vie<sup>2556</sup>. Selon le Message, le constat du décès d'un embryon ou d'un fœtus repose sur les critères cumulatifs suivants : « *l'absence d'activité cardiaque et de pulsation dans le cordon ombilical, l'absence d'activité respiratoire et l'absence de mouvements* »<sup>2557</sup>. Le critère de la mort cérébrale ne s'applique pas dans ce cas<sup>2558</sup>.
- 892 Selon le Message, si l'enfant a montré des signes de vie, mais décède, les règles sur la recherche des personnes décédées s'appliquent, peu importe son âge ou son poids<sup>2559</sup>. Selon Bernard Rüttsche, le critère de la viabilité abstraite (22 semaines de gestation ou un poids de 500 grammes) doit permettre de faire la différence entre les embryons et fœtus, soumis aux art. 39 et 40 LRH, même s'ils montrent des signes de vie, et les enfants, qui sont traités comme des personnes décédées<sup>2560</sup>. Nous suivons la position du Message : en présence de signes de vie, l'enfant acquiert la personnalité<sup>2561</sup>. Le poids ou l'âge n'ont pas d'importance.

## B. En cas d'avortement spontané

- 893 En cas d'avortement spontané, le consentement du couple concerné est nécessaire (art. 40 LRH)<sup>2562</sup>. La loi fait également un renvoi à l'art. 16 LRH pour les exigences du consentement éclairé<sup>2563</sup>. Selon le Message : « *Il serait choquant, en cas d'avortement spontané ou de mise au monde d'un enfant mort-né, que*

---

<sup>2553</sup> Cf. *supra* respectivement n° 620 ss et n° 663.

<sup>2554</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 306 ; DUCOR, Jusletter, § 85.

<sup>2555</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345.

<sup>2556</sup> HK HFG-RÜTSCHKE, n° 22 ad art. 39.

<sup>2557</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 303.

<sup>2558</sup> HK HFG-RÜTSCHKE, n° 21 ad art. 39 LRH ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, n° 930.

<sup>2559</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7344.

<sup>2560</sup> HK HFG-RÜTSCHKE, n° 25 ad art. 39.

<sup>2561</sup> Sur le seuil de viabilité abstraite et la notion d'enfant, cf. *supra* n° 605 ss.

<sup>2562</sup> DUCOR, Jusletter, § 85 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 299.

<sup>2563</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345. BÜCHLER/MICHEL, p. 307.

*l'homme concerné soit exclu de la décision* »<sup>2564</sup>. Il faut donc en déduire que selon le Conseil fédéral, la différence de régime entre l'art. 39 et 40 LRH vient du caractère imprévu de l'avortement (contrairement à l'interruption de grossesse qui repose sur une décision de la mère).

Si la loi exige le consentement du couple concerné, cela nécessite donc de déterminer les personnes qui doivent consentir. Aucun lien de filiation n'est établi, puisque l'enfant mort-né, le fœtus ou l'embryon issu d'un avortement spontané n'acquiert pas la personnalité<sup>2565</sup>. On va toutefois appliquer par analogie les règles sur l'établissement de la filiation (art. 252 ss CC). La détermination de la mère ne pose pas de problème<sup>2566</sup>. Il s'agit de la mère qui a « donné naissance » à l'enfant (art. 252 al. 1 CC par analogie). Le conjoint de la mère est présumé être le père (art. 255 al. 1 CC) ; hors mariage l'homme doit avoir reconnu l'enfant avant la naissance (art. 260 al. 1 CC)<sup>2567</sup>. Les deux parents doivent être d'accord : le refus d'un seul conduit à interdire la recherche. Si le père est inconnu, s'il ne peut pas être contacté ou s'il y a un conflit sur la paternité, la recherche sur l'embryon, le fœtus ou l'enfant mort-né est interdite<sup>2568</sup>.

L'art. 40 al. 2 LRH exige également le constat du décès<sup>2569</sup>. Nos développements sur l'art. 39 al. 3 LRH s'appliquent par analogie<sup>2570</sup>.

## VI. Le transport, l'exportation et la conservation

En vertu de l'art. 44 LRH, les dispositions sur la transmission à des fins autres que la recherche (art. 41 LRH), l'exportation (art. 42 LRH) et la conservation (art. 43 LRH) du matériel biologique et des données personnelles liées à la santé s'appliquent par analogie aux personnes décédées, embryons, fœtus et enfants mort-nés, aux parties de ceux-ci et aux données relevées dans ce contexte. Nous ne traiterons pas de la question des données tirées de personnes décédées ou d'embryons, fœtus et d'enfants mort-nés, car cela sort du cadre de notre étude.

<sup>2564</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345.

<sup>2565</sup> Cf. *supra* n° 635 et 663.

<sup>2566</sup> MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 300.

<sup>2567</sup> Cf. *supra* n° 663.

<sup>2568</sup> HK HFG-RÜTSCHKE, n° 7 ad art. 40.

<sup>2569</sup> BÜCHLER/MICHEL, p. 307 ; DUCOR, Jusletter, § 85.

<sup>2570</sup> Cf. *supra* n° 891.

- 897 Il n'est pas autorisé d'utiliser à des fins autres que la recherche un cadavre ou une partie de cadavre qui ont été utilisés ou récoltés pour la recherche sans un motif justificatif. Ce motif doit être une base légale au sens formel ou le consentement éclairé du défunt (art. 41 LRH par analogie)<sup>2571</sup>. À notre sens, le consentement éclairé doit remplir les exigences des art. 16, 22 à 24 et 32 LRH, même si la loi ne le précise pas. Le modèle du consentement exprès au sens large s'applique<sup>2572</sup>. Vu le texte de la loi, qui parle de consentement « en l'espèce », celui-ci n'est valable que pour un cas précis d'utilisation<sup>2573</sup>. Un consentement général est exclu<sup>2574</sup>. Pour les embryons et les fœtus, les règles des art. 39 et 40 LRH s'appliquent<sup>2575</sup>. Il s'agit d'une concrétisation du principe de la finalité, en particulier de l'immutabilité du but, issu de la protection des données, inscrit à l'art. 4 al. 3 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)<sup>2576</sup>.
- 898 L'exportation d'un cadavre ou d'une partie de cadavre à des fins de recherche doit reposer sur le consentement éclairé de la personne décédée ou de ses proches (art. 42 al. 1 LRH par analogie). Les mêmes règles que pour le consentement de l'art. 41 LRH s'appliquent. Les recommandations de l'ASSM prescrivent que lors de l'importation de cadavres, le responsable suisse doit disposer d'une déclaration écrite de l'importateur qui certifie que les exigences de la LRH ont été respectées à l'étranger<sup>2577</sup>. Il est regrettable que la LRH ne contienne pas de disposition sur l'importation et sur les moyens de contrôler le respect de la LRH pour un cadavre venant de l'étranger.
- 899 L'art. 43 LRH règle la conservation du corps de personnes décédées, d'embryons, de fœtus, y compris d'enfants mort-nés, de parties ou de données relevées dans le contexte d'une recherche sur ceux-ci. Cette norme doit être rattachée au principe de sécurité en protection des données (art. 7 LPD)<sup>2578</sup>.

---

<sup>2571</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7345. HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 5 ad art. 41.

<sup>2572</sup> Cf. *supra* n° 869 ss.

<sup>2573</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 8 ad art. 41.

<sup>2574</sup> HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 8 ad art. 41.

<sup>2575</sup> Cf. *supra* n° 884 ss.

<sup>2576</sup> RS 235.1. HK HFG-RÜTSCHÉ, n° 2 ad art. 41. Sur le principe de la finalité, cf. notamment MEIER, Protection des données, n° 716 ss. Avec la révision totale de la LPD, le principe de la finalité est inscrit à l'art. 6 al. 3 nLPD. Pour le texte de la nLPD, FF 2020, p. 7397.

<sup>2577</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.5.

<sup>2578</sup> Sur le principe de la sécurité, cf. MEIER, Protection des données, n° 776 ss. Avec la révision de la LPD, le principe de la sécurité des données figurera à l'art. 8 nLPD.

L'art. 43 LRH a été conçu comme une disposition de protection des donnes<sup>2579</sup>. Son application par analogie aux restes physiques d'une personne décédée ne va pas de soi, même s'il est évident que de tels restes doivent être conservés de manière sécurisée.

## VII. L'autorisation du projet de recherche

L'art. 45 al. 1 *litt.* a LRH soumet un projet de recherche à l'autorisation d'un comité d'éthique<sup>2580</sup>. Cela concerne donc également les projets de recherche sur des personnes décédées, les embryons, fœtus, enfants mort-nés issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés<sup>2581</sup>. Cette exigence ressort notamment de l'art. 23 de la déclaration d'Helsinki et de l'art. 16 ch. iii de la CDHB<sup>2582</sup>. Selon l'art. 51 LRH, la commission d'éthique détermine « *si les projets de recherche et leur réalisation sont conformes aux exigences éthiques, juridiques et scientifiques [...] de la loi* »<sup>2583</sup>. Les art. 41 à 43 ORH précisent les points que le comité d'éthique doit contrôler dans le cadre d'une recherche sur une personne décédée et les art. 45 à 46 ORH pour les embryons et fœtus. La commission d'éthique vérifie notamment la qualité scientifique du projet, le respect des exigences en matière de consentement et des autres dispositions légales et les qualifications professionnelles de la direction du projet et des autres chercheurs (art. 41 et 45 ORH). La commission d'éthique statue à trois membres en procédure simplifiée sur l'autorisation d'un projet de recherche sur une personne décédée, sauf si la personne décédée est placée sous respiration artificielle : dans ce cas, c'est la procédure ordinaire à sept membres qui est applicable (art. 6 al. 1 *litt.* d Org LRH)<sup>2584</sup>. La procédure ordinaire s'applique au projet de recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés, y compris des enfants mort-nés (art. 5 Org LRH)<sup>2585</sup>.

<sup>2579</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7347. Cf. également ASSM, Biobanques, ch. 3.2.

<sup>2580</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2472.

<sup>2581</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7348. MANAI, Jusletter, § 22 ; HK HFG-JENNI, n° 3 ad art. 45 ; DUCOR, RDS, p. 276 ; ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.2 *in fine* ; MAUSBACH/HUBER, n° 19.

<sup>2582</sup> MANAI, Droits du patient, p. 534.

<sup>2583</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 2484.

<sup>2584</sup> DUCOR, Jusletter, § 84. La procédure ordinaire s'applique s'il n'y a pas d'unanimité ou si l'un des trois membres le demande (art. 6 al. 4 Org LRH).

<sup>2585</sup> DUCOR, Jusletter, § 85.



- 901 La compétence de la commission d'éthique est régie à l'art. 47 LRH<sup>2586</sup>. Les cantons doivent désigner la commission d'éthique compétente pour leur territoire et en assurer la surveillance et le financement (art. 54 al. 1 et 5 LRH). Certains cantons ont fait usage de la possibilité de l'alinéa 2 pour créer des commissions communes ou désigner la commission d'un autre canton<sup>2587</sup>. Actuellement, il existe sept commissions pour l'ensemble du pays<sup>2588</sup>. Leur composition doit permettre de disposer des compétences et des connaissances nécessaires à l'exercice de leurs tâches, notamment dans le domaine médical, juridique et éthique et d'au moins un représentant des patients (art. 53 LRH et art. 1 et 2 Org LRH)<sup>2589</sup>.

### VIII. Les dispositions pénales

- 902 La LRH contient à ses art. 62 et 63 deux dispositions pénales qui visent à sanctionner les violations de la loi qui portent atteinte aux biens juridiques protégés par la LRH<sup>2590</sup>. Elles visent à punir des comportements de mise en danger de la santé des personnes concernées ou particulièrement répréhensibles sur le plan éthique<sup>2591</sup>. La loi réserve l'application d'autres dispositions pénales (art. 62 al. 1 LRH)<sup>2592</sup>. L'art. 62 LRH énumère les délits liés à la violation de la LRH, tandis que l'art. 63 LRH traite des simples contraventions<sup>2593</sup>. Les délits sont également punissables par négligence, mais la peine menace est alors réduite à 180 jours-amendes (art. 62 al. 3 LRH). Les contraventions peuvent également être commises par négligence (art. 63 al. 1 LRH).
- 903 La réalisation d'un projet de recherche sur une personne décédée ou sur un embryon ou un fœtus sans les consentements nécessaires est punissable (art. 62 al. 1 *litt. b* LRH)<sup>2594</sup>. Une violation de l'interdiction de commercialiser un corps, une partie de corps humain (art. 9 LRH), y compris une personne décédée ou un embryon ou un fœtus est également sanctionnée (art. 62 al. 1 *litt. c*

---

<sup>2586</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7349.

<sup>2587</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7353 ss.

<sup>2588</sup> <https://www.swissethics.ch/fr/ethikkommissionen> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Annexe II.

<sup>2589</sup> Sur ces normes, cf. DONZALLAZ, Vol. I, n° 2532 ss.

<sup>2590</sup> HK HFG-GRUBERSKI, n° 2 ad intro. art. 62-64 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 295.

<sup>2591</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7358.

<sup>2592</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7358.

<sup>2593</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7358. HK HFG-GRUBERSKI, n° 5 ad intro. art. 62-64.

<sup>2594</sup> MANAI, Jusletter, § 22 ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 296.

et c<sup>bis</sup> LRH)<sup>2595</sup>. Enfin, l'utilisation d'un embryon ou d'un fœtus pour la recherche avant le constat de son décès est également un délit (art. 62 al. 1 *litt. e* LRH)<sup>2596</sup>. Cette disposition vise principalement à empêcher qu'un embryon ou un fœtus ne soit maintenu artificiellement en vie pour la recherche, ce qui reviendrait à une instrumentalisation inacceptable de la vie prénatale<sup>2597</sup>. La violation de l'exigence du constat du décès de la personne pour procéder à une recherche n'est pas spécialement punie par la LRH<sup>2598</sup>.

L'art. 63 al. 1 *litt. a* LRH punit la réalisation d'un projet de recherche dépourvu d'autorisation d'un comité d'éthique, mais sans mise en danger de la personne concernée. Cela concerne ainsi les situations de recherche sur une personne décédée<sup>2599</sup>. Par définition, une personne décédée ne peut pas voir sa santé mise en danger. La violation de l'art. 14 LRH sur la gratuité de la participation à un projet avec bénéfice direct escompté est sanctionnée par l'art. 63 al. 1 *litt. b* LRH. Dans le cadre de notre étude, on pourrait envisager un cas d'application de cette disposition dans l'hypothèse de la recherche sur la cryogénéisation, où les chercheurs octroieraient ou accepteraient une rémunération du participant de son vivant. Enfin, en raison du renvoi de l'art. 44 LRH, une violation de l'art. 41 LRH sur la transmission à des fins autres que la recherche concernant une personne décédée, d'un embryon, d'un fœtus ou d'une partie de ceux-ci est également punissable (art. 63 al. 1 *litt. d* LRH). 904

## IX. Conclusion

À la différence de la LTx, la LRH prévoit deux exceptions qui permettent de se passer du consentement pour justifier une atteinte à l'intégrité de la personne décédée. La première exception intervient si le décès de la personne remonte à plus de 70 ans. La protection de cadavre humain diminue avec le temps. Après un certain laps de temps, les proches du défunt viennent à leur tour à décéder. Les relations affectives que le droit protège disparaissent donc également. La deuxième exception (art. 38 LRH) est justifiée par le caractère minime des prélèvements. 905

<sup>2595</sup> HK HFG-GRUBERSKI, n° 29 ad art. 62 LRH ; MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 301. Cf. l'art. 119 al. 2 *litt. e* Cst., l'art. 119a al. 3 Cst. et l'art. 21 CDHB.

<sup>2596</sup> MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 303.

<sup>2597</sup> HK HFG-GRUBERSKI, n° 46 ad art. 62.

<sup>2598</sup> Une recherche sur une personne non encore décédée tomberait notamment sous le coup des dispositions du CP sur la protection de la vie et de l'intégrité physique.

<sup>2599</sup> MAUSBACH, Die Strafbestimmungen, p. 304.

- 906 Il est critiquable que les dispositions concernant la recherche sur des embryons, fœtus ou enfants mort-nés exigent le consentement du couple uniquement en cas d'avortement spontané et, qu'en cas d'interruption de grossesse, seule la mère doive consentir.
- 907 Les art. 41 à 43 LRH sont des normes qui ont été pensées pour assurer le respect de certains principes de protection des données. Elles ont été conçues pour s'appliquer à des données. Le renvoi de l'art. 44 LRH pose ainsi des problèmes. Les art. 41 à 43 LRH n'ont pas été pensés pour s'appliquer à des objets tangibles.
- 908 Il faut souligner les exigences de l'ASSM, qui demande que l'utilisation dans la recherche de cadavres provenant de l'étranger respecte les mêmes exigences qu'en Suisse. On peut regretter que la LRH ne prévoise pas une telle règle. Vu les différents instruments internationaux sur la recherche sur l'être humain, les principes de la LRH sont largement répandus hors des frontières de la Suisse. Cela ne devrait donc pas nuire aux collaborations internationales en matière de recherche, mais éviterait cependant que l'on puisse profiter de législations moins strictes dans des pays étrangers pour contourner les règles de la LRH.

---

# Chapitre 11 : Les autopsies

## I. Introduction

Le Petit Robert définit l'autopsie comme : « *examen et dissection d'un cadavre (notamment pour déterminer les causes de la mort)* »<sup>2600</sup>. Le mot vient du grec *autopsia* (αὐτοψία) qui signifie « *action de voir de ses propres yeux* »<sup>2601</sup>. Nous définissons l'autopsie comme l'ouverture et/ou la dissection d'un cadavre. 909

L'autopsie trouve ses origines au confluent du droit, de la médecine et de la religion. Elle peut avoir des buts variés : permettre la conservation du corps, établir les causes du décès, diviser le corps pour créer des reliques, comprendre l'anatomie humaine<sup>2602</sup>. Les rites funéraires de certaines civilisations antiques ont amené à pratiquer l'éviscération et l'ouverture des cadavres royaux<sup>2603</sup>. La religion et les prêtres avaient alors une importance majeure dans l'ouverture des corps. Progressivement, les médecins s'intéressent à la dissection des cadavres d'humains et d'animaux<sup>2604</sup>. L'ouverture du corps devient une dissection si elle s'accompagne de curiosité scientifique<sup>2605</sup>. Les premières traces de dissections réalisées dans le but de comprendre l'anatomie humaine remontent à l'École d'Alexandrie à la fin du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C.<sup>2606</sup>. Le monde romain interdit la dissection humaine et les médecins ont dû se contenter d'animaux ou de l'observation de blessures<sup>2607</sup>. L'Antiquité tardive, marquée par l'expansion du Christianisme, ne connaît plus d'autopsies<sup>2608</sup>. 910

Les dissections renaissent en Italie du Nord dans la deuxième moitié du XII<sup>e</sup> siècle<sup>2609</sup>. La première référence incontestable à une dissection date de 911

---

<sup>2600</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 186.

<sup>2601</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 186.

<sup>2602</sup> MANDRESSI, p. 56 ; ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Tome II, p. 71.

<sup>2603</sup> Nous pensons notamment aux Sumériens, Babyloniens, Égyptiens, Aztèques, Incas ou Chinois, cf. BIOTTI-MACHE, p. 33 ss ; WÉRY/BEAUTHIER, p. 21. Cf. également l'ouvrage de GAUTHIER.

<sup>2604</sup> WÉRY/BEAUTHIER, p. 21 ss ; GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 332.

<sup>2605</sup> MANDRESSI, p. 59.

<sup>2606</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 35 ss ; GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 333 ; MANDRESSI, p. 19. En particulier l'œuvre d'Hérophile de Chalcédoine et d'Érasistrate de Céos.

<sup>2607</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 42 ss.

<sup>2608</sup> GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 334.

<sup>2609</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 55 ss.

1286<sup>2610</sup>. Les écoles de médecine européennes vont petit à petit se voir accorder le droit de disséquer des cadavres<sup>2611</sup>. On pense à tort que l'Église interdisait les dissections<sup>2612</sup>. L'Église, sans les encourager pour autant, n'interdisait pas les autopsies, mais les réglementait et contrôlait avec les autorités laïques l'accès aux cadavres<sup>2613</sup>. En réalité, l'autorisation des dissections relevait du pouvoir temporel<sup>2614</sup>.

- 912 Il faut évoquer la Décrétale du Pape Boniface VIII *Detestandae feritatis* de 1299 qui interdit le *mos teutonicus*, souvent considéré à tort comme interdisant la dissection anatomique<sup>2615</sup>. L'historien Rafael Mandressi arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu de combat théologique contre la dissection, mais que certaines attitudes, transmises, élaborées ou absorbées par le Christianisme ont pu retarder l'apparition de l'anatomie<sup>2616</sup>. L'idée d'une intangibilité du cadavre remonte aux Grecs et aux Romains, qui redoutaient le voisinage des morts et s'est transmise aux Chrétiens<sup>2617</sup>. Au Moyen Âge, cette crainte s'est progressivement estompée en raison d'une plus grande familiarité avec la mort et le cadavre<sup>2618</sup>. Nous avons déjà évoqué la croyance populaire dans une forme de vie latente du cadavre<sup>2619</sup>. Cette croyance est un élément qui a freiné l'avènement de l'anatomie<sup>2620</sup>. À l'inverse, le renouveau de la chirurgie à la fin du XI<sup>e</sup> siècle après une période « d'éclipse » entre le V<sup>e</sup> et le XI<sup>e</sup> siècle a favorisé son essor<sup>2621</sup>.
- 913 L'autopsie et la dissection deviennent à l'Époque moderne des méthodes courantes de la médecine<sup>2622</sup>. Elles se développent au cours du XIV<sup>e</sup> siècle et se

---

<sup>2610</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 56 ; MANDRESSI, p. 18, pour qui, elle aurait eu lieu vers 1270-1280.

<sup>2611</sup> WÉRY/BEAUTHIER, p. 22 ; GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 335.

<sup>2612</sup> CHARLIER, p. 28 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 63 et 102 ; MANDRESSI, p. 15, pour qui la pratique des autopsies paraît tellement évidente dans notre société, que l'absence d'autopsie à une époque, nous apparaît forcément comme le résultat d'une interdiction.

<sup>2613</sup> CHARLIER, p. 28 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 63 et 65 ss.

<sup>2614</sup> MANDRESSI, p. 43.

<sup>2615</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 59 ; BONDOLFI, *Organentnahme*, p. 94 ; MANDRESSI, p. 20 ; GAUTHIER, p. 125 ; BONDOLFI, *Status der Leiche*, p. 227 s. ; VOVELLE, p. 111.

<sup>2616</sup> MANDRESSI, p. 35.

<sup>2617</sup> MANDRESSI, p. 33 ; ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Tome I, p. 37 ; ARIÈS, *Essais*, p. 25.

<sup>2618</sup> MANDRESSI, p. 34, qui évoque le rôle, d'une part, du culte des reliques et, d'autre part, du cimetière paroissial.

<sup>2619</sup> Cf. *supra* n° 35.

<sup>2620</sup> MANDRESSI, p. 33.

<sup>2621</sup> MANDRESSI, p. 45 et 54.

<sup>2622</sup> GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 335.

généralisent dans la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>2623</sup>. André Vésale publie son ouvrage *De Humani Corporis Fabrica* en 1543 qui marque un tournant dans l'histoire de la médecine : il fonde l'apprentissage sur l'observation plutôt que sur la seule lecture d'œuvres consacrées (en particulier de Galien)<sup>2624</sup>. Le cadavre devient un pur objet, séparé de l'homme, créant une rupture anthropologique fondatrice de la médecine occidentale moderne<sup>2625</sup>. La vision dualiste de Vésale peut être reliée également à la conception du corps-machine de Descartes<sup>2626</sup>.

Les origines de la médecine légale remontent au XII<sup>e</sup> siècle<sup>2627</sup>. Le XVI<sup>e</sup> siècle voit son essor, notamment avec la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, qui prévoit le témoignage d'un médecin ou l'examen du cadavre lors de la procédure judiciaire<sup>2628</sup>. L'autopsie médicale (ou pathologique) apparaît à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>2629</sup>. De nos jours, l'autopsie reste un acte essentiel dans le domaine de la médecine légale, de la pathologie et de l'anatomie. 914

L'origine des corps autopsiés a longtemps été problématique. Les corps des condamnés à mort ou de criminels ont servi aux autopsies durant des siècles. Cependant, leur nombre ne suffisait pas à satisfaire la curiosité des médecins. Ils ont alors eu recours à des cadavres obtenus clandestinement. Les corps sont dérobés ou rachetés dans les cimetières, dans les hôpitaux, ou sur les gibets. Certains vont même jusqu'à tuer des miséreux pour disposer de cadavres<sup>2630</sup>. Ces enlèvements de cadavres à des fins de dissection sont fortement contestés par la population, ce qui conduit parfois même à des émeutes dans les cimetières ou autour des échafauds, notamment au XVIII<sup>e</sup> siècle en Grande-Bretagne<sup>2631</sup>. Le *Warburton Anatomy Act* adopté en 1832 en Angleterre réglemente 915

<sup>2623</sup> MANDRESSI, p. 19.

<sup>2624</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 23 ; LE BRETON, *L'adieu au corps*, p. 17 s. Sur Vésale, cf. LE BRETON, *La chair à vif*, p. 83 ss.

<sup>2625</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 23 et 101 ; LE BRETON, *L'adieu au corps*, p. 17 s. ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 87.

<sup>2626</sup> CHARLIER, p. 49 ; LE BRETON, *L'adieu au corps*, p. 18 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 106 ; LE BRETON, *Déclinaison du cadavre*, p. 10 ; LE BRETON, *Le cadavre ambigu*, p. 83 ; MANDRESSI, p. 206 s.

<sup>2627</sup> MANDRESSI, p. 40, qui évoque la date de 1209.

<sup>2628</sup> Art. 147 et 149 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, cf. CHARLIER, p. 23 et 26 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 72 ss.

<sup>2629</sup> GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 336 ss ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 101 ss.

<sup>2630</sup> Sur ces questions, cf. notamment LE BRETON, *La chair à vif*, p. 119 ss.

<sup>2631</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 157. Sur les « résurrectionnistes », cf. LE BRETON, *La chair à vif*, p. 149 ss.

l'accès aux cadavres en autorisant les médecins à pratiquer des autopsies exclusivement sur les corps non réclamés ou si le défunt ou sa famille en a fait don<sup>2632</sup>. L'idée de don de corps à la science s'impose au XX<sup>e</sup> siècle en Occident<sup>2633</sup>.

- 916 L'autopsie peut avoir plusieurs buts. Premièrement, l'autopsie peut éclaircir les circonstances et les causes du décès d'une personne<sup>2634</sup>. Par ailleurs, l'autopsie peut servir à l'enseignement de l'anatomie, à la compréhension de la structure du corps humain ainsi qu'à la formation des médecins à différents actes cliniques et chirurgicaux<sup>2635</sup>. Les résultats d'une autopsie peuvent intéresser différentes personnes. Du point de vue de l'État, les résultats d'une autopsie servent de preuves dans la poursuite d'infractions pénales, principalement les homicides<sup>2636</sup>. Les autopsies servent également à prévenir les épidémies et à assurer plus largement la santé publique. Les proches du défunt peuvent désirer des explications sur les causes d'un décès, pour faciliter leur deuil ou pour des questions de responsabilité<sup>2637</sup>. La médecine tire de nombreux bénéfices des autopsies. L'apprentissage de l'anatomie par la dissection de cadavres reste un passage important de la formation d'un médecin<sup>2638</sup>. Elle participe au vécu du futur médecin face à la mort<sup>2639</sup>. Elle intervient dans la formation continue des chirurgiens pour simuler des opérations<sup>2640</sup>. Enfin, l'autopsie permet de réunir de nombreuses informations sur les causes du décès d'un patient et fait partie de son suivi médical après la mort.
- 917 Cette réalité complexe a pour conséquence que l'autopsie est le sujet d'une réglementation juridique fragmentée en Suisse<sup>2641</sup>. La procédure pénale fédérale, d'une part, et les lois cantonales dans les domaines de la santé ou des sépultures, d'autre part, s'appliquent. Les autopsies ne rentrent pas dans le

---

<sup>2632</sup> LE BRETON, *La chair à vif*, p. 157 et 162.

<sup>2633</sup> GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 339. Cf. également BERNARD/LE GRAND-SÉBILLE, p. 8 ss.

<sup>2634</sup> GUILLOD, *Droit médical*, n° 641.

<sup>2635</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ; GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 332 ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 32 ; SPLISGARDT, p. 13 ; BÄR, p. 455.

<sup>2636</sup> SPLISGARDT, p. 8.

<sup>2637</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 27.

<sup>2638</sup> La dissection joue toujours un rôle initiatique pour les carabins, cf. BERNARD/LE GRAND-SÉBILLE, p. 10 ; LE BRETON, *La chair à vif*, p. 31.

<sup>2639</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2640</sup> Cf. l'émission de la RTS *On en parle* « Tout savoir sur le don du corps à la science », du 13 novembre 2020.

<sup>2641</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 38.

champ d'application de la LRH, car en principe elles ne constituent pas à proprement parler des activités de recherche, c'est-à-dire de la recherche méthodologique visant à obtenir des connaissances généralisables au sens de l'art. 3 *litt. a* LRH<sup>2642</sup>. On peut toutefois imaginer qu'une autopsie soit pratiquée dans le cadre d'un projet de recherche (soumis à la LRH). Les associations médicales et médico-légales tant nationales qu'internationales ont également adopté un certain nombre de textes normatifs.

L'autopsie est une pratique ancienne et peu remise en question. Elle est pourtant le sujet de plusieurs actualités. En 2014, trois chercheurs suisses allemands ont remis en cause le nombre réel d'homicides en Suisse et leur taux d'identification lors des examens médico-légaux, en particulier lors du constat du décès et de la levée de corps<sup>2643</sup>. La baisse du taux d'autopsie clinique en Suisse inquiète en raison de son importance pour le contrôle de la qualité des soins et la formation continue des médecins<sup>2644</sup>. Enfin, la question de l'approvisionnement des instituts d'anatomie en corps pour l'enseignement a également intéressé la presse<sup>2645</sup>. 918

Le développement des techniques d'imagerie médicale *post-mortem* modifie la pratique des autopsies. Il faut notamment évoquer la technique de l'angiographie post-mortem développée par la Prof. Silke Grabherr du Centre universitaire romand de médecine légale (CURML). Elle consiste à injecter un produit de contraste et à le faire circuler dans le système vasculaire pour permettre son examen à l'aide d'un scanner<sup>2646</sup>. Cette technique n'est pas appelée à remplacer les autopsies, mais complète celles-ci<sup>2647</sup>. 919

<sup>2642</sup> MCF LRH, FF 2009, p. 7340. Cf. également MANAI, Jusletter, § 29 ; DUCOR, RDS, p. 274 ; SPLISGARDT, p. 92.

<sup>2643</sup> Cf. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH. Pour des statistiques récentes concernant le nombre d'autopsies médico-légales en Suisse romande, cf. FRACASSO/GRODECKI, p. 215.

<sup>2644</sup> TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 34 ss ; FLURI/GEPPERS, p. 79, qui parlent d'un taux d'autopsie clinique qui est passé de 80 % dans les années 1970 à de 20 % en 2002.

<sup>2645</sup> Cf. les articles du journal *24Heures* « Les corps donnés à la science ne sont pas tous acceptés », du 21 février 2017 et « Toujours plus de corps légués à la science », du 10 août 2017.

<sup>2646</sup> Cf. les articles du journal *24Heures* « La vaudoise star de l'autopsie poursuit sa conquête du monde », du 1er mai 2018 et « La médecin légiste qui révolutionne l'autopsie », du 31 mai 2016.

<sup>2647</sup> CHARLIER, p. 118 ss ; EGGER/FRACASSO, p. 693 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61 ad art. 253 ; TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 31. Cf. également l'article du journal *24Heures* « La vaudoise star de l'autopsie poursuit sa conquête du monde », du 1er mai 2018.



- 920 Nous n'avons pas trouvé de statistiques précises du nombre d'autopsies pratiquées en Suisse. Pour donner un ordre de grandeur, selon l'OFS, en 2018 sur 67'088 décès en Suisse, 3'920 sont répertoriés comme accidents ou morts violentes et vont entraîner l'intervention des autorités de poursuites pénales<sup>2648</sup>. Entre un huitième et un dixième des décès sont considérés comme non naturels<sup>2649</sup>. En 2018, le CURML a pratiqué environ 600 autopsies<sup>2650</sup>.
- 921 Le CHUV connaît environ un millier de décès par année et 150 autopsies médicales sont pratiquées, alors qu'il y a vingt ans, ce chiffre atteignait 500<sup>2651</sup>. Selon le Dr Samuel Rotman, en dessous de 100 autopsies annuelles, il n'est plus possible d'assurer la formation des pathologues et un taux d'autopsie de 30 % des décès serait nécessaire pour obtenir un contrôle de qualité représentatif<sup>2652</sup>.
- 922 À Lausanne, le décès de 60 donneurs par an est annoncé pour une autopsie d'anatomie, dont la moitié est acceptée<sup>2653</sup>. Il y a environ 120 personnes qui annoncent leur don par année et 2000 personnes inscrites au total. On estime qu'entre 300 et 400 personnes font ce choix chaque année dans l'ensemble de la Suisse<sup>2654</sup>. En général, il y a un délai de 20 ans entre la déclaration de don et le décès<sup>2655</sup>.
- 923 Nous présenterons tous d'abord les règles concernant les autopsies médico-légales (II), en particulier dans le cadre du Code de procédure pénale. Ces autopsies servent à expliquer les causes et les circonstances de la mort lorsqu'elle apparaît comme non naturelle. Elles permettent donc de réunir des éléments de preuve utiles à la répression des infractions pénales. Nous nous intéresserons ensuite aux autopsies médicales et à leur réglementation cantonale (III). Ces

---

<sup>2648</sup> Statistiques de l'OFS, disponibles sur : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/mortalite-causes-deces/specifiques.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf également BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 1.

<sup>2649</sup> RIENZO/STUDER, p. 202 ; LA HARPE, p. 18.

<sup>2650</sup> Cf. l'article du journal *24Heures* « La vaudoise star de l'autopsie poursuit sa conquête du monde », du 1<sup>er</sup> mai 2018.

<sup>2651</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017. Cf. également ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 s., qui donnent le chiffre de 150 autopsies médicales en 2015 au CHUV.

<sup>2652</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2653</sup> En 2017, 36 corps ont été légués à la plateforme de morphologie de l'UNIL, selon les statistiques aimablement fournies par M. JEAN-PIERRE SANGA, chef de l'office de l'inhumation et des incinérations de la ville de Lausanne.

<sup>2654</sup> Cf. l'émission de la RTS *Ici la Suisse* « Faire don de son corps à la science, une alternative encore méconnue », du 17 février 2020.

<sup>2655</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNING, le 27 mars 2017. Sur les raisons du don du corps, cf. BERNARD, Pourquoi, p. 31 ss.

autopsies interviennent à la suite d'une mort naturelle et font partie du suivi médical du patient. Notre chapitre s'intéressera encore aux autopsies d'anatomie (IV), effectuées dans le cadre de la formation des médecins<sup>2656</sup>. Enfin, nous évoquerons de manière plus succincte les autopsies sanitaires (V), ordonnées pour des raisons de santé publique, et les autopsies ordonnées dans le domaine des assurances sociales (VI).

## II. L'autopsie médico-légale

La découverte d'un cadavre est toujours une étape importante dans l'enquête sur un homicide. L'autopsie médico-légale permet de recueillir de nombreux indices. Elle est donc un élément central dans la répression des homicides, qui sous l'angle constitutionnel, concrétise l'obligation positive de l'État de garantir le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst. et art. 2 CEDH)<sup>2657</sup>. 924

### A. *Le cadre normatif*

Au niveau fédéral, la question des autopsies médico-légales est réglée principalement par le CPP. La procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM) contient également une disposition sur ce sujet<sup>2658</sup>. Dans le domaine des transports, l'art. 26 al. 1 *litt. e* de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA) et l'art 15b al. 2 *litt. e* de la loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (LCdF) permettent d'ordonner une autopsie dans le cadre d'une enquête<sup>2659</sup>. Ces lois sont complétées par l'art. 35 de l'ordonnance sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports du 17 décembre 2014 (OEIT), lequel prévoit la possibilité de pratiquer une autopsie en cas de décès<sup>2660</sup>. 925

<sup>2656</sup> Sur les aspects non juridiques de l'autopsie d'anatomie, cf. le numéro d'Étude sur la mort, consacré au don du corps, 2016/1 (149).

<sup>2657</sup> ATF 135 I 113 = JdT 2009 IV 104 (trad.), consid. 2.1. DUBEY, Vol. II, n° 1259.

<sup>2658</sup> RS 322.1.

<sup>2659</sup> Respectivement RS 748.0 et RS 742.101.

<sup>2660</sup> RS 742.161.

- 926 Le droit cantonal d'application du CPP est pertinent pour le surplus, notamment sur la question des experts médico-légaux<sup>2661</sup>. Les ministères publics cantonaux ont également adopté différentes directives en lien avec les autopsies. Dans le canton de Genève, il existe une directive du Procureur général D.1 : Information sans retard du ministère public par la police du 10 décembre 2012<sup>2662</sup>. Dans le canton de Vaud, il existe une directive n° 4.5 du Procureur général : Procédure en cas de décès résultant d'une assistance au suicide EXIT du 1<sup>er</sup> novembre 2016<sup>2663</sup>. Les dispositions des lois cantonales sur la santé qui traitent des autopsies réservent les autopsies médico-légales dans le cadre de la procédure pénale<sup>2664</sup>.
- 927 La Société suisse de médecine légale (SSML) a établi différents documents de référence sur le déroulement des investigations médico-légales<sup>2665</sup>. Sur le plan international, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 2 février 1999 des recommandations relatives à l'harmonisation des règles en matière d'autopsie médico-légale.

## B. *L'autorité compétente*

- 928 L'autopsie est ordonnée par le ministère public. *A contrario*, la police n'est pas compétente pour ordonner une autopsie (art. 198 al. 1 *litt.* c CPP en lien avec l'art. 253 CPP)<sup>2666</sup>. Selon les art. 62 et 69 de la procédure pénale militaire du

---

<sup>2661</sup> GE, art. 25 de la loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP), du 27 août 2009 (E 4 10) ; VD, art. 25 al. 3 de la loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse (LVCPP), du 19 mai 2009 (BLV 312.01).

<sup>2662</sup> Disponible sur : <https://justice.ge.ch/media/2021-02/directive-d.1-information-sans-retard-mp-police.pdf> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2663</sup> Disponible sur : [https://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/ministere\\_public/fichiers\\_pdf/D\\_4\\_5\\_EXIT\\_20190627.pdf](https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/ministere_public/fichiers_pdf/D_4_5_EXIT_20190627.pdf) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2664</sup> À l'exception du droit glaronnais. Pour les dispositions pertinentes, *cf.* Annexe III : AG, § 31 Abs. 4 ; AI, Art. 29 Abs. 3 *litt.* b ; AR, Art. 31 Abs. 4 ; BE, art. 35 al. 3 ; BL, § 43b Abs. 2 ; BS, Art. 20 al. 4 *Gesundheitsgesetz* ; FR, art. 74 al. 4 ; GE, art. 70 al. 4 ; GR, Art. 21 Abs. 2 ; JU, art. 32 al. 3 loi sanitaire ; LU, § 42 Abs. 2 ; NE, art. 29 al. 3 ; NW, Art. 63 Abs. 2 Ziff. 1 *Gesetz zu Erhaltung und Förderung des Gesundheit* ; OW, Art. 62 Abs. 2 *litt.* a ; SG, Art. 34 Abs. 3 ; SH, Art. 42 Abs. 3 ; SO, § 41 Abs. 2 ; SZ, § 48 Abs. 2 ; TG, Art. 37 Abs. 3 ; TI, art. 16 al. 3 *in fine* ; UR, Art. 50 Abs. 2 ; VD, art. 26 al. 1 *in fine* ; VS, art. 109 al. 4 ; ZG, § 44 Abs. 2 ; ZH, § 32 Abs. 3.

<sup>2665</sup> En particulier SSML, Legalinspektion ; SSML, Medico-Legal Autopsy.

<sup>2666</sup> RIENZO/STUDER, p. 203 s. ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 11 ad art. 253 CPP ; RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 38. PIQUEREZ/MACALUSO, n° 1420 ; MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 189, qui estiment que le procureur peut déléguer sa compétence à la police.

23 mars 1979 (PPM), en fonction de l'avancée de la procédure, le juge d'instruction, le président du tribunal militaire ou le tribunal militaire d'appel peuvent ordonner une autopsie<sup>2667</sup>. En cas d'accident de transport mortel, le Service suisse d'enquête de sécurité (SESE) peut ordonner une autopsie en vertu des art. 26 al. 1 *litt.* e LA, 15b al. 2 *litt.* e LCdF et 35 OEIT<sup>2668</sup>. La compétence locale est réglée par l'art. 31 CPP<sup>2669</sup>.

L'autorité qui ordonne l'autopsie n'a pas besoin du consentement du défunt ou de ses proches<sup>2670</sup>. L'intérêt public à l'explication d'une mort non naturelle et à la poursuite d'un potentiel homicide l'emporte sur les intérêts, en particulier spirituels ou religieux, du défunt ou de ses proches<sup>2671</sup>. L'autopsie médico-légale est une restriction à la liberté personnelle des proches qui repose sur une base légale (en principe l'art. 253 CP), sert un intérêt public, respecte la proportionnalité et ne touche pas au noyau de la liberté personnelle (art. 36 Cst.)<sup>2672</sup>. L'intérêt à la découverte d'actes punissables grâce à l'autopsie prime le droit du défunt ou subsidiairement de ses proches à disposer du cadavre<sup>2673</sup>. Les proches doivent être avertis de l'autopsie. Cela peut être compliqué si l'identité du défunt ou de ses proches n'est pas établie<sup>2674</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral impose toutefois d'effectuer une pesée des intérêts si le défunt ou les proches s'opposent à l'autopsie<sup>2675</sup>. Le procureur doit pouvoir renseigner les proches sur les raisons et les buts de l'autopsie<sup>2676</sup>. La décision d'autopsie doit pouvoir être soumise à un contrôle juridictionnel<sup>2677</sup>.

<sup>2667</sup> RS 322.1. SPLISGARDT, p. 10 ; BÄR, p. 454.

<sup>2668</sup> Selon l'art. 6 OEIT, le SESE est une commission extraparlamentaire au sens des art. 57a à 57g de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) prévue par les art. 25 LA et 15a LCdF.

<sup>2669</sup> Arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich (UE120280-O/U/br), du 28 mars 2013, consid. III 2.3 et III 5 ss et les réf. citées.

<sup>2670</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 7 ; EGGER/FRACASSO, p. 691 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61c ad art. 253 ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 53 ; SPLISGARDT, p. 9.

<sup>2671</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61c ad art. 253 ; SPLISGARDT, p. 9.

<sup>2672</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 3c.

<sup>2673</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c.

<sup>2674</sup> RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 39.

<sup>2675</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a. Dans le même sens concernant une autopsie pour des raisons scientifiques, cf. arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 89 ss.

<sup>2676</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61c ad art. 253.

<sup>2677</sup> ATF 127 I 115, consid. 6d. RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 40 ss. Cf. *infra* n° 954 ss.

### C. *Le constat du décès*

- 930 L'art. 34a OEC désigne les personnes tenues d'annoncer un décès et l'art. 20a OEC l'arrondissement d'état civil compétent<sup>2678</sup>. L'art. 35 al. 5 OEC prévoit que l'annonce d'un décès doit être accompagnée d'un certificat médical. Un médecin doit donc constater le décès.
- 931 Lors du constat du décès, le médecin examine le corps de la personne décédée<sup>2679</sup>. Il doit tout d'abord constater le décès, par la présence de différents signes de mort certains et incertains<sup>2680</sup>. Le médecin détermine, en fonction des circonstances et de ses observations sur le lieu du constat du décès, s'il s'agit d'une mort naturelle ou s'il existe des indices d'une mort non naturelle<sup>2681</sup>. Le rôle d'aiguilleur du médecin qui constate le décès est primordial<sup>2682</sup>. En pratique, le médecin peut contacter un médecin légiste pour avoir des conseils<sup>2683</sup>. Sur la base de l'art. 253 al. 4 CPP, les législations cantonales sur la santé prévoient le devoir d'annoncer à la police les morts non naturelles pour les professionnels de la santé<sup>2684</sup>. Cette obligation fait que l'annonce de la mort non naturelle ne viole pas le secret professionnel (art. 321 ch. 3 CP)<sup>2685</sup>.

---

<sup>2678</sup> RIENZO/STUDER, p. 203.

<sup>2679</sup> Cf. *supra* n° 99.

<sup>2680</sup> Cf. *supra* n° 97. BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 2 ad art. 253.

<sup>2681</sup> DONZALLAZ, Vol. I, n° 1011 ; BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 3 ; EGGER/FRACASSO, p. 687 ss ; HANSJAKOB, n° 1 ad art. 253 CPP ; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 612 ; SPLISGARDT, p. 8. Sur la notion de mort non naturelle, cf. *supra* n° 98 ; SSML, Legalinspektion, p. 5, ch. 2.1 ; BÜRGI, p. 9 ss.

<sup>2682</sup> RIENZO/STUDER, p. 204 ; LA HARPE, p. 21 ; HANSJAKOB, n° 5 ad art. 253 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 12 ad art. 253. Sur la question du nombre d'homicides qui passent inaperçus en Suisse, cf. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH.

<sup>2683</sup> LA HARPE, p. 19. Selon les renseignements écrits du procureur M. STEPHAN JOHNER, le 27 juillet 2018. VD, art. 5 al. 1 et 2 RDSPF.

<sup>2684</sup> Cf. Annexe I. Seul le canton de Neuchâtel ne prévoit pas un tel devoir d'annonce. Sur le devoir d'annonce des médecins, cf. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, n° 1086 ; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 613 ; ZOLLINGER/HARTMANN, p. 1384 ss ; BÄR, p. 4441.

<sup>2685</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1222. DONZALLAZ, Vol. I, n° 1014 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 1 ad intro. art. 253-254 CPP ; HANSJAKOB, n° 23 ad art. 253 CPP.

## D. La levée de corps médico-légale

À l'origine, la levée de corps désigne le fait de déplacer le cadavre du défunt. 932 Si des indices laissent penser que la mort n'est pas naturelle ou si l'identité du cadavre est inconnue, la police avertit le ministère public (art. 307 al. 1 CPP), qui ordonne une levée du corps par un médecin légiste (art. 253 al. 1 CPP)<sup>2686</sup>. L'intervention des autorités de poursuite pénale lors de la découverte d'un cadavre inconnu s'explique notamment par le fait qu'il est plus difficile d'exclure une infraction lorsqu'on ignore tout du défunt<sup>2687</sup>. De plus, l'identification du corps est nécessaire pour inscrire le décès à l'état civil et pouvoir rendre la dépouille aux proches. La police et le ministère public sont les mieux placés pour mener une enquête permettant d'établir l'identité de la dépouille.

Les examens médico-légaux prévus par l'art. 253 CPP (levée de corps médico-légale, examen externe et autopsie) sont des mesures de contrainte, d'une part 933 en raison de la systématique du CPP et, d'autre part, parce qu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux des proches (art. 196 CPP), en l'occurrence leur droit de disposer d'un cadavre protégé par l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>2688</sup>. Les soupçons exigés par l'art. 197 al. 1 *litt.* b CPP doivent être considérés à l'aune de la logique particulière de l'art. 253 CPP<sup>2689</sup>. Le procureur doit ouvrir une instruction (le cas échéant contre inconnu) en vertu de l'art. 309 al. 1 *litt.* b CPP pour pouvoir ordonner les examens de l'art. 253 CPP<sup>2690</sup>. Si en définitive les examens médico-légaux arrivent à la conclusion que la mort est naturelle, l'instruction doit être clôturée par une ordonnance de classement (art. 319 ss CPP)<sup>2691</sup>.

<sup>2686</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 5 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 5 ss ad art. 253 CPP ; HANSJAKOB, n° 1 ad art. 253 CPP ; LA HARPE/FRYC/BURKHARDT, p. 670 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 30 ad art. 253 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 771 ; SSMML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 1 ss. GE, *cf.* également les ch. 2.1 et 5 de la Directive du Procureur général D1 : Informations sans retard du ministère public par la police, du 10 décembre 2012. Pour une critique de la formulation de la loi, *cf.* JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 613.

<sup>2687</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 2 ad art. 253 CPP.

<sup>2688</sup> RIENZO/STUDER, p. 205 ; CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 2 ad art. 253 ; FRACASSO/GRODECKI, p. 204 s.

<sup>2689</sup> RIENZO/STUDER, p. 205.

<sup>2690</sup> RIENZO/STUDER, p. 205 s., qui présentent la pratique de certains cantons ; CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 2 ad art. 253 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 60 ad art. 253 ; SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*, n° 6 ad art. 253 CPP. *Contra* : HANSJAKOB n° 14 ad art. 253, pour qui l'ouverture d'une instruction n'est pas nécessaire dans tous les cas.

<sup>2691</sup> RIENZO/STUDER, p. 204 s. ; SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*, n° 6 ad art. 253 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 60 ad art. 253.

- 934 La levée de corps est ordonnée par écrit ou en cas d'urgence, par oral, puis confirmée par écrit (art. 241 al. 1 CPP)<sup>2692</sup>. Face à un décès qui semble non naturel, la présence d'un médecin légiste, en plus du médecin constatant le décès, est indispensable pour assurer le bon déroulement de la levée du corps<sup>2693</sup>. Les cantons ont organisé un système de médecin légiste de piquet<sup>2694</sup>.
- 935 Cet examen se fait sur le lieu de la découverte du corps, dans l'état dans lequel on l'a trouvé<sup>2695</sup>. En principe, le procureur se rend sur place<sup>2696</sup>. Il s'agit de relever tous les indices et les traces biologiques sur le lieu du crime présumé et documenter l'état du cadavre<sup>2697</sup>. On estime l'heure du décès, notamment grâce à la température du corps, la température ambiante, la présence de lividités ou rigidités cadavériques ou d'insectes<sup>2698</sup>. Des indices sur les causes et circonstances du décès sont également recueillis, comme la présence d'objets ayant pu provoquer le décès ou des lésions traumatiques<sup>2699</sup>. Ce travail se fait en commun avec la police<sup>2700</sup>.

<sup>2692</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 4 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 30 ad art. 253.

<sup>2693</sup> C'est ce que prévoit le texte de l'art. 253 al. 1 CPP, ainsi que l'art. 5 al. 1 RDSPP. JEANNERET/KUHN, n° 14041 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 1 ad art. 253 CPP ; BEAUTHIER, p. 103 ; PIQUEREZ/MACALUSO, n° 1143 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3, p. 3. Nous rappelons que le constat du décès peut être effectué par tout médecin autorisé à pratiquer dans le canton, peu importe sa spécialité. VD, art. 3 al. 1 RDSPP, cf. *supra* n° 98. *Contra* : CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 5 ad art. 253, pour qui un médecin peut pratiquer la levée du corps ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 767 ss, qui ne semblent pas faire de distinction entre constat du décès et levée de corps ; LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 676 et BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 11 ad art. 253 et les réf. citées, pour qui tout médecin devrait être capable d'effectuer une levée de corps correctement. Le Message prévoit la formule suivante : « un membre du corps médical ayant une formation spéciale dans le domaine de la médecine légale », MCF CPP, FF 2006, p. 1222.

<sup>2694</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 36 ad art. 253.

<sup>2695</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 5 ad art. 253 ; FRACASSO/GRODECKI, p. 210 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 42 ad art. 253 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 767.

<sup>2696</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 43 ad art. 253.

<sup>2697</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 5 ad art. 253 ; LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 676 ; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 613. Pour plus de détails pratiques, cf. BEAUTHIER, p. 104 ss ; BEAUTHIER/BEAUTHIER, p. 113 ss.

<sup>2698</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14304 ; FRACASSO/GRODECKI, p. 210 ; LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 677 ; BEAUTHIER, p. 103.

<sup>2699</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 210.

<sup>2700</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 5 ad art. 253 ; LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 676 ; BEAUTHIER, p. 103.

Les observations et les conclusions du médecin légiste à l'issue de la levée de corps déterminent la suite de la procédure. Si la levée de corps conclut à l'absence d'indice d'une mort violente ou inexplicée ou que l'identité de la personne décédée a pu être établie, le ministère public restitue le corps aux proches du défunt et signe un certificat de décès permettant l'inhumation (art. 253 al. 2 CPP)<sup>2701</sup>. Si, par contre, la levée de corps laisse penser qu'une infraction a été commise ou que le corps doit être encore identifié, le ministère public ordonne son transport dans un institut de médecine légale pour d'autres investigations (art. 253 al. 3 CPP)<sup>2702</sup>. Il faut relever que dans la majorité des situations, la levée de corps ne permet ni de déterminer les circonstances et la cause de décès précisément ni d'exclure l'intervention d'un tiers<sup>2703</sup>.

### E. L'examen externe

Lorsqu'un certificat de décès n'est pas délivré et une fois l'ensemble des éléments recueillis sur le lieu de découverte du corps, le cadavre est transporté dans un institut de médecine légale pour un examen externe. Il est ordonné par le ministère public et effectué par un médecin légiste (art. 253 al. 3 CPP)<sup>2704</sup>. L'examen externe fait l'objet d'un rapport versé au dossier<sup>2705</sup>. Les vêtements du défunt sont examinés après que le corps a été dévêtu<sup>2706</sup>. Ensuite, l'intégralité de la surface du corps est minutieusement observée, y compris ses orifices<sup>2707</sup>. Pour cela, l'examen externe doit impérativement être effectué dans des conditions adéquates (lumière, possibilité de laver le corps), qui ne sont pas réunies sur le lieu

<sup>2701</sup> Cf. également art. 5 al. 5 RDSPP. RIENZO/STUDER, p. 204 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, n° 1087. Sur le permis d'inhumation, cf. *infra* n° 1196.

<sup>2702</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 6 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, n° 1087 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61 ad art. 253. *Contra* : MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 8 ad art. 253 CPP, pour qui l'identification du défunt n'est pas une condition sine qua non pour libérer le corps (il est alors confié aux autorités compétentes selon le droit cantonal).

<sup>2703</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 211 ; LA HARPE/ROTMAN/BURKHARDT, p. 677 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 48 et 53 ad art. 253.

<sup>2704</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 6 ad art. 253.

<sup>2705</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 10 ad art. 253.

<sup>2706</sup> BEAUTHIER/BEAUTHIER, p. 114 ; SSML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 4 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation (99) 3*, p. 6.

<sup>2707</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 211.



de découverte du corps<sup>2708</sup>. Le médecin légiste met en évidence, décrit et documente les lésions présentes sur le cadavre<sup>2709</sup>. Il est également possible d'effectuer des prélèvements de matériel biologique liquide (sang, urine, salive) ou solide (cheveux, tissus musculaires) pour des examens ultérieurs (toxicologie, ADN)<sup>2710</sup>. Cependant, l'examen externe ne permet pas d'identifier toutes les traces d'un homicide, c'est pourquoi il sert surtout à préparer et donner une orientation à l'autopsie<sup>2711</sup>. Il est inapte à déterminer définitivement les causes et les circonstances du décès<sup>2712</sup>. Tony Fracasso et Stéphane Grodecki proposent donc d'interpréter l'art. 253 CPP de telle manière que l'autopsie soit pratiquée dans toutes les situations où une infraction ne peut pas être exclue et de ne pas se limiter à la levée de corps ou à l'examen externe<sup>2713</sup>.

938 L'examen externe permet également de rassembler des données permettant l'identification d'un corps inconnu, par exemple les empreintes digitales, la dentition, la présence de tatouages, de piercings, de cicatrices ou de malformations<sup>2714</sup>.

## F. *L'autopsie proprement dite*

### 1. **Le déroulement**

939 À la suite de l'examen externe du corps, le médecin légiste procède à l'autopsie. Le déroulement et la systématique de l'autopsie sont réglés par des directives de la SSML et les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Eu-

---

<sup>2708</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 211. Sur les locaux d'autopsie, *cf.* BEAUTHIER/BEAUTHIER, p. 128 ss.

<sup>2709</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 211.

<sup>2710</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 8 ad art. 253.

<sup>2711</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 211 et les réf. citées ; EGGER/FRACASSO, p. 691 ; MARGAIREZ/BERTRAND, p. 309.

<sup>2712</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 212 ; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 613 ; BEAUTHIER/BEAUTHIER, p. 113.

<sup>2713</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 218 ss. *Cf.* également JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, p. 611 ss. Pour des propositions de modification du texte légal, *cf.* BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 56 ad art. 253.

<sup>2714</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 9 ad art. 253 ; EGGER/FRACASSO, p. 692. *Cf.* également GREMAUD *et alii*, p. 1615.

rope<sup>2715</sup>. Un examen radiologique plus ou moins détaillé du corps peut être effectué<sup>2716</sup>. Les nouvelles techniques d'autopsie virtuelle ou « virtopsie » et les techniques d'imagerie médico-légale ont fait d'énormes progrès ces dernières années et ont de nombreux avantages<sup>2717</sup>. Elles viennent compléter les outils à disposition du médecin légiste, sans pour autant remplacer l'autopsie<sup>2718</sup>.

Après cela, le légiste procède à l'ouverture du crâne, du thorax et de l'abdomen pour effectuer une observation *in situ* avant de prélever et d'examiner par section les organes internes<sup>2719</sup>. Des examens toxicologiques, génétiques et histologiques sont effectués<sup>2720</sup>. L'art. 18 al. 3 nLAGH autorise une analyse génétique servant à déterminer la cause du décès dans le cadre d'une autopsie médico-légale. En fonction des circonstances, des examens complémentaires peuvent être effectués, par exemple une dissection « plan par plan » du cou ou du dos<sup>2721</sup>. Ces actes qui conduisent à une dégradation importante du corps peuvent être justifiés par la nécessité de ne pas laisser passer un indice dans le cadre de la répression d'infractions par définition graves<sup>2722</sup>. Cette recherche de signes de violence ou de traumatisme permet d'expliquer la cause de la mort (*Todesursache*) et les circonstances de la mort (*Todesart*)<sup>2723</sup>. 940

L'autopsie est normalement effectuée par deux médecins légistes<sup>2724</sup>. Dans les cantons de Genève et de Vaud, les personnes qui peuvent être appelées à pratiquer des autopsies médico-légales sont énumérées dans la loi<sup>2725</sup>. Le médecin légiste peut collaborer avec des spécialistes si une question particulière se pose<sup>2726</sup>. La présence du procureur lors de l'autopsie n'est pas requise par le 941

<sup>2715</sup> Cf. SSML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 1 ss et CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation (99) 3*, p. 1 ss.

<sup>2716</sup> BEAUTHIER/BEAUTHIER, p. 117.

<sup>2717</sup> Sur ce sujet, BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 9.

<sup>2718</sup> CHARLIER, p. 118 ss ; EGGER/FRACASSO, p. 693 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61 ad art. 253 ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 31.

<sup>2719</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 212 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation (99) 3*, p. 8.

<sup>2720</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253 ; EGGER/FRACASSO, p. 692.

<sup>2721</sup> FRACASSO/GRODECKI, p. 213 ; EGGER/FRACASSO, p. 692. Cf également, SSML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 5 ss ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation (99) 3*, annexe sur les procédures particulières, p. 13 ss.

<sup>2722</sup> MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 308.

<sup>2723</sup> Sur ces notions, BÄR, p. 438 ss.

<sup>2724</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253 ; SSML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 3.

<sup>2725</sup> GE, art. 25 *litt.* a LaCP ; VD, art. 25 al. 3 LVCPP.

<sup>2726</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253.

CPP<sup>2727</sup>. Cependant, le fait d'assister à celle-ci est ressenti de manière positive par les médecins légistes et peut s'avérer utile dans des affaires complexes<sup>2728</sup>.

## 2. Les situations nécessitant une autopsie médico-légale

942 Le ministère public peut ordonner une autopsie notamment en présence des situations suivantes :

- crime évident, suspicion d'homicide (plaie par projectile, arme blanche, trace de violence) ;
- situations suspectes, indices de violences ou suspicion de torture ou de mauvais traitements ;
- mort subite et inattendue, y compris du nourrisson ;
- accident de la circulation, de transport, de travail ou domestique, maladie professionnelle ;
- catastrophe naturelle ou technologique, cadavre trouvé près d'une installation électrique ou d'une source de monoxyde de carbone ;
- noyade ou corps retrouvé dans l'eau ;
- cadavre putréfié, carbonisé ou gravement altéré, corps non identifié ou restes squelettiques ;
- décès dans un établissement pénitentiaire ou associé à des actions militaires ou de police ;
- héritage conséquent ou personnalité importante (politique, artistique ou économique) ou situation familiale perturbée ;
- milieux à risque (prostituées ou trafiquants) ;
- suspicion de suicide ;
- décès lors d'une intervention médicale et suspicion de faute médicale ;
- décès sur la voie publique ;
- décès de cause inconnue ou inexplicée<sup>2729</sup>.

---

<sup>2727</sup> RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 39.

<sup>2728</sup> RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 39.

<sup>2729</sup> SSML, *Medico-Legal Autopsy*, p. 1, ch. 2 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation (99) 3*, p. 3. Dans la doctrine, CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 16 ad art. 253 ; FRACASSO/GRODECKI, p. 213 ; LA HARPE, p. 28 s. ; HANSJAKOB, n° 2 ss ad art. 253 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61a ad art. 253 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 778 ; BÄR, p. 453 ss.

Il faut noter que dans le canton de Vaud, il existe une directive du Procureur général pour les cas d'assistance au suicide<sup>2730</sup>. L'association EXIT doit avertir la police à la suite d'un suicide assisté. La police se rend sur place et procède à l'audition de l'accompagnateur EXIT<sup>2731</sup>. Une série de documents doivent être remis par l'association EXIT à la police<sup>2732</sup>. La levée de corps est effectuée par un médecin légiste<sup>2733</sup>. Le corps n'est pas autopsié et il est rendu à la famille, sauf si les conditions du suicide assisté apparaissent comme suspectes<sup>2734</sup>. À Genève, la directive du Procureur général impose la présence d'un inspecteur de la police judiciaire et d'un médecin légiste pour le constat du décès et la levée de corps. Si la procédure prévue par l'association EXIT est respectée et qu'il n'y a pas d'indices d'une autre cause de la mort, le ministère public n'est pas informé<sup>2735</sup>.

### 3. Les règles formelles

La levée de corps, l'examen externe et l'autopsie, qui sont des examens au sens de l'art. 241 al. 1 CPP, doivent faire l'objet d'un mandat écrit<sup>2736</sup>. Les mandats d'examens médico-légaux doivent respecter les exigences de l'art. 80 CPP, c'est-à-dire être motivés et signés par le ministère public<sup>2737</sup>. En cas d'urgence, le mandat peut être donné par oral, avant d'être confirmé par écrit<sup>2738</sup>. En pratique, les examens sont presque toujours ordonnés par oral, de vive voix ou par téléphone, et confirmés par écrit<sup>2739</sup>.

La question de savoir si les examens médico-légaux et l'autopsie en particulier doivent faire l'objet d'une expertise au sens des art. 182 ss CPP est débattue dans la doctrine. Certains auteurs estiment qu'il ne faut pas ordonner d'expertise, car les exigences formelles et notamment le respect du droit d'être entendu des parties sur le choix de l'expert et les questions qui lui sont posées prévu à l'art. 184 al. 3 CPP ne sont pas compatibles en pratique avec la nécessité de

<sup>2730</sup> Directive n° 4.5 du Procureur général : Procédure en cas de décès résultant d'une assistance au suicide EXIT, du 1<sup>er</sup> novembre 2016.

<sup>2731</sup> Directive n° 4.5 du Procureur général, ch. 1.1.

<sup>2732</sup> Directive n° 4.5 du Procureur général, ch. 1.1.

<sup>2733</sup> Directive n° 4.5 du Procureur général, ch. 1.1.

<sup>2734</sup> Directive n° 4.5 du Procureur général, ch. 1.2.

<sup>2735</sup> Directive du Procureur général D1 : Informations sans retard du ministère public par la police, du 10 décembre 2012, ch. 5.2.

<sup>2736</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 7 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61b ad art. 253 ; CR CPP-HOHL-CHIRAZI, n° 10 ad art. 241.

<sup>2737</sup> RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 38 ; CR CPP-HOHL-CHIRAZI, n° 15 ad art. 241.

<sup>2738</sup> CR CPP-HOHL-CHIRAZI, n° 14 ad art. 241.

<sup>2739</sup> Selon les renseignements écrits du procureur M. STEPHAN JOHNER, le 27 juillet 2018.

pouvoir mener les examens médico-légaux rapidement<sup>2740</sup>. Il est toutefois possible d'éviter ce problème en considérant que l'art. 184 al. 3 *in fine* CPP s'applique par analogie et qu'il est donc possible de renoncer à consulter les parties puisque l'institut de médecine légale est habilité par les autorités cantonales compétentes<sup>2741</sup>. En principe, les examens médico-légaux constituent donc une expertise et les art. 182 ss CPP s'appliquent<sup>2742</sup>.

#### 4. Le rapport d'autopsie

- 946 L'autopsie fait l'objet d'un rapport écrit<sup>2743</sup>. Il contient les éléments à disposition avant l'autopsie, la description objective des observations du médecin légiste et leur interprétation<sup>2744</sup>. Les conclusions du médecin légiste doivent indiquer les causes du décès, dans leur ordre de probabilité<sup>2745</sup>. Le médecin légiste est soumis au secret de fonction et au secret de l'instruction<sup>2746</sup>. Le rapport doit être intelligible pour un non-spécialiste<sup>2747</sup>.
- 947 Les proches ont le statut de personne touchée par des mesures de contrainte (art. 105 al. 1 *litt.* f CPP)<sup>2748</sup>. Ils ont donc le droit de recourir et d'être entendus<sup>2749</sup>. Les proches peuvent ainsi consulter le dossier et prendre connaissance du rapport d'autopsie (art. 107 al. 1 *litt.* a CPP). Ce droit peut être restreint conformément à l'art. 108 CPP.

#### G. L'exhumation

- 948 Une autopsie est également possible sur un corps qui a été exhumé sur la base de l'art. 254 CPP ou de l'art. 69 PPM<sup>2750</sup>. Cette disposition légale est nécessaire

---

<sup>2740</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61b ad art. 253 ; HANSJAKOB, n° 16 ad art. 253 CPP.

<sup>2741</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 15 ad art. 253.

<sup>2742</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 15 ad art. 253 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxis-kommentar, n° 6 ad art. 253 CPP.

<sup>2743</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 62 ad art. 253.

<sup>2744</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 13 ad art. 253 ; SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 1 ss.

<sup>2745</sup> SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 12.

<sup>2746</sup> EGGER/FRACASSO, p. 691.

<sup>2747</sup> SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 6 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3, p. 11 ss.

<sup>2748</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 73 ad art. 253 ; CR CPP-BENDANI, n° 23 ad art. 105.

<sup>2749</sup> CR CPP-BENDANI, n° 24 ad art. 105.

<sup>2750</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, note 167 ; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, p. 218.

pour que l'acte soit autorisé par la loi au sens de l'art. 14 CP, car une exhumation contrevient à l'art. 262 ch. 1 al. 1 CP<sup>2751</sup>. L'exhumation est ordonnée par écrit soit par le ministère public, soit par l'autorité de jugement<sup>2752</sup>. Celle-ci doit être ordonnée avec retenue en lien avec des infractions graves seulement, en raison de sa charge émotionnelle et du respect dû aux morts<sup>2753</sup>. Une enquête sur un potentiel homicide justifie une exhumation. Une exhumation permet notamment de procéder à des examens en vue d'établir l'identité d'une dépouille, mais aussi des examens balistiques, un examen toxicologique ou des lésions sur le squelette<sup>2754</sup>. L'ouverture d'une urne est également possible, notamment pour rechercher des traces d'empoisonnement dans les cendres<sup>2755</sup>. Un examen ADN est également possible sur un cadavre, mais exclu sur des cendres, car l'ADN est détérioré par la crémation<sup>2756</sup>.

## H. La restauration et la restitution du cadavre

À la fin de l'autopsie, les organes prélevés sont replacés dans le corps<sup>2757</sup>. Les 949 incisions sont suturées afin de camoufler la dissection<sup>2758</sup>. Le médecin légiste effectue un travail de thanatopraxie<sup>2759</sup>. Le corps est restitué aux proches dans un état conforme au sentiment de piété<sup>2760</sup>. Les directives de la SSML évoquent

<sup>2751</sup> Cf. HANSJAKOB, n° 1 ad art. 254 CPP, pour qui l'exhumation contrevient à l'art. 262 ch. 2 CP.

<sup>2752</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 3 ad art. 254 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 2 ad art. 254 CPP ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 2 et 4 ad art. 254 CPP.

<sup>2753</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14042 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 1 ad art. 254 CPP ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 3 ad art. 253 CPP ; HANSJAKOB, n° 4 ad art. 254 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 1 ad art. 254.

<sup>2754</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 2 ad art. 254 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 5 ad art. 254 CPP ; HANSJAKOB, n° 2 ad art. 254 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 1 ad art. 254.

<sup>2755</sup> HANSJAKOB, n° 3 ad art. 254 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 2 ad art. 254.

<sup>2756</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 2 ad art. 254 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 5 ad art. 253 CPP ; HANSJAKOB, n° 2 ad art. 254 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 2 ad art. 254. Sur la question de l'analyse ADN, cf. *infra* chapitre 12.

<sup>2757</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253. On s'étonnera du fait que ces auteurs utilisent la formule suivante : « *En principe, le médecin légiste replace ensuite pêle-mêle tous les viscères dans le corps* », ce qui nous semble peu respectueux.

<sup>2758</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253.

<sup>2759</sup> Sur la thanatopraxie, cf. n° 1178 ss. Sur les aspects éthiques et sous l'angle du droit français de la restauration du corps après autopsie, cf. DELANNOY *et alii*, p. 145 ss.

<sup>2760</sup> RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 39.

notamment la suture de toutes les incisions et dans la mesure du possible des plaies au visage<sup>2761</sup>. Selon les recommandations du Conseil de l'Europe, les proches doivent pouvoir voir le corps<sup>2762</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que dans certaines circonstances, le cadavre peut déjà être en très mauvais état avant l'autopsie.

- 950 Le corps doit être rendu dans les meilleurs délais à la famille. Cette célérité doit permettre aux proches d'organiser les obsèques du défunt dans le cadre des délais d'inhumation<sup>2763</sup>. La CourEDH a condamné les autorités françaises pour violation de l'art. 8 CEDH, dans une affaire où le corps d'une fillette a été rendu au bout de sept mois à ses parents<sup>2764</sup>. Le refus systématique de rendre les corps aux familles viole l'art. 8 CEDH<sup>2765</sup>. Dans une affaire vaudoise, les juges cantonaux ont rappelé que le défunt doit être inhumé et ils ont rejeté le recours des proches qui voulaient conserver le corps dans un institut médico-légal plus longtemps que nécessaire<sup>2766</sup>.
- 951 Des prélèvements sont effectués lors de l'autopsie. Ils doivent être soigneusement documentés dans le procès-verbal<sup>2767</sup>. Ils sont replacés dans le corps au terme de l'autopsie<sup>2768</sup>. Mais ils peuvent également être conservés plus longtemps, jusqu'à la fin de l'action pénale, voire la fin du délai de prescription si l'affaire n'est pas résolue par exemple (art. 253 al. 3 *in fine* CPP)<sup>2769</sup>. L'art. 38 LRH ne s'applique pas aux autopsies médico-légales<sup>2770</sup>. Si l'autorité décide

---

<sup>2761</sup> SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 6.

<sup>2762</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3, p. 6.

<sup>2763</sup> RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 39. Sur les délais d'inhumation, *cf. infra* n° 1189 ss.

<sup>2764</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 37794/87) *Pannullo et Forte c. France*, du 30 octobre 2001.

<sup>2765</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 41318/10) *Gatsalova c. Russie*, du 20 avril 2021, § 43 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 7988/09) *Zalov et Khakulova c. Russie*, du 16 janvier 2014, § 96 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 22089/07) *Arkhestov et autres c. Russie*, du 16 janvier 2014, § 102 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 21885/07) *Kushtova et autres c. Russie*, du 16 janvier 2014, § 53 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 38552/05) *Abdulayeva c. Russie*, du 16 janvier 2014, § 48 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 38450/05) *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, du 6 juin 2013, § 147.

<sup>2766</sup> Arrêt de la Chambre des recours pénale vaudoise PE13.021375-LCT, du 4 juin 2015, consid. 2.2.

<sup>2767</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253 ; SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 5.

<sup>2768</sup> SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 6.

<sup>2769</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 12 ad art. 253 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 66 ad art. 253.

<sup>2770</sup> Sur l'art. 38 LRH, *cf. supra* n° 874 ss.

de rendre aux proches des prélèvements devenus inutiles, la restitution doit se faire rapidement<sup>2771</sup>.

## I. Les frais

Les frais d'autopsie font partie des frais de procédure. On peut les considérer 952 comme des frais d'expertise au sens de l'art. 422 al. 1 *litt.* c CPP. En vertu, de l'art. 423 CPP, ils sont donc pris en charge par le canton qui conduit la procédure<sup>2772</sup>. Si le prévenu est condamné, il doit rembourser les frais de procédure à l'État (art. 426 al. 1 CPP)<sup>2773</sup>.

## J. La violation des règles sur les autopsies médico-légales

### 1. Les sanctions

Les examens médico-légaux prévus par les art. 253 et 254 CPP qui ne sont pas 953 effectués par un médecin légiste tombent sous le coup de l'art. 141 al. 2 CPP sur les preuves relativement inexploitable<sup>2774</sup>. L'exigence que l'examen soit effectué par un médecin légiste est une règle de validité, qui vise à assurer le respect du cadavre et la fiabilité des constatations<sup>2775</sup>. La violation d'une autre règle concernant le déroulement de l'autopsie doit être traitée de la même manière, si elle vise à assurer la fiabilité de la preuve et le respect du cadavre<sup>2776</sup>. Une pesée des intérêts entre l'intérêt à élucider le crime et les intérêts du prévenu doit être effectuée<sup>2777</sup>. Les autopsies ont lieu en général dans le cadre d'enquêtes sur des homicides, et peuvent donc permettre la plupart du temps

<sup>2771</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 22590/04) *Girard c. France*, du 30 juin 2011, § 107 ss, dans lequel un délai de 4 mois viole l'art. 8 CEDH.

<sup>2772</sup> RIENZO/STUDER, p. 206 ; CR CPP-FONTANA, n° 1 ad art. 423. Cf. également l'art. 19 al. 1 RDSPF renvoyant aux règles de la procédure pénale pour les autopsies médico-légales. Pour les situations d'assistance au suicide, cf. la motion Flückiger-Bäni 07.3866 « Imputation des frais aux organisations d'aide au suicide », du 21 décembre 2007 et la réponse du Conseil fédéral du 20 février 2008, ainsi que l'avis critique de RIENZO/STUDER, p. 207.

<sup>2773</sup> CR CPP-FONTANA, n° 1 ad art. 426.

<sup>2774</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 20 ad art. 253 ; JEANNERET/KUHN, n° 9006 ; COQUOZ, p. 369.

<sup>2775</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14041.

<sup>2776</sup> JEANNERET/KUHN, n° 9006.

<sup>2777</sup> Arrêt du TF 6B\_490/2013, du 14 octobre 2013, consid. 2.4.1 et les réf. citées.



l'utilisation des preuves recueillies malgré le non-respect d'une règle de validité, si l'infraction envisagée est un crime<sup>2778</sup>. En pratique, nous avons de la peine à imaginer une situation où il serait pertinent d'exploiter une preuve recueillie lors d'une autopsie effectuée par une personne non qualifiée, malgré l'intérêt prépondérant de la poursuite, puisque la valeur de la preuve dépend des compétences du légiste<sup>2779</sup>. Si une règle ne vise pas à assurer la fiabilité de l'autopsie ou le respect du cadavre, elle doit être considérée comme une prescription d'ordre au sens de l'art. 141 al. 3 CPP<sup>2780</sup>.

## 2. Le droit de recours

- 954 Un recours contre une autopsie, une exhumation et des examens médico-légaux peut être fondé sur l'art. 393 CPP<sup>2781</sup>. Il porte en effet sur une décision ou un acte de procédure du ministère public<sup>2782</sup>. Il doit être déposé dans les dix jours suivants la notification de la décision du ministère public (art. 396 al. 1 CPP)<sup>2783</sup>. Sa motivation doit remplir les exigences de l'art. 385 CPP.
- 955 Il n'est pas possible de recourir au nom du défunt<sup>2784</sup>. Ce sont les proches qui ont la qualité pour recourir contre l'ordre d'autopsie<sup>2785</sup>. Ils ont un intérêt juridiquement protégé à faire annuler ou modifier l'ordre d'autopsie (art. 382 al. 1 CPP). En effet, les proches peuvent disposer du corps du défunt s'il n'a pas exprimé de volonté propre ou faire respecter sa volonté<sup>2786</sup>. De plus, l'autopsie ou l'exhumation porte atteinte à la liberté personnelle des proches (art. 10 al. 2 Cst.) et à la vie privée (art. 8 CEDH, par conséquent art. 13 CEDH), ce qui

---

<sup>2778</sup> JEANNERET/KUHN, n° 9007 ; BSK StPO-GLESS, n° 72 ad art. 141. Cela concerne toutes les formes d'homicides sauf les art. 114 et 117 CP.

<sup>2779</sup> Par exemple, si un boucher pratiquait une autopsie, elle n'aurait pas de valeur scientifique.

<sup>2780</sup> JEANNERET/KUHN, n° 9008 ; BSK StPO-GLESS, n° 85 ss ad art. 141 ; PIQUEREZ/MACALUSO, n° 986.

<sup>2781</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 7 ad art. 254 CPP ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61b ad art. 253.

<sup>2782</sup> CR CPP-STRÄULI, n° 15 ad art. 393 ; COQUOZ, p. 354.

<sup>2783</sup> CR CPP-STRÄULI, n° 6 ad art. 396 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 13 ad art. 253 CPP ; COQUOZ, p. 356.

<sup>2784</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 214, consid. 1.2.1 et 1.2.6. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 14 ad art. 253 CPP.

<sup>2785</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 15a ad art. 253 ; RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 39.

<sup>2786</sup> ATF 123 I 112, consid. 4c. RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 40.

nécessite une possibilité de recours contre la décision qui l'ordonne<sup>2787</sup>. La liberté de conscience et de croyance protégée par l'art. 15 Cst. peut aussi être concernée si des motifs religieux s'opposent à l'autopsie<sup>2788</sup>. La jurisprudence considère par ailleurs que l'absence d'un droit de recours contre une autopsie viole l'art. 6 CEDH<sup>2789</sup>. Les droits de la personnalité des proches du défunt sont atteints par la décision ordonnant l'autopsie et celle-ci doit donc pouvoir être soumise à un tribunal<sup>2790</sup>. Ces droits entrent dans la notion de « droits et obligations de caractère civil » de l'art. 6 CEDH<sup>2791</sup>.

L'autorité de recours de l'art. 20 CPP est compétente<sup>2792</sup>. Dans le canton de Vaud, il s'agit de la chambre des recours pénale du Tribunal cantonal<sup>2793</sup>. Un recours en matière pénale (au sens des art. 78 ss LTF) contre la décision de l'autorité de recours cantonale est possible. Le délai est de 30 jours dès la notification de la décision complète (art. 100 al. 1 LTF)<sup>2794</sup>. 956

Un recours avec effet suspensif aurait comme conséquence de retarder l'autopsie. Le fait de différer le moment d'une autopsie peut en modifier les résultats<sup>2795</sup>. Après 24 ou 36 heures, les résultats des examens histologiques et toxicologiques sont faussés, car les traces de certaines substances disparaissent<sup>2796</sup>. Il n'y a donc en principe pas d'effet suspensif, sous peine de rendre l'autopsie inutile ou sans intérêt (art. 387 CPP)<sup>2797</sup>. 957

Le recours porte en principe sur l'illicéité ou l'inopportunité de l'autopsie (art. 393 al. 2 CPP). L'illicéité peut provenir de l'incompétence de la personne 958

<sup>2787</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 30491/17 et 31083/17) *Solska et Rybicka c. Pologne*, du 20 septembre 2018 (opposition des proches à l'exhumation des victimes dans le cadre de l'enquête sur le crash aérien du 10 avril 2010 de Smolensk où périrent le président et de nombreux officiels polonais), notamment § 126 ; ATF 127 I 115, consid. 4a et 4b. MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 189. SPLISGARDT, p. 9.

<sup>2788</sup> SPLISGARDT, p. 26.

<sup>2789</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a. MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 190.

<sup>2790</sup> MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 190.

<sup>2791</sup> ATF 127 I 115, consid. 5 et 6b.

<sup>2792</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 15 ad art. 253 CPP.

<sup>2793</sup> Art. 13 LVCPP et art. 80 LOJV. Cela respecte les exigences posées par le TF en lien avec l'art. 6 CEDH, cf. ATF 127 I 115, consid. 6d.

<sup>2794</sup> BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 61b ad art. 253 CPP.

<sup>2795</sup> MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 189 ; SPLISGARDT, p. 8.

<sup>2796</sup> MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 189.

<sup>2797</sup> ATF 127 I 115, consid. 6d. MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 189 ; RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 40.

ordonnant l'autopsie ou de son caractère disproportionné, mais également du déroulement de l'autopsie<sup>2798</sup>. Différents motifs peuvent être invoqués :

- la volonté du défunt de faire don de ses organes<sup>2799</sup> ;
- une opposition de son vivant à l'autopsie, dans le cadre du mandat donné lors d'un suicide assisté<sup>2800</sup> ;
- des raisons religieuses<sup>2801</sup> ;
- le caractère inutile pour l'enquête de l'autopsie<sup>2802</sup>.

959 La question de la base légale et de l'intérêt public ne pose en général pas de problème<sup>2803</sup>. Le juge doit faire une pesée des intérêts entre les droits des proches, le respect du corps du défunt et de sa volonté concernant le sort de son cadavre et les impératifs de l'enquête pénale<sup>2804</sup>. Si l'autopsie a déjà eu lieu, un recours en annulation est rejeté en l'absence d'un intérêt juridique actuel<sup>2805</sup>. Les recourants doivent alors prendre des conclusions en constatation du caractère injustifié de l'autopsie<sup>2806</sup>. Le Tribunal fédéral semble peu exigeant lorsqu'il analyse le caractère nécessaire de l'autopsie<sup>2807</sup>. La constatation du caractère illicite de l'autopsie permet aux proches de demander une indemnisation sur la base de l'art. 434 CPP<sup>2808</sup>. En pratique, des recours contre les examens médico-légaux et en particulier les autopsies sont très rares<sup>2809</sup>.

---

<sup>2798</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 16 ad art. 253 CPP ; RÉMY, ordre d'autopsie, p. 42.

<sup>2799</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a ; RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 40. En pratique, les autorités pénales ne s'opposent pas au don d'organes même en cas de mort non naturelle, selon les déclarations de Mme DELPHINE CARRÉ, le 15 décembre 2017.

<sup>2800</sup> ATF 129 I 302 = JdT 2005 I 215 (trad.). RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 40.

<sup>2801</sup> RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 40. Sur la position des principales religions face à l'autopsie, cf. FLURI/GEBBERS, p. 81.

<sup>2802</sup> Arrêt du TF 1B\_774/2012, du 12 février 2012. RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 40.

<sup>2803</sup> ATF 127 I 115, consid. 4a.

<sup>2804</sup> ATF 125 I 115, consid. 4a. MUTZENBERG/MANGIN/ELGER, p. 191.

<sup>2805</sup> Arrêt du TF 1B\_774/2012, du 12 février 2012, consid. 2.3.

<sup>2806</sup> Arrêt du TF 1B\_774/2012, du 12 février 2012, consid. 2.1. CR CPP-GUÉNIAT/CAL-LANDRET/DE SEPIBUS, n° 15a ad art. 253.

<sup>2807</sup> Arrêt du TF 1B\_774/2012, du 12 février 2012, consid. 2.4.

<sup>2808</sup> RÉMY, Ordre d'autopsie, p. 42.

<sup>2809</sup> Selon les renseignements écrits du procureur M. STEPHAN JOHNER, le 27 juillet 2018.

### 3. L'atteinte à la paix des morts

Durant l'autopsie, le médecin légiste doit respecter les règles de l'art et de l'éthique médicale ainsi que la dignité du défunt<sup>2810</sup>. L'autopsie médico-légale n'est pas en soi un cas d'atteinte à la paix des morts (art. 262 ch. 1 al. 3 CP) en raison de son but légitime, même si elle a lieu contre la volonté du défunt et de ses proches<sup>2811</sup>. L'infraction ne peut pas être retenue « *à moins que la manière de les pratiquer ne dénote un manque de respect* »<sup>2812</sup>. Le manque de professionnalisme du médecin légiste peut constituer un cas de manque de respect<sup>2813</sup>. Les directives de la SSML jouent un rôle central pour établir les devoirs professionnels du légiste<sup>2814</sup>. 960

### III. L'autopsie médicale

L'autopsie médicale, aussi appelée autopsie clinique (*klinische Sektion*) ou autopsie de pathologie ou anatomo-pathologique, a lieu à la suite d'une mort naturelle<sup>2815</sup>. Il faut que le médecin qui constate le décès ne trouve pas d'indices d'une mort non naturelle<sup>2816</sup>. Même si la mort est naturelle, il se peut que la cause médicale du décès soit inconnue<sup>2817</sup>. Elle concerne principalement les patients décédés à l'hôpital<sup>2818</sup>. Elle doit permettre de déterminer les causes exactes du décès, de confirmer ou d'infirmer le diagnostic, de vérifier l'efficacité d'un traitement et de garantir la qualité des soins<sup>2819</sup>. L'autopsie médicale s'intègre dans le suivi médical du patient<sup>2820</sup>. Elle peut être considérée comme 961

<sup>2810</sup> SSML, Medico-Legal Autopsy, p. 3 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation (99) 3, p. 4.

<sup>2811</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1 ; ATF 129 IV 172, consid. 2.1.

<sup>2812</sup> Arrêt du TF 6B\_969/2009, du 25 janvier 2010, consid. 1.1.

<sup>2813</sup> ATF 129 IV 172, consid. 2.

<sup>2814</sup> Dans ce sens, RÉMY, *Ordre d'autopsie*, p. 39, qui évoque notamment le fait de ne pas suturer les incisions pratiquées sur le cadavre en violation des principes de la SSML.

<sup>2815</sup> MANAI, *Jusletter*, § 30 ; LA HARPE, p. 28 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 305.

<sup>2816</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689.

<sup>2817</sup> DUCOR, *RDS*, p. 274.

<sup>2818</sup> SPLISGARDT, p. 13.

<sup>2819</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ; GROSS/SCHWEIKARDT/SCHÄFER, p. 331 ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 29 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 305 et 307 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 775.

<sup>2820</sup> MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 305.

le dernier acte médical sur un patient<sup>2821</sup>. Plus largement, l'autopsie médicale permet la formation et le perfectionnement du corps médical<sup>2822</sup>.

### A. *Le cadre normatif*

962 L'autopsie médicale relève de la compétence des cantons en matière de santé<sup>2823</sup>. Les cantons n'ont pas tous adopté les mêmes règles en matière d'autopsie médicale<sup>2824</sup>. Les lois cantonales ne consacrent en général qu'un seul article à cette question. L'ASSM n'a pas adopté de directives spécifiques sur la question de l'autopsie médicale<sup>2825</sup>. La réglementation reste donc relativement restreinte<sup>2826</sup>.

### B. *Le consentement*

963 Tous les cantons exigent un consentement pour pratiquer une autopsie médicale. La majorité des cantons appliquent le modèle du consentement exprès au sens large<sup>2827</sup>. Cela signifie donc que l'autopsie ne peut être pratiquée que si la personne a donné de son vivant son consentement ou si ses proches ont consenti après le décès en l'absence d'une volonté exprimée<sup>2828</sup>. Argovie et Obwald ne font pas référence aux proches, mais aux représentants de la personne en matière médicale<sup>2829</sup>. Obwald exige que le consentement soit donné par écrit<sup>2830</sup>.

964 Quatre cantons suivent le modèle du consentement présumé au sens large ou le modèle de l'opposition<sup>2831</sup>. L'autopsie peut être pratiquée si, ni le défunt de son vivant, ni ses proches après son décès ne s'y sont opposés.

---

<sup>2821</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 29.

<sup>2822</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 307 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 775 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 80 ; BÄR, p. 449.

<sup>2823</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 97 ; TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 50 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 775 ; BÄR, p. 449.

<sup>2824</sup> SPLISGARDT, p. 35.

<sup>2825</sup> SPLISGARDT, p. 37.

<sup>2826</sup> SPLISGARDT, p. 35.

<sup>2827</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 97. AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, VS, ZG et ZH. *Cf.* Annexe III.

<sup>2828</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ss.

<sup>2829</sup> AG, Art. 31 de la *Gesundheitsgesetz*, du 20 janvier 2009 ; OW, Art. 62 de la *Gesundheitsgesetz*, du 3 décembre 2015.

<sup>2830</sup> OW, Art. 62 de la *Gesundheitsgesetz*, du 3 décembre 2015.

<sup>2831</sup> GR, NE, SG et TI. *Cf.* Annexe III.

Dans le canton de Vaud, l'art. 26 al. 1 loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP VD) prévoit que l'autopsie est autorisée en l'absence d'opposition du défunt de son vivant ou de ses proches après son décès<sup>2832</sup>. Mais l'art. 14 al. 3 RDSPF exige un consentement exprès, basé sur une information adéquate, pour autoriser une autopsie médicale. Ces deux normes peuvent sembler contradictoires. Selon nous, il faut résoudre cette contradiction apparente en considérant que le RDSPF précise la règle de la LSP VD et ne la contredit en réalité pas. Nous tenons aussi compte du fait que la LSP VD date de 1985 alors que le RDSPF a été adopté en 2012. Il faut donc admettre que le modèle du consentement exprès au sens large s'applique dans le canton de Vaud<sup>2833</sup>.

Il faut rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral qui avait admis le modèle du consentement présumé en matière de don d'organes dans la loi genevoise antérieure à la LTx, mais à la condition d'un devoir d'information de la population par des mesures spécifiques et adéquates<sup>2834</sup>. Le Tribunal fédéral fait la distinction entre le devoir d'information au sens large, qui vise toute personne de son vivant, et le devoir d'information au sens étroit, qui concerne les proches après le décès<sup>2835</sup>. Il est douteux que les cantons connaissant le modèle de consentement présumé pour les autopsies médicales respectent les exigences des juges de Mon Repos sur le devoir d'information au sens large. En effet, le Tribunal fédéral estime qu'une simple publication de la loi au journal officiel ne suffit pas et que le devoir d'information au sens large doit viser l'ensemble de la population, qu'il ne doit pas se limiter aux établissements médicaux et qu'il doit être renouvelé régulièrement<sup>2836</sup>.

Si l'on compare la répartition actuelle des cantons entre les deux modèles de consentement avec celle décrite par Brigitte Tag en 2010, une tendance claire en faveur du consentement exprès au sens large apparaît<sup>2837</sup>. En effet, six cantons sont passés du modèle du consentement présumé à celui du consentement exprès<sup>2838</sup>. La LTx a très probablement joué un rôle de modèle dans ce contexte.

La différence entre les deux systèmes reste cependant assez faible : la seule situation réglée différemment est celle où le défunt n'a pas de proches. Dans ce

<sup>2832</sup> BLV 800.01.

<sup>2833</sup> Confirmé dans la pratique par les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2834</sup> ATF 123 I 112, consid. 9e.

<sup>2835</sup> ATF 123 I 112, consid. 9e.

<sup>2836</sup> ATF 123 I 112, consid. 9e.aa.

<sup>2837</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 50 s. et la carte p. 52.

<sup>2838</sup> BL, 2012 ; BS, 2014 ; GL, 2014 ; SH, 2013 ; TG, 2015 ; VD, 2012.

cas, seul le modèle du consentement présumé permet une autopsie. Très souvent, le défunt n'a pas exprimé de volonté pour ou contre une autopsie<sup>2839</sup>. Les rares cas où les personnes expriment le souhait d'être autopsiées concernent les patients atteints de maladies neurodégénératives et souhaitant ainsi participer au progrès de la science<sup>2840</sup>.

969 En pratique, ce sont donc aux proches qu'il revient d'accepter une autopsie médicale<sup>2841</sup>. Or, il peut être difficile de demander l'accord des proches à qui l'on vient d'annoncer le décès<sup>2842</sup>. Les impératifs temporels liés à l'autopsie rendent nécessaire une décision rapide, ce qui peut créer un sentiment de pression en plein deuil, et conduire à un refus de l'autopsie<sup>2843</sup>. Il est donc particulièrement important d'informer en détail les proches sur les buts de l'autopsie médicale, ce qui est compliqué par le fait que, d'une part, les proches viennent d'apprendre le décès et, d'autre part, que la demande est effectuée par le médecin clinicien et non le pathologue qui se charge de l'autopsie<sup>2844</sup>. Un travail d'information des médecins cliniciens sur l'importance et les buts des autopsies médicales ainsi que des modules de formation pratique des médecins et du personnel infirmier sur la manière d'évoquer la question des autopsies médicales avec les proches semblent favoriser le consentement<sup>2845</sup>.

### C. *La personne qui demande l'autopsie*

970 La demande d'autopsie peut émaner du médecin traitant ou du médecin qui constate le décès<sup>2846</sup>. Dans le canton de Vaud, l'art. 16 RDSPF dresse la liste des médecins qui peuvent demander une autopsie en fonction de l'établissement dans lequel se trouvait le patient. Le formulaire de demande d'autopsie

---

<sup>2839</sup> MANAOUIL/CHÂTELAIN/JARDÉ, p. 203.

<sup>2840</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2841</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2842</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ss ; FLURI/GEPPERS, p. 81. Situation confirmée par le Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2843</sup> MANAOUIL/CHÂTELAIN/JARDÉ, p. 203.

<sup>2844</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 ss. Confirmé par les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2845</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2018. Confirmé par les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2846</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 305.

est rempli par le médecin<sup>2847</sup>. Il contient des informations sur le patient, le médecin demandeur, le but de l'autopsie et la situation médicale du patient<sup>2848</sup>.

L'autopsie médicale donne un retour critique au médecin sur son travail, notamment en confirmant ou en infirmant son diagnostic<sup>2849</sup>. Elle sert l'intérêt général en permettant d'assurer la qualité des soins, de récolter des données pour les statistiques des causes de mortalité ou d'évaluer l'efficacité de traitements<sup>2850</sup>. L'autopsie médicale fait partie de la routine dans de nombreux hôpitaux<sup>2851</sup>. En pratique, certains médecins ou établissements la demandent systématiquement, alors que d'autres se limitent aux cas où le diagnostic n'est pas clair<sup>2852</sup>. Cependant, le taux d'autopsies a fortement chuté en Suisse et en Europe ces dernières années<sup>2853</sup>. 971

Les proches peuvent également souhaiter qu'une autopsie médicale soit effectuée<sup>2854</sup>. Des explications concernant la cause et les circonstances du décès peuvent faciliter le deuil des proches ou apaiser un sentiment de culpabilité<sup>2855</sup>. En particulier, lors de décès d'enfants, les autopsies sont très régulièrement demandées par les parents<sup>2856</sup>. L'autopsie peut renseigner sur la présence de maladies génétiques, de prédispositions à certaines pathologies ou d'une maladie infectieuse<sup>2857</sup>. L'autopsie est aussi recommandée si le lien de confiance entre le médecin et la famille est rompu<sup>2858</sup>. 972

---

<sup>2847</sup> SPLISGARDT, p. 74 ss, qui relate que la demande ne se fait pas toujours par écrit. Il considère que l'utilisation d'un formulaire est la solution optimale. Pour un exemple de formulaire de demande d'autopsie, celui du CHUV (formulaire n° 106 du CHUV-IPA) est disponible sur : [https://www.chuv.ch/fileadmin/sites/ipa/documents/106-\\_dl-ipa\\_formulaire\\_autopsies.pdf](https://www.chuv.ch/fileadmin/sites/ipa/documents/106-_dl-ipa_formulaire_autopsies.pdf) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>2848</sup> Cf. le formulaire n° 106 du CHUV-IPA.

<sup>2849</sup> SPLISGARDT, p. 48.

<sup>2850</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 ; SPLISGARDT, p. 50 ss.

<sup>2851</sup> SPLISGARDT, p. 55 ss.

<sup>2852</sup> SPLISGARDT, p. 55 ss.

<sup>2853</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 ; FLURI/GEGBERS, p. 79. Confirmé par les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2854</sup> Dans le canton de Vaud, art. 17 RDSPF. FLURI/GEGBERS, p. 81.

<sup>2855</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 ; SPLISGARDT, p. 46.

<sup>2856</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2857</sup> ROTMAN/ZAUGG/BART, p. 2016 ; SPLISGARDT, p. 46 ss.

<sup>2858</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.



## D. Le déroulement

- 973 L'autopsie médicale est effectuée par un spécialiste en pathologie<sup>2859</sup>. Il a accès au dossier médical du défunt<sup>2860</sup>. En Suisse, l'autopsie médicale a en principe lieu dans un institut de pathologie<sup>2861</sup>. Il est également possible que le spécialiste en pathologie se rende dans un hôpital ne disposant pas d'une unité de pathologie<sup>2862</sup>. En pratique toutefois, dans le canton de Vaud, les hôpitaux périphériques ont renoncé à leur salle d'autopsie et envoient très rarement des corps au CHUV pour une autopsie pour des raisons de coût<sup>2863</sup>. Ils renoncent donc souvent à pratiquer des autopsies.
- 974 Après avoir étudié le dossier du patient, le médecin commence par un examen externe du corps. Il procède ensuite à l'ouverture du crâne, de la poitrine et de l'abdomen<sup>2864</sup>. Le médecin fait une description macroscopique du corps<sup>2865</sup>. Les organes sont prélevés, examinés de manière macroscopique, au niveau externe et au niveau interne, après des coupes<sup>2866</sup>. Des prélèvements sont effectués sur les organes afin d'être fixés pour faire des examens histologiques<sup>2867</sup>. Les investigations doivent se limiter à ce qui est nécessaire en tenant compte des circonstances<sup>2868</sup>. En pratique, les investigations sont effectuées de manière systématique sur tous les organes<sup>2869</sup>. Les tissus obtenus sont analysés au microscope, afin d'y rechercher d'éventuelles pathologies<sup>2870</sup>. L'art. 38 LRH permet d'utiliser, à des fins de recherche et de manière anonyme, sans le consentement de la personne décédée, sauf si celle-ci s'est opposée de son vivant, une

---

<sup>2859</sup> Dans le canton de Vaud, art. 18 al. 1 *litt.* b RDSPF. MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 306 ; SPLISGARDT, p. 75.

<sup>2860</sup> EGGER/FRACASSO, p. 689 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 305 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 779.

<sup>2861</sup> SPLISGARDT, p. 76.

<sup>2862</sup> SPLISGARDT, p. 77.

<sup>2863</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2864</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 29 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 774 ; SPLISGARDT, p. 77.

<sup>2865</sup> EGGER/FRACASSO, p. 690 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 306.

<sup>2866</sup> EGGER/FRACASSO, p. 690 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 306. Confirmé par les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2867</sup> EGGER/FRACASSO, p. 690 ss ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 307 ; SPLISGARDT, p. 77.

<sup>2868</sup> Dans le canton Vaud, art. 14 al. 2 RDSPF. SPLISGARDT, p. 77 et 81.

<sup>2869</sup> Selon les précisions du Dr SAMUEL ROTMAN, le 20 avril 2021, l'idée est d'effectuer une corrélation entre les investigations cliniques du vivant du patient et les investigations *post mortem* durant l'autopsie.

<sup>2870</sup> SPLISGARDT, p. 77.

quantité minimale des substances corporelles prélevée lors d'une autopsie<sup>2871</sup>. L'art. 18 al. 3 nLAGH autorise pour sa part une analyse génétique pour déterminer la cause du décès dans le cadre d'une autopsie médicale.

### E. Le rapport d'autopsie et le dossier médical

L'autopsie médicale fait l'objet d'un rapport détaillé<sup>2872</sup>. Le rapport est constitué de trois parties : une partie qui comprend la description macroscopique du corps, qui est rendue après dix jours ; une partie avec les résultats de l'histologie après un mois et si le cerveau fait l'objet d'investigations, après deux mois<sup>2873</sup>. Le rapport est transmis au médecin qui a demandé l'autopsie, mais également à tous les médecins ayant participé aux soins du patient et fait souvent l'objet d'une discussion lors d'un colloque avec le pathologue<sup>2874</sup>. 975

Le rapport d'autopsie fait partie du dossier médical du patient<sup>2875</sup>. Il est donc soumis au secret médical (art. 321 CP)<sup>2876</sup>. De nombreux cantons prévoient un droit d'accès aux résultats d'autopsie pour les proches si le défunt ne s'y est pas opposé de son vivant<sup>2877</sup>. Dans ce cas, l'accès au dossier médical du patient n'est pas punissable, car il est permis par la loi au sens de l'art. 14 CP<sup>2878</sup>. En pratique, le rapport est transmis au médecin choisi par les proches du défunt pour qu'il leur fasse part des résultats de l'autopsie<sup>2879</sup>. Le fait de passer par un médecin pour accéder au dossier se justifie par le caractère technique de son 976

<sup>2871</sup> Sur cette question, *cf. supra* n° 874 ss.

<sup>2872</sup> SPLISGARDT, p. 78.

<sup>2873</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2874</sup> SPLISGARDT, p. 79. Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017, de nos jours, identifier tous les médecins ayant traité le patient peu avant son décès peut être très complexe.

<sup>2875</sup> EGGER/FRACASSO, p. 690.

<sup>2876</sup> EGGER/FRACASSO, p. 690 ; MANDOFIA BERNEY, p. 233. Il peut être soumis au secret de fonction (art. 320 CP) dans le cadre d'un établissement hospitalier de droit public, *cf.* ERARD/GUILLOD, § 7 ; MANAI, Droits du patient, p. 135. Les secrets des art. 321 et 320 CP persistent après le décès, *cf.* ERARD, n° 452 ; MANAI, Jusletter, § 40 ; ERARD/GUILLOD, § 52.

<sup>2877</sup> FR, GE, GL, JU, NW, OW, TI, UR, VD, VS, ZG et ZH. *Cf.* Annexe III.

<sup>2878</sup> MANDOFIA BERNEY, p. 233.

<sup>2879</sup> Dans le canton de Vaud, art. 14 al. 4 RDSPF. SPLISGARDT, p. 79. *Cf.* également le formulaire n° 106 CHUV-IPA.

contenu<sup>2880</sup>. La possibilité d'accéder ensuite au rapport d'autopsie est souvent un élément important dans le consentement des proches à l'autopsie<sup>2881</sup>.

- 977 Le médecin ayant demandé ou celui ayant pratiqué l'autopsie peuvent demander la levée du secret médical à l'autorité de surveillance si un intérêt privé ou public prépondérant l'exige, malgré le refus du défunt<sup>2882</sup>. Un intérêt privé prépondérant peut exister en cas de découverte d'une maladie transmissible ou génétique grave chez le défunt qui pourrait toucher les proches. Un intérêt de santé publique en cas de risque d'épidémie est également envisageable.
- 978 Si, au cours de l'autopsie, des indices d'une mort non naturelle et d'un acte pénalement répréhensible apparaissent, le secret médical doit être levé pour pouvoir avertir la police et le ministère public<sup>2883</sup>. Il est levé *ex lege* par les dispositions cantonales sur le devoir d'annonce des morts non naturelles<sup>2884</sup>. Une telle situation semble exceptionnelle en pratique<sup>2885</sup>.

#### F. *La restitution du cadavre*

- 979 Après l'autopsie, les incisions doivent être suturées avant de rendre le corps aux proches<sup>2886</sup>. Le corps doit présenter « un état d'intégrité apparente »<sup>2887</sup>. Les cicatrices au niveau de l'abdomen et du thorax sont cachées par les vêtements, celle du crâne par la chevelure. Notons que le formulaire de demande d'autopsie du CHUV prévoit de renoncer à l'ouverture du crâne de la personne décédée si celle-ci est chauve ou si la famille s'y oppose, pour des motifs esthétiques notamment<sup>2888</sup>.
- 980 Le corps doit être rendu dès que possible aux proches du défunt<sup>2889</sup>. L'institut de pathologie doit respecter un délai court pour permettre aux proches d'organiser les funérailles<sup>2890</sup>. Les examens de certains organes ou tissus qui ont été

---

<sup>2880</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2881</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2882</sup> Dans le canton de Vaud, art. 14 al. 5 RDSPF. Dans ce sens, MANAI, Jusletter, § 40.

<sup>2883</sup> SPLISGARDT, p. 83.

<sup>2884</sup> Cf. *supra* n° 930.

<sup>2885</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2886</sup> SPLISGARDT, p. 80.

<sup>2887</sup> Dans le canton de Vaud, art. 14 al. 2 RDSPF. Sur la thanatopraxie, cf. n° 1178 ss.

<sup>2888</sup> Cf. formulaire n° 106 du CHUV-IPA.

<sup>2889</sup> Dans le canton de Vaud, art. 14 al. 2 RDSPF.

<sup>2890</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017. Sur le délai d'inhumation, cf. *infra* n° 1189 ss.

prélevés prennent trop de temps pour qu'ils puissent être replacés dans le corps ; ils sont alors incinérés séparément à l'issue des analyses<sup>2891</sup>.

### G. *Les frais*

La prise en charge des frais d'autopsie dépend de la personne qui requiert l'autopsie. Si celle-ci a été effectuée à la suite de la demande d'un médecin, les frais seront pris en charge par l'établissement hospitalier<sup>2892</sup>. Si l'autopsie a été demandée par les proches, ils doivent en supporter les coûts<sup>2893</sup>. Les frais d'autopsie ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins, puisque la couverture prend fin au moment du décès de l'assuré (art. 5 al. 3 LAMal). Dans le canton de Vaud, la pratique veut que ce soit l'institut de pathologie qui prenne en charge les frais de l'autopsie médicale, par souci de décence envers les proches<sup>2894</sup>.

Il faut distinguer les frais de l'autopsie en elle-même des frais de transport du corps : les frais de transport sont, soit répartis par moitié entre l'hôpital demandeur et l'institut de pathologie, soit pris en charge par le CHUV si la demande d'autopsie est effectuée par un médecin du CHUV<sup>2895</sup>. Le problème se pose lorsqu'un médecin de ville ou un médecin d'une clinique privée effectue une demande d'autopsie : très souvent la clinique ou le médecin privé refuse de prendre en charge ces frais de transport et, après discussion, les proches du défunt acceptent de les prendre en charge ; en cas de refus des proches, la demande d'autopsie est annulée<sup>2896</sup>.

### H. *La violation des règles sur les autopsies médicales*

Nous renvoyons à notre chapitre consacré à l'art. 262 CP pour des développements détaillés sur la question de savoir dans quelles circonstances une autopsie médicale peut constituer une atteinte à la paix des morts<sup>2897</sup>. En résumé, une

<sup>2891</sup> SPLISGARDT, p. 80. Situation confirmée par le Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017.

<sup>2892</sup> Dans le canton de Vaud, art. 19 al. 2 *litt.* b RDSPF.

<sup>2893</sup> Dans le canton de Vaud, art. 19 al. 2 *litt.* c RDSPF.

<sup>2894</sup> Selon les déclarations du Dr SAMUEL ROTMAN, le 30 novembre 2017. L'idée est de ne pas devoir répercuter ces frais sur les proches du défunt, ce qui aurait pour effet d'augmenter le nombre de refus d'autopsie médicale par les proches.

<sup>2895</sup> Selon les précisions du Dr SAMUEL ROTMAN, le 20 avril 2021.

<sup>2896</sup> Selon les précisions du Dr SAMUEL ROTMAN, le 20 avril 2021.

<sup>2897</sup> Cf. *supra* n° 467 ss.

autopsie médicale pratiquée sans le consentement exigé par la loi ou de manière contraire aux règles de l'art peut constituer une profanation punissable au sens de l'art. 262 ch. 1 al. 3 CP<sup>2898</sup>.

## IV. L'autopsie d'anatomie

### A. *Le cadre normatif*

- 984 Les autopsies d'anatomie sont peu réglementées par les lois cantonales<sup>2899</sup>. Dans le canton de Vaud, seule la Faculté de biologie et de médecine de l'Université de Lausanne peut utiliser des cadavres et uniquement à des fins d'enseignement (art. 22 RDSPF). Cette disposition renvoie aux règles de l'éthique biomédicale. Le Département de la santé et celui de la formation peuvent établir conjointement des directives sur ces questions. À notre connaissance, ils ne l'ont pas fait.
- 985 Dans le canton de Genève, l'art. 69 al. 2 *in fine* de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS) prévoit que le Conseil d'État fixe les conditions auxquelles une personne peut faire don de son corps à la science, à des fins d'enseignement ou de recherche<sup>2900</sup>. L'art. 6 al. 1 RSép n'autorise la dissection de corps de personnes décédées que si elle a lieu dans les locaux et sous la responsabilité d'un professeur de la Faculté de médecine<sup>2901</sup>. Le transport de cadavres ou de parties de cadavres hors de ces locaux à des fins de dissection est interdit. C'est à la Faculté de médecine de disposer à des fins scientifiques du corps des personnes qui en ont fait don à la science (art. 7 al. 1 RSép). Après leur usage pour l'enseignement, les cadavres ou parties de cadavres doivent être inhumés ou incinérés conformément à la loi sur les cimetières (art. 7 al. 2 RSép). Il faut déduire de l'art. 7 RSép que seule la personne elle-même (et non ses proches) peut faire don de son corps à l'enseignement<sup>2902</sup>.
- 986 Le § 20 Abs. 5 de la *Gesundheitsgesetz* de Bâle-Ville du 21 septembre 2011 prévoit que les autopsies d'anatomie et la réalisation de préparations d'anatomie ne sont autorisées que si le défunt a expressément légué son corps à ces fins<sup>2903</sup>.

---

<sup>2898</sup> SPLISGARDT, p. 129 ss.

<sup>2899</sup> Dans ce sens, TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 51 ; SPLISGARDT, p. 14.

<sup>2900</sup> K 1 03.

<sup>2901</sup> K 1 55.08.

<sup>2902</sup> DUCOR, RDS, p. 341, note 592.

<sup>2903</sup> 300.100.

Les Recommandations de l'ASSM sur l'utilisation de cadavres et de parties de cadavres dans la recherche médicale et la formation prégraduée, postgraduée et continue posent elles aussi une série d'exigences. En raison de l'atteinte portée à son intégrité, l'utilisation d'un cadavre doit reposer sur le consentement de la personne de son vivant<sup>2904</sup>. Le consentement doit avoir été donné de manière éclairée après une information adéquate sur « le type, l'étendue et les conséquences de l'intervention »<sup>2905</sup>. Si la personne n'a pas exprimé de volonté, les proches peuvent consentir à l'utilisation de son corps et les mêmes exigences d'informations s'appliquent<sup>2906</sup>. La volonté du défunt prime, les Recommandations instaurent donc le modèle du consentement exprès au sens large. Le consentement doit être donné précisément pour une utilisation à des fins d'enseignement. Un don en faveur de la recherche n'autorise pas un usage du cadavre pour l'enseignement et inversement<sup>2907</sup>.

## B. *Le don du corps*

### 1. **Les exigences**

En pratique, ce sont avant tout les exigences et les documents des instituts d'anatomie qui fixent les règles de cette activité<sup>2908</sup>. Il s'agit d'un engagement bilatéral entre la personne et l'institut, dont le contenu est basé sur des règles éthiques<sup>2909</sup>. Les documents des instituts d'anatomie sont très proches, parfois même textuellement identiques pour Bâle, Berne, Fribourg et Zurich<sup>2910</sup>. Néanmoins, chaque institut a ses particularités. Nous nous sommes efforcé d'en présenter une synthèse la plus complète possible et de faire ressortir les différences que nous jugeons intéressantes.

<sup>2904</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2905</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2906</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.1.

<sup>2907</sup> ASSM, Utilisation de cadavres, ch. 3.3.

<sup>2908</sup> Nous nous sommes donc basé sur les documents disponibles auprès des différents instituts d'anatomie suisse. À Bâle, Berne et Zurich, l'Institut d'anatomie, à Genève et Fribourg, l'Anatomie et à Lausanne la Plateforme de morphologie. La Plateforme de morphologie a été remplacée par l'Unité facultaire d'anatomie et de morphologie (UFAM) qui est rattachée au CURML.

<sup>2909</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2910</sup> Situation confirmée par les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

989 Seule la personne peut décider du don de son corps à l'enseignement. Ses proches ne peuvent pas décider à sa place<sup>2911</sup>. Les instituts d'anatomie sont donc plus exigeants que les directives de l'ASSM, en pratiquant le modèle du consentement exprès au sens étroit. La personne doit être majeure<sup>2912</sup>. Elle doit être domiciliée en Suisse<sup>2913</sup>. Il est possible pour la personne de retirer son consentement après une déclaration de don<sup>2914</sup>. Les proches sont liés par la volonté du défunt, même si cela heurte leur sentiment de piété<sup>2915</sup>.

## 2. Les formalités

990 Les instituts d'anatomie suisses exigent un consentement écrit, signé de la main de la personne. Les universités alémaniques demandent que trois exemplaires soient remplis : un pour l'institut d'anatomie, un pour le médecin traitant ou l'autorité communale du domicile et le dernier pour le donneur (et donc ses proches après son décès). Il n'est pas nécessaire de faire légaliser sa signature par un notaire. Le formulaire bernois implique que le défunt autorise l'accès à son dossier médical. À Zurich, l'accès au dossier médical se fait de manière anonyme. L'institut de Genève prévoit la possibilité d'obtenir une carte de don du corps en format carte de crédit, tandis qu'à Lausanne, celle-ci a la forme d'une carte de visite en papier.

991 L'information de la personne repose en premier sur les formulaires de don et les documents d'information des instituts d'anatomie. Les documents ne sont pas librement disponibles sur internet, sauf pour l'institut de Zurich et de Lausanne, mais peuvent être facilement commandés auprès des instituts. Des entretiens d'information par téléphone ou de vive voix sont possibles, mais reposent sur une démarche volontaire de la personne<sup>2916</sup>.

992 À Lausanne, le recrutement de donneurs ne repose pas sur de la publicité, mais principalement sur le bouche-à-oreille<sup>2917</sup>. Les médecins de famille jouent éga-

---

<sup>2911</sup> DUCOR, RDS, p. 274, qui le déduit à Genève de l'art. 7 RSép ; EGGER/FRACASSO, p. 689 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 304 ; BÄR, p. 455.

<sup>2912</sup> WITTWER/BREITSCHMID, n° 16.

<sup>2913</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2914</sup> Cf. *supra* n° 271.

<sup>2915</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 96 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 779.

<sup>2916</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2917</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

lement un rôle important en évoquant la question avec des patients âgés et auprès de résidents d'établissement médico-sociaux<sup>2918</sup>. De plus, la presse traite régulièrement des autopsies d'anatomie<sup>2919</sup>.

### 3. Les motifs de refus d'un cadavre

Lors du décès de la personne, le médecin traitant, l'hôpital, l'établissement médico-social, la commune ou les proches avertissent l'institut<sup>2920</sup>. Les instituts se réservent le droit de refuser un corps même si la personne en a fait don<sup>2921</sup>. Les pratiques varient entre instituts. Par exemple, à Genève, l'institut accepte le corps même s'il n'est pas utilisé et prend en charge son incinération<sup>2922</sup>. La pratique lausannoise de n'accepter un cadavre que s'il peut servir pour l'enseignement (ou à la recherche) est justifiée par un souci éthique : l'institut n'a pas pour but de recueillir le cadavre des indigents<sup>2923</sup>. Ainsi, le corps est accepté uniquement en fonction des besoins de l'institut et de l'état du corps<sup>2924</sup>. Comme l'explique le Prof. Jean-Pierre Hornung : « *Toutes les conditions qui rendent un travail de dissection impossible sont une cause de refus du don de corps* »<sup>2925</sup>. Il n'y a par contre pas de limite d'âge pour donner son corps. Les motifs de refus peuvent être les suivants :

- une mort non naturelle ;
- une autopsie (médico-légale ou médicale) ;
- un prélèvement d'organes ;
- une amputation ;

<sup>2918</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2919</sup> Par exemple, les articles du journal 24Heures « Les universités suisses reçoivent toujours plus de corps à disséquer », du 11 août 2017 et « Les corps donnés à la science ne sont pas tous acceptés », du 21 février 2017.

<sup>2920</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017. L'optimisation du *planning* des activités sur des cadavres au sein d'un institut et avec les autres centres de formation universitaire en Suisse permet d'assurer que les corps qui répondent aux critères d'acceptation pour leur utilisation soient en général acceptés.

<sup>2921</sup> Sur cette question, cf. l'article du journal 24Heures « Les corps donnés à la science ne sont pas tous acceptés », du 21 février 2017.

<sup>2922</sup> Cf. l'émission de la RTS *On en parle* « Tout savoir sur le don du corps à la science », du 13 novembre 2020.

<sup>2923</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2924</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.

<sup>2925</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017.



- des cicatrices d’une opération ayant eu lieu peu de temps avant la mort qui n’ont pas guéri ;
- un corps abîmé (accident, suicide) ou avec des plaies ouvertes ;
- une personne atteinte d’une maladie infectieuse (HIV, tuberculose, Maladie de Creutzfeld-Jacob) ;
- un décès à la suite d’un cancer ;
- un corps émacié ou en surpoids (pour les femmes > 90 kg et les hommes > 100 kg) ;
- des circonstances exceptionnelles ;
- une capacité de l’institut dépassée ou d’autres raisons techniques ;
- un délai trop grand (12h ou 24h) entre la mort et l’avis à l’institut ;
- un lieu de résidence à l’étranger ou un décès à l’étranger.

### C. *Le déroulement de l’autopsie*

- 994 Après le décès, les proches contactent rapidement l’institut d’anatomie. Soit ils ont été informés du don du corps par la personne de son vivant, soit on découvre un document attestant du don du corps au moment du décès. Il est important que la personne ait averti ses proches de sa volonté de donner son corps à la science<sup>2926</sup>. Certaines personnes qui ont rempli une déclaration de don du corps ne sont pas annoncées, notamment parce que les proches décident de ne pas contacter l’institut, ou parce qu’ils ignorent la volonté du défunt. Les instituts ne vont pas réclamer les corps<sup>2927</sup>.
- 995 Une fois reçu, le corps est soit congelé, soit embaumé<sup>2928</sup>. Par exemple, pour une dissection complète, après avoir injecté un produit de conservation, le corps est conservé deux ans dans une chambre froide<sup>2929</sup>. Les étudiants procè-

---

<sup>2926</sup> Cf. l’émission de la RTS *On en parle* « Tout savoir sur le don du corps à la science », du 13 novembre 2020.

<sup>2927</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNUNG, le 27 mars 2017. À Lausanne, l’institut n’a pas connaissance des décès de personnes ayant légué leur corps par une autre voie que celle indiquée par l’institut.

<sup>2928</sup> RICHER *et alii*, p. 51. Sur l’embaumement, cf. *infra* la section consacrée à la thanatopraxie, n° 1178 ss.

<sup>2929</sup> Cf. l’émission de la RTS *Corpus* « Le don de corps à la science augmente », du 11 février 2014.

dent à la dissection complète du corps<sup>2930</sup>. L'autopsie d'anatomie reste une partie importante de la formation des étudiants en médecine<sup>2931</sup>. Certains formulaires permettent aussi de choisir de mettre le corps à disposition d'autres instituts d'anatomie ou d'autres institutions de recherche<sup>2932</sup>.

#### D. *La restitution du cadavre*

Après la dissection, les corps sont incinérés<sup>2933</sup>. Si le corps a été mis à disposition d'un autre institut, il retourne à son lieu d'origine pour être incinéré<sup>2934</sup>. Les formulaires parlent d'une durée moyenne d'utilisation de 2 à 4 ans. Les cendres sont soit mises en terre dans un cimetière défini par l'institut, soit remises aux proches, en fonction du vœu du défunt ou de la famille<sup>2935</sup>. Bâle, Berne, Fribourg et Zurich organisent des cérémonies œcuméniques annuelles en souvenir des personnes ayant donné leur corps<sup>2936</sup>. 996

#### E. *Les frais*

Les frais (transport, conservation et incinération) sont pris en charge par les instituts, à l'exception de Genève qui demande une participation de CHF 400.-<sup>2937</sup>. Cela peut avoir une grande importance dans le choix de donner son corps à la science<sup>2938</sup>. La prise en charge des frais d'inhumation peut être problématique pour les instituts qui ne veulent pas servir à recueillir les cadavres des indigents<sup>2939</sup>. Tout ce que l'institut peut assurer, c'est la satisfaction morale de savoir que le cadavre est utilisé dans un but de formation (ou de recherche)<sup>2940</sup>. 997

<sup>2930</sup> SPLISGARDT, p. 14.

<sup>2931</sup> SPLISGARDT, p. 14.

<sup>2932</sup> Bâle, Berne, Genève et Zurich

<sup>2933</sup> BERNARD/LE GRAND-SÉBILLE, p. 7.

<sup>2934</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNING, le 27 mars 2017.

<sup>2935</sup> Cf. l'émission de la RTS *On en parle* « Tout savoir sur le don du corps à la science », du 13 novembre 2020.

<sup>2936</sup> Situation confirmée par les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNING, le 27 mars 2017.

<sup>2937</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 37 ; BÄR/KELLER-SUTTER, p. 779. Sur l'opportunité de faire payer le don du corps, cf. BERNARD/LE GRAND-SÉBILLE, p. 9.

<sup>2938</sup> TAG, *Rechtliche Aspekte der Sektion*, p. 37 s. Cf. également l'article du journal *24Heures* « Les corps donnés à la science ne sont pas tous acceptés », du 21 février 2017.

<sup>2939</sup> Cf. *supra* n° 993.

<sup>2940</sup> Selon les déclarations du Prof. JEAN-PIERRE HORNING, le 27 mars 2017.

Les instituts prennent également en charge les frais de transport en Suisse<sup>2941</sup>. Ni la personne de son vivant ni les proches ne reçoivent de compensation financière. En pratique, le fait que seule la personne et non les proches puisse décider du don du corps limite le risque d'une motivation financière.

- 998 Selon nous, la prise en charge des frais d'incinération n'est pas contraire à l'art. 21 CDHB. En effet, en raison de la détérioration du corps que l'autopsie d'anatomie entraîne, il est nécessaire d'incinérer le cadavre avant de le rendre aux proches. Le rendre tel quel serait gravement irrespectueux. Il n'est pas possible de « restaurer » le cadavre après une autopsie d'anatomie. L'incinération doit être considérée comme une étape obligatoire de l'autopsie d'anatomie et donc fait partie des frais qui lui sont liés, comme les frais de transport ou de stockage.

### F. *Les pièces anatomiques*

- 999 La personne peut accepter ou refuser la conservation illimitée d'organes sous la forme de pièces anatomiques<sup>2942</sup>. À Bâle, il est même possible de refuser l'inhumation et de remettre son corps à l'institut de manière définitive. Nous avons traité du statut des pièces anatomiques plus haut dans notre travail<sup>2943</sup>. Nous renvoyons le lecteur à ces paragraphes pour plus de détail.

## V. **L'autopsie sanitaire**

- 1000 La loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (LEp) ne contient pas de disposition sur les autopsies<sup>2944</sup>. Par contre, l'ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles de

---

<sup>2941</sup> À Genève, les frais de transport ne sont pris en charge que dans le canton. Si la personne décède ailleurs, le transport se fait aux frais de la famille. L'institut exclut un rapatriement depuis l'étranger.

<sup>2942</sup> Bâle, Berne, Genève et Zurich. BÄR/KELLER-SUTTER, p. 779 ; BÄR, p. 456. Sur les pièces anatomiques, cf. LE BRETON, *La chair à vif*, p. 205 ss.

<sup>2943</sup> Cf. *supra* n° 717 ss.

<sup>2944</sup> RS 818.101. SPLISGARDT, p. 12. La possibilité d'ordonner une autopsie va dans le sens de l'art. 36 LEp, qui permet de soumettre des personnes malades, présumées malades, infectées, présumées infectées ou qui excrètent des agents pathogènes à un examen médical, y compris sous la contrainte (art. 32 LEp).

l'homme du 29 avril 2015 (OEp) contient une section consacrée à la manipulation et au transport des cadavres (art. 66 à 73 OEp)<sup>2945</sup>. L'art. 68 OEp prévoit un devoir d'information du médecin cantonal par le médecin constatant un décès en lien avec une maladie transmissible dangereuse. L'autorité cantonale compétente peut ordonner ou interdire l'autopsie du défunt sur la base de l'art. 69 OEp.

Toutes les lois cantonales dans le domaine de la santé permettent d'effectuer 1001 des autopsies contre la volonté du défunt ou de ses proches si des motifs de santé publique ou des soupçons d'une maladie transmissible existent<sup>2946</sup>. L'intérêt à la santé publique l'emporte sur le droit du défunt et subsidiairement de ses proches à disposer du cadavre<sup>2947</sup>. La décision revient en général au médecin cantonal ou au département cantonal responsable de la santé<sup>2948</sup>.

Dans le canton de Vaud, l'art. 6 al. 1 RDSPF précise que le médecin qui constate le décès doit signaler au médecin cantonal tout décès lié ou suspecté être dû à une maladie soumise à déclaration obligatoire. L'art. 15 RDSPF qui autorise le médecin cantonal à ordonner une autopsie sans le consentement du défunt et de ses proches lui impose d'informer les proches avant l'autopsie et de les renseigner sur les résultats de celle-ci. Les frais d'autopsie sont pris en charge par le département (art. 19 al. 2 *litt.* a RDSPF). 1002

En pratique, les autopsies sanitaires sont devenues extrêmement rares<sup>2949</sup>. En effet, les maladies transmissibles sont soumises à une déclaration obligatoire, ce qui fait que le caractère « infectieux » du patient est normalement connu avant son décès. En général, il n'est donc pas nécessaire d'attendre l'autopsie pour découvrir la présence d'une maladie transmissible<sup>2950</sup>. Il est encore nécessaire d'effectuer une autopsie pour le diagnostic de la maladie de Creutzfeld- 1003

<sup>2945</sup> RS 818.101.1.

<sup>2946</sup> Cf. Annexe III. GUILLOD, Droit médical, n° 641 ; DUCOR, RDS, p. 274 ; EGGER/FRA-CASSO, p. 689 ; MARGAIRAZ/BERTRAND, p. 304 ss ; SPLISGARDT, p. 12.

<sup>2947</sup> ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8c. Cela n'empêche pas de devoir respecter le principe de la proportionnalité et notamment d'effectuer une pesée des intérêts en présence si les proches s'opposent à l'autopsie, cf. arrêt de la CourEDH (Requête n° 12886/16) *Polat c. Autriche*, du 20 juillet 2021, § 89 ss.

<sup>2948</sup> Cf. Annexe III. SPLISGARDT, p. 12.

<sup>2949</sup> Selon les déclarations du Dr ÉRIC MASSEREY, le 13 juin 2018.

<sup>2950</sup> Selon les déclarations du Dr ÉRIC MASSEREY, le 13 juin 2018.

Jakob et pour vérifier s'il s'agit d'une forme sporadique ou épidémique<sup>2951</sup>. Si la cause de la mort est inconnue, une autopsie est de toute façon effectuée<sup>2952</sup>.

## VI. L'autopsie en droit des assurances sociales

- 1004 L'art. 47 de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981(LAA) attribue la compétence au Conseil fédéral de réglementer les conditions auxquelles une autopsie peut être ordonnée par l'assureur<sup>2953</sup>. L'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1992 (OLAA) concrétise cette délégation de compétence<sup>2954</sup>. L'autopsie peut être demandée : « *Lorsqu'il y a des raisons de penser que de telles mesures permettront de mieux établir les faits déterminant le droit aux prestations* » (art. 60 al. 1 OLAA). L'autopsie fait partie des mesures permettant d'éclaircir les circonstances d'un accident ou d'une maladie professionnelle mortels et d'établir le droit à des prestations<sup>2955</sup>. L'assureur LAA doit ordonner une autopsie lorsque cela est nécessaire en vertu du principe d'instruction de l'art. 43 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA)<sup>2956</sup>.
- 1005 La deuxième phrase de l'art. 47 LAA et l'art. 60 al. 2 OLAA traitent du consentement à l'autopsie. L'autopsie n'est pas autorisée en cas d'opposition du défunt de son vivant ou des proches parents après le décès<sup>2957</sup>. Les proches parents sont définis comme le conjoint, si la personne est mariée, ou les parents ou les enfants majeurs, pour les personnes célibataires ou veuves<sup>2958</sup>. Enfin, l'ordonnance précise qu'il faut accorder suffisamment de temps aux proches parents pour pouvoir s'opposer, sans pour autant que les résultats de l'autopsie

---

<sup>2951</sup> SPLISGARDT, p. 12 s. Selon le Guide de la déclaration obligatoire des maladies infectieuses et des agents pathogènes de l'OFSP de 2020, la maladie de Creutzfeld-Jakob est la seule pathologie où une autopsie intervient dans le processus de déclaration, cf. OFSP, Maladies infectieuses, p. 39. Confirmé par les déclarations du Dr ÉRIC MASSE-REY, le 13 juin 2018.

<sup>2952</sup> Confirmé par les déclarations du Dr ÉRIC MASSE-REY, le 13 juin 2018.

<sup>2953</sup> RS 832.20. Sur la question de l'autopsie dans le cadre de la LAA, cf. SPLISGARDT, p. 10 s.

<sup>2954</sup> RS 832.202.

<sup>2955</sup> MCF LAA, FF 1976 III, p. 204. KOSS UVG-BIAGGI, n° 2 ad art. 47 ; TAG, Rechtliche Aspekte der Sektion, p. 33.

<sup>2956</sup> RS 830.1. OFK KVG/UVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, n° 2 ad art 47 UVG.

<sup>2957</sup> KOSS UVG-BIAGGI, n° 4 ad art. 47, qui évoque un refus dans des directives anticipées.

<sup>2958</sup> KOSS UVG-BIAGGI, n° 6 *in fine* ad art. 47, qui considère que le texte de l'art. 60 al. 2 OLAA devrait être révisé et faire mention du concubin.

en soient compromis<sup>2959</sup>. En cas d'opposition de la part des proches parents, l'assureur doit renseigner les proches (art. 27 LPGa) sur les buts de l'autopsie et sur le risque qu'en son absence, on ne puisse pas établir la cause de la mort (ce qui peut avoir des conséquences sur les prestations)<sup>2960</sup>. En général, les proches parents ont intérêt à ce qu'une autopsie soit pratiquée pour permettre d'établir le lien entre l'accident ou la maladie professionnelle et le décès<sup>2961</sup>.

## VII. Conclusion

Le caractère fragmenté de la réglementation des autopsies en droit suisse rend 1006 complexe la compréhension de ce domaine. De plus, la question des autopsies est en général abordée de manière très succincte dans les lois qui en traitent. Il existe rarement plus d'un article de loi traitant de la question, malgré les enjeux importants que soulèvent les autopsies. Nous prendrons l'exemple de l'OLAA dont les règles manquent de précision. Il est problématique que la liste des proches selon l'ordonnance ne soit pas identique à celle figurant dans l'OTx et aux règles du droit de disposer d'un cadavre. Nous ne voyons pas de raison de définir différemment les proches dans ces deux cas de figure pourtant voisins.

L'autopsie médico-légale est un excellent exemple des limites que la loi fixe 1007 au droit de disposer de son corps. L'ordre juridique suisse restreint le droit de la personne et de ses proches pour un motif d'intérêt public : la répression des homicides<sup>2962</sup>.

Les cantons ne connaissent pas tous un régime identique en matière de consen- 1008 tement aux autopsies médicales. Nous jugeons cette situation regrettable. Le modèle du consentement exprès au sens large est plus respectueux de la personne, de sa liberté et de la dignité humaine. Nous avons vu que le système du consentement présumé au sens large ne diffère du système du consentement exprès au sens large que lorsqu'il n'y a pas de volonté du défunt et pas de proches. Dans ce cas, il nous semble injustifié d'avoir recours aux corps de personnes décédées. Quand bien même l'autopsie médicale sert à garantir la qualité des soins, cet intérêt ne doit pas l'emporter sur le droit de disposer de son cadavre. Le bénéfice pour la société, diffus et incertain, est disproportionné par rapport à l'atteinte importante à l'intégrité de la dépouille. Un consentement doit avoir été exprimé

<sup>2959</sup> KOSS UVG-BIAGGI, n° 5 ad art. 47, pour qui cela peut être problématique car le fait de différer l'autopsie risque de la rendre inutile.

<sup>2960</sup> OFK KVG/UVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, n° 2 ad art 47 UVG.

<sup>2961</sup> OFK KVG/UVG-KIESER/GEHRING/BOLLINGER, n° 2 ad art 47 UVG.

<sup>2962</sup> Cf. *supra* n° 924.

pour autoriser une atteinte au cadavre dans ce cadre-là. Nous ne voyons pas de raisons de traiter différemment les personnes n'ayant pas de proches de celle qui en bénéficie. Dans le doute, l'intégrité du corps doit être respectée. De plus, les exigences fixées par le Tribunal fédéral sur le devoir d'information du public en lien avec le modèle du consentement présumé pour le don d'organes ne sont pas remplies en matière d'autopsie médicale<sup>2963</sup>. L'idée d'avoir un régime juridique semblable en matière de transplantation, de recherche et d'autopsie doit être encouragée : d'une part, pour favoriser l'unité du droit et, d'autre part, pour des raisons pratiques. Les mêmes exigences de consentement s'appliqueraient ainsi aux différents actes sur le cadavre.

- 1009 Le fait que la LRH ne s'applique pas au domaine des autopsies peut s'expliquer parce que les autopsies médicales et d'anatomie ne rentrent pas dans la notion de recherche telle que la loi la définit. Cependant, la distinction entre recherche sur une personne décédée, autopsie médicale ou autopsie d'anatomie peut être compliquée à appréhender. De nombreuses personnes pensent « donner leur corps à la science », sans comprendre que le droit impose un régime différent entre les trois actes. L'information des personnes avant qu'elles n'expriment leur consentement à une autopsie ou une recherche est donc extrêmement importante. Rares sont les dispositions qui insistent sur l'information de la personne et sur les moyens de la garantir.
- 1010 Les autopsies d'anatomie font l'objet d'une réglementation particulièrement légère. C'est pourtant une pratique ancienne et relativement répandue. Il faut évoquer le récent scandale du « charnier » du Centre de don des corps de l'université de médecine Paris-Descartes où des cadavres ont été conservés et traités de manière indigne, ce qui montre que des abus sont possibles<sup>2964</sup>. Il ne s'agit pas de remettre en question le professionnalisme des instituts d'anatomie suisses ou de les lier à cette affaire sordide. À notre sens, il est toutefois regrettable que les autopsies d'anatomie ne fassent pas l'objet de normes plus détaillées. Sans devoir en arriver à une législation excessive, des normes inspirées de celles existant pour les autopsies médicales paraissent souhaitables.

---

<sup>2963</sup> Cf. *supra* n° 966.

<sup>2964</sup> Cf. l'article du journal *L'Express* « Un charnier au cœur de Paris », de la semaine du 27 novembre au 3 décembre 2019. Cf. également le reportage de l'émission de la RTS *Temps présent* « Ceci est mon corps, livré à la science », du 1<sup>er</sup> juillet 2021, qui revient sur cette affaire.

---

# Chapitre 12 : Les examens génétiques

## I. Introduction

### A. Généralités

Le début de la compréhension des règles de la génétique remonte aux expériences sur les croisements de petits pois de Gregor Johann Mendel en 1865<sup>2965</sup>. Il faut attendre la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour qu'on découvre et comprenne le rôle de l'acide désoxyribonucléique (ADN) comme matériel génétique héréditaire<sup>2966</sup>. En 1986, l'ADN sert pour la première fois à identifier l'auteur de l'agression sexuelle et du meurtre de deux adolescentes<sup>2967</sup>. En 1988, un projet international est lancé pour entreprendre le séquençage (c'est-à-dire la transcription du code) complet du génome humain, qui aboutira le 14 avril 2003<sup>2968</sup>. Si le génome humain est désormais entièrement séquencé, son fonctionnement reste en grande partie inconnu<sup>2969</sup>. L'énorme potentiel que représente la compréhension du génome et le développement d'outils d'analyse et de modification de celui-ci entraînent à la fois enthousiasme et crainte<sup>2970</sup>. 1011

L'ADN est une macromolécule présente dans toutes les cellules<sup>2971</sup>. On le trouve dans le noyau de la cellule et dans les mitochondries, organelles présentes dans le cytoplasme et assurant la production d'énergie de la cellule<sup>2972</sup>. L'ADN a une forme d'échelle en spirale dont les côtés sont composés d'une répétition de sucre-phosphate et les barreaux de bases azotées nommées nucléotides<sup>2973</sup>. Il existe quatre sortes de nucléotides : l'adénine qui se lie toujours à la thymine et la cytosine à la guanine<sup>2974</sup>. Le brin d'ADN est donc une suite de nucléotides qui compose une séquence. Cette séquence peut être liée à la 1012

---

<sup>2965</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6844. ROHMER, Thèse, p. 5 ; CRIGNON-DE OLIVEIRA/GAILLE-NIKODIMOV, p. 180.

<sup>2966</sup> Pour un résumé des découvertes marquantes de la génétique, cf. ZIEGER, GUMG, n° 5.

<sup>2967</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 783 ; HUYGHE, p. 3.

<sup>2968</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6844. ROHMER, Thèse, p. 6.

<sup>2969</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6845.

<sup>2970</sup> JOYE, Statut, p. 90.

<sup>2971</sup> ROHMER, Thèse, p. 5.

<sup>2972</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6847. GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ; COQUOZ *et alii*, p. 31.

<sup>2973</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 11 ad vor Art. 255 ; HUYGHE, p. 14 ss.

<sup>2974</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 11 ad vor Art. 255 ; COQUOZ *et alii*, p. 14.



production d'une protéine. Ces unités fonctionnelles liées à la production d'une protéine sont appelées gènes<sup>2975</sup>. Mais la grande majorité (plus de 90 %) de la séquence n'est pas liée à un gène et sa fonction est encore mal comprise<sup>2976</sup>.

- 1013 Dans le noyau, l'ADN forme les chromosomes. Chez l'humain, il existe 46 chromosomes, réunis en 23 paires, dont l'une forme les chromosomes sexuels<sup>2977</sup>. Lors de la fécondation, la moitié de chaque génome est amenée par la mère et l'autre moitié par le père<sup>2978</sup>. Ainsi, l'ADN est propre à chaque individu, sauf pour les jumeaux univitellins<sup>2979</sup>. La cellule originaire, issue de la fécondation de l'ovule par un spermatozoïde, va se diviser en copiant à chaque fois son matériel génétique, ce qui explique que toutes les cellules d'un individu soient génétiquement identiques<sup>2980</sup>. L'ADN mitochondrial a une forme circulaire et provient uniquement de la mère<sup>2981</sup>.
- 1014 Les caractéristiques de l'ADN que nous venons de présenter sommairement font qu'il peut être utilisé dans deux buts principaux. La distinction entre ces deux buts est importante et nous verrons que les deux types d'examen y relatifs ne sont pas soumis aux mêmes règles.

## B. Le profil d'ADN

- 1015 Tout d'abord, il est possible d'utiliser le caractère unique de l'ADN d'un individu pour l'identifier. Nous parlerons alors de profils d'ADN. Pour cela, on s'intéresse aux parties de l'ADN non liées aux gènes. Ces parties de l'ADN sont utilisées à des fins d'identification pour plusieurs raisons. D'une part, ces parties de l'ADN représentent la majorité de la séquence du génome et d'autre

---

<sup>2975</sup> COQUOZ *et alii*, p. 21. On a longtemps parlé de parties « codantes » de l'ADN pour les gènes, *cf.* MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6847. Une variante d'un gène est appelée allèle.

<sup>2976</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6847. BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 11 ad vor Art. 255 ; COQUOZ *et alii*, p. 23. À l'inverse, ces parties de l'ADN ont été longtemps désignées par le terme de parties « non codantes » ou *Junk* ADN, *cf.* MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5270.

<sup>2977</sup> COQUOZ *et alii*, p. 24 ; ROHMER, Thèse, p. 6.

<sup>2978</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 790 ; COQUOZ *et alii*, p. 24 ; HUYGHE, p. 9 ; ROHMER, Thèse, p. 48 ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 164.

<sup>2979</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 21. GEHRIG/LA HARPE, p. 787 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 14 ad vor Art. 255 ; HUYGHE, p. 8 ; ROHMER, Thèse, p. 48.

<sup>2980</sup> COQUOZ *et alii*, p. 19.

<sup>2981</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6847.

part, elles varient beaucoup d'un individu à l'autre<sup>2982</sup>. Il faut noter que cette technique est également utilisée pour des raisons éthiques, car le profil établi ne contient pas d'informations sur les caractéristiques de la personne, à l'exception de son sexe<sup>2983</sup>. On utilise pour cela des répétitions d'un même motif de nucléotide<sup>2984</sup>. Ces régions sont appelées STR (*Short Tandem Repeats*)<sup>2985</sup>. Une technique appelée PCR (*Polymerase Chain Reaction*) est employée pour amplifier une quantité faible ou dégradée d'ADN<sup>2986</sup>.

Pour identifier une personne, on effectue une comparaison entre le profil d'ADN d'une trace et celui d'un prélèvement effectué sur une personne. En Suisse, on compare 16 marqueurs STR et le sexe pour établir la correspondance entre la trace et la personne<sup>2987</sup>. Un calcul pour déterminer la probabilité de la correspondance, soit la probabilité que deux individus aient par hasard les mêmes 16 marqueurs, doit être effectué<sup>2988</sup>. En général, on arrive à une probabilité d'une chance sur plusieurs milliards pour qu'une personne ne soit pas celle qui a laissé la trace, mais qu'elle ait le même profil d'ADN sur les 16 marqueurs en question<sup>2989</sup>. 1016

Il est possible qu'une recherche d'un profil d'ADN ne permette pas de mettre en évidence un lien dans la banque de données nationale sur les profils d'ADN CODIS (*Combined DNA Index System*). Dans ce cas, il est envisageable d'effectuer une recherche en parentèle (aussi appelé recherche familiale)<sup>2990</sup>. Un module informatique permet de rechercher des profils d'ADN présentant des 1017

<sup>2982</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ; COQUOZ *et alii*, p. 44 ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 162.

<sup>2983</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 787 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 14 ad vor Art. 255 ; HUYGHE, p. 17 ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 163. Cf. l'art. 2 al. 2 LPADN.

<sup>2984</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ; HUYGHE, p. 40 ss ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 162 ss.

<sup>2985</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 784 ss ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 11 ad vor Art. 255 ; COQUOZ *et alii*, p. 79 ss ; HUYGHE, p. 40 ss.

<sup>2986</sup> Cf. l'annexe de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN, du 8 octobre 2014 (RS 363.11). GEHRIG/LA HARPE, p. 785 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 13 ad vor Art. 255 ; COQUOZ *et alii*, p. 44 ss ; HUYGHE, p. 43 ss ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 164.

<sup>2987</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 787 ss.

<sup>2988</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 787 ss ; COQUOZ *et alii*, p. 84 et 303 ss. Sur ces calculs probabilistes, cf. MÜHLEMANN et BIEDERMANN *et alii*.

<sup>2989</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 788 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 15 et 25 ss ad vor Art. 255 ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 167.

<sup>2990</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 15 ss.

similitudes avec le profil recherché, qui peuvent être apparentés<sup>2991</sup>. La découverte d'une personne apparentée dans CODIS peut ainsi donner une nouvelle piste d'investigation<sup>2992</sup>.

- 1018 La méthode basée sur les STR est également utilisée pour établir la filiation<sup>2993</sup>. On établit également le profil d'ADN pour les mêmes 16 marqueurs STR<sup>2994</sup>. On compare alors le profil de la mère (en général connue) et celui de l'enfant, pour établir quels allèles elle lui a transmis<sup>2995</sup>. On examine ensuite si les allèles restants sont compatibles avec ceux du profil d'ADN du père potentiel<sup>2996</sup>. En cas de non-exclusion, on effectue à nouveau un calcul de la probabilité que la personne soit bel et bien le père<sup>2997</sup>. La jurisprudence a fixé le seuil d'une probabilité de 99,8 % pour que la paternité soit établie<sup>2998</sup>.
- 1019 Seuls les individus de sexe masculin ont un chromosome Y qui est transmis par le père<sup>2999</sup>. Il est possible d'établir un profil d'ADN uniquement sur le chromosome Y. Ce profil d'ADN-Y peut être utile dans certaines enquêtes, car il permet de distinguer plus facilement des ADN mélangés, par exemple dans un cas de violences sexuelles<sup>3000</sup>.
- 1020 L'ADN mitochondrial peut être également utilisé à des fins d'identification. Celui-ci est circulaire et on a établi les 16'539 paires qui composent sa séquence<sup>3001</sup>. On compare alors les variations de cette séquence avec une séquence de référence<sup>3002</sup>. L'analyse de l'ADN mitochondrial a deux désavantages. Premièrement, il varie moins que l'ADN nucléaire et donc son pouvoir de distinction est moins élevée<sup>3003</sup>. Secondement, il permet uniquement d'établir un lien avec la ligne maternelle<sup>3004</sup>. Par contre, on peut ainsi établir la lignée maternelle sur plu-

---

<sup>2991</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 16.

<sup>2992</sup> Pour plus de détails, cf. MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 16 ss. Le Message mentionne l'exemple concret du viol et du meurtre d'Élodie Kulik en France où ce type de recherche a permis de retrouver l'auteur.

<sup>2993</sup> COQUOZ *et alii*, p. 375 ss ; COQUOZ R., RPS 2000, p. 164.

<sup>2994</sup> LA HARPE/GEHRIG, p. 781.

<sup>2995</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 790 ss ; LA HARPE/GEHRIG, p. 781.

<sup>2996</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 790 ; LA HARPE/GEHRIG, p. 781 ; COQUOZ *et alii*, p. 375 ss.

<sup>2997</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 790.

<sup>2998</sup> ATF 101 II 13, JdT 1976 I 62 (rés.), consid. 2.

<sup>2999</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 73.

<sup>3000</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 38.

<sup>3001</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 788 ; COQUOZ *et alii*, p. 31 et 151 ss.

<sup>3002</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 789.

<sup>3003</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 789.

<sup>3004</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 789.

sieurs générations<sup>3005</sup>. Cette méthode, moins fiable, est également utilisée si le matériel génétique est dégradé ou présent en petite quantité<sup>3006</sup>.

### C. *L'analyse génétique*

Il est également possible d'analyser le patrimoine génétique d'une personne 1021 pour déterminer la présence ou l'absence de certains gènes ou de mutations<sup>3007</sup>. On parle alors d'analyse génétique. Une telle analyse peut être effectuée à des fins médicales, lorsque les gènes sont directement liés à une maladie ou entraînent indirectement des prédispositions à une maladie<sup>3008</sup>.

Une analyse génétique peut aussi porter sur des gènes qui ne sont pas liés à une 1022 maladie, mais à d'autres caractéristiques de la personne, comme la taille, la couleur des yeux ou des cheveux<sup>3009</sup>. En effet, l'apparence physique est en grande partie déterminée par les gènes d'une personne<sup>3010</sup>. La technique du phénotypage permet d'analyser un échantillon biologique et de déterminer avec une certaine probabilité les caractéristiques de la personne, en particulier sur son apparence physique (couleur des yeux, des cheveux ou de la peau par exemple)<sup>3011</sup>. Cette méthode peut être utilisée pour favoriser l'identification d'un suspect dans le cadre d'une enquête pénale puisqu'elle permet de réduire le cercle des auteurs potentiels<sup>3012</sup>.

### D. *En lien avec le cadavre*

En général, le matériel génétique utilisé pour une analyse génétique ou l'éta- 1023 blissement d'un profil d'ADN vient d'une personne vivante. Il arrive également que le prélèvement soit effectué sur un cadavre. En effet, les analyses génétiques et les profils d'ADN peuvent être établis à partir de n'importe quel

---

<sup>3005</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 789.

<sup>3006</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 790 ; COQUOZ *et alii*, p. 31 et 156 ss. Par exemple, on trouve uniquement de l'ADN nucléaire dans la racine, mais de l'ADN mitochondrial dans l'ensemble des cheveux.

<sup>3007</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6845.

<sup>3008</sup> MCF LAGH 2002, FF 2002, p. 6846.

<sup>3009</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5273 ss.

<sup>3010</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 6 ss.

<sup>3011</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 7.

<sup>3012</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 7 ss.

matériel biologique<sup>3013</sup>. Sur les personnes décédées, la nature de l'échantillon dépend de l'état du corps<sup>3014</sup>. Si le corps est en bon état, on peut effectuer un prélèvement sanguin. Si le corps est altéré, on prélève principalement un échantillon sur les ongles, les muscles, voire les os ou les dents pour un squelette<sup>3015</sup>.

- 1024 Une analyse génétique sur une personne décédée permet d'établir si le défunt est porteur d'un gène, ce qui peut avoir des conséquences pour la santé de ses ascendants et descendants<sup>3016</sup>. On peut aussi identifier un cadavre inconnu en comparant son matériel génétique (profil d'ADN) avec celui d'une personne déterminée. Les examens génétiques permettent l'identification de corps et leur restitution aux proches lors de catastrophes de masse<sup>3017</sup>. Pour les cadavres particulièrement altérés, il peut être nécessaire d'avoir recours à un profil basé sur l'ADN mitochondrial ou au phénotypage<sup>3018</sup>. Enfin, l'ADN permet également d'établir ou d'exclure une filiation sur la base d'un prélèvement sur un cadavre<sup>3019</sup>.
- 1025 Un exemple de domaine où les médecins ont recours à des analyses génétiques *post mortem* est celui de la cardiologie<sup>3020</sup>. Des maladies comme les cardiomyopathies peuvent avoir une origine génétique et la première manifestation peut être la mort subite de la personne. Une autopsie médico-légale peut suivre ce décès, mais ne va pas déterminer la cause exacte de la pathologie qui a entraîné la mort. Une analyse génétique peut permettre de déterminer si le décès s'explique par un facteur génétique. L'analyse génétique peut, d'une part, expliquer le décès et faciliter le deuil des proches et, d'autre part, déterminer les gènes responsables de la maladie. Cela permet de proposer une analyse génétique prédictive aux apparentés du défunt afin d'identifier les personnes à risque dans la famille et de mettre en place un suivi cardiologique à titre préventif. Selon les informations que nous avons recueillies auprès du Service de

---

<sup>3013</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 28.

<sup>3014</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3015</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 28. CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 21 ad art. 255 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 6 ad art. 255 CPP ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 15 ad art. 255 ; COQUOZ *et alii*, p. 207.

<sup>3016</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5336. Confirmé par les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3017</sup> GEHRIG/LA HARPE, p. 783 ; HUYGHE, p. 5 et 13.

<sup>3018</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 49. GEHRIG/LA HARPE, p. 790.

<sup>3019</sup> HUYGHE, p. 5. On pense par exemple au cas d'Yves Montand ou à celui plus récent de Salvador Dalí. Pour l'affaire Montand, *cf.* arrêt de la Cour d'appel de Paris n° P061197, du 6 novembre 1997. Pour Dalí, l'article du journal *24Heures* « La justice ordonne l'exhumation de Dali », du 26 juin 2017.

<sup>3020</sup> Selon les déclarations de Mme EMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018.

médecine génétique du CHUV, ce genre de test sur des personnes décédées reste relativement peu fréquent (une dizaine par an)<sup>3021</sup>.

Les analyses génétiques sur des embryons, des fœtus et des enfants mort-nés sont plus fréquentes<sup>3022</sup>. L'analyse génétique peut compléter l'autopsie pour comprendre la cause du décès *in utero*, de l'avortement spontané ou d'une malformation détectée durant la grossesse qui entraîne une interruption de grossesse<sup>3023</sup>. L'explication des causes du « décès » facilite le deuil des parents, mais est également utile pour évaluer le risque inhérent à une future grossesse et discuter d'options de prise en charge spécifiques en lien avec ce risque lors d'une future grossesse<sup>3024</sup>.

Dans ce chapitre, nous allons présenter à quelles conditions le droit suisse autorise des examens génétiques sur un cadavre. Un examen implique donc un prélèvement de matériel biologique sur un cadavre. Nous ne traiterons pas de la situation où du matériel biologique est prélevé du vivant de la personne, mais utilisé après son décès. Après la présentation du cadre normatif (II), notre chapitre fait la distinction entre l'établissement de profils d'ADN (III), dans le but d'identifier une personne ou d'établir un lien de filiation et l'analyse génétique (IV), pour déterminer si une personne est porteuse de certains gènes<sup>3025</sup>.

## II. Le cadre normatif

### A. *Au niveau international*

Il existe un certain nombre de normes internationales qui traitent de la question des examens génétiques, mais ces textes se concentrent sur les personnes vivantes. La CDHB ne traite pas de la question des examens génétiques sur un cadavre.

Le Conseil de l'Europe a adopté le 27 novembre 2008, un Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatifs aux tests génétiques à des fins médicales (STE 203), qui concrétise les dispositions de la

<sup>3021</sup> Selon les déclarations de Mme EMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018.

<sup>3022</sup> Selon les déclarations de Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018, environ 100 par année pour le Service de médecine génétique du CHUV.

<sup>3023</sup> Selon les déclarations de Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018. Il est possible de pratiquer une autopsie sans analyse génétique et vice-versa.

<sup>3024</sup> Selon les déclarations de Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018.

<sup>3025</sup> Selon les déclarations de Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018.

CDHB<sup>3026</sup>. Ce protocole n'a pas été signé par la Suisse<sup>3027</sup>. Son art. 15 traite des conditions à respecter pour pouvoir effectuer un test génétique sur un cadavre<sup>3028</sup> :

**Article 15 – Tests concernant des personnes décédées**

Un test génétique pour le bénéfice d'autres membres de la famille ne peut être entrepris sur des échantillons biologiques :

- soit prélevés sur le corps d'une personne décédée,
- soit prélevés de son vivant sur une personne décédée depuis lors,
- que si le consentement ou l'autorisation requis(e) par la loi a été obtenu(e).

1030 L'art. 15 STE 203 impose aux États parties d'adopter une réglementation dans leur législation dans ce domaine et notamment de décider si une forme de consentement est nécessaire<sup>3029</sup>. Les dispositions de la LAGH révisée en 2018 remplissent ces exigences<sup>3030</sup>. Précisons encore que le champ d'application du Protocole fait qu'il ne s'applique qu'aux analyses génétiques médicales et exclut l'établissement de profils d'ADN à des fins d'identification ou pour établir un lien de filiation<sup>3031</sup>.

*B. En Suisse*

1031 Au niveau constitutionnel, l'art. 119 Cst. traite de la procréation médicalement assistée et du génie génétique<sup>3032</sup>. En particulier, l'art. 119 al. 2 *litt. f* Cst. exige que l'analyse, l'enregistrement et la communication du patrimoine génétique d'une personne se fondent sur le consentement de la personne ou une disposi-

---

<sup>3026</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5296. MANAI, Droits du patient, p. 410.

<sup>3027</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5296. CR Cst.-BOILLET, n° 2 ad art 119.

<sup>3028</sup> Le texte de la STE 203 est disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/203> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3029</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 203, n° 123 ss. Cf. également MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5271.

<sup>3030</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5271 ; DFI, LAGH, p. 35.

<sup>3031</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 203, n° 27.

<sup>3032</sup> Sur l'historique de cette disposition, cf. CR Cst.-BOILLET, n° 5 ss ad art 119 ; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, n° 1 ss ad art. 119 ; AUBERT, Petit commentaire, n° 1 ss ad art. 119 Cst.

tion légale<sup>3033</sup>. Deux lois au sens formel règlent principalement les examens génétiques en droit suisse et se fondent sur l'art. 119 al. 2 Cst.<sup>3034</sup>.

## 1. La loi sur les profils d'ADN

Il s'agit tout d'abord de la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 (loi sur les profils d'ADN ou LPADN)<sup>3035</sup>. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>3036</sup>. Cette loi a succédé à l'ordonnance sur le système d'information fondé sur les profils d'ADN du 31 mai 2000 (*aOADNS*), en vigueur entre le 1<sup>er</sup> juillet 2000 et le 31 décembre 2004<sup>3037</sup>. 1032

La loi sur les profils d'ADN régit l'utilisation de profils d'ADN dans des procédures pénales, mais également hors d'une procédure pénale, pour identifier une personne inconnue, disparue ou décédée (art. 1 al. 1 LPADN)<sup>3038</sup>. Notons que cette logique est la même que celle de l'art. 253 al. 1 CPP qui traite du processus en cas de mort suspecte, c'est-à-dire des décès où il existe des indices de la commission d'une infraction et de ceux où le défunt doit être identifié. La LPADN est applicable dans les procédures pénales non soumises au CPP (principalement la procédure pénale militaire) et organise le système d'information fondé sur les profils d'ADN (la banque de données nationale CODIS) et la protection des données<sup>3039</sup>. 1033

La LPADN est complétée par l'ordonnance du 3 décembre 2004 sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (ordonnance sur les profils d'ADN ou OPADN),<sup>3040</sup>. Il existe enfin une ordonnance du Département fédéral de justice et police (DFJP) du 8 octobre 2014 sur les exigences de prestations et de qualité 1034

<sup>3033</sup> CR Cst.-BOILLET, n° 56 ad art 119 ; BSK BV-BELSER/MOLINARI, n° 45 ad art. 119 ; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, n° 48 ss ad art. 119.

<sup>3034</sup> AUBERT, Petit commentaire, n° 10 ad art. 119 Cst.

<sup>3035</sup> RS 363.

<sup>3036</sup> Arrêté du Conseil fédéral, du 3 décembre 2004.

<sup>3037</sup> RO 2000, p. 1715. Art. 23 *aOADNS*. BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 8 ad vor Art. 255.

<sup>3038</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 32 ss. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar n° 4 ad vor Art. 255-259 CPP.

<sup>3039</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223 ; JEANNERET/KUHN, n° 14043 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 4 ad vor Art. 255-259 CPP ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 1 ad intro. art. 255-259 CPP ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 1 ad art. 259.

<sup>3040</sup> RS 363.1.



requis pour les laboratoires forensiques d'analyse d'ADN (ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN)<sup>3041</sup>.

- 1035 À la suite de deux interventions parlementaires, une procédure de révision de la LPADN est en cours<sup>3042</sup>. Le Conseil fédéral a mis en consultation le 28 août 2019 un avant-projet de modification de la LPADN, du CPP et de la PPM<sup>3043</sup>. Le projet et le Message ont été adoptés le 4 décembre 2020<sup>3044</sup>. Le projet concerne trois points principaux : il doit permettre l'utilisation du phénotypage (c'est-à-dire l'analyse d'une trace d'ADN dans le but de prévoir l'apparence physique d'une personne), simplifier la réglementation sur l'effacement des profils d'ADN de personnes et inscrire dans la loi les recherches en parentèle (c'est-à-dire la faculté de rechercher des personnes potentiellement apparentées dans la base de données)<sup>3045</sup>. Le projet prévoit une adaptation de la LPADN, qui ne contiendra plus que les éléments de droit administratif (définition, processus de traitement de l'analyse de l'ADN et système d'information)<sup>3046</sup>. Les éléments de procédure pénale sont extraits de la LPADN, ce qui implique une modification de la PPM, sur le modèle des art. 255 ss CPP<sup>3047</sup>. Le Conseil national a adopté le projet de modification de la LPADN le 4 mai 2021 et le Conseil des États le 22 septembre 2021<sup>3048</sup>.

---

<sup>3041</sup> RS 363.11.

<sup>3042</sup> Postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil national 16.3003 « Analyse des délais de conservations des profils ADN », du 22 janvier 2016 ; motion Vitali 15.4150 « Pas de protection pour les criminels et les violeurs », du 16 décembre 2015.

<sup>3043</sup> L'avant-projet est disponible sur : <https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/sicherheit/personenidentifikation/dna/vorentw-f.pdf.download.pdf/vorentw-f.pdf> ; le rapport explicatif est disponible sur : <https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/sicherheit/personenidentifikation/dna/ber-f.pdf.download.pdf/ber-f.pdf> ; le rapport sur la procédure de consultation est disponible sur : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/sicherheit/personenidentifikation/dna/ve-ber.pdf> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021). Sur l'avant-projet, cf. ZIEGER, Forensische DNA-Analyse, n° 25 ss.

<sup>3044</sup> FF 2021 44 pour le Message et FF 2021 45 pour le projet.

<sup>3045</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 34. Sur les recherches en parentèle, cf. TPF 2015 104, consid. 2.4.

<sup>3046</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 19.

<sup>3047</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 19 ss.

<sup>3048</sup> BO CN 2021, p. 773 ss et BO CE 2021, p. 928 ss. La loi a été adoptée par 125 voix contre 54 au Conseil national et par 43 voix contre 0 au Conseil des États.

## 2. Le Code de procédure pénale

Les art. 255 à 259 CPP traitent de l'analyse de l'ADN. Ils fixent les conditions auxquelles un échantillon peut être prélevé et un profil d'ADN établi et utilisé dans le cadre d'une procédure pénale régie par le CPP<sup>3049</sup>. Les art. 3 à 5 et 7 de la LPADN ne s'appliquent pas à une procédure soumise au CPP<sup>3050</sup>. 1036

## 3. La procédure pénale militaire

La PPM ne contient à l'heure actuelle aucune disposition spécifique sur l'analyse d'ADN. Les art. 3 à 5 et 7 de la LPADN s'appliquent lors d'une procédure pénale militaire<sup>3051</sup>. Le projet de révision de la LPADN prévoit d'introduire l'équivalent des art. 255 ss CPP en ajoutant des art. 73s-73y à la P-PPM<sup>3052</sup>. 1037

## 4. La loi sur l'analyse génétique humaine

La seconde loi qui encadre spécifiquement les examens génétiques est la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH)<sup>3053</sup>. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007<sup>3054</sup>. Elle est complétée par l'ordonnance du 14 février 2007 sur l'analyse génétique humaine (OAGH), et l'ordonnance du 14 février 2007 sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative (OACA)<sup>3055</sup>. Le Département fédéral de l'intérieur a également adopté une ordonnance du DFI du 14 février 2007 sur l'analyse génétique humaine (OAGH-DFI)<sup>3056</sup>. 1038

<sup>3049</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223. CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 1 ad art. 255 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 1 ad art. 259 CPP.

<sup>3050</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14043 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 4 ad vor Art. 255-259 CPP.

<sup>3051</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 1 ad intro. art. 255-259 CPP.

<sup>3052</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 20 et 60 ss.

<sup>3053</sup> RS 810.12. Pour la version de 2004 de la LAGH, cf. RO 2007, p. 653 ss.

<sup>3054</sup> Arrêté du Conseil fédéral, du 14 février 2007.

<sup>3055</sup> RS 830.122.1 et RS 810.122.2.

<sup>3056</sup> RS 810.122.122.

- 1039 Les buts de la loi sont d'assurer la protection de la dignité humaine et de la personnalité, de prévenir les abus dans le cadre des analyses génétiques et d'assurer leur qualité (art. 1 al. 1 *nLAGH*)<sup>3057</sup>.
- 1040 La version de 2004 de la loi réglementait l'analyse génétique dans un but médical, dans le domaine du travail, de l'assurance et de la responsabilité civile (art. 1 al. 1 LAGH). Elle traitait également des profils d'ADN permettant d'établir l'identité ou la filiation d'une personne, hors du champ d'application de la LPADN (art. 1 al. 2 LAGH). Aucune disposition de la LAGH de 2004 ne traitait de la question des personnes décédées<sup>3058</sup>.
- 1041 Une procédure de révision de la LAGH a été enclenchée en 2011 par une motion de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national<sup>3059</sup>. Cette révision a été justifiée par plusieurs évolutions importantes depuis l'adoption de la LAGH, en particulier le développement de nouvelles techniques d'analyse génétique, plus rapides, plus précises et moins coûteuses, ainsi que l'apparition sur internet de tests génétiques destinés directement aux consommateurs<sup>3060</sup>. La version révisée de la loi a un champ d'application élargi et s'applique dorénavant aussi aux analyses génétiques en dehors du domaine médical et aux analyses portant sur des caractéristiques du patrimoine génétique qui ne sont pas transmises aux descendants<sup>3061</sup>. La nouvelle version de la loi traite à l'art. 18 *nLAGH* des analyses génétiques sur les personnes décédées et à l'art. 48 *nLAGH* des profils d'ADN de personnes décédées non soumis à la LPADN. Devant le Parlement, le projet du Conseil fédéral a fait l'objet de peu de débats<sup>3062</sup>. Les deux articles qui nous intéressent n'ont pas été discutés. La loi a été acceptée en vote final le 15 juin 2018<sup>3063</sup>. La révision de la LAGH a entraîné une adaptation de l'OAGH et de l'OACA. La procédure de consultation concernant le P-OAGH et le P-OACA a eu lieu entre le 19 mai et le

---

<sup>3057</sup> Cf. également l'art. 2 *aLAGH* de 2007.

<sup>3058</sup> ZIEGER, GUMG, n° 35 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 372 ; BÜCHLER, RDT 2005, p. 42.

<sup>3059</sup> Motion Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national 11.4037 « Modification de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine », du 28 octobre 2011.

<sup>3060</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5261 ss. ZIEGER, GUMG, n° 1 ; SCHOTT/MAYORAZ, p. 268 s.

<sup>3061</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5271 ss. ZIEGER, GUMG, n° 7 ss ; SCHOTT/MAYORAZ, p. 269.

<sup>3062</sup> Pour les débats parlementaires, cf. BO CN 2018, p. 2, le 26 février 2018 et BO CE 2018, p. 326, le 30 mai 2018

<sup>3063</sup> BO CN 2018, p. 1190 et BO CE 2018, p. 589.

9 octobre 2020<sup>3064</sup>. Nous allons uniquement présenter les dispositions de la nouvelle loi, qui doit entrer en vigueur en 2022<sup>3065</sup>.

Relevons enfin que selon l'art. 2 al. 4 nLAGH, les analyses génétiques effectuées dans un but de recherche sur les maladies, la structure et le fonctionnement du corps humain, sont régies par la LRH<sup>3066</sup>. Des analyses génétiques dans le cadre de recherches (au sens de la LRH) sur des personnes décédées sont soumises aux conditions des art. 36 à 38 LRH<sup>3067</sup>. Nous renvoyons donc au chapitre consacré à cette loi pour de telles analyses génétiques<sup>3068</sup>. 1042

### III. Le profil d'ADN

La notion de profil d'ADN est définie à la fois à l'art. 3 *litt. j* nLAGH et à l'art. 2 al. 1 nLPADN. Ces deux dispositions donnent la définition suivante du profil d'ADN : « *les caractéristiques du patrimoine génétique spécifiques à une personne, qui sont déterminées au moyen d'une analyse génétique et utilisées en vue de déterminer la filiation ou l'identité de cette personne* ». Cette définition a été remaniée lors de la révision de la LAGH pour tenir compte de l'évolution des connaissances scientifiques<sup>3069</sup>. La définition actuelle ne fait pas de distinction entre la partie codante et la partie non codante du génome<sup>3070</sup>. L'art. 2 al. 1 P-LPADN prévoit une nouvelle définition : « *Le profil d'ADN est un code alphanumérique propre à chaque individu qui est établi, à l'aide de techniques de biologie moléculaire, à partir du matériel génétique ADN dans le but d'identifier une personne* ». 1043

<sup>3064</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3065</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3066</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5303.

<sup>3067</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, p. 260 ss.

<sup>3068</sup> Cf. *supra* chapitre 10.

<sup>3069</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5270.

<sup>3070</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5270 et 5308. L'art. 2 al. 1 LPADN définit le profil d'ADN comme : « *un code alphanumérique propre à chaque individu qui est établi, à l'aide de techniques de biologie moléculaire, à partir des séquences non codantes du matériel génétique ADN* ». L'art. 3 *litt. k* LAGH prévoit presque la même définition : « *le code propre à chaque individu qui est établi à partir des séquences non codantes de l'ADN, à l'aide de techniques de la génétique moléculaire* ».

- 1044 L'art. 2 al. 2 LPADN précise que l'établissement d'un profil d'ADN ne doit pas avoir pour but de déterminer « *l'état de santé ou d'autres caractéristiques propres à la personne en cause, à l'exception de son sexe* ». Une règle semblable figure également à l'art. 47 nLAGH, qui interdit d'effectuer une analyse génétique lors de l'établissement d'un profil d'ADN. De plus, si de telles informations apparaissent malgré tout lors de l'établissement du profil, elles ne doivent ni figurer dans le rapport ni être communiquées à la personne ou un tiers (art. 47 al. 2 nLAGH).

*A. Dans le cadre d'une procédure pénale soumise au CPP*

- 1045 L'art. 255 al. 1 *litt. c* CPP autorise le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN sur une personne décédée pour élucider un crime ou un délit<sup>3071</sup>. Dans le cas d'un prélèvement sur une personne décédée, celui-ci est dans la majorité des cas effectué sur le cadavre de la victime potentielle d'une infraction contre la vie. Le prélèvement de l'ADN de la victime permet son identification, ce qui peut être central dans une enquête sur un homicide<sup>3072</sup>. L'établissement d'un profil d'ADN et sa comparaison ne sont que l'une des mesures d'enquête permettant l'identification du défunt<sup>3073</sup>.
- 1046 Le prélèvement de l'échantillon et l'établissement du profil d'ADN doivent être ordonnés par écrit ou, en cas d'urgence, par oral et confirmés par écrit<sup>3074</sup>. Ils interviennent en particulier dans les cas de mort suspecte au sens de l'art. 253 CPP<sup>3075</sup>. Un échantillon peut également être prélevé lors d'une exhumation fondée sur l'art. 254 CPP<sup>3076</sup>. Il s'agit de mesures de contrainte<sup>3077</sup>. En effet, le prélèvement d'un échantillon sur une personne décédée porte atteinte au droit de disposer d'un cadavre, protégé par l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>3078</sup>. Le principe

---

<sup>3071</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14048 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 2 ad art. 255.

<sup>3072</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1222. JEANNERET/KUHN, n° 14040.

<sup>3073</sup> Cf. *supra* n° 938. GREMAUD *et alii*, p. 1615, qui donnent un pourcentage de l'utilisation des différentes méthodes d'identification. Dans 90% des cas, il s'agit de reconnaissances visuelles. Dans les 10% restants, on retrouve par ordre décroissant, l'identification par comparaison des données médicales (notamment par identification odontologique), des empreintes digitales et de profils d'ADN.

<sup>3074</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14051.

<sup>3075</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 15 ad art. 255.

<sup>3076</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 15 ad art. 255.

<sup>3077</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 6 ad art. 258 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 1 ad art. 255.

<sup>3078</sup> ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 2.1 et les réf. citées. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 4 ad art. 255 CPP.

de la proportionnalité doit être respecté<sup>3079</sup>. En cas de suspicion d'une infraction contre la vie, la mesure concerne toujours un crime ou un délit grave<sup>3080</sup>. Le principe de proportionnalité n'est cependant pas respecté si un autre moyen de preuve permet de confondre l'auteur ou si le profil d'ADN est inapte à prouver la commission de l'infraction<sup>3081</sup>.

L'art. 258a P-CPP prévoit la possibilité d'ordonner une recherche en parentèle pour élucider un crime. Il est alors possible de rechercher dans CODIS des personnes qui pourraient être apparentées avec la personne à l'origine de la trace en raison de la similitude de leur profil d'ADN (art. 2a P-LPADN). L'art. 258b P-CPP prévoit le recours au phénotypage pour élucider un crime. L'analyse de certains marqueurs spécifiques permet de mettre en évidence la couleur des yeux, des cheveux, de la peau, l'origine biogéographique et l'âge de la personne à l'origine de la trace (art. 2b al. 1 P-LPADN). Si ces deux méthodes visent en premier lieu à identifier l'auteur d'une infraction, il n'est pas exclu qu'elles soient mises en œuvre sur un cadavre inconnu (a priori *victime* de l'infraction) si cela est nécessaire à l'élucidation d'un crime<sup>3082</sup>. 1047

## 1. La compétence

Il existe un conflit de doctrine pour savoir si l'art. 255 al. 2 *litt.* b CPP qui donne la compétence à la police d'ordonner l'établissement d'un profil d'ADN à partir de traces s'applique ou non aux personnes décédées. Sandrine Rohmer et Joëlle Vuille considèrent qu'un prélèvement sur une personne décédée doit être considéré comme le relevé d'une trace, mais ne relève pas de la compétence de la police<sup>3083</sup>. Un passage du Message relatif à la LPADN explique que : « *Lorsque la victime est décédée, le profil d'ADN est considéré comme une trace* »<sup>3084</sup>. Cependant, selon ces auteures, la compétence de la police est exclue, car on se trouve toujours, soit dans la situation d'une mort suspecte de l'art. 253 CPP, soit d'un délit ou crime grave, où la police informe le ministère public sur la base de l'art. 307 al. 1 CPP : dans les deux cas, le ministère public 1048

<sup>3079</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 16 ad art. 255 ; JEANNERET/KUHN, n° 14059.

<sup>3080</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223.

<sup>3081</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 7a ad art. 255.

<sup>3082</sup> Selon le Message, le profil d'ADN est considéré comme une trace si la victime est décédée, *cf.* MCF LPADN, FF 2000, p. 35. *Cf. infra* n° 1049 ss sur la distinction entre prélèvement sur une personne décédée et trace de matériel biologique, notamment le n° 1051 sur le sens à donner à ce passage du Message.

<sup>3083</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 22 et 27 s. ad art. 255.

<sup>3084</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 35.

est compétent<sup>3085</sup>. Laurent Moreillon et Aude Parein-Reymond sont d'avis que le prélèvement ne doit pas être considéré comme celui d'une trace, mais que la police est compétente en raison de son caractère non invasif<sup>3086</sup>. Pour la doctrine majoritaire, le prélèvement sur une personne décédée n'est pas assimilé à celui d'une trace et seul le ministère public est compétent<sup>3087</sup>. Ces auteurs s'appuient sur le Message concernant l'art. 255 CPP qui se pose la question d'attribuer cette compétence à la police et qui la juge non opportune, car soit le prélèvement a lieu dans le cadre d'une mort suspecte au sens de l'art. 253 CPP, soit la victime est liée à un crime ou un délit grave, ce qui implique toujours l'intervention du ministère public (art. 307 al. 1 CPP)<sup>3088</sup>.

- 1049 Selon nous, il faut bien faire la distinction entre le prélèvement sur la personne décédée elle-même (art. 255 al. 1 *litt.* c CPP), qui vise à l'identifier et le relevé de traces de matériel biologique, qui a un rapport avec l'infraction (art. 255 al. 1 *litt.* d CPP) qui vise à confondre l'auteur. Il est bien sûr possible que l'auteur de l'infraction laisse des traces sur sa victime (sang, cheveux, matériel sous les ongles en cas de lutte, sperme, etc.)<sup>3089</sup>. Le relevé d'une trace, même si elle est retrouvée sur le corps d'une personne décédée, peut être effectué par la police. Pour des cas limites où la trace se trouve dans un orifice ou une cavité du cadavre, il faut appliquer par analogie l'art. 250 CPP et cela exige l'intervention d'un médecin<sup>3090</sup>.
- 1050 Si le prélèvement vise à identifier la personne décédée, à notre avis, seul le procureur est compétent. D'une part, des situations où une personne décédée doit être identifiée et où le procureur n'est pas averti nous semblent quasiment exclues en raison de la teneur de l'art. 253 CPP. D'autre part, les prélèvements sur des cadavres sont invasifs en pratique<sup>3091</sup>.
- 1051 La phrase du Message de la LPADN qui assimile le profil d'ADN d'une personne décédée à une trace concerne à notre sens le traitement de cette information dans le système d'information fondé sur les profils d'ADN. Lorsqu'elle

---

<sup>3085</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 28 s. ad art. 255.

<sup>3086</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 15 ad art. 255 CPP. Du même avis, LEUENBERGER, n° 71.

<sup>3087</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14045 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar n° 10 ad art. 255 CPP ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 31 ad art. 255.

<sup>3088</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223. JEANNERET/KUHN, n° 14047.

<sup>3089</sup> Pour une liste non exhaustive de traces possibles, cf. COQUOZ R., RPS 2000, p. 166.

<sup>3090</sup> Pour le parallèle avec l'examen corporel, cf. MCF CPP, FF 2006, p. 1223.

<sup>3091</sup> Cf. *infra* n° 1053 ss.

définit les informations à entrer dans le système d'information, la LPADN regroupe d'ailleurs dans la même catégorie personnes décédées et traces (art. 11 al. 1 *litt.* c LPADN).

Lorsque le prélèvement et l'établissement du profil sont effectués lors d'une exhumation fondée sur l'art. 254 CPP, la même autorité est compétente pour les deux opérations. Il s'agit donc soit du ministère public, soit de l'autorité de jugement<sup>3092</sup>. Le ministère public est compétent pour ordonner une recherche en parentèle (art. 258a P-CPP) et un phénotypage (art. 258b P-CPP)<sup>3093</sup>. 1052

## 2. Le déroulement

Si le prélèvement a un caractère invasif, il doit être pratiqué par un médecin ou un auxiliaire médical au sens de l'art. 258 CPP<sup>3094</sup>. Il s'agit d'une atteinte à l'intégrité corporelle et on doit suivre la même logique que l'art. 252 CPP<sup>3095</sup>. L'analyse de l'échantillon pour établir le profil d'ADN doit être effectuée par un laboratoire reconnu au sens de l'art. 8 al. 1 LPADN<sup>3096</sup>. 1053

En pratique, le prélèvement est réalisé par le médecin légiste appelé pour la levée de corps et a un caractère invasif<sup>3097</sup>. Il s'agit soit d'un prélèvement sanguin, soit d'un bout d'ongle, de muscle ou d'os, en fonction de l'altération du cadavre<sup>3098</sup>. 1054

Une fois l'échantillon prélevé, l'ADN est extrait et le profil établi. Pour éviter des erreurs, deux analyses indépendantes, effectuées par des personnes différentes et à des moments différents, ont lieu (art. 3 s. de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN). 1055

Si des éléments de l'enquête permettent d'attribuer une identité présumée au défunt, plusieurs possibilités s'ouvrent pour confirmer l'hypothèse<sup>3099</sup>. Il est possible d'utiliser des références personnelles à condition que le profil de la personne ait déjà été établi, du matériel biologique prélevé du vivant de la per- 1056

<sup>3092</sup> Cf. *supra* n° 948.

<sup>3093</sup> Pour l'art. 258a P-CPP, MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 62. Pour l'art. 258b P-CPP, MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 64.

<sup>3094</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 4 ad art. 258 ; JEANNERET/KUHN, n° 14054.

<sup>3095</sup> SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, n° 1 ad art. 258 CPP.

<sup>3096</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14055.

<sup>3097</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3098</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3099</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.



sonne (biopsie ou autres tests médicaux), et en dernier recours, on tente de retrouver du matériel biologique sur des objets censés avoir appartenu à la personne (peigne, brosse à dents, rasoir)<sup>3100</sup>. En l'absence de tels éléments, il faut recourir à une comparaison du profil avec un parent du défunt présumé (références familiales : mère, père en priorité)<sup>3101</sup>. Si aucune identité n'est présumée, l'identification ne peut avoir lieu que si le profil établi correspond par hasard à un autre profil de la banque de données nationale CODIS<sup>3102</sup>.

### 3. Les voies de droit

- 1057 La décision ordonnant le prélèvement d'un échantillon sur une personne décédée et l'établissement d'un profil d'ADN peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP<sup>3103</sup>. Comme en matière d'autopsies, ce sont les proches du défunt qui sont légitimés à recourir contre le prélèvement de l'échantillon ou l'établissement du profil du défunt. Nous renvoyons donc aux développements sur ces questions dans le chapitre sur les autopsies, qui s'appliquent *mutatis mutandis*<sup>3104</sup>.
- 1058 Le recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral est également ouvert selon l'art. 78 al. 1 LTF<sup>3105</sup>. La décision d'effectuer un prélèvement et d'établir un profil d'ADN est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF<sup>3106</sup>. Par contre, si une décision refuse le prélèvement de l'échantillon ou l'établissement du profil, comme il s'agit d'une décision portant sur l'administration des preuves, elle n'est pas finale au sens de l'art. 90 LTF. Elle doit remplir les conditions de l'art. 93 LTF sur les décisions incidentes<sup>3107</sup>. Comme le rappelle le Tribunal fédéral : « *Les décisions relatives à la conduite de la procédure et à l'adminis-*

---

<sup>3100</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 36. GREMAUD *et alii*, p. 1615. Confirmé par les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3101</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3102</sup> GREMAUD *et alii*, p. 1615. Confirmé par les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3103</sup> JEANNERET/KUHN, n° 14051 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 42 ad art. 255.

<sup>3104</sup> Cf. *supra* n° 954 ss.

<sup>3105</sup> Arrêt du TF 1B\_685/2011, 1B\_693/2011, du 23 février 2012, consid. 2.1. JEANNERET/KUHN, n° 14051 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 43a ad art. 255.

<sup>3106</sup> Arrêt du TF 1B\_244/2017, du 7 août 2017, consid. 1 ; arrêt du TF 1B\_250/2016, du 20 septembre 2016, consid. 1.1 ; ATF 124 II 259, consid. 1.4, cités par JEANNERET/KUHN, n° 14051.

<sup>3107</sup> Arrêt du TF 1B\_685/2011, 1B\_693/2011, du 23 février 2012, consid. 2.2 et les réf. citées ; ATF 134 III 188, consid. 2.1.

tration des preuves ne sont en règle générale pas de nature à causer un dommage juridique irréparable »<sup>3108</sup>. Toutefois, la décision qui refuse l'admission d'une preuve risquant de disparaître est susceptible de causer un préjudice irréparable<sup>3109</sup>. Ainsi, le refus d'effectuer un prélèvement d'un échantillon sur un cadavre avant sa crémation est susceptible de causer un préjudice irréparable. Si le corps est enterré, bien qu'un échantillon puisse toujours être prélevé, la nécessité de devoir procéder à une exhumation (acte complexe, lourd et coûteux) fait qu'il faut arriver à la même conclusion.

#### 4. La destruction de l'échantillon

Le Code de procédure pénale ne traite pas de la question de la destruction de l'échantillon. C'est donc l'art. 9 LPADN qui règle cette question<sup>3110</sup>. Cet article prévoit la destruction de l'échantillon dans plusieurs hypothèses. Tout d'abord si le profil d'ADN de la personne a déjà été établi précédemment (art. 9 al. 1 *litt.* a LPADN)<sup>3111</sup>. L'autorité qui a ordonné le prélèvement doit également demander sa destruction s'il n'y a pas eu l'établissement d'un profil dans les trois mois après le prélèvement (art. 9 al. 1 *litt.* b LPADN)<sup>3112</sup>. C'est également le cas lorsque la personne en cause ne peut être l'auteur du crime ou du délit (art. 9 al. 1 *litt.* c LPADN). Enfin, une fois le profil établi de manière satisfaisante et saisi dans le système d'information, le prélèvement est détruit par le laboratoire, au plus tard trois mois après sa réception (art. 9 al. 2 LPADN)<sup>3113</sup>. Le laboratoire détruit non seulement l'échantillon, mais également l'ADN qui en a été extrait et les produits dérivés du profil établi (art. 6 al. 1 OPADN)<sup>3114</sup>. 1059

L'art. 6 al. 2 OPADN prévoit qu'après l'analyse, les laboratoires renvoient immédiatement à l'autorité requérante le support des traces et détruisent l'ADN extrait d'une trace qui n'a pas été utilisé pour l'analyse d'ADN quinze ans après 1060

<sup>3108</sup> Arrêt du TF 1B\_101/2010, du 13 avril 2010, consid. 2 et les réf. citées, notamment l'ATF 134 III 188, consid. 2.3.

<sup>3109</sup> Arrêt du TF 1B\_685/2011, 1B\_693/2011, du 23 février 2012, consid. 2.1 et les réf. citées ; arrêt du TF 4P.117/1998, du 26 octobre 1998, SJ 1999 I 186, consid. 1b/bb/aa.

<sup>3110</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 5 ad art. 259 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 39 ad art. 255.

<sup>3111</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 39.

<sup>3112</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 5 ad art. 259 ; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, n° 40 ad art. 255.

<sup>3113</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 6 ad art. 259.

<sup>3114</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 7a ad art. 259.

sa réception, sauf si l'infraction est imprescriptible<sup>3115</sup>. La police ou le ministère public peuvent prolonger la durée de conservation au-delà de quinze ans, mais au maximum jusqu'à l'expiration de la prescription de l'action pénale<sup>3116</sup>.

- 1061 Le Projet de modification de la LPADN prévoit une prolongation des délais de conservation de l'échantillon<sup>3117</sup>. Il est détruit six mois après le prélèvement si le profil n'est pas établi (art. 9 al. 1 *litt.* b P-LPADN). Le laboratoire détruit l'échantillon prélevé sur une personne quinze ans après sa réception (art. 9 al. 2 P-LPADN). Cette durée prolongée vise à permettre de tenir compte des progrès technologiques<sup>3118</sup>.

## 5. L'effacement du profil

- 1062 Le profil d'ADN établi à partir d'un prélèvement sur une personne décédée est effacé après 30 ans, sous réserve des crimes imprescriptibles (art. 18 *litt.* b LPADN). Cela concerne la liste de l'art. 101 al. 1 CP. Il faut donc conclure que pour ces crimes, le profil est conservé indéfiniment. Selon nous, l'hypothèse de l'art. 18 *litt.* a LPADN ne doit pas se réaliser pour une personne décédée. D'une part, on vise dans cette disposition le cas d'une trace et non d'un échantillon prélevé sur une personne décédée. D'autre part, la personne à identifier est en général la victime, qui est donc dès le départ exclue de la qualité d'auteur du crime ou du délit en question. Les détails sont réglés par les art. 12 à 16 de l'OPADN.

### B. *Dans le cadre d'une procédure pénale non soumise au CPP*

- 1063 Dans le cadre d'une procédure pénale non soumise au CPP, les art. 3 à 5 et 7 de la LPADN sont applicables<sup>3119</sup>. La LPADN régit donc l'établissement d'un profil d'ADN dans le cadre de la procédure pénale militaire, d'une procédure pénale administrative et d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral. En pratique, pour des profils d'ADN de personnes décédées, cela con-

---

<sup>3115</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 7b ad art. 259.

<sup>3116</sup> CR CPP-ROHMER/VUILLE, n° 7b ad art. 259.

<sup>3117</sup> Sur cette question, *cf.* MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 35 s.

<sup>3118</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 35 s.

<sup>3119</sup> MCF CPP, FF 2006, p. 1223. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n° 1 ad intro. art. 255-259 CPP.

cerne principalement la procédure pénale militaire : les autres hypothèses semblent peu probables. Notons que les règles du CPP que nous avons présentées s'appliquent à une procédure pénale concernant des mineurs en raison du renvoi de l'art. 3 al. 1 PPMin.

L'art. 4 de la LPADN autorise le prélèvement d'échantillons sur une personne décédée pour élucider un crime ou un délit. Des éléments concrets doivent laisser penser que le prélèvement est utile à l'élucidation de l'infraction. Cette disposition vise les victimes<sup>3120</sup>. 1064

Pour le surplus, les règles de chaque procédure s'appliquent. Par exemple, dans la procédure pénale militaire, il est possible de recourir contre une décision ordonnant un prélèvement d'échantillons par une plainte au sens des art. 166 ss PPM. Les dispositions de la LPADN sur la destruction de l'échantillon et l'effacement du profil que nous avons déjà présentées (art. 9 et 18 LPADN) s'appliquent également<sup>3121</sup>. 1065

Le projet de modification de la LPADN prévoit de modifier la structure de la loi. La LPADN ne contiendrait que des dispositions de nature administrative et l'art. 4 LPADN serait abrogé<sup>3122</sup>. À la place, une réglementation sur l'analyse d'ADN identique aux art. 255 ss CPP est prévue aux art. 73s ss P-PPM<sup>3123</sup>. Pour plus de détails, nous renvoyons à nos explications sur les art. 255 ss CPP<sup>3124</sup>. 1066

### C. Pour identifier une personne inconnue

Lorsqu'une dépouille non identifiée est retrouvée et qu'il n'existe aucun indice d'infraction, il n'y a pas de raison d'ouvrir une enquête pénale. Cependant, des raisons éthiques, juridiques, financières et administratives font qu'il est nécessaire de pouvoir donner une identité au défunt<sup>3125</sup>. 1067

On peut avoir recours à l'identification par l'ADN dans le cas où le corps de la personne décédée a été grandement altéré au moment de la mort (accident d'avion par exemple) ou découvert longtemps après le décès (corps retrouvé en 1068

<sup>3120</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 35.

<sup>3121</sup> Cf. *supra* n° 1059 ss.

<sup>3122</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 20.

<sup>3123</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 20.

<sup>3124</sup> Cf. *surpa* n° 1045 ss.

<sup>3125</sup> GREMAUD *et alii*, p. 1615.

montagne)<sup>3126</sup>. Un cadavre doit pouvoir être identifié, même si aucune infraction n'est commise, par exemple après un suicide<sup>3127</sup>.

## 1. La compétence

- 1069 L'autorité compétente pour ordonner le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil est l'autorité chargée d'identifier la personne décédée (art. 7 al. 5 LPADN). Il s'agit en général du ministère public, qui intervient sur la base de l'art. 253 CPP. Dans le cadre d'un accident dans le domaine des transports, le bureau d'enquête du Service suisse d'enquête de sécurité (SESE) peut être compétent<sup>3128</sup>. À notre sens, sa compétence se fonde soit sur l'art. 35 OEIT sur les autopsies, soit sur l'art. 36 OEIT sur les expertises, bien que l'établissement d'un profil d'ADN ne soit pas explicitement mentionné. Cette compétence doit être relativisée, car tout accident de transport impliquant un décès entraîne l'intervention du ministère public qui enquête en parallèle<sup>3129</sup>.
- 1070 Le projet de modification de la LPADN prévoit l'abrogation de l'art. 7 LPADN et une modification de l'art. 6 al. 1 P-LPADN, qui disposerait que l'autorité cantonale ou fédérale compétente pour identifier la personne décédée peut ordonner l'établissement d'un profil d'ADN<sup>3130</sup>.

## 2. Le déroulement

- 1071 L'art. 6 al. 1 *litt.* a de la LPADN prévoit la possibilité d'établir le profil d'ADN d'une personne décédée pour l'identifier, hors d'une procédure pénale. Le principe de la subsidiarité doit être respecté : il ne doit pas être possible d'établir l'identité du défunt d'une autre manière. En plus de la reconnaissance du défunt

---

<sup>3126</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 32.

<sup>3127</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 32.

<sup>3128</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 37.

<sup>3129</sup> Cf. l'art. 23 OEIT sur la coordination entre le SESE et les autorités de poursuite pénale : « 1 L'enquête est menée indépendamment des procédures pénales ou administratives. 2 Les autorités de poursuite pénale, les autorités administratives et le SESE coordonnent leurs activités. 3 Elles mettent réciproquement et gratuitement à disposition les documents d'enquête tels que les analyses et les enregistrements ».

<sup>3130</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 49.

par un proche, d'autres techniques d'anthropologie forensique sont envisageables pour déterminer l'identité du défunt, comme la comparaison des empreintes digitales ou dentaires<sup>3131</sup>.

Pour identifier la personne, les mêmes techniques que dans la cadre d'une procédure pénale vont être utilisées<sup>3132</sup>. Il se peut aussi que le profil de la personne décédée concorde avec une personne disparue dont on a établi le profil sur la base de l'art. 6 al. 3 LPADN. Lors de la disparition d'une personne, il est envisageable que l'on établisse le profil du disparu à partir d'une référence personnelle et qu'il soit entré dans la banque de données nationale. 1072

Enfin, il est également possible d'identifier le cadavre anonyme en comparant son profil à celui d'un parent du supposé défunt<sup>3133</sup>. L'art. 6 al. 4 LPADN exige dans ce cas le consentement écrit de la personne présumée être apparentée au défunt à identifier. 1073

L'art. 6 al. 2<sup>bis</sup> P-LPADN prévoit le recours au phénotypage au sens de l'art. 2b P-LPADN pour identifier une personne décédée, s'il n'est pas possible de l'identifier autrement (principe de subsidiarité)<sup>3134</sup>. 1074

### 3. Les voies de droit

La loi ne règle pas la question d'un recours contre le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN pour identifier une personne décédée hors d'une procédure pénale. Vu que le défunt n'est pas identifié, aucun proche ne peut être légitimé à s'opposer au prélèvement d'un échantillon ou à l'établissement du profil de la personne décédée. 1075

### 4. La destruction de l'échantillon

Si l'échantillon a été prélevé sur la base de l'art. 6 LPADN. L'autorité qui a ordonné le prélèvement doit demander sa destruction dès que la personne a été identifiée (art. 9 al. 1 *litt.* d LPADN)<sup>3135</sup>. 1076

<sup>3131</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 14 ; LA HARPE, p. 100 ss ; GREMAUD *et alii*, p. 1615.

<sup>3132</sup> Cf. *supra* n° 1053 ss.

<sup>3133</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 36.

<sup>3134</sup> MCF LPADN 2020, FF 2021 44, p. 49.

<sup>3135</sup> MCF LPADN, FF 2000, p. 36 et 39.

## 5. L'effacement du profil

- 1077 Le profil établi pour identifier une personne décédée hors d'une procédure pénale doit être conservé tant que celle-ci n'a pas été identifiée, et effacé au plus tard après 50 ans (art. 19 LPADN).

### D. Pour établir un lien de filiation

- 1078 L'établissement d'un profil d'ADN hors du cadre de la LPADN est régi par la LAGH (art. 2 al. 3 nLAGH)<sup>3136</sup>. La LAGH réglemente donc l'établissement de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure civile, administrative ou hors de toute procédure<sup>3137</sup>. Le profil d'ADN vise à établir soit la filiation soit l'identité de la personne<sup>3138</sup>. Les procédures civiles concernent en majorité les actions du droit de la filiation ou l'action sui generis en connaissance de ses origines (art. 28 CC)<sup>3139</sup>. Les procédures administratives portent en général sur le regroupement familial dans le cadre de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI)<sup>3140</sup>. Hors d'une procédure, Martin Zieger propose l'exemple d'une personne voulant faire établir son profil d'ADN avant un voyage risqué, dans l'éventualité où elle décède pour pouvoir identifier son cadavre ou établir une filiation *post mortem*<sup>3141</sup>. On peut également penser à la situation où l'établissement d'un profil d'ADN a pour objectif de vérifier l'existence d'un lien de filiation hors de toute procédure<sup>3142</sup>.
- 1079 L'art. 48 nLAGH traite de la question des profils d'ADN de personnes décédées. La loi n'évoque que la situation où le profil d'ADN sert à établir un lien de filiation avec la personne décédée. L'établissement du profil est soumis à deux conditions cumulatives : le requérant doit invoquer des motifs valables et les plus proches parents de la personne décédée doivent donner leur consentement.

---

<sup>3136</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367 et 5370.

<sup>3137</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367.

<sup>3138</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367.

<sup>3139</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367 et 5370 s. ZIEGER, GUMG, n° 43 s. Sur le droit de connaître ses origines, cf. ATF 134 III 241 = JdT 2009 I 411 (trad.), consid. 5. Dans la doctrine, cf. notamment MEIER/STETTLER, n° 457 ss ; MARGOT, p. 709 et 712 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 122 ; BÜCHLER/RYSER, p. 19 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 374 ss.

<sup>3140</sup> RS 142.20. MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5371 s. ZIEGER, GUMG, n° 47. Nous avons de la peine à concevoir un cas de regroupement familial qui nécessite un prélèvement sur une personne décédée.

<sup>3141</sup> ZIEGER, GUMG, n° 56. Le Message ne donne pas d'exemple hors d'une procédure.

<sup>3142</sup> Sur cette question, MEIER/STETTLER, n° 523 ss.

## 1. Les conditions

### a. Le motif valable

Une demande d'établissement d'un profil d'ADN sur une personne décédée doit reposer sur des motifs valables (art. 48 al. 1 *litt. a* nLAGH). Si l'examen génétique doit remettre en question ou établir un lien de filiation juridique avec une personne décédée, il doit exister des indices qui laissent penser qu'un lien de filiation sous l'angle du droit civil ne correspond pas à la réalité génétique<sup>3143</sup>. On peut penser à des indices d'ordre médical, comme une incohérence entre les groupes sanguins des parents et de l'enfant, mais aussi à des allégations émanant des membres de la famille ou de tiers<sup>3144</sup>. 1080

### b. Le consentement des plus proches parents

Le consentement doit être donné par les plus proches parents de la personne décédée (art. 48 al. 1 *litt. b* nLAGH). Le texte allemand (« *die nächsten Angehörigen* ») et le texte italien (« *gli stretti congiunti* ») utilisent le même terme que celui utilisé pour désigner les proches dans la LTx et la LRH<sup>3145</sup>. Selon nous, il faut considérer que la notion de « plus proches parents » correspond aux proches qui entretenaient les liens les plus étroits avec la personne décédée (art. 5 al. 1 OTx). On pouvait donc penser que la hiérarchie de l'OTx allait s'appliquer<sup>3146</sup>. Toutefois, le projet de modification de l'OACA qui doit accompagner la révision de la LAGH prévoit la création d'un art. 12b P-OACA qui établit une liste des proches au sens de l'art. 48 al. 1 *litt. b* nLAGH. La liste est identique à celle de l'OTx, mais elle ne mentionne pas au dernier rang « *les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée* » (comp. art. 3 *litt. d* P-OACA et 5 al. 2 *litt. e* OTx). Selon le rapport explicatif du P-OACA, la totalité des plus proches parents doivent consentir, mais seulement pour autant qu'ils puissent faire valoir que l'établissement du profil d'ADN porte atteinte à leurs droits de la personnalité<sup>3147</sup>. À notre avis, la loi devrait se référer à la notion de proche et les deux listes devraient être les 1081

<sup>3143</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5369. ZIEGER, GUMG, n° 38.

<sup>3144</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5369 ; DFI, LAGH, p. 94.

<sup>3145</sup> Pour une critique de la terminologie allemande et italienne, *cf. supra* n° 290.

<sup>3146</sup> Dans ce sens, *cf.* DFI, LAGH, p. 94, qui prévoyait un renvoi aux dispositions de la LTx. ZIEGER, GUMG, n° 40. *Cf. supra* n° 807 ss.

<sup>3147</sup> FEDPOL, Rapport OACA, p. 6.



mêmes, puisque l'exigence d'un consentement est fondée sur le droit des proches de disposer du cadavre.

- 1082 Il est possible de contourner le refus des plus proches parents par le biais de l'art. 48 al. 2 nLAGH, qui permet au juge ou à l'autorité compétente d'autoriser l'établissement du profil d'ADN<sup>3148</sup>. Par exemple, on peut imaginer que l'un des plus proches parents de la personne décédée soit son unique héritier et refuse l'établissement du profil d'ADN pour éviter qu'un nouveau lien de filiation soit reconnu (ce qui aurait des conséquences sur le partage de la succession).
- 1083 L'art. 12c al. 1 P-OACA prévoit la possibilité pour le laboratoire, si des raisons de temps ne permettent pas d'obtenir le consentement des proches de la personne décédée, de prélever un échantillon sur la personne si le juge compétent l'a ordonné. L'ordonnance renvoie ainsi aux dispositions de la procédure civile (notamment la preuve à futur)<sup>3149</sup>. L'échantillon est mis en sûreté par le laboratoire jusqu'à ce que le consentement des proches ait été obtenu ou que le juge ait ordonné l'établissement du profil d'ADN (art. 12c al. 2 P-OACA).

c. *Excursus* : l'affaire Jäggi et le droit de connaître ses origines

- 1084 Il nous faut mentionner l'affaire Jäggi qui a donné lieu à plusieurs arrêts du Tribunal fédéral et à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3150</sup>. Cette affaire concerne l'exhumation d'un cadavre afin d'établir un lien de filiation sur la base d'une analyse d'ADN et notamment la pesée des intérêts en présence. Elle constitue un tournant sur la question du droit de connaître ses origines.
- 1085 Nous pouvons résumer les faits à la base de cette affaire de la manière suivante<sup>3151</sup>. Andreas Jäggi est né en 1939 à Genève. En 1948, une action en paternité contre A. H. (qui a admis avoir eu des relations sexuelles avec la mère, mais a contesté être le père) a été rejetée à cause de l'inconduite de la mère. A.

---

<sup>3148</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5369 ss. ZIEGER, GUMG, n° 42.

<sup>3149</sup> FEDPOL, Rapport OACA, p. 6 s.

<sup>3150</sup> Dans l'ordre chronologique : arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489 ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006 ; arrêt du TF 1F-1/2007, du 30 juillet 2006 ; arrêt du TF 5A\_418/2011, du 22 novembre 2012 ; arrêt du TF 5A\_585/2013, du 27 novembre 2013 ; arrêt du TF 5F\_1/2014, du 18 février 2014.

<sup>3151</sup> Cf. arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 4 ss ; arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, faits.

H. a toujours refusé les examens médicaux visant à établir sa paternité. Peu après son décès en 1976, une analyse sanguine n'a pas permis d'exclure sa paternité. En 1997, Andreas Jäggi a renouvelé la concession de la tombe de A. H. jusqu'en 2016. En 1999, il a demandé la révision du jugement de 1948 et l'exhumation du cadavre de A. H. pour effectuer une expertise ADN, malgré l'opposition de la famille du défunt.

Dans une première décision datant du 22 décembre 1999, le Tribunal fédéral a reconnu que le droit de connaître l'identité de ses géniteurs est un élément de la liberté personnelle qui doit faire l'objet d'une pesée des intérêts face à la liberté personnelle de tiers<sup>3152</sup>. Les juges de Mon Repos ont toutefois considéré que la protection de la dépouille et du droit des proches l'emportait, car l'expertise ADN ne pouvait pas avoir de conséquences sur le plan du droit civil<sup>3153</sup>. L'exhumation apparaissait comme disproportionnée puisqu'il existait de nombreux indices qui rendent vraisemblable l'identité du père et que l'incertitude ne semblerait pas menacer gravement la santé psychique du requérant<sup>3154</sup>. 1086

L'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la Suisse le 13 juillet 2006 pour violation de l'art. 8 CEDH<sup>3155</sup>. Les juges de Strasbourg ont notamment remis en cause la pesée des intérêts effectuée par le Tribunal fédéral<sup>3156</sup>. Tout d'abord, le défunt ne peut pas être atteint dans sa vie privée<sup>3157</sup>. Par ailleurs, le droit de connaître son ascendance l'emporte sur : « *le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts [...]* »<sup>3158</sup>. La Cour relève notamment que la famille du défunt qui s'opposait à l'exhumation n'avait pas invoqué de motifs religieux ou philosophiques, que le prélèvement nécessaire à l'analyse était minime et que la 1087

<sup>3152</sup> Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2b et les réf. citées.

<sup>3153</sup> Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2c.

<sup>3154</sup> Arrêt du TF 1P.60/1999, du 22 décembre 1999, SJ 2000 I 489, consid. 2c.

<sup>3155</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006. L'arrêt de la CourEDH a été abondamment commenté, cf. notamment MEIER/STETTLER, n° 465 ; MEIER, FamPra 2012, p. 281 ss ; BÜCHLER/RYSER, p. 17 s. ; HOTTELIER, p. 228 ss ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 373 ; BREITSCHMID, Das Gut rinnt wie das Blut, p. 146 ; WILSON, p. 262 ss ; AEBI-MÜLLER, Jusletter n° 1 ss.

<sup>3156</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 39 ss.

<sup>3157</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 42, qui cite la décision d'irrecevabilité de la CourEDH (Requête n° 1338/03) *Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark*, du 15 mai 2006,

<sup>3158</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 39.

protection de la paix des morts était de toute manière temporaire avec le système de concession limitée dans le temps<sup>3159</sup>. À la suite de cette décision, le Tribunal fédéral a annulé son arrêt du 22 décembre 1999 dans le cadre d'une demande de révision<sup>3160</sup>.

- 1088 Si les proches du défunt s'opposent à l'établissement du profil d'ADN sur la base de leur droit de déterminer le sort du cadavre, il faut effectuer une balance des intérêts<sup>3161</sup>. Notre Haute Cour a rappelé que le droit de connaître ses origines doit faire l'objet d'une pesée des intérêts *in concreto* avec les droits de tiers<sup>3162</sup>. Un intérêt public à la protection de la paix des morts peut aussi être pris en compte<sup>3163</sup>. En pratique, dans la situation où le parent potentiel est décédé, il faut bien admettre qu'en principe, le droit à connaître ses origines l'emporte<sup>3164</sup>.

d. En cas d'absence de proches parents

- 1089 Le consentement n'est pas non plus nécessaire si la personne concernée n'a pas de proches parents ou qu'ils ne peuvent pas être contactés (art. 48 al. 3 *n*LAGH). Le texte de la loi est ici ambigu : l'utilisation du terme personne concernée, conformément à la définition de l'art. 3 *litt. m* *n*LAGH, doit désigner une personne vivante. À l'art. 48 al. 3 *n*LAGH, cette expression désigne la personne décédée. Le Message précise qu'il faut consacrer des efforts raisonnables à contacter les proches parents<sup>3165</sup>. La loi impose au requérant de participer à

---

<sup>3159</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 58757/00) *Jäggi Andreas c. Suisse*, du 13 juillet 2006, § 41.

<sup>3160</sup> Arrêt du TF 1F-1/2007, du 30 juillet 2007. Notons que cette affaire a encore donné lieu à trois décisions du TF, *cf.* arrêt du TF 5F\_1/2014, du 18 février 2014 ; arrêt du TF 5A\_585/2013, du 27 novembre 2013 ; arrêt du TF 5A\_418/2011, du 22 novembre 2012.

<sup>3161</sup> ZIEGER, GUMG, n° 36 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 123 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 372 s. ; BÜCHLER, RDT 2005, p. 42.

<sup>3162</sup> ATF 134 III 241 = JdT 2009 I 411 (trad.), consid. 5.2.1. MARGOT, p. 713 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 122 ; AEBI-MÜLLER, RJB, p. 99 ; BREITSCHMID, *Das Gut rinnt wie das Blut*, p. 146 ; AEBI-MÜLLER, Jusletter, n° 8. Certains auteurs sont favorables à un droit absolu de connaître ses origines, notamment BÜCHLER/RYSER, p. 15 et 19 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 123 ; HOTTELIER, p. 237.

<sup>3163</sup> WILSON, p. 272 ss.

<sup>3164</sup> MANAI, Jusletter, § 17 ; MARGOT, p. 714 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 123 ; AEBI-MÜLLER, Jusletter, n° 8.

<sup>3165</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5370.

la recherche des proches de bonne foi. Il doit notamment renseigner sur la situation familiale du défunt et démontrer qu'il a entrepris les démarches raisonnables pour obtenir le consentement des proches parents<sup>3166</sup>.

e. La volonté du défunt ?

L'art. 48 *n*LAGH ne tient pas compte de la volonté exprimée par le défunt de son vivant. Le Message justifie le fait d'écarter la volonté du défunt par la primauté du droit à connaître son ascendance<sup>3167</sup>. Certains auteurs mentionnent également la fin de la personnalité du défunt au moment de son décès (art. 31 al. 1 CC)<sup>3168</sup>. Pourtant, en principe, le droit de disposer de son cadavre permet à la personne de consentir ou de s'opposer de son vivant aux actes portant atteinte à l'intégrité de son cadavre et donc au prélèvement d'un échantillon biologique sur sa dépouille pour établir un profil d'ADN<sup>3169</sup>. L'art. 48 *n*LAGH limite donc le droit de disposer d'un cadavre. 1090

La règle de l'art. 48 *n*LAGH nous semble problématique. Dans le cas où le défunt s'est opposé de son vivant à l'établissement d'un profil d'ADN, il aurait fallu prévoir une pesée des intérêts. Il faut cependant être conscient que dans ce cas, le droit à connaître son ascendance risque de peser lourd dans la balance. 1091

## 2. Le prélèvement

L'échantillon biologique qui sert à l'établissement du profil d'ADN doit être prélevé par un médecin, le laboratoire ou une personne mandatée par laboratoire (art. 47 al. 3 *n*LAGH). Pour une personne décédée, le prélèvement est effectué par un médecin légiste<sup>3170</sup>. Le plus souvent, un échantillon est prélevé sur le défunt entre son décès et son inhumation, sur demande des proches<sup>3171</sup>. Il est également envisageable qu'un échantillon de matériel biologique ait été prélevé du vivant du défunt (lors d'un traitement médical par exemple). Il est possible de déposer une requête de preuve à futur selon l'art. 158 al. 1 *litt.* b du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) ou de requérir des mesures provisionnelles et superprovisionnelles visant à préserver un échantillon 1092

<sup>3166</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5370. ZIEGER, GUMG, n° 41.

<sup>3167</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5370, qui cite l'ATF 134 II 241. MANAI, Jusletter, § 17.

<sup>3168</sup> ZIEGER, GUMG, n° 35 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 372.

<sup>3169</sup> Cf. *supra* n° 201.

<sup>3170</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3171</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

(art. 261 ss CPC)<sup>3172</sup>. Il faut alors bien distinguer l'étape du prélèvement du matériel biologique, de celle de l'établissement du profil d'ADN et de sa comparaison. Les cas d'exhumation sont plus rares, notamment en raison du poids émotionnel, de la complexité technique et du coût que représente une telle opération<sup>3173</sup>.

### 3. L'établissement du profil

- 1093 L'art. 47 al. 1 nLAGH interdit d'effectuer une analyse génétique (médicale ou non) lors de l'établissement du profil d'ADN<sup>3174</sup>. Seul le sexe peut être déterminé si cela est nécessaire<sup>3175</sup>. En pratique, c'est le cas dans les tests utilisés pour l'établissement d'un profil d'ADN<sup>3176</sup>. Si l'analyse fait apparaître des informations excédentaires (au sens de l'art. 3 *litt. n* nLAGH), celles-ci ne doivent être ni consignées dans le rapport ni communiquées à la personne concernée ou à des tiers (art. 47 al. 2 nLAGH)<sup>3177</sup>.

### 4. La conservation de l'échantillon

- 1094 Selon les art. 49 al. 2 et 50 al. 3 nLAGH, les échantillons obtenus dans le cadre de procédures civiles ou administratives doivent être conservés jusqu'à l'entrée en force du jugement ou de la décision, après quoi ils sont détruits. Hors de toute procédure, la loi ne fixe pas de limite temporelle à la conservation des échantillons et c'est à la personne concernée de décider<sup>3178</sup>. L'art. 16a P-

---

<sup>3172</sup> RS 272. Pour un exemple, *cf.* arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 30 avril 2014, JdT 2014 III 115, p. 129 ss, consid. 3.2.2 dans lequel le juge admet le prélèvement de matériel biologique sur le cadavre du défunt qui avait donné son corps à la science. Sur les mesures provisionnelles, *cf. infra* n° 1293 ss. En droit vaudois, l'art. 32 de la loi vaudoise sur la procédure administrative, du 28 octobre 2008 (LPA-VD, BLV 173.36) renvoie aux dispositions de procédure civile. Dans la procédure fédérale, l'art. 19 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021) renvoie à certaines dispositions de la loi fédérale de procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (PCF, RS 273), dont l'art. 41 prévoit qu'avant le dépôt de la demande, la conservation des preuves qui risquent de disparaître incombe à la juridiction cantonale.

<sup>3173</sup> Selon les déclarations de M. CARMELO SIMILI, le 4 juillet 2018.

<sup>3174</sup> Sur la notion d'analyse génétique, *cf. infra* n° 1096. ZIEGER, GUMG, n° 18.

<sup>3175</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5368. ZIEGER, GUMG, n° 18.

<sup>3176</sup> ZIEGER, GUMG, n° 19.

<sup>3177</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5368. Sur cette question, ZIEGER, GUMG, n° 23 ss.

<sup>3178</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5373.

OACA prévoit qu'en dehors d'une procédure, le laboratoire détruit l'échantillon trois mois après la remise du rapport d'expertise au mandant, à moins que celui-ci ne souhaite prolonger la durée de conservation. La destruction de l'échantillon et l'effacement du profil d'ADN sont réglés pour le surplus par les art. 11 ss *nLAGH* que nous présentons dans la section consacrée aux analyses génétiques<sup>3179</sup>.

## 5. Les voies de droit

En l'absence d'une disposition de la *nLAGH* sur cette question, il faut se référer à la loi de procédure pertinente pour recourir contre un prélèvement d'échantillons ou l'établissement d'un profil d'ADN dans une procédure civile ou administrative. Hors de toute procédure, à notre avis, il faut ouvrir une action civile indépendante fondée sur les droits de la personnalité pour s'opposer ou pour obtenir l'établissement d'un profil d'ADN. 1095

## IV. L'analyse génétique

La notion d'analyse génétique est définie dans la loi à l'art. 3 *litt. a nLAGH* de la façon suivante : « *les analyses cytogénétiques et moléculaires réalisées sur l'être humain dans le but de déterminer des caractéristiques du patrimoine génétique et toutes les autres analyses de laboratoire qui visent à obtenir de manière directe ces mêmes informations* ». Les analyses cytogénétiques s'intéressent au nombre et à la structure des chromosomes (art. 3 *litt. b nLAGH*). Les analyses moléculaires concernent la structure moléculaire de l'ADN et le produit direct d'un gène (art. 3 *litt. c nLAGH*). 1096

L'art. 18 *nLAGH* traite des analyses génétiques effectuées sur des personnes décédées, des enfants mort-nés, des embryons ou des fœtus issus d'interruptions de grossesse ou d'avortements spontanés<sup>3180</sup>. 1097

Au-delà des conditions fixées par la *nLAGH*, que nous allons présenter ci-après, si une autopsie est autorisée en vertu du droit cantonal ou fédéral, une analyse génétique servant à déterminer la cause du décès peut être réalisée (art. 18 al. 3 *nLAGH*)<sup>3181</sup>. La loi autorise l'autopsie et les atteintes à la dépouille qui en découlent. Cela inclut donc la possibilité de faire des analyses génétiques, tant qu'elles visent la même finalité que l'autopsie. 1098

<sup>3179</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5371 ss. Sur ces articles, cf. *infra* n° 1116 ss.

<sup>3180</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5335.

<sup>3181</sup> BAUR/LEHMANN/STAUDINGER, § 12 ; JUNOD/ROMAGNOLI, p. 262.

- 1099 Par exemple, les tests effectués dans le domaine de la cardio-génétique tombent dans le champ d'application de l'art. 18 al. 3 *n*LAGH. Le laboratoire utilise les échantillons prélevés lors de l'autopsie médico-légale. Malgré cela, en pratique, un formulaire de consentement est quand même rempli par les personnes apparentées du défunt<sup>3182</sup>.

### A. *Sur une personne décédée*

- 1100 Plusieurs conditions doivent être réunies pour pouvoir réaliser une analyse génétique sur une personne décédée. Elles sont énoncées à l'art. 18 al. 1 *n*LAGH.

## 1. **Un lien avec une maladie héréditaire**

- 1101 L'analyse doit avoir pour but de déterminer si le défunt était porteur ou atteint d'une maladie héréditaire (art. 18 al. 1 litt. a *n*LAGH). C'est évidemment le caractère héréditaire d'une maladie qui rend l'analyse génétique du défunt pertinente. Pour cela, il faut principalement tenir compte du but de l'analyse, qui doit permettre de répondre à une question clinique ou renseigner sur une atteinte à la santé<sup>3183</sup>. Selon nous, lorsque la loi renvoie à la notion de maladie, cela signifie que l'analyse doit avoir un caractère médical au sens de l'art. 19 *n*LAGH. Cet article considère qu'une analyse génétique entre dans le domaine médical si elle a des fins médicales, en particulier si elle a un but diagnostic, pré-symptomatique, d'établir un *planning* familial ou de déterminer les effets d'une thérapie. Ces notions sont définies à l'art. 3 litt. d-i *n*LAGH.

---

<sup>3182</sup> Selon les déclarations de Mme ÉMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018. Cf. à ce propos le formulaire de consentement éclairé proposé par la Société suisse de génétique médicale, disponible sur : [https://sgmg.ch/storage/app/media/Formulare/Einverstaeandniserklaerung\\_FR.pdf](https://sgmg.ch/storage/app/media/Formulare/Einverstaeandniserklaerung_FR.pdf) et la lettre d'information, disponible sur : <https://sgmg.ch/storage/app/media/Formulare/Informierte%20Zustimmung/Franzoesisch/Consentement-eclairé-en-vue-d-analyses-genetiques-2020-05.pdf> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3183</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5272 et 5274.

## 2. La demande d'une personne apparentée

Seule une personne apparentée peut demander l'analyse (art. 18 al. 1 *litt. b* nLAGH) 1102. Ni la loi ni le Message ne définissent la notion de personne apparentée. À notre avis, cette notion correspond à la notion de parenté au sens génétique. Il faut donc que la personne qui demande l'analyse génétique ait un ascendant commun avec la personne décédée<sup>3184</sup>. En effet, sans ce lien, il n'y a pas d'intérêt à demander une analyse génétique. Il est problématique de savoir comment une personne prouve ce lien génétique. Selon nous, il faut considérer qu'un lien de parenté juridique fait présumer un lien génétique, en l'absence d'informations contraires (recours à un don de sperme ou adoption)<sup>3185</sup>. Il est nécessaire que le degré de parenté soit élevé pour que le résultat soit fiable<sup>3186</sup>. En pratique, il s'agit des parents du premier degré, parents, enfants, frères et sœurs<sup>3187</sup>.

## 3. Une question de santé ou de *planning* familial

L'analyse doit concerner la santé ou une question de *planning* familial (art. 18 al. 1 *litt. c* nLAGH) 1103. Cette exigence se recoupe avec celle concernant une maladie héréditaire. Tout lien avec une maladie héréditaire constitue une question de santé.

La notion de *planning* familial est définie à l'art. 3 *litt. i* nLAGH comme ayant : 1104  
 « le but de déterminer un statut de porteur et d'évaluer le risque d'anomalie génétique qui en découle pour les générations suivantes ». De telles analyses sont effectuées avant de concevoir un enfant et portent sur des caractères génétiques transmis de manière récessive (les parents sont porteurs sains)<sup>3188</sup>.

*A contrario*, le rapport explicatif de l'avant-projet précise que des analyses gé- 1105  
 nétiques dans un but archéologique, qui visent à connaître le sexe, l'ethnie voire l'état de santé (dans un but historique et non thérapeutique) de restes humains, ne sont pas réglementées par la nLAGH<sup>3189</sup>. De telles analyses sont soumises aux art. 36 ss de la LRH<sup>3190</sup>.

<sup>3184</sup> Sur la notion de parenté, cf. MEIER, Droit des personnes, n° 303.

<sup>3185</sup> Sur le lien entre parenté juridique et génétique, cf. MEIER/STETTLER, n° 3 ss.

<sup>3186</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5336.

<sup>3187</sup> Confirmé par les déclarations de Mme ÉMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018.

<sup>3188</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5308. Sur les enjeux des questions de *planning* familial et d'analyse génétique, cf. ELGER/MAURON, p. 410.

<sup>3189</sup> DFI, LAGH, p. 63.

<sup>3190</sup> Cf. *supra* n° 860 ss.



#### 4. La subsidiarité de l'analyse génétique

- 1106 Le principe de subsidiarité doit être respecté : il ne doit pas être possible d'obtenir l'information recherchée au travers de l'analyse génétique par une autre méthode (art. 18 al. 1 *litt. d* nLAGH)<sup>3191</sup>. Le rapport explicatif de l'avant-projet donne comme exemple le cas où un diagnostic incertain nécessite une analyse génétique des deux parents, dont l'un est décédé ou celui où une maladie dont la transmission héréditaire est mal connue et dont l'anamnèse nécessite de remonter à plusieurs générations<sup>3192</sup>.

#### 5. La volonté du défunt ?

- 1107 La loi ne mentionne pas la volonté du défunt. L'art. 18 nLAGH ne traite pas non plus de la situation où un proche du défunt s'oppose au prélèvement de matériel biologique en vertu de son droit à disposer du cadavre. Le Message est silencieux sur ce point et ne donne pas d'explications sur le système choisi. Selon nous, il faut considérer qu'il y a un silence qualifié de la loi. Il n'est pas tenu compte de la volonté du défunt (de son vivant) ou subsidiairement d'un proche qui s'oppose à une analyse génétique. Il faut en déduire que le législateur considère que l'intérêt pour la santé de la personne apparentée l'emporte dans tous les cas sur le droit du défunt ou des proches de disposer du cadavre.

#### 6. Une prescription par un médecin ?

- 1108 Comme nous l'avons déjà dit, l'exigence qu'une analyse génétique sur une personne décédée concerne une maladie héréditaire et une question de santé ou de *planning* familial fait que cette analyse relève du domaine médical. Les dispositions du chapitre 2 de la loi (art. 19 à 30 nLAGH) s'appliquent si elles sont pertinentes pour une personne décédée. Une telle interprétation est confirmée par la structure de la loi. L'art. 18 nLAGH se trouve dans le premier chapitre qui contient les dispositions générales de la loi et la section 3 qui vise des cas particuliers comme les personnes incapables de discernement et les analyses prénatales. Le caractère général de ces dispositions a pour conséquence que le chapitre 2 ne fait que les compléter pour le domaine médical.

---

<sup>3191</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, p. 262.

<sup>3192</sup> DFI, LAGH, p. 63.

Ainsi, seul un médecin qui répond aux critères de l'art. 20 *n*LAGH peut prescrire une analyse génétique sur une personne décédée<sup>3193</sup>. Le médecin doit être habilité à exercer son activité sous sa propre responsabilité, selon les règles de la loi fédérale sur les professions médicales du 23 juin 2006 (LPMéd)<sup>3194</sup>. Il doit être titulaire d'un titre postgrade fédéral dans le domaine de spécialisation concerné ou d'une qualification particulière dans le domaine de la génétique humaine (art. 20 al. 1 *n*LAGH)<sup>3195</sup>. Ces règles seront précisées aux art. 5 à 7 P-OAGH, adopté sur la base de l'art. 20 al. 3 *n*LAGH. 1109

L'intervention d'un médecin est logique, car l'analyse génétique sur la personne décédée doit renseigner la personne apparentée sur une question médicale. L'exigence d'une prescription par un médecin, sur demande d'une personne apparentée, doit aussi permettre de vérifier le caractère subsidiaire de l'analyse génétique sur la personne décédée. 1110

## 7. Le conseil génétique

Les dispositions sur le conseil génétique (art. 21 *n*LAGH), la forme du consentement (art. 25 *n*LAGH), la communication des résultats de l'analyse (art. 26 *n*LAGH) et des informations excédentaires (art. 27 *n*LAGH) s'appliquent. Ces exigences ne s'imposent évidemment pas au défunt, mais à la personne apparentée qui requiert l'analyse. Le conseil génétique permet de fournir une information qui va au-delà des exigences de l'art. 6 *n*LAGH, et permet d'assurer un consentement libre et éclairé<sup>3196</sup>. Le conseil génétique explique également les résultats de l'analyse génétique<sup>3197</sup>. 1111

### B. *Sur un embryon, un fœtus ou un enfant mort-né*

Le consentement de la femme concernée (donc de la mère) est nécessaire pour effectuer une analyse génétique sur un enfant mort-né, sur un embryon ou un fœtus issu d'une interruption de grossesse ou d'un avortement spontané (art. 18 1112

<sup>3193</sup> Confirmé par les déclarations de Mme ÉMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018.

<sup>3194</sup> RS 811.11. MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5337.

<sup>3195</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5338.

<sup>3196</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5340. Sur le conseil génétique, cf. ASSM, Médecine personnalisée, p. 92 ss ; DONZALLAZ, Vol. II, n° 3927 ss.

<sup>3197</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5340.

al. 2 *n*LAGH). Le Message justifie cette solution par une analogie avec les analyses prénatales et l'interruption de grossesse, où la femme concernée décide seule<sup>3198</sup>.

- 1113 Cette solution doit être critiquée. Premièrement, l'art. 18 al. 2 *n*LAGH n'est pas cohérent avec le régime de la LRH<sup>3199</sup>. Pour les enfants mort-nés, les fœtus et embryons issus d'avortements spontanés, le consentement du couple concerné est nécessaire pour pouvoir effectuer une recherche (art. 40 al. 1 LRH). Cela doit également être le cas pour une analyse génétique. Nous allons même plus loin en pensant que peu importe qu'il s'agisse d'une interruption de grossesse ou d'un avortement spontané, la décision de procéder à une analyse génétique revient aux deux parents. Dès que l'enfant mort-né, le fœtus ou l'embryon est sorti du ventre de la mère, ses parents, qui sont les proches les plus étroitement liés, doivent décider de son sort<sup>3200</sup>. Le père doit être consulté s'il a reconnu l'enfant avant la naissance ou s'il est marié avec la mère au moment de l'interruption de grossesse ou de l'avortement spontané<sup>3201</sup>. Il est dans tous les cas regrettable qu'une disposition semblable à l'art. 22 al. 4 *n*LAGH, qui prévoit que : « *le conjoint ou le partenaire de la femme enceinte est si possible associé [...]* », n'existe pas pour l'analyse génétique des embryons, fœtus et enfants mort-nés.
- 1114 Dans le cas des embryons, des fœtus et des enfants mort-nés, la question de l'application des conditions de l'art. 18 al. 1 *n*LAGH en plus de l'art. 18 al. 2 *n*LAGH se pose<sup>3202</sup>. Le Message donne comme unique exemple une analyse qui vise à déterminer la cause de la fausse couche, ce qui est manifestement une question médicale<sup>3203</sup>. Nous sommes d'avis que la règle de l'art. 18 al. 2 *n*LAGH pose une condition supplémentaire à celles de l'art. 18 al. 1 *n*LAGH.

---

<sup>3198</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5336.

<sup>3199</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, p. 260. Pour plus de détails sur cette disposition, *cf. supra* n° 893 ss.

<sup>3200</sup> Dans ce sens, JUNOD/ROMAGNOLI, p. 260. En pratique, l'analyse génétique est principalement demandée par un couple. Lors d'analyses génétiques, on peut identifier un facteur génétique qui peut concerner le père ou la famille paternelle. Il est donc important que le père ait bénéficié d'un conseil génétique pour comprendre les implications de l'analyse et qu'il ait donné son accord. Selon les déclarations de Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018.

<sup>3201</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, p. 260.

<sup>3202</sup> Sur l'art. 18 al. 1 *n*LAGH, *cf. supra* n° 1100 ss.

<sup>3203</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5336.

### C. *Le déroulement de l'analyse*

L'analyse génétique sur la personne décédée ou un embryon, fœtus ou enfant mort-né est effectuée par un laboratoire autorisé par l'OFSP (art. 28 al. 1 nLAGH)<sup>3204</sup>. C'est une autre conséquence du fait que l'analyse sur la personne décédée concerne le domaine médical. 1115

### D. *La destruction de l'échantillon et l'effacement des données*

Ce point est traité par l'art. 11 nLAGH. Cet article ne fait que consacrer le principe de la proportionnalité<sup>3205</sup>. L'échantillon prélevé sur une personne décédée doit être détruit dès que l'analyse a été réalisée. Selon le Message, l'analyse est réalisée uniquement à la fin de toutes ces étapes et se termine par la communication de ses résultats<sup>3206</sup>. 1116

L'application du principe de la proportionnalité au cas d'une personne décédée pose un certain nombre de difficultés. Pour une personne décédée, l'analyse génétique exige d'avoir accès à du matériel biologique. Soit il existe un échantillon de matériel biologique extrait du vivant de la personne soit on effectue un prélèvement *post mortem*. Dans le cas d'un prélèvement sur le corps de la personne après son décès, il faut selon nous distinguer le cas où le prélèvement a lieu entre le décès et l'inhumation ou la crémation et le cas d'un prélèvement à la suite d'une exhumation. Il est donc légitime de se demander s'il n'est pas préférable de conserver un échantillon de matériel biologique pour une éventuelle analyse génétique future. Cela permet d'éviter de devoir procéder à une exhumation. D'un autre côté, une conservation illimitée de l'échantillon ne respecte pas la proportionnalité. 1117

La loi ne fixe pas de limite temporelle maximale<sup>3207</sup>. En pratique, une limite existe avec la disparition du corps du défunt, que ce soit par la crémation, sa disparition à la suite de son inhumation ou finalement la désaffectation de sa tombe après la période d'inhumation<sup>3208</sup>. Pour le matériel prélevé de son vivant, la principale limite réside sans doute dans les délais fixés par le droit cantonal en matière de conservation des dossiers de patients, comme le prévoit l'art. 11 *litt. c* nLAGH ou le règlement de la biobanque où l'échantillon est conservé. 1118

---

<sup>3204</sup> Les conditions d'autorisation sont précisées aux art. 8 ss P-OAGH et la procédure d'autorisation aux art. 13 ss P-OAGH.

<sup>3205</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5324.

<sup>3206</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5336.

<sup>3207</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5324.

<sup>3208</sup> *Cf infra* n° 1255 ss.

- 1119 La question de l'utilisation de l'échantillon à une autre fin est réglée par l'art. 12 *nLAGH*<sup>3209</sup>. Cet article ne peut pas s'appliquer à la personne décédée. On peut envisager qu'il s'applique en revanche à la personne requérant l'analyse génétique sur la personne décédée. Les exigences en matière de consentement et d'information de l'art. 12 *nLAGH* doivent donc être remplies.

### *E. Les voies de droit*

- 1120 La *nLAGH* ne contient pas de disposition qui règle la question des voies de droit concernant les analyses génétiques. Pour s'opposer à une analyse génétique sur une personne décédée, il faut être un proche du défunt afin de pouvoir invoquer ses propres droits de la personnalité, dans une action civile.

### *F. Les dispositions pénales*

- 1121 La *nLAGH* contient des dispositions pénales à ses art. 56 à 58. Pour les examens génétiques sur une personne décédée, les comportements suivants sont constitutifs d'une infraction : la prescription, la commande ou la réalisation d'une analyse génétique ou l'établissement d'un profil d'ADN sans le consentement exigé par la loi (art. 56 *litt. a nLAGH*). Cela concerne le fait d'effectuer une analyse génétique sur une personne décédée sans une demande d'une personne apparentée (art. 18 al. 1 *litt. b nLAGH*) et le fait d'établir un profil d'ADN sans le consentement des plus proches parents du défunt (art. 48 al. 1 *litt. b nLAGH*).

## **V. Conclusion**

- 1122 La LPADN et la *nLAGH* traitent de la problématique des examens génétiques portant sur des personnes décédées, ce qui doit être salué. Les efforts du législateur sont louables. Néanmoins, il nous semble que les dispositions dont nous avons traité peuvent faire l'objet d'un certain nombre de critiques.

---

<sup>3209</sup> L'art. 12 al. 1 *nLAGH* prévoit que l'utilisation à d'autres fins d'échantillons ou de données génétiques (sous forme codée ou non codée) est autorisée si la personne concernée a consenti librement et expressément à leur utilisation, après avoir été suffisamment informée. L'art. 12 al. 2 *nLAGH* dispose que l'utilisation à une autre fin sous une forme anonymisée est autorisée si la personne concernée en a été informée préalablement et ne s'est pas opposée à leur anonymisation.

Tout d'abord, l'articulation de la LPADN, du CPP et d'autres lois de procédure pénale est compliquée. Le projet du Conseil fédéral qui veut simplifier la structure de la LPADN et introduire un équivalent aux art. 255 ss CPP dans la PPM est donc bienvenu. Ainsi il y aura une séparation claire entre les éléments de procédure pénale, figurant dans les lois topiques, et les règles administratives figurant dans la LPADN. 1123

De plus, la loi doit faire une meilleure distinction entre une trace, une personne et une troisième catégorie qui est la personne décédée. Le CPP devrait réglementer spécialement la compétence d'effectuer un prélèvement et d'établir un profil sur une personne décédée et trancher ainsi le conflit de doctrine y relatif. La LPADN devrait contenir des règles particulières concernant la destruction des échantillons et l'effacement des profils d'ADN provenant de personnes décédées. Au sein de la banque de données nationale, les personnes décédées devraient constituer une troisième catégorie. 1124

La question de la conservation des échantillons de matériel biologique d'une personne après sa mort (que le prélèvement ait eu lieu *ante* ou *post mortem*) mérite une réflexion plus approfondie<sup>3210</sup>. Les règles de la LPADN et de la nLAGH, ne prennent pas en compte les spécificités de tels échantillons. Il est nécessaire que la loi fixe des durées de conservation déterminées ou des critères précis pour faciliter la détermination d'une durée de conservation respectant le principe de proportionnalité. Le délai absolu de 50 ans de l'art. 19 de la LPADN nous semble un peu court pour un cas de disparition. En juillet 2017, le glacier de Tsanfleuron a rendu deux corps qui ont été attribués à un couple disparu en 1942, soit 75 ans plus tôt<sup>3211</sup>. 1125

Par ailleurs, la législation doit mieux distinguer entre l'utilisation d'un échantillon prélevé du vivant de la personne, mais analysé après sa mort, et le prélèvement sur un cadavre, qui doit être un acte subsidiaire si un échantillon existe déjà. Il faut aussi distinguer le cas d'un corps qui n'est pas encore inhumé, où le prélèvement d'un échantillon serait soumis à des conditions moins strictes que pour le cas d'un corps à exhumer. 1126

---

<sup>3210</sup> Sur la question de la conservation et de la réutilisation des échantillons, cf. JOYE, Statut, p. 90 ss.

<sup>3211</sup> Cf. notamment l'article du journal *Le Temps* « Le glacier des Diablerets a rendu les corps d'un couple disparu en 1942 », du 19 juillet 2017. À notre connaissance, dans ce cas, il n'existait pas d'échantillon biologique du couple datant de 1942. Actuellement, si une personne disparaît, il est vraisemblable qu'il sera possible de trouver du matériel biologique la concernant conservé quelque part (par exemple un échantillon prélevé lors d'un examen médical).

- 1127 Il nous semble regrettable que l'art. 48 *nLAGH* ne prenne pas du tout en considération la volonté du défunt. Une telle règle déroge au droit de disposer de son cadavre<sup>3212</sup>. Le Message justifie ce choix par le droit de connaître ses origines. Selon nous, il est plus sage de laisser au juge une marge de manœuvre pour effectuer une pesée des intérêts dans chaque cas concret. Il est évident que le droit de connaître ses origines a un poids déterminant dans une telle pesée des intérêts, mais il nous paraît imprudent d'exclure d'emblée une situation où il serait juste de faire primer l'intérêt à ne pas porter atteinte à l'intégrité du cadavre, en particulier si celui-ci est déjà inhumé.
- 1128 Dans le domaine des analyses génétiques, d'autres critiques sont possibles. L'art. 18 *nLAGH* est une disposition isolée et souffre de défauts. Son articulation avec les autres dispositions de la loi n'est pas claire<sup>3213</sup>. Les règles de l'art. 18 et 48 *nLAGH* ne sont pas les mêmes. L'art. 48 *nLAGH* donne aux plus proches parents du défunt le droit de consentir à l'analyse. L'art. 18 *nLAGH* exige uniquement qu'une personne apparentée demande l'analyse, sans tenir compte du consentement des plus proches parents. De plus, la notion de personne apparentée mérite une définition plus précise.
- 1129 En pratique, un problème lié aux coûts des analyses génétiques semble récurrent. Les analyses génétiques sur une personne décédée ou sur un embryon, fœtus ou enfant mort-né ne sont prises en charge par aucune assurance<sup>3214</sup>. Pourtant ces tests peuvent être très utiles et pertinents pour la famille du défunt, car ils permettent d'une part d'expliquer la cause du décès et d'autre part de prendre des mesures pour gérer un risque découvert à cette occasion.
- 1130 Toutes ces remarques permettent de tirer la conclusion suivante. La LPADN et la *nLAGH* sont de bons exemples de législations récentes qui touchent au statut juridique du cadavre. Le problème a été identifié et traité, mais de manière sommaire. Il y a un manque de réflexion sur cette question. Bien entendu, le législateur s'est focalisé sur les questions touchant aux personnes vivantes, pour lesquelles les enjeux sont plus importants. Nous ne saurions le lui reprocher. Néanmoins, le fait d'avoir adopté quelques dispositions sommaires en ce qui concerne les personnes décédées laisse un goût d'inachevé. Il faut souhaiter que de prochaines révisions de ces lois permettent d'améliorer ces dispositions.

---

<sup>3212</sup> Sur la situation avant l'adoption de l'art. 48 *nLAGH*, cf. BÜCHLER, RDT 2005, p. 42.

<sup>3213</sup> JUNOD/ROMAGNOLI, p. 262.

<sup>3214</sup> Selon les déclarations de Mme ÉMELINE DAVOINE, le 14 septembre 2018 et Mme VIVIANE CINA, le 23 octobre 2018.

---

# Chapitre 13 : La sépulture

## I. Introduction

Dans les chapitres précédents, nous avons présenté la réglementation régissant différents actes sur le cadavre. Ces actes ont tous une nature technique ou médicale et ne sont pas systématiquement pratiqués sur l'ensemble des défunts. Nous allons à présent traiter de la sépulture, qui concerne le sort de tous. Peu importe s'il s'agit de la réalisation d'une autopsie ou de prélèvements, la question de la sépulture d'un cadavre va forcément se poser. 1131

Dès l'aube de l'humanité, les êtres humains se sont préoccupés de donner des sépultures à leurs morts<sup>3215</sup>. Les premières sépultures dateraient de 120'000 ans avant notre ère<sup>3216</sup>. La prise de conscience de sa propre mortalité serait une conquête majeure et jouerait un rôle constitutif pour l'humanité<sup>3217</sup>. Les rites funéraires marquent l'entrée dans un monde fait de symboles et de culture<sup>3218</sup>. En Occident, à partir du Moyen-Âge, la question des cimetières a été du ressort de l'Église<sup>3219</sup>. La Réforme a amorcé un mouvement de sécularisation du domaine des sépultures<sup>3220</sup>. Ce mouvement a abouti en Suisse à l'adoption, en 1874, de l'art. 53 al. 2 aCst., dont la première phrase précisait que : « *Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile* »<sup>3221</sup>. Si les croyances et les convictions religieuses des personnes jouent encore un rôle important pour la sépulture, ce domaine est désormais encadré par des normes et des autorités laïques<sup>3222</sup>. 1132

---

<sup>3215</sup> REMUND, p. 25 ss.

<sup>3216</sup> BIOTTI-MACHE, p. 14 ; GAUTHIER, p. 26, qui évoque 80'000 ans avant notre ère. On a retrouvé des traces de pratiques funéraires de l'homme de Néandertal remontant à plus de 40'000 ans, cf. LAQUEUR, p. 132 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 124 ; THOMAS, *Anthropologie de la mort*, p. 255 ; ZIEGLER J., *Les vivants et les morts*, p. 22.

<sup>3217</sup> ZIEGLER J., *Les vivants et les morts*, p. 22. Certains auteurs proposent d'ailleurs de définir l'être humain comme l'animal qui prend soin de ses morts, cf. LAQUEUR, p. 26 et 132 ; LARRIBE, p. 65 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 124.

<sup>3218</sup> BIOTTI-MACHE, p. 14 ; LAQUEUR, p. 132.

<sup>3219</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 3 ss ; RASELLI, p. 1104 ; REMUND, p. 27 ss ; MAECHLER, p. 10 ss.

<sup>3220</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 6 ss ; RASELLI, p. 1104 ; REMUND, p. 30 ss.

<sup>3221</sup> PAHUD DE MORTANGES, p. 3 ; SCHMITT, p. 3 ; RASELLI, p. 1104. Cf. également ATF 30 I 703, consid. 3 et 4 et MAECHLER, p. 36 ss.

<sup>3222</sup> Sur cette question, cf. ATF 143 I 388 = JdT 2018 I 103 (trad.), consid. 2.2.1 et les réf. citées.



- 1133 Les premières traces de crémation datent de la Préhistoire<sup>3223</sup>. Les Grecs et les Romains pratiquaient à la fois l'inhumation et la crémation<sup>3224</sup>. La fin de l'Empire romain d'Occident entraîne le déclin de la crémation et l'inhumation devient le mode de sépulture pendant des siècles en Europe<sup>3225</sup>. La crémation réapparaît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Angleterre<sup>3226</sup>. Elle se répand en Europe au début du XX<sup>e</sup> siècle, en particulier dans les pays de culture protestante<sup>3227</sup>. L'Église catholique va lever l'interdiction de la crémation en 1963-1964 lors du Concile Vatican II<sup>3228</sup>. Par contre, la crémation reste interdite chez les Juifs, les Musulmans et les Chrétiens orthodoxes<sup>3229</sup>. En Suisse, le taux de crémation approcherait 85 % des décès en 2018<sup>3230</sup>.
- 1134 Les funérailles posent des problèmes de santé publique, mais également de respect du défunt et de ses proches. Nous proposons de désigner les règles juridiques encadrant la sépulture par le terme de droit funéraire<sup>3231</sup>. Le domaine des sépultures relève de la compétence des cantons<sup>3232</sup>. En effet, la Constitution n'attribue pas de compétence à la Confédération en matière de droit funé-

<sup>3223</sup> GAUTHIER, p. 172.

<sup>3224</sup> GRAEN, p. 33 et 35 ; BERSAY, p. 91 ; MOREAUX, p. 9 ; PRIEUR, p. 24. Les Romains des temps archaïques inhumèrent leurs morts. La crémation est apparue sous la République et devient la pratique dominante. L'inhumation redevient la règle à la fin du II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C., cf. GRAEN, p. 35 s. ; TARDIEU, p. 227 ; PRIEUR, p. 24 ss.

<sup>3225</sup> MOREAUX, p. 9 s.

<sup>3226</sup> MOREAUX, p. 17 ss ; VOVELLE, p. 657.

<sup>3227</sup> VOVELLE, p. 657.

<sup>3228</sup> HANUS, p. 134 ; BERSAY, p. 92 s. ; MOREAUX, p. 17 ss ; ROACH, p. 233 ; THOMAS, Le cadavre, p. 182 ; THOMAS, Anthropologie de la mort, p. 268.

<sup>3229</sup> HANUS, p. 134 ; BERSAY, p. 92.

<sup>3230</sup> Il n'existe pas de statistiques officielles sur cette question. Cf. l'émission de la RTS *A bon entendeur* « Même la mort a un prix ! », du 30 octobre 2018, disponible sur : <https://pages.rts.ch/emissions/abe/9849793-meme-la-mort-a-un-prix.html> ; l'émission de la RTS *Mise au point* « Partir en fumée », du 8 mai 2016, disponible sur <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/partir-en-fumee?id=7707313> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3231</sup> À notre connaissance, le terme « droit funéraire » n'est pas utilisé dans la doctrine francophone en droit suisse. Cette terminologie vient du droit français, notamment des ouvrages de DUTRIEUX et de VIEL. Le terme allemand équivalent est *Bestattungsrecht*. SCHMITT, p. 3 ss, qui parle de « police mortuaire ».

<sup>3232</sup> GRÜNEWALD, p. 73 ; DUCOR, RDS, p. 272 ; SCHMITT, p. 4, qui rattache la police funéraire à la santé ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 272 ; AFFOLTER/MOTTIEZ, p. 281 ; REMUND, p. 43. Sur le projet de loi fédérale en matière de sépulture du 24 mai 1880, finalement abandonné, cf. *supra* n° 551.

raire<sup>3233</sup>. Sur le plan matériel, les droits cantonaux sont relativement semblables, mais la densité normative et la qualité de leur législation sont très variables<sup>3234</sup>. Certains cantons disposent d'une réglementation extrêmement détaillée alors que chez d'autres, elle est plus concise.

La présentation de l'ensemble des législations cantonales excéderait les limites imposées à notre étude. Nous avons choisi de nous limiter à sept cantons. Nous présenterons leurs règles de droit funéraire de manière thématique en mettant en avant les ressemblances et les différences. Notre choix s'est porté sur les cantons de Bâle-Ville, Berne, Genève, Saint-Gall, Tessin, Vaud et Zurich. Tout d'abord, ces cantons disposent des législations les plus complètes en droit funéraire, à l'exception de Berne. Notre choix couvre l'ensemble de la Suisse du point de vue géographique. Notre sélection intègre les trois langues officielles et contient des cantons traditionnellement catholiques et protestants. Enfin, nous pensons aussi avoir tenu compte du clivage entre ville et campagne, même si notre choix ne contient pas de cantons sans grande agglomération. 1135

Notre chapitre commence avec une présentation du cadre normatif (II). Nous aborderons la question du droit d'organiser ses funérailles (III), des entreprises de pompes funèbres (IV), du transport du corps (V), des soins mortuaires (VI) et de la thanatopraxie (VII). Nous examinerons également la réglementation de la cérémonie funèbre (VIII), de la sépulture proprement dite (IX) et enfin des exhumations (X). 1136

## II. Le cadre normatif

### A. *Le droit international*

La Suisse a conclu plusieurs traités internationaux, multilatéraux et bilatéraux sur le transport international de cadavres<sup>3235</sup> : 1137

<sup>3233</sup> Conformément au principe de l'art. 3 Cst. MALINVERNI *et alii*, Vol. I, n° 1048 ; AUBERT, Petit commentaire, n° 17 ad art. 3 Cst. ; SCHMITT, p. 4.

<sup>3234</sup> SCHMITT, p. 4 ss, qui présente un tableau avec le nombre d'articles et du type de texte par canton.

<sup>3235</sup> À noter que l'art. 80 al. 1 *litt.* e LEp prévoit une compétence du Conseil fédéral pour conclure des accords internationaux sur le transport transfrontalier de cadavres.

- L'Arrangement international concernant le transport des corps, conclu à Berlin le 10 février 1937 (Arrangement de Berlin)<sup>3236</sup> ;
- L'Accord sur le transfert des corps des personnes décédées du Conseil de l'Europe, conclu à Strasbourg le 26 octobre 1973 (STE 80)<sup>3237</sup> ;
- La Convention entre la Suisse et l'Empire allemand sur la reconnaissance réciproque des laissez-passer pour les cadavres, conclue les 10/15 décembre 1909<sup>3238</sup> ;
- L'Arrangement complétant la Convention des 10/15 décembre 1909 entre la Suisse et l'Empire allemand sur la reconnaissance réciproque des laissez-passer pour cadavres, conclu le 28 août 1911<sup>3239</sup> ;
- L'Accord entre le gouvernement suisse et le gouvernement italien concernant la translation de corps à travers la frontière dans les régions limitrophes, conclu les 11 avril/1<sup>er</sup> mai 1951<sup>3240</sup> ;
- L'Accord entre le gouvernement suisse et le gouvernement autrichien concernant la translation de corps dans le trafic frontière, conclu le 17 mai 1952<sup>3241</sup>.

## B. *Le droit fédéral*

1138 En matière de droit fédéral, l'art. 36 OEC traite de l'autorisation de l'inhumation. L'ordonnance sur les épidémies contient des dispositions sur la manipulation et le transport de cadavres aux art. 66 à 73 OEp<sup>3242</sup>. Ces règles se fondent sur l'art. 46 LEp qui prévoit une délégation de compétence au Conseil fédéral sur la question du transport des cadavres<sup>3243</sup>. L'ordonnance traite

---

<sup>3236</sup> RS 0.818.61.

<sup>3237</sup> RS 0.818.62.

<sup>3238</sup> RS 0.818.691.36.

<sup>3239</sup> RS 0.818.691.361.

<sup>3240</sup> RS 0.818.694.54.

<sup>3241</sup> RS 0.818.691.63.

<sup>3242</sup> RS 818.101.1. À noter que cette ordonnance remplace et reprend le contenu de l'ancienne ordonnance sur le transport et la sépulture des cadavres présentant un danger de contagion ainsi que le transport des cadavres en provenance ou à destination de l'étranger, du 17 juin 1974 (RO 1974, p. 1106). Sur les raisons de cette suppression, cf. OFSP, Commentaire OEp, p. 5.

<sup>3243</sup> OFSP, Commentaire OEp, p. 7.

de la manipulation (art. 66 OEp), de la mise en bière et de l'embaumement des cadavres présentant un danger de contagion (art. 67 OEp). Elle prévoit aussi un devoir d'annonce des cadavres présentant un danger de contagion pour les médecins (art. 68 OEp) et les mesures que les autorités cantonales peuvent ordonner en cas de risque particulier (art. 69 OEp). Le transport de cadavres ayant un caractère international est également réglementé (art. 70-73 OEp). Ces dispositions visent à prévenir qu'un cadavre puisse être une source de contamination d'une maladie transmissible.

### C. Les droits cantonaux

Tous les cantons ont adopté des réglementations de droit funéraire, à l'exception d'Uri qui ne dispose pas de normes cantonales sur la question (la question est réglée au niveau communal)<sup>3244</sup>. Dans quinze cantons, il existe quelques dispositions générales dans la loi sur la santé ainsi qu'un règlement ou une ordonnance spécifique du gouvernement<sup>3245</sup>. Cinq cantons (Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Genève, Neuchâtel et Saint-Gall) ont adopté une loi, au sens formel, de droit funéraire<sup>3246</sup>. Glaris, Grisons, Soleure, Thurgovie et Zoug n'ont pas de texte spécifique de droit funéraire, mais quelques dispositions dans leur loi sur la santé (sauf Soleure, où les dispositions se trouvent dans la *Sozialgesetz*). 1139

Les communes jouent un rôle important dans ce domaine<sup>3247</sup>. Tous les cantons délèguent aux communes des tâches législatives et exécutives en lien avec les funérailles, en particulier l'adoption d'un règlement pour le cimetière commu- 1140

<sup>3244</sup> Pour la liste des textes cantonaux pertinents, cf. Annexe IV. Pour la situation à Uri, cf. RAMAJ, p. 110 ; SCHMITT, p. 7.

<sup>3245</sup> AG ; AI ; AR ; BE ; FR ; JU ; LU ; NW ; OW ; SH ; SZ ; TI ; VD ; VS ; ZH.

<sup>3246</sup> À Genève et Saint-Gall, la loi est complétée par une ordonnance ou un règlement d'application. À Bâle-Ville, la loi est complétée par une ordonnance d'application, une ordonnance sur les sépultures et une ordonnance sur les émoluments en matière funéraire. Cf. Annexe IV.

<sup>3247</sup> SCHMITT, p. 3 ss ; TSCHUOR-NAYDOWSKI, p. 272.

nal<sup>3248</sup>. Les communes disposent ainsi d'une compétence déléguée<sup>3249</sup>. Certains cantons se réservent expressément un pouvoir de surveillance sur les communes dans ce domaine<sup>3250</sup>. L'absence de dispositions cantonales ne signifie pas qu'une question n'est pas réglementée, mais plutôt qu'il faut chercher la réponse au niveau de la commune. Comme nous le verrons, l'autonomie communale en matière de droit funéraire est variable en fonction des cantons<sup>3251</sup>. Cette répartition des compétences permet de tenir compte des usages locaux en matière de funérailles. Des notions comme les bonnes mœurs et la décence sont souvent évoquées par les réglementations. Le niveau communal assure ainsi une grande proximité avec les administrés. Cette proximité est bienvenue dans un domaine où les rites et les traditions ont une importance centrale.

1141 Parmi les cantons dont nous allons présenter la législation, Berne se démarque par le caractère très sommaire de ses normes cantonales. Ce sont les communes qui règlent les détails en matière de droit funéraire. À l'inverse, à Bâle-Ville,

<sup>3248</sup> SCHMITT, p. 4 ss. Pour les bases légales, cf. Annexe IV : AG, § 47 *Gesundheitsgesetz* et § 2 Abs. 1 *Bestattungsverordnung* ; AI, Art. 40 Abs. 1 *Gesundheitsgesetz* et Art. 15 *Verordnung über das Bestattungswesen* ; AR, Art. 5 Abs. 1 litt. e et Art. 62 *Gesundheitsgesetz* et Art. 1 Abs. 1 s. *Verordnung über das Bestattungswesen* ; BE, art. 10 al. 2 litt. d LPol ; BL, § 1 Abs. 1 *Gesetz über Begräbniswesen* ; BS, § 2 Abs. 1 et § 8 *BestG* ; FR, art. 19 et 123 loi sur la santé et art. 10 s. arrêté sur les sépultures ; GE, art. 69 LS et art. 1 al. 1 s. RCim ; GL, Art. 5 Abs. 1 litt. a *Gesetz über das Gesundheitswesen* ; GR, Art. 6 Abs. 2 litt. h *Gesetz zum Schutz des Gesundheit im Kantons Graubünden* ; JU, art. 20 al. 2 litt. h loi sanitaire ; LU, § 59 Abs. 1 *Gesundheitsgesetz* ; NE, art. 1 al. 1 loi sur les sépultures ; NW, Art. 14 Ziff. 7 et 78 Abs. 1 *Gesundheitsgesetz* et Art. 1 Abs. 1 *Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen* ; OW, Art. 63 *Gesundheitsgesetz* et Art. 1 Abs. 1 *Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen* ; SG, Art. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; SH, Art. 4 Abs. 2 *Gesundheitsgesetz*, Art. 1 Abs. 1 et Art. 3 *Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung* ; SO, § 26 Abs. 1 litt. h et 145 *Sozialgesetz* ; SZ, § 1 *Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen* ; TG, Art. 45 *Gesetz über das Gesundheitswesen* ; TI, art. 40 al. 2 *Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitaria* ; VD, art. 16 al. 4 *in fine* LSP VD, Art. 43 ss et 56 RDSPF ; VS, art. 133 al. 1 loi sur la santé et art. 14 al. 1 s. ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains ; ZG, § 61 *Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug* ; ZH, § 55 Abs. 1 et § 57 *GesG* et § 3 *BesV*.

<sup>3249</sup> MALINVERNI *et alii*, Vol. I, n° 243.

<sup>3250</sup> Cf. Annexe IV : AR, Art. 1 Abs. 3 *Bestattungsverordnung* ; BL, § 1 Abs. 1 *Gesetz über Begräbniswesen* ; BS, § 8 Abs. 5 *BestG* ; GE, art. 1 al. 1 LCim ; JU, art. 1 al. 1 décret concernant les inhumations et art. 1 décret concernant la crémation ; NW, § 1 Abs. 2 *Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen* ; OW, Art. 1 Abs. 2 *Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen* ; VD, art. 56 al. 1 RDSPF ; VS, art. 1 al. 3 s. ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains.

<sup>3251</sup> GRÜNEWALD, p. 75.

le droit cantonal est très détaillé. Des questions qui en général sont réglées au niveau communal, comme les dimensions des tombes, les monuments funéraires et leur décoration, sont inscrites dans la loi cantonale. À notre avis, cela s'explique par la petite taille du canton et le fait qu'il n'est divisé qu'en trois communes. Le droit tessinois s'intéresse principalement à la réglementation de l'activité des pompes funèbres. Les dispositions cantonales à Genève, Saint-Gall, Vaud et Zurich ne se démarquent pas par un aspect particulier.

### III. Le droit d'organiser ses funérailles et de choisir son mode de sépulture

Le droit de choisir et d'organiser ses funérailles fait partie intégrante du droit de disposer de son cadavre<sup>3252</sup>. Nous renvoyons de manière générale au chapitre qui lui est consacré<sup>3253</sup>. 1142

Il existe cependant des règles de droit funéraire dans certaines législations cantonales<sup>3254</sup>. À Bâle-Ville, la personne doit être domiciliée dans le canton, être capable de discernement et respecter la forme écrite pour prendre des dispositions au sujet de ses funérailles<sup>3255</sup>. La déclaration de volonté peut être déposée auprès de l'autorité compétente, c'est-à-dire les jardiniers de la ville (*Stadtgärtnererei*) au sein du Département de la construction et des transports (*Bau- und Verkehrsdepartement*)<sup>3256</sup>. Ces dispositions sont alors contraignantes aux termes de la loi cantonale, pour autant que les volontés soient réalisables, contrôlables et ne contredisent pas des principes éthiques ; qu'elles désignent des prestations prises en charge par le canton ou que les frais soient couverts<sup>3257</sup>. En leur absence, la loi désigne les personnes qui décident de l'enterrement et de la sépulture<sup>3258</sup>. La liste correspond à celle de l'art. 5 al. 2 OTx<sup>3259</sup>. Si dans un délai raisonnable, aucune décision n'a été prise, les autorités ordonnent les 1143

<sup>3252</sup> Cf. *supra* n° 201. BREITSCHMID/MATT, p. 100.

<sup>3253</sup> Cf. *supra* chapitre 4.

<sup>3254</sup> Cf. Annexe IV : BS, § 15 s. *BestG* ; SG, Art. 4a *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 68 RDSPP ; ZH, § 18 ss *BesV*.

<sup>3255</sup> BS, § 15 Abs. 2 *BestG*.

<sup>3256</sup> BS, § 15 Abs. 2 *BestG* et § 2 Abs. 1 *BestV*.

<sup>3257</sup> BS, § 15 Abs. 3 *BestG*. Sur la question du rapport entre droit cantonal et droit fédéral, cf. *infra* n° 1145.

<sup>3258</sup> BS, § 16 Abs. 1 *BestG*. La loi prévoit que si plusieurs personnes peuvent décider, les autorités doivent présumer qu'une personne agit avec l'accord de tous, § 16 Abs. 2 *BestG*.

<sup>3259</sup> BS, § 16 Abs. 1 *litt. a-f BestG*.

mesures nécessaires et tiennent notamment compte des traditions de la communauté religieuse du défunt ; par défaut, on procède à une crémation et un dépôt anonyme des cendres dans un jardin du souvenir<sup>3260</sup>. Saint-Gall prévoit également que c'est au défunt de choisir son mode de sépulture ; subsidiairement, le choix revient aux proches ou à la commune, dans le respect des traditions de la communauté religieuse du défunt<sup>3261</sup>. Le droit vaudois prévoit que l'aménagement et l'entretien de la tombe sont fixés en premier lieu par le défunt dans ses dispositions de dernière volonté<sup>3262</sup>. En leur absence, ce droit revient au conjoint ou partenaire enregistré, puis aux autres héritiers légaux<sup>3263</sup>. En cas de désaccord entre les proches, la commune tranche en tenant compte de la volonté présumée du défunt<sup>3264</sup>. Enfin, le droit zurichois comprend quatre articles pour désigner la personne ayant le droit de décider du mode d'inhumation. La volonté du défunt prime<sup>3265</sup>. Il est nécessaire de se renseigner auprès de ses proches pour connaître une éventuelle déclaration de volonté<sup>3266</sup>. Après le défunt, c'est la personne la plus fortement liée avec celui-ci qui est l'ayant droit en matière d'inhumation<sup>3267</sup>. Une hiérarchie au sein des proches est présumée<sup>3268</sup>. Elle correspond parfaitement à celle de l'art. 5 al. 2 OTx. La personne doit avoir seize ans pour décider de son mode d'inhumation, mais pas pour témoigner de la volonté du défunt<sup>3269</sup>. En dernier lieu, la commune décide en l'absence de proches ou tranche un litige, en tenant compte de la volonté présumée du défunt et des traditions de sa communauté religieuse<sup>3270</sup>. Berne, Genève et le Tessin ne traitent pas de cette problématique dans leur législation.

- 1144 En définitive, le système est quasiment identique dans tous les cantons avec un droit principal du défunt, un droit subsidiaire des proches et le respect de la volonté présumée du défunt. Le canton de Vaud fait référence aux héritiers légaux et non aux proches. Bâle-Ville et Zurich, dont les lois datent respectivement de 2020 et 2015, connaissent un système assez détaillé qui correspond matériellement aux dispositions de la LTx et de l'OTx.

<sup>3260</sup> BS, § 16 Abs. 3 *BestG*.

<sup>3261</sup> SG, Art. 4a Abs. 2 s. *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3262</sup> VD, art. 68 al. 1 RDSPF.

<sup>3263</sup> VD, art. 68 al. 1 RDSPF.

<sup>3264</sup> VD, art. 68 al. 2 s. RDSPF.

<sup>3265</sup> ZH, § 19 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3266</sup> ZH, § 19 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3267</sup> ZH, § 20 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3268</sup> ZH, § 20 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3269</sup> ZH, § 19 Abs. 3 et 20 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3270</sup> ZH, § 21 *BesV*.

Il faut se demander si ces dispositions cantonales sont en contradiction avec les dispositions de droit civil fédéral. Si les cantons sont compétents en matière de droit funéraire, la Confédération l'est en matière de droit civil en vertu de l'art. 122 Cst. Ce potentiel conflit se règle à la lumière de l'art. 6 CC<sup>3271</sup>. Sinon, en vertu de l'art. 49 Cst., le droit cantonal contraire n'a pas de portée<sup>3272</sup>. Comme nous l'avons vu, le droit de disposer de son cadavre fait partie des droits de la personnalité<sup>3273</sup>. Cette matière a été traitée de manière exhaustive par le droit fédéral<sup>3274</sup>. Il n'existe pas de place pour du droit public cantonal qui contredit l'esprit du droit civil<sup>3275</sup>. Les dispositions cantonales que nous avons présentées doivent être interprétées conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit de disposer de son cadavre<sup>3276</sup>. Les exigences bâloises en matière de forme permettent uniquement d'assurer une meilleure sécurité juridique, mais ne signifient pas qu'une volonté exprimée oralement n'est pas contraignante. Le fait de confier à la commune, en dernier recours, le droit et le devoir de choisir un mode d'inhumation en l'absence de volonté du défunt ou des proches permet d'assurer à chacun une sépulture décente<sup>3277</sup>. Enfin, la hiérarchie de l'art. 68 RDSPF vaudois qui se base sur les héritiers légaux n'est pas opposable à un proche tel un concubin qui veut exercer son droit de choisir le mode d'inhumation du défunt. 1145

#### IV. Les entreprises de pompes funèbres

Les entreprises de pompes funèbres jouent un rôle central en matière de sépulture. Elles servent d'intermédiaire auprès des différentes autorités intervenant entre le décès et les funérailles et aident les proches à les organiser. En général, ce sont les proches du défunt qui vont se charger de lui assurer des funérailles<sup>3278</sup>. Le savoir-faire des entreprises de pompes funèbres est précieux pour 1146

<sup>3271</sup> Sur les conditions d'application de l'art. 6 CC, cf. ATF 137 I 135, consid. 2.5.2 et les réf. citées. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, n° 9 ss ad art. 6 ; SGK BV-LEUENBERGER, n° 4 ad art. 122 ; CR CC I-BOVET/GRODECKI, n° 4 ad art. 6.

<sup>3272</sup> ATF 131 I 133, consid. 2.1. AUBERT, Petit commentaire, n° 5 ad art. 49 Cst.

<sup>3273</sup> Cf. *supra* n° 197 ss.

<sup>3274</sup> CR CC I-BOVET/GRODECKI, n° 36 ad art. 6 et les réf. citées.

<sup>3275</sup> ATF 137 I 135, consid. 2.5.2 et les réf. citées. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, n° 10 ad art. 6 ; CR CC I-BOVET/GRODECKI, n° 40 ss ad art. 6.

<sup>3276</sup> Sur le droit de disposer de son cadavre, cf. arrêt du TF 5A\_906/2017, du 28 avril 2017, consid. 3.3.1 et les réf. citées.

<sup>3277</sup> ATF 123 I 112, consid. 4b.

<sup>3278</sup> WIDMANN, PJA, p. 959.



les proches dans ces moments difficiles<sup>3279</sup>. Les pompes funèbres fournissent une gamme de prestations variées : fourniture d'un cercueil ou d'une urne, de couronnes mortuaires, de faire-part ; organisation du transport du défunt et de la cérémonie funèbre ; accomplissement des démarches administratives<sup>3280</sup>.

- 1147 Le droit tessinois donne une définition des entreprises de pompes funèbres à l'art. 1 al. 1 du *regolamento sulle pompe funebri, l'esumazione e il trasporto delle salme (Regolamento pompe funebri)* du 1<sup>er</sup> avril 2015 : « [...] est considérée comme une entreprise de pompes funèbres toute personne physique ou morale qui se charge d'organiser directement ou indirectement : a) la préparation, le transport et tout ou partie de la sépulture ou de la crémation de la dépouille ; b) la mise à disposition de personnel et de matériel nécessaire à la chapelle ardente, le cortège et la cérémonie funèbre ; c) l'accomplissement de toutes les formalités administratives en lien avec le décès » (notre traduction)<sup>3281</sup>. Nous retiendrons de cette définition que les activités des entreprises de pompes funèbres concernent les différents aspects des funérailles : le transport du corps, la préparation du défunt, la cérémonie et la sépulture, y compris les aspects administratifs.
- 1148 Le droit funéraire tessinois accorde une grande importance à la réglementation de l'activité des entreprises de pompes funèbres avec vingt articles sur vingt-six de son règlement cantonal à ce sujet<sup>3282</sup>. Dans le canton de Vaud, on trouve trois articles de la LSP VD et sept articles du RDSPF consacrés à la question<sup>3283</sup>. Le droit genevois consacre un article de la LCim (art. 9A LCim) et quatre du règlement genevois d'exécution de la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 (RCim) à ce sujet (art. 24-27 RCim)<sup>3284</sup>. Le droit de Bâle-Ville ne traite que de l'autorisation de pratiquer<sup>3285</sup>. Les droits bernois, zurichoïses et saint-gallois n'en parlent pas.
- 1149 Les entreprises de pompes funèbres sont en contact étroit avec les autorités<sup>3286</sup>. La distinction entre les secteurs privé et public dans ce domaine est floue<sup>3287</sup>. Outre les lieux de sépulture, les communes peuvent mettre à disposition des

---

<sup>3279</sup> CRETTEZ, p. 66.

<sup>3280</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 100 ; WIDMANN, PJA, p. 959.

<sup>3281</sup> 823.150.

<sup>3282</sup> TI, art. 1-20 *Regolamento pompe funebri*.

<sup>3283</sup> VD, art. 73-73b LSP et art. 75-81 RDSPF.

<sup>3284</sup> K 1 65.01.

<sup>3285</sup> BS, § 11 *BestG*.

<sup>3286</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 101.

<sup>3287</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 101.

infrastructures comme des salles ou des églises<sup>3288</sup>. Certains cantons réservent des monopoles pour les services funéraires<sup>3289</sup>. Les cantons latins sont plutôt favorables à un libre choix de l'entreprise et les cantons alémaniques connaissent plutôt un monopole<sup>3290</sup>. Il faut noter que le droit vaudois autorise les communes à se réserver un monopole pour les convois funèbres, les inhumations et les incinérations (art. 51 al. 1 RDSPF). Ce monopole peut être confié à une entreprise privée à la suite d'une procédure de marché public (art. 5a al. 2 RDSPF). Si les communes ne créent pas de monopole, les personnes ont le libre choix de l'entreprise de pompes funèbres (art. 79 al. 2 RDSPF). De tels monopoles sont admissibles comme restriction à la liberté économique, si les conditions de l'art. 36 Cst. sont respectées<sup>3291</sup>. Nous avons décidé de ne pas traiter les questions que posent ces monopoles, notamment sous l'angle de la loi fédérale sur le marché intérieur, du 6 octobre 1995 (LMI)<sup>3292</sup>. Elles sortent en effet du champ de notre étude.

### A. L'autorisation de pratiquer

La pratique de l'activité de pompes funèbres nécessite l'autorisation du département de la santé à Bâle-Ville, à Genève, au Tessin, et dans le canton de Vaud<sup>3293</sup>. Berne, Saint-Gall et Zurich ne le prévoient pas dans leur législation funéraire. 1150

La personne physique responsable de l'entreprise de pompes funèbres doit remplir certaines exigences qui visent à assurer un exercice correct de la profession. Ces exigences visent à s'assurer que le responsable a l'exercice des droits civils, qu'il est solvable, qu'il n'a pas de condamnations pénales incompatibles avec la profession, qu'il dispose d'une formation et d'une expérience professionnelle suffisantes<sup>3294</sup>. Les cantons du Tessin et de Vaud prévoient la tenue 1151

<sup>3288</sup> WIDMANN, PJA, p. 961.

<sup>3289</sup> Sur cette question, cf. ATF 143 I 388 = JdT 2018 I 103 (trad.), consid. 2.2.1 et les réf. citées. DIEBOLD, p. 551 ss.

<sup>3290</sup> WIDMANN, PJA, p. 961.

<sup>3291</sup> ATF 143 II 388 = JdT 2018 I 103 (trad.), consid. 2.2.1.

<sup>3292</sup> RS 943.02.

<sup>3293</sup> BS, § 11 *BestG* ; GE, art. 9 al. 1 LCim ; TI, art. 2 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 73a al. 1 LSP et art. 75 RDSPF.

<sup>3294</sup> GE, art. 9A al. 2 LCim ; TI, art. 12 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 73a LSP.

d'une liste des entreprises autorisées dans le canton, notamment à l'attention des établissements sanitaires et des communes<sup>3295</sup>.

## B. *Les devoirs professionnels*

### 1. **La discrétion et la décence**

- 1152 L'activité des pompes funèbres est encadrée par une série de devoirs professionnels. Ces devoirs visent à garantir que les entreprises exercent leurs activités avec décence, notamment pour éviter que les aspects commerciaux du métier ne prennent le dessus sur sa dimension humaine. De manière générale, l'ensemble de l'activité des pompes funèbres doit se faire dans le respect de la dignité du défunt et avec décence<sup>3296</sup>. Les pompes funèbres doivent accorder les égards nécessaires à la famille et aux proches du défunt<sup>3297</sup>.
- 1153 Les pompes funèbres doivent respecter un devoir de discrétion<sup>3298</sup>. Ne figurant pas dans la liste de l'art. 321 CP, les employés des pompes funèbres ne sont pas soumis au secret professionnel<sup>3299</sup>. Néanmoins, le non-respect de leur devoir de discrétion peut être sanctionné par l'art. 35 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)<sup>3300</sup>. Le droit vaudois fait d'ailleurs un renvoi exprès à la législation sur la protection des données à l'art. 77 al. 1 RDSPF. L'art. 35 LPD érige en infraction pénale le fait de révéler de manière illicite et intentionnelle des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité qui ont été portés à la connaissance de la personne

---

<sup>3295</sup> TI, art. 14 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 79 al. 2 RDSPF. Pour la liste vaudoise : [https://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/sante/Professionnels/Autorisation\\_d\\_exploiter/Liste\\_Pompes\\_Funèbres\\_VD\\_28.07.2020.pdf](https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Autorisation_d_exploiter/Liste_Pompes_Funèbres_VD_28.07.2020.pdf) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3296</sup> GE, art. 26 al. 1 et 3 RCim ; TI, art. 17 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 77 al. 2 RDSPF.

<sup>3297</sup> GE, art. 26 al. 2 RCim ; TI, art. 17 al. 1 et 4 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 77 al. 3 RDSPF.

<sup>3298</sup> GE, art. 26 al. 2 RCim ; TI, art. 16 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 77 al. 1 et 3 RDSPF.

<sup>3299</sup> À noter que l'art. 3 de l'ancien règlement sur les règles et les usages professionnels pour les entreprises de pompes funèbres du Canton de Vaud, du 12 mars 1986 (BLV 818.41.2) abrogé par l'art. 84 al. 1 RDSPF, prévoyait que les entreprises de pompes funèbres et leurs employés étaient soumis au secret professionnel.

<sup>3300</sup> RS 235.1.

dans le cadre de sa profession<sup>3301</sup>. Cette disposition s'applique aux personnes soumises à la LPD, soit les personnes privées et les organes fédéraux<sup>3302</sup>. Pour un organe communal ou cantonal (par exemple en cas de monopole), il faut se référer à la disposition de la loi cantonale de protection des données<sup>3303</sup>.

Le travail des pompes funèbres implique forcément le traitement de données personnelles sensibles au sens de l'art. 3 *litt. c* LPD<sup>3304</sup>. Dans le cadre de la préparation des obsèques, les pompes funèbres se retrouvent confrontées à l'intimité du défunt et de ses proches. Des informations sur la sphère intime, la santé, les opinions religieuses ou philosophiques du défunt et de ses proches sont révélées à l'entreprise mandatée<sup>3305</sup>. Le fait d'être à l'écoute des besoins des proches est d'ailleurs central dans le travail des pompes funèbres<sup>3306</sup>. Une partie de ces données sensibles peuvent être secrètes au sens de l'art. 35 LPD<sup>3307</sup>. Pour être punissable, la révélation des données protégées doit être illicite et donc ne doit pas reposer sur un motif justificatif au sens de l'art. 13 al. 1 LPD<sup>3308</sup>. Il s'agit d'une contravention, poursuivie uniquement sur plainte<sup>3309</sup>. 1154

Avec la révision de la LPD, l'art. 35 LPD va devenir l'art. 62 *n*LPD<sup>3310</sup>. La nouvelle disposition protège toutes les données secrètes, indépendamment de leur caractère sensible, et l'amende pourra se monter jusqu'à CHF 250'000.–<sup>3311</sup>. 1155

## 2. Le respect du libre choix

Certains devoirs sont également liés à la concurrence entre les entreprises de pompes funèbres. Ils visent à garantir le libre choix de l'entreprise de pompes funèbres. Il est interdit aux entreprises de pompes funèbres d'influencer les 1156

<sup>3301</sup> Sur cette disposition, *cf.* notamment MEIER, Protection des données, n° 1972 ss ; HK DSG-ROSENTHAL, n° 1 ss ad art. 35.

<sup>3302</sup> BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, n° 14 ss ad art. 35 ; HK DSG-ROSENTHAL, n° 3 ad art. 35.

<sup>3303</sup> Par exemple pour le canton de Vaud, l'art. 41 de la loi sur la protection des données personnelles, du 11 septembre 2007 (BLV 172.65).

<sup>3304</sup> L'art. 3 *litt. c* LPD va devenir l'art. 5 *litt. c* *n*LPD avec la révision de la loi.

<sup>3305</sup> BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, n° 5 ss ad art. 35 ; MEIER, Protection des données, n° 1997 ss ; HK DSG-ROSENTHAL, n° 6 ad art. 35.

<sup>3306</sup> Selon les déclarations de M. EDMOND PITTET, le 17 mai 2018.

<sup>3307</sup> Sur la notion de secret, *cf.* BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, n° 23 ss ad art. 35 ; MEIER, Protection des données, n° 1987 ; HK DSG-ROSENTHAL, n° 9 ad art. 35.

<sup>3308</sup> BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, n° 46 ss ad art. 35 ; MEIER, Protection des données, n° 2004 ss ; HK DSG-ROSENTHAL, n° 14 ad art. 35.

<sup>3309</sup> MEIER, Protection des données, n° 1977 ss.

<sup>3310</sup> Pour le texte de la *n*LPD, FF 2020, p. 7397.

<sup>3311</sup> MCF LPD 2017, FF 2017, p. 6717.

établissements sanitaires et les communes pour limiter le libre choix ou de démarcher des clients sur la voie publique et en particulier aux alentours des établissements sanitaires ou des bureaux de l'administration<sup>3312</sup>.

- 1157 Il existe dans les cantons de Genève, du Tessin et de Vaud, des règles sur la publicité des entreprises de pompes funèbres, dont le contenu doit se limiter à des informations objectives et dont les procédés ne doivent être ni trompeurs ni indécents<sup>3313</sup>. Dans le canton de Vaud, pour des raisons de décence, les entreprises doivent s'abstenir de porter des critiques sur l'activité de leurs concurrents<sup>3314</sup>. Nous ne traiterons pas de la problématique de l'application de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), en particulier les art. 2 et 3 LCD, aux entreprises de pompes funèbres, même si l'intention de dénigrement (art. 3 al. 1 *litt. a* LCD) y figure aussi<sup>3315</sup>.

### C. *Le contrat de pompes funèbres*

- 1158 L'activité de l'entreprise de pompes funèbres fait l'objet d'un contrat. Nous proposons la définition suivante du contrat de pompes funèbres : il s'agit du contrat conclu entre une entreprise de pompes funèbres et les proches du défunt portant sur l'organisation des funérailles du défunt contre le paiement d'un prix.

#### 1. **Les parties**

- 1159 Le contrat est conclu entre une entreprise autorisée à pratiquer dans le canton en question (quand une autorisation est nécessaire) et les proches du défunt. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de disposer du corps du défunt revient au proche le plus fortement affecté par sa disparition<sup>3316</sup>. En principe, il s'agit de la personne qui partageait la vie du défunt (conjoint, partenaire ou concubin)<sup>3317</sup>. Ce droit s'exerce uniquement si le dé-

---

<sup>3312</sup> TI, art. 20 al. 2 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 79 al. 1 RDSPF.

<sup>3313</sup> GE, art. 9A al. 3 LCim ; TI, art. 20 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 81 RDSPF.

<sup>3314</sup> VD, art. 77 al. 5 RDSPF.

<sup>3315</sup> RS 241.

<sup>3316</sup> ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), consid. 5a et 5b.

<sup>3317</sup> Cf. *supra* n° 223 ss.

funt n'a pas exprimé de volonté<sup>3318</sup>. Si le défunt n'a pas de proches, la commune responsable des funérailles en vertu du droit cantonal, peut conclure un contrat de pompes funèbres avec une entreprise privée.

## 2. Les prestations

Les entreprises de pompes funèbres fournissent à leurs clients une gamme de services variés. Les prestations suivantes peuvent notamment être fournies dans le cadre de l'organisation de funérailles<sup>3319</sup> : 1160

- annonce du décès aux autorités (assurances, impôts, etc.) ;
- règlement des formalités administratives en lien avec le décès et les funérailles ;
- transport du corps depuis le lieu de décès ;
- soins mortuaires, habillement du défunt et mise en bière ;
- mise à disposition d'une chapelle funéraire permettant de veiller et de rendre visite au défunt ;
- livraison du cercueil et de l'urne ;
- livraison de fleurs ou de couronnes mortuaires ;
- fourniture de faire-part de décès, cartes de remerciements, publication d'avis de décès dans la presse ;
- organisation et préparation de la cérémonie ;
- mise à disposition d'un système de sonorisation ;
- organisation d'une collation après la cérémonie ;
- livraison d'un monument funéraire ;
- exhumation, retrait de cendres<sup>3320</sup>.

Il est possible de rattacher ces prestations à différents contrats. On retrouve ainsi des éléments de la vente (art. 184 ss CO), du bail à loyer (art. 253 ss CO), de l'entreprise (art. 363 ss CO), du mandat (art. 394 ss CO), du transport 1161

<sup>3318</sup> ATF 111 Ia 231, consid. 3b ; ATF 98 Ia 508 = JdT 1973 I 490 (trad.), consid. 8b.

<sup>3319</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 101 ; WIDMANN, Der Bestattungsvertrag, p. 1, n° 2 ; WIDMANN, PJA, p. 960.

<sup>3320</sup> Confirmé par les déclarations de M. EDMOND PITTET, le 17 mai 2018.

(art. 440 ss CO) et de la restauration<sup>3321</sup>. L'ampleur et le type de prestations dépendent de la volonté du défunt et des proches.

### 3. La qualification du contrat

- 1162 Il n'existe pas de dispositions légales sur le contrat de pompes funèbres en droit privé. Il s'agit donc d'un contrat innommé. La variété et la diversité des prestations envisageable rendent la qualification du contrat complexe. À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur la qualification du contrat de pompes funèbres. La doctrine se limite à un auteur principal, Hans-Joachim Widmann, qui considère que le contrat de pompes funèbres est un contrat mixte, dont le noyau est un contrat d'entreprise<sup>3322</sup>. L'ouvrage consiste dans l'organisation de funérailles conformes aux souhaits du défunt ou de ses proches<sup>3323</sup>. La volonté d'avoir un résultat déterminé est caractéristique du contrat de pompes funèbres et justifie cette qualification<sup>3324</sup>. Cependant, les prestations qui ne font pas partie du noyau peuvent être soumises aux règles d'autres contrats nommés<sup>3325</sup>.
- 1163 À notre avis, il est juste de considérer que le contrat de pompes funèbres est un contrat innommé, mixte qui mélange les prestations de plusieurs types de contrats nommés<sup>3326</sup>. Les prestations promises dans le cadre d'un contrat de pompes funèbres sont diverses et peuvent varier, il est donc difficile de juger de manière définitive si des règles d'un contrat nommé s'appliquent. Il faut suivre l'approche dite « pragmatique » du Tribunal fédéral qui recherche : « *le centre de gravité des relations contractuelles* »<sup>3327</sup>. Comme l'écrivent les juges de Mon Repos : « *Il faudra donc examiner précisément quelle est la question juridique posée et quelles sont les dispositions légales ou les principes juridiques auxquels il y a lieu de recourir pour la trancher. Dans la mesure où les éléments du contrat sont de nature différente, il se justifie de les soumettre à*

---

<sup>3321</sup> WIDMANN, PJA, p. 960.

<sup>3322</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 100 ; WIDMANN, Der Bestattungsvertrag, p. 5 n° 11 ss et p. 6, n° 14 ss ; WIDMANN, PJA, p. 960.

<sup>3323</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 100 ; WIDMANN, PJA, p. 961.

<sup>3324</sup> WIDMANN, Der Bestattungsvertrag, p. 6, n° 14 ss ; WIDMANN, PJA, p. 960 ss.

<sup>3325</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 100 ; WIDMANN, Der Bestattungsvertrag, p. 5, n° 15 ss ; WIDMANN, PJA, p. 961.

<sup>3326</sup> Sur ces notions, cf. notamment CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, n° 10 ss ad intro. art. 184-529 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, n° 9 ss ad intro. art. 184 ss ; PICHONNAZ, Les contrats innommés, p. 32 ss ; ENGEL, Contrats, p. 740.

<sup>3327</sup> ATF 131 III 528, consid. 7.1.1, cité par PICHONNAZ, Les contrats innommés, p. 40.

*des règles de divers contrats nommés* »<sup>3328</sup>. L'approche pragmatique du Tribunal fédéral peut être rapprochée de la « combinaison » qui propose d'appliquer à chaque prestation spécifique les règles du contrat en question<sup>3329</sup>. La position de Hans-Joachim Widmann nous apparaît donc comme trop rigide. Si les règles du contrat d'entreprise (art. 367 ss CO) doivent s'appliquer pour d'éventuels défauts de l'ouvrage que constituent les funérailles, il est également envisageable de s'inspirer de certaines règles du mandat. Par exemple, les règles sur la reddition de compte de l'art. 400 CO ou l'art. 404 CO permettant la résiliation du contrat en tout temps<sup>3330</sup>.

#### 4. En cas de monopole public

Si la commune ou le canton prévoit une forme de monopole pour les pompes funèbres, la question de la qualification du rapport de droit entre les proches et l'entreprise détenant le monopole se pose. Conformément à la méthodologie développée par la doctrine, il faut raisonner en deux temps<sup>3331</sup>. Le caractère bilatéral de l'acte entre les proches du défunt et l'entreprise (ou le service titulaire du monopole) ne semble pas problématique. Il s'agit donc d'un contrat. Pour savoir si le contrat relève du droit public, il faut examiner s'il s'inscrit dans l'exécution d'une tâche publique<sup>3332</sup>. Le domaine des funérailles fait partie des tâches des cantons et des communes. Il a notamment un but sanitaire, de protection de l'environnement, mais aussi de police et de politique sociale<sup>3333</sup>. Il faut conclure qu'il s'agit d'un contrat de droit public<sup>3334</sup>. Si la question du contrat de droit public portant sur les funérailles mériterait des développements plus importants, nous avons choisi de nous arrêter à ces quelques remarques, le sujet dépassant largement le cadre de notre étude.

1164

<sup>3328</sup> ATF 131 III 528, consid. 7.1.1.

<sup>3329</sup> PICHONNAZ, Les contrats innommés, p. 40. Sur la méthode de la combinaison, cf. notamment CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, n° 19 ad intro. art. 184-529 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, n° 18 ad intro. art. 184 ss ; PICHONNAZ, Les contrats innommés, p. 38.

<sup>3330</sup> On pourrait s'inspirer de la vaste (et fluctuante) jurisprudence sur le contrat d'architecte global, par exemple ATF 134 III 361, consid. 5.1 ; ATF 127 III 543, consid. 2a et les réf. citées.

<sup>3331</sup> DUBEY/ZUFFEREY, n° 1086 ss ; MOOR/POLTIER, p. 420 ss ; TANQUEREL, n° 971 ss.

<sup>3332</sup> DUBEY/ZUFFEREY, n° 1084 et 1088 ; MOOR/POLTIER, p. 428 ss ; TANQUEREL, n° 978 ss.

<sup>3333</sup> Sur l'intérêt public dans ce domaine, cf. ATF 143 II 388 = JdT 2018 I 103 (trad.), consid. 2.2.1.

<sup>3334</sup> WIDMANN, PJA, p. 962.



## 5. *Excursus* : le contrat de prévoyance funéraire

- 1165 Le contrat de prévoyance funéraire permet à une personne d'organiser de son vivant ses funérailles<sup>3335</sup>. Le contrat porte sur les mêmes prestations que celui conclu par les proches avec l'entreprise de pompes funèbres après la mort du défunt<sup>3336</sup>. Le contrat est conclu entre le futur défunt et l'entreprise. La personne paie à l'avance l'ensemble des frais, en une fois ou en plusieurs versements. Le contrat contient des clauses qui règlent les intérêts sur le montant versé et les possibilités de modifier les funérailles prévues ou de résilier le contrat avant le décès de la personne. Après son décès, la créance du défunt passe aux héritiers (art. 456 al. 1 CC). Il faut relever que le nombre de contrats de prévoyance funéraire semble en hausse<sup>3337</sup>.
- 1166 Dans le canton de Vaud, l'art. 80 du RDSPF réglemente ce type de contrat. Il prévoit que l'entreprise doit garantir l'exécution des prestations promises ou le remboursement intégral des montants versés en cas de cessation d'activités (art. 80 al. 1 RDSPF). Pour cela, il faut constituer un fonds de garantie indépendant économiquement et juridiquement de l'entreprise (art. 80 al. 2 RDSPF).

## V. Le transport du cadavre

### A. *En Suisse*

- 1167 Le transport de cadavres en Suisse est principalement réglementé au niveau cantonal. Malgré une base légale à l'art. 46 LEp, l'OEp ne traite que du transport de cadavre ayant un caractère international.
- 1168 En matière de circulation routière, bien que le Conseil fédéral en ait la compétence en vertu de l'art. 57 al. 1 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR), il n'y a plus de dispositions particulières sur le transport des cadavres<sup>3338</sup>. L'ancien art. 75 de l'ordonnance sur les règles de la circulation routière du 13 novembre 1962 (OCR)<sup>3339</sup>, portant sur le transport des cadavres de personnes a été supprimé par la modification du 24 juin 2015<sup>3340</sup>.

---

<sup>3335</sup> BREITSCHMID/MATT, p. 102 ; WIDMANN, *Der Bestattungsvertrag*, p. 220 n° 43 ss.

<sup>3336</sup> WIDMANN, *Der Bestattungsvertrag*, p. 203, n° 2.

<sup>3337</sup> Selon les déclarations de M. EDMOND PITTET, le 17 mai 2018.

<sup>3338</sup> RS 741.01.

<sup>3339</sup> RS 741.11.

<sup>3340</sup> RO 2015, p. 2451.

L'Office fédéral des routes (OFROU) a considéré que cette disposition : « *n'a pas de raison de figurer dans le droit de la circulation routière, compte tenu de l'absence de lien avec la sécurité routière ou la protection de l'environnement* »<sup>3341</sup>. Il avait la teneur suivante :

**Art. 75 Transport de cadavres de personnes**

(art. 57, al. 1, LCR)

<sup>1</sup> Des véhicules automobiles ne serviront au transport de cadavres que s'ils sont spécialement aménagés à cet effet ; le transport de victimes du lieu d'un accident est excepté.

<sup>2</sup> L'autorité cantonale peut permettre l'utilisation d'un autre véhicule lorsqu'il est certain que le transport se fera avec décence et dans des conditions d'hygiène irréprochables.

Lorsque l'art. 75 aOCR était en vigueur, la CourEDH a condamné la Suisse 1169 pour une violation de l'art. 8 CEDH, en raison du transport dans une camionnette de livraison du cadavre d'un enfant mort-né de 26 semaines et en l'absence de l'autorisation de l'alinéa 2<sup>3342</sup>.

Bâle-Ville, Genève, Saint-Gall, le Tessin et Vaud imposent certaines exi- 1170 gences pour le transport de cadavres, notamment l'autorisation d'une autorité<sup>3343</sup>. Genève, Saint-Gall, le Tessin et Vaud règlent la question du corbillard, qui ne doit pas être utilisé pour un autre usage, cela pour assurer un transport dans la dignité<sup>3344</sup>. Saint-Gall autorise le transport du cadavre d'un enfant dans une voiture privée si le cercueil ne dépasse par un mètre de long<sup>3345</sup>.

<sup>3341</sup> OFROU, p. 6.

<sup>3342</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 55525/00) *Hadri-Vionnet Dalila c. Suisse*, du 14 février 2008, en particulier les § 12, 52 et 60.

<sup>3343</sup> BS, § 22 Abs. 1 *BestG* ; GE, art. 3B al. 1 LCim et art. 20 RCim ; SG, Art. 30 s. *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 22 s. *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 26-36 RDSPF.

<sup>3344</sup> GE, art. 19 RCim ; SG, Art. 31 Abs. 2 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 9 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 28 RDSPF. BÄR/KELLER-SUTTER, p. 773.

<sup>3345</sup> SG, Art. 31 Abs. 3 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

## B. *Le transport international de cadavre*

- 1171 Le transport de cadavre à destination, au travers ou depuis la Suisse est principalement réglé par les conventions internationales que nous avons énumérées<sup>3346</sup>. En l'absence d'accord international, ce sont les art. 71 à 73 OEp qui s'appliquent. Pour le transport de cadavres en provenance d'un État qui n'a pas conclu de convention avec la Suisse, l'art. 71 al. 1 OEp impose le respect des art. 1 à 11 de l'Arrangement de Berlin. Pour un transport d'un cadavre depuis la Suisse vers un pays n'ayant pas conclu de traité, l'art. 72 al. 2 OEp s'applique. Pour les pays qui ont ratifié à la fois l'Arrangement de Berlin et la STE 80, un conflit de normes est possible. En tenant compte de leur objectif de simplifier le transport international de corps, il faut appliquer la disposition la moins contraignante des deux accords<sup>3347</sup>.
- 1172 Les accords avec l'Italie et l'Autriche concernent uniquement les régions frontalières<sup>3348</sup>. De tels traités bilatéraux prévoyant des formalités facilitées, en particulier pour les régions frontalières, sont autorisés par l'Arrangement de Berlin et la STE 80<sup>3349</sup>. La Convention de 1909 et l'Arrangement de 1911 avec l'Allemagne ne traitent que de la question du laissez-passer mortuaire. Ces textes étant antérieurs, les dispositions de l'Arrangement de Berlin priment en cas de normes contradictoires.
- 1173 Les accords internationaux sur le transport des cadavres conclus par la Suisse contiennent des prescriptions sur les formalités administratives, en particulier l'établissement d'un laissez-passer mortuaire, et les exigences liées au transport, en particulier au cercueil nécessaire à un transport international de cadavre<sup>3350</sup>.

### 1. **Le laissez-passer mortuaire**

- 1174 Aussi appelé laissez-passer pour cadavre (*Leichenpass*), il s'agit du document qui accompagne le cercueil. Il contient des données personnelles concernant le nom, le prénom, l'âge, le lieu, la date et la cause du décès et si possible le lieu

---

<sup>3346</sup> Cf. *supra* n° 1137.

<sup>3347</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 80, n° 5 ss. Cela concerne l'Autriche, la Belgique, la France, le Portugal, la Slovaquie et la Turquie.

<sup>3348</sup> Cf. l'art. 1 de l'Accord Suisse-Autriche et l'art. 2 et l'annexe de l'Accord Suisse-Italie.

<sup>3349</sup> Art. 10 Arrangement de Berlin ; art. 2 ch. 1 STE 80.

<sup>3350</sup> BÄR, p. 446.

et la date de naissance du défunt<sup>3351</sup>. Les pays de destination ou de transit du cadavre ne peuvent pas exiger d'autres documents que le laissez-passer mortuaire<sup>3352</sup>. L'autorité compétente pour établir le laissez-passer mortuaire doit certifier que les formalités administratives sont remplies, que le transport ne présente pas de risque sanitaire et que le cercueil respecte les prescriptions applicables et qu'il contient uniquement le cadavre de la personne indiquée sur le laissez-passer et les objets personnels destinés à être inhumés ou incinérés avec celui-ci<sup>3353</sup>. Les droits cantonaux (à l'exception de Berne) désignent les autorités compétentes et les exigences à remplir pour délivrer le laissez-passer mortuaire<sup>3354</sup>.

## 2. Le cercueil

Pour un transport international de cadavre, le cercueil doit être hermétique<sup>3355</sup>. 1175 Cette exigence vise à éviter des problèmes de contagion ou liés à la décomposition du corps en raison de la durée du transport ou de la température<sup>3356</sup>. Pour cela, il est composé de deux enveloppes. L'enveloppe extérieure est composée d'une bière en bois<sup>3357</sup>. Ainsi, il a l'apparence d'un cercueil ordinaire. L'enveloppe intérieure est métallique (en général en zinc), que ce soit sous forme d'un cercueil entièrement métallique soudé ou d'une doublure métallique du cercueil en bois<sup>3358</sup>. Au fond du cercueil de métal, une matière absorbante est disposée ; si le cadavre est contagieux, il est revêtu d'un linceul imbibé d'une solution antiseptique<sup>3359</sup>. Dans le cadre des accords frontaliers avec l'Italie et l'Autriche, l'utilisation du double cercueil n'est pas nécessaire, sauf en cas de maladies infectieuses ou d'une décomposition avancée du cadavre<sup>3360</sup>.

<sup>3351</sup> Art. 1 et annexe Arrangement de Berlin ; art. 3 ch. 2 et annexe STE 80.

<sup>3352</sup> Art. 2 Arrangement de Berlin ; art. 4 STE 80. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 80, n° 17.

<sup>3353</sup> Art. 2 ch. 1 s. Arrangement de Berlin ; art. 5 STE 80.

<sup>3354</sup> BS, art. 23 s. *BestG* ; GE, art. 3B al. 2 s. LCim ; SG, Art. 30 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 22 al. 4 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 33 RDSPF ; ZH, § 11 *BesV*.

<sup>3355</sup> Art. 3 n° 1 Arrangement de Berlin ; art. 6 ch. 1 STE 80.

<sup>3356</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport STE 80, n° 26. On peut également considérer que cette exigence permet de prévenir l'utilisation du cercueil pour faire passer de la marchandise en contrebande.

<sup>3357</sup> Art. 3 ch. 2 Arrangement de Berlin ; art. 6 ch. 1 STE 80.

<sup>3358</sup> Art. 3 Arrangement de Berlin ; art. 6 ch. 1 STE 80.

<sup>3359</sup> Art. 3 ch. 1 Arrangement de Berlin, art. 6 ch. 1 s. STE 80.

<sup>3360</sup> Art. III de l'Accord Suisse-Autriche ; art. 5 de l'Accord Suisse-Italie.

### 3. La franchise de douane

- 1176 En vertu de l'art. 7 *litt.* a de l'ordonnance sur les douanes du 1<sup>er</sup> novembre 2006 (OD), les cercueils contenant des cadavres et les urnes contenant des cendres de cadavres incinérés sont admis sur le territoire douanier de la Suisse en franchise au sens de l'art. 8 al. 2 de la loi sur les douanes du 18 mars 2005 (LD) et ne sont donc pas soumis à des droits de douane<sup>3361</sup>.

### VI. Les soins mortuaires

- 1177 Le droit vaudois donne une définition des soins mortuaires, savoir : « *la toilette prodiguée à la personne décédée et les autres soins à caractère non invasif, destinés à lui assurer une présentation conforme aux attentes des proches* » (art. 2 al. 1 *litt.* d RDSPP). Les soins mortuaires sont caractérisés par leur caractère non invasif. Ils ne relèvent pas d'un acte médical. Ils peuvent être pratiqués par les employés des pompes funèbres (art. 78 RDSPP). Cela concerne notamment le nettoyage du corps avec de l'eau et du savon après l'avoir enduit d'une substance désinfectante<sup>3362</sup>. Les cheveux sont shampooinés et coiffés, la barbe parfois rasée<sup>3363</sup>. Une crème peut être appliquée sur le visage et les mains pour éviter une déshydratation de la peau<sup>3364</sup>. Le visage peut être maquillé pour contrebalancer la pâleur due à l'absence de circulation sanguine<sup>3365</sup>. Le corps est positionné de manière naturelle et sa bouche fermée à l'aide d'une ligature<sup>3366</sup>. Les yeux sont fermés et l'on peut poser des couvre-œils sous les paupières, coquilles en plastique qui permettent de masquer l'affaissement des globes oculaires dû à la déshydratation<sup>3367</sup>.

### VII. La thanatopraxie

- 1178 La thanatopraxie est aussi appelée embaumement ou soins de conservation<sup>3368</sup>. Les droits tessinois et vaudois réglementent la thanatopraxie. La législation des autres cantons ne contient pas de normes sur la thanatopraxie. Le droit tessinois

---

<sup>3361</sup> Respectivement RS 631.0 pour la loi et RS 631.01 pour l'ordonnance.

<sup>3362</sup> LARRIBE, p. 61 ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3363</sup> LARRIBE, p. 61 ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3364</sup> LARRIBE, p. 64.

<sup>3365</sup> LARRIBE, p. 64 ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3366</sup> LARRIBE, p. 62.

<sup>3367</sup> LARRIBE, p. 62 ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3368</sup> Le Petit Robert de la langue française 2020, p. 2546 ; LARRIBE, p. 61.

se limite à autoriser le retrait d'un *stimulateur cardiaque* par l'entreprise de pompes funèbres sur délégation du médecin qui constate le décès<sup>3369</sup>. Le droit vaudois propose une définition, savoir : « *l'ensemble des procédés médicaux à caractère invasif, visant à restaurer l'aspect de la personne décédée ou à retarder la décomposition du corps en remplaçant le sang par des produits chimiques de conservation* » (art. 2 al. 1 litt. c RDSPF). Les éléments importants de cette définition sont le caractère médical et invasif de ces procédés ou leur but esthétique. Dans le canton de Vaud, en raison de son caractère médical, la thanatopraxie peut être pratiquée uniquement dans des locaux appropriés par un médecin ou un thanatopracteur agréé par le Département de la santé et de l'action sociale (art. 23 al. 1 et 3 RDSPF)<sup>3370</sup>. En principe, la thanatopraxie est interdite si le corps va être incinéré (art. 23 al. 6 RSDPF). Une demande doit être adressée au Département de la santé et de l'action sociale pour chaque cas de thanatopraxie, afin de vérifier que le thanatopracteur est autorisé à pratiquer dans le canton et qu'il n'y a pas de motifs médico-légaux propres à empêcher son intervention (art. 25 RDSPF)<sup>3371</sup>.

### A. *Les soins de conservation*

Le thanatopracteur va recourir à différentes interventions. Son travail vise à ralentir la décomposition, non à l'arrêter définitivement<sup>3372</sup>. Il injecte tout d'abord un produit conservateur dans le circuit vasculaire<sup>3373</sup>. Une incision permet d'accéder à une artère (en général, fémorale ou carotide) et de la relier à l'aide d'une canule à un appareil qui injecte le produit<sup>3374</sup>. Une autre canule est posée sur une veine pour recueillir le sang chassé du système vasculaire par le

<sup>3369</sup> TI, art. 17 al. 2 *Regolamento pompe funebri*.

<sup>3370</sup> Cf. la directive relative aux exigences minimales concernant les locaux dans lesquels la thanatopraxie peut être pratiquée, du 11 novembre 2013, disponible sur : <https://www.vd.ch/themes/sante-soins-et-handicap/pour-les-professionnels/autorisation-dexploiter/inhumations-et-pompes-funebres/bases-legales-concernant-les-inhumations-et-pompes-funebres/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3371</sup> Le document nécessaire à la demande est disponible sur : [https://www.vd.ch/prestation-detail/prestation/demander-une-autorisation-de-pratiquer-la-thanatopraxie/?tx\\_vdprestations\\_pi4%5Bcontroller%5D=Prestation&tx\\_vdprestations\\_pi4%5Baction%5D=show&cHash=b5b0902eb32fdda99flabca1e84f4553](https://www.vd.ch/prestation-detail/prestation/demander-une-autorisation-de-pratiquer-la-thanatopraxie/?tx_vdprestations_pi4%5Bcontroller%5D=Prestation&tx_vdprestations_pi4%5Baction%5D=show&cHash=b5b0902eb32fdda99flabca1e84f4553) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3372</sup> LAMENDIN, p. 77.

<sup>3373</sup> LARRIBE, p. 62.

<sup>3374</sup> LARRIBE, p. 62 ss ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

produit<sup>3375</sup>. Le thanatopracteur vide également les viscères de leur contenu et y injecte une solution aseptisante au moyen d'une ponction<sup>3376</sup>. Les orifices naturels du corps sont obturés à l'aide de ouate pour éviter les fuites de liquides<sup>3377</sup>. Si la personne décédée a une prothèse contenant une pile (notamment un stimulateur cardiaque), celle-ci est retirée, si nécessaire par une incision<sup>3378</sup>.

### B. *Les soins de restauration*

- 1180 Face à un cadavre fortement altéré, notamment à la suite d'une mort violente, des soins de restauration ou thanatoplastie peuvent être pratiqués par le thanatopracteur<sup>3379</sup>. Les plaies sont soigneusement suturées, les volumes manquants comblés à l'aide de cire ou de silicone ou les membres séparés rattachés<sup>3380</sup>.

## VIII. La cérémonie funèbre

- 1181 Les funérailles comprennent en principe une cérémonie, que celle-ci prenne la forme d'un office religieux, d'une cérémonie laïque ou d'un recueillement musical. La question de la cérémonie intéresse principalement d'autres disciplines que le droit (théologie, sociologie, anthropologie). Cependant, il existe quelques normes juridiques sur cette question. La cérémonie funèbre n'est pas réglementée au niveau cantonal à Berne, au Tessin et dans le canton de Vaud.
- 1182 À Bâle-Ville, l'inhumation gratuite comprend la mise à disposition d'une salle ou d'un établissement pour une cérémonie, y compris un orgue<sup>3381</sup>. À Genève, l'art. 7 LCim garantit la liberté, dans la limite de l'ordre public, des parents et des amis du défunt d'organiser une cérémonie, un office ou un discours, dont la direction peut être confiée à toute personne. Le droit saint-gallois fait supporter par la commune le coût d'une sonnerie de cloche lors de la cérémonie funèbre<sup>3382</sup>. La cérémonie doit respecter les bonnes mœurs et les communes

---

<sup>3375</sup> LARRIBE, p. 63.

<sup>3376</sup> LARRIBE, p. 64.

<sup>3377</sup> LARRIBE, p. 64 ; BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3378</sup> LARRIBE, p. 64.

<sup>3379</sup> BERNARD, Croquemort, p. 92.

<sup>3380</sup> LARRIBE, p. 69 ss ; BERNARD, Croquemort, p. 92. Pour plus de détails sur les actes de thanatopraxie, cf. DURIGON, p. 134 ss.

<sup>3381</sup> BS, § 5 Abs. 1 litt. d BestG.

<sup>3382</sup> SG, Art. 9 Abs. 2 in fine Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen.

peuvent prévoir des dispositions sur le déroulement de celle-ci dans un règlement<sup>3383</sup>. À Zurich, la commune est chargée de mettre à disposition une salle adaptée et à proximité du cimetière pour une cérémonie<sup>3384</sup>.

Notons encore que le règlement de service de l'armée du 22 juin 1964 (RSA) 1183 traite des obsèques<sup>3385</sup>. L'art. 66 al. 1 RSA prévoit que : « *Les militaires morts en service ont droit à des obsèques militaires pour autant que cela corresponde à leurs dernières volontés. Si ces dernières ne peuvent être établies, ce sont les proches qui décident* ». Il faut tenir compte des souhaits des proches et des coutumes locales dans l'organisation des obsèques militaires (art. 66 al. 2 RSA). En temps de guerre, des mesures particulières sont prévues (art. 66 al. 3 RSA).

## IX. La sépulture proprement dite

### A. L'unité de la sépulture

#### 1. Le principe

L'unité de la sépulture est le principe qui veut que chaque tombe contienne un seul cercueil qui doit lui-même ne contenir qu'une seule dépouille<sup>3386</sup>. Ce principe est explicitement inscrit dans les droits saint-gallois, vaudois et zurichois<sup>3387</sup>. 1184

#### 2. Les exceptions

##### a. La mère morte en couches

Une première exception au principe de l'unité de la sépulture concerne la situation du décès simultané d'une mère et de son nourrisson, en particulier si la mère meurt en couches<sup>3388</sup>. Une telle possibilité est prévue dans le canton de 1185

<sup>3383</sup> SG, Art. 20 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3384</sup> ZH, § 24 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3385</sup> RS 510.107.0.

<sup>3386</sup> REMUND, p. 69.

<sup>3387</sup> SG, Art. 17 Abs. 1 et 3 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 59 al. 3 et 61 al. 1 RDSPF ; ZH, § 22 Abs. 2 et 27 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3388</sup> BÄR, p. 444.



Saint-Gall et de Vaud<sup>3389</sup>. Cette exception peut s'expliquer par le lien physique entre la mère et son enfant, qui dans cette situation, n'a été rompu que durant une période réduite. Le lien entre la mère et l'enfant est reconstitué pour leur inhumation.

b. L'inhumation d'urne dans une tombe existante

- 1186 Les cantons de Saint-Gall, Vaud et Zurich prévoient la possibilité d'inhumer une urne dans une tombe déjà existante, avec l'accord des ayants droit de la tombe et l'autorisation de l'autorité compétente<sup>3390</sup>.

c. Les tombes familiales et les superpositions de cercueils

- 1187 La possibilité de créer des caveaux ou des tombes familiaux est prévue par les droits bâlois, saint-gallois et vaudois<sup>3391</sup>. Il est alors possible de réunir les corps des membres de la famille dans un même lieu. La superposition de deux cercueils dans une même tombe est envisageable à Genève et dans le canton de Vaud<sup>3392</sup>. L'art. 59 al. 4 *litt. a* RDSPF n'autorise la superposition que si plusieurs cercueils sont inhumés simultanément. Une superposition verticale des cercueils est rarissime en pratique, notamment car cela pose des problèmes liés à la profondeur de la fosse et lors de la mise en terre<sup>3393</sup>. Il est en revanche possible de mettre deux cercueils côte à côte<sup>3394</sup>.

B. La mise en bière

- 1188 Le défunt doit être placé dans un cercueil, peu importe son mode de sépulture. Saint-Gall et Zurich le précisent explicitement dans leur législation<sup>3395</sup>. Celui-ci doit être composé de matériaux qui se décomposent facilement et naturelle-

---

<sup>3389</sup> SG, Art. 17 Abs. 3 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 61 al. 1 *in fine* RDSPF.

<sup>3390</sup> SG, Art. 14 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 63 al. 1 RDSPF ; ZH, § 28 Abs. 3 *BesV*.

<sup>3391</sup> BS, § 15 Abs. 1 *litt. e* et § 16 *ss BestV* ; SG, Art. 8 Abs. 2 s. *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 59 al. 5 et 64 s. RDSPF.

<sup>3392</sup> GE, art. 4 al. 6 RCim ; VD, art. 59 al. 3 s. RDSPF.

<sup>3393</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3394</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3395</sup> SG, Art. 17 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; ZH, § 22 *BesV*. Bâle-Ville le sous-entend au § 12 Abs. 2 s. *BestG*.

ment (a priori du bois) et qui n'a pas d'impact négatif sur l'environnement<sup>3396</sup>. Genève et le Tessin ne règlent pas la question de la composition des cercueils.

### C. Les délais d'inhumation

Les cantons prévoient des délais pour procéder à l'inhumation d'une personne 1189  
décédée. Ces délais sont doubles. L'inhumation ne doit pas avoir lieu avant  
l'écoulement d'un premier délai. Il est de 48 heures après le moment du  
décès, dans les cantons que nous avons étudiés, sauf au Tessin où il est de  
24 heures<sup>3397</sup>. Bâle-Ville ne fixe pas de délai minimal.

Il existe un second délai avant lequel l'inhumation doit avoir lieu. Il est de 96 1190  
heures dans les cantons du Tessin et de Vaud, de 120 heures à Saint-Gall et de  
7 jours à Bâle-Ville et Zurich<sup>3398</sup>. Genève et Berne ne fixent pas de délai maxi-  
mal.

Le premier délai est une réminiscence de la période où l'on craignait d'être 1191  
enterré vivant ou brûlé vif<sup>3399</sup>. Ce délai permet également de remplir les forma-  
lités administratives liées à l'inhumation, notamment celle de l'art. 36 OEC<sup>3400</sup>.  
De plus, les contingences liées à l'organisation des funérailles rendent ce délai  
nécessaire. Le second délai tient compte du processus de décomposition du  
corps. Il est donc important de ne pas trop tarder avant l'inhumation, pour éviter  
les désagréments qui en résultent et pour des raisons sanitaires.

Il peut être dérogé à ces délais exceptionnellement, notamment pour des ques- 1192  
tions d'organisation des funérailles, par exemple, si les proches sont à l'étran-  
ger. Pour pouvoir prolonger le délai, certains cantons exigent qu'un médecin

<sup>3396</sup> BE, art. 3 al. 2 OEIn ; SG, Art. 17 Abs. 2 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 61 al. 2 RDSPF.

<sup>3397</sup> BE, art. 4 al. 1 OEIn ; GE, art. 3A al. 4 LCim ; SG, Art. 15 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 18 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 41 al. 1 RDSPF ; ZH, § 25 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3398</sup> BS, § 20 Abs. 3 *BestG* ; SG, Art. 15 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 18 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 41 al. 1 RDSPF ; ZH, § 25 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3399</sup> DUCOR, RDS, p. 273.

<sup>3400</sup> BÄR/KELLER-SUTTER, p. 772. Pour les dispositions cantonales sur les formalités administratives avant une inhumation : BS, § 19 s. *BestG* et § 7 *BestV* ; GE, art. 3A LCim ; SG, Art. 5 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 7 ss RDSPF ; ZH, § 26 *BesV*.

confirme qu'il n'existe pas d'objection médicale et que le corps soit conservé selon les règles applicables<sup>3401</sup>. Les cantons du Tessin et de Vaud permettent de prolonger le délai de 96 heures à 120 heures sans avis médical, si le cadavre est stocké dans une pièce réfrigérée<sup>3402</sup>. Saint-Gall autorise l'inhumation avant le délai minimal, si le cadavre est autopsié, s'il s'agit d'un enfant mort-né, en cas d'épidémie avec l'avis du médecin cantonal ou si la conservation du corps met en danger l'environnement et qu'il ne peut pas être déposé dans un lieu approprié<sup>3403</sup>. Dans le canton de Vaud, l'art. 41 al. 5 du RDSPF permet de déroger aux délais en cas de risque de contagion.

#### D. *La conservation du cadavre*

- 1193 Entre le décès et l'inhumation, la conservation d'un cadavre doit répondre à un certain nombre d'exigences. La conservation est limitée dans le temps par le délai d'inhumation. Certains cantons ont édicté des normes qui précisent ces exigences<sup>3404</sup>. Berne et Genève n'en traitent pas.
- 1194 Si les proches le désirent, le corps peut être conservé au domicile jusqu'à la mise en bière, pendant une période réduite. Il peut alors être placé sur une table réfrigérante pour retarder la détérioration du corps<sup>3405</sup>. Il est possible d'utiliser des particules de glace carbonique en les disposant au niveau de l'abdomen et du dos<sup>3406</sup>. En règle générale, le corps est transporté puis conservé dans une morgue ou une chapelle mortuaire jusqu'à l'inhumation.
- 1195 Une fois le délai d'inhumation dépassé et en l'absence d'un motif justifiant sa conservation, le cadavre doit être inhumé. Le Tribunal cantonal vaudois l'a rappelé dans un arrêt concernant la conservation d'un cadavre dans le cadre

---

<sup>3401</sup> BE, art. 4 al. 2 OEIn ; SG, Art. 16 Abs. 2 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 18 al. 2 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 41 al. 3 RDSPF.

<sup>3402</sup> TI, art. 18 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 41 al. 2 RDSPF.

<sup>3403</sup> SG, Art. 16 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3404</sup> SG, Art. 13 et 16 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 18 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 42 RDSPF ; ZH, § 23 *BesV*.

<sup>3405</sup> BERNARD, Croquemort, p. 87.

<sup>3406</sup> Selon les déclarations de M. EDMOND PITTET, le 17 mai 2018.

d'une enquête pénale<sup>3407</sup>. Les juges de l'Hermitage ont insisté sur la nécessité pour un défunt de pouvoir reposer en paix<sup>3408</sup>.

### E. *L'autorisation de sépulture*

En vertu de l'art. 36 al. 1 OEC, une inhumation ou une crémation ne peut avoir lieu avant l'annonce du décès à l'office d'état civil compétent. L'autorisation de sépulture (aussi appelé permis d'inhumation) est également nécessaire. Celle-ci est délivrée par l'autorité cantonale compétente, après l'établissement d'un constat de décès et d'une attestation de l'annonce à l'état civil<sup>3409</sup>. Dans les cantons de Saint-Gall, Vaud et Zurich, ce sont les communes qui la délivrent<sup>3410</sup>. 1196

### F. *Les modes de sépulture*

En Suisse, l'enterrement et la crémation sont tous les deux pratiqués de nos jours. À notre connaissance, il n'existe pas de statistiques au niveau fédéral ou cantonal sur les modes de sépulture. Néanmoins, le taux de crémation approcherait les 85 % en 2018<sup>3411</sup>. Il atteindrait plus de 95 % dans les villes<sup>3412</sup>. 1197

<sup>3407</sup> Arrêt de la Chambre des recours pénale vaudoise PE13.021375-LCT, du 4 juin 2015, consid. 2.2.

<sup>3408</sup> Arrêt de la Chambre des recours pénale vaudoise PE13.021375-LCT, du 4 juin 2015, consid. 2.2 *in fine*.

<sup>3409</sup> GE, art. 3A al. 1 LCim ; SG, art. 5 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 9 al. 1 RDSPF ; ZH, § 26 *BesV*. Aucune disposition ne traite de la question à Berne et au Tessin.

<sup>3410</sup> SG, Art. 14 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 9 al. 1 RDSPF ; ZH, § 9 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3411</sup> Cf. l'émission de la RTS *A bon entendeur* « Même la mort a un prix ! », du 30 octobre 2018, disponible sur : <https://pages.rts.ch/emissions/abe/9849793-meme-la-mort-a-un-prix.html> ; cf. également l'émission de la RTS *Mise au point* « Partir en fumée », du 8 mai 2016, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/partir-en-fumee?id=7707313> (consultés pour la dernière fois le 10 juin 2020).

<sup>3412</sup> Cf. l'article et la une du journal *24Heures* « L'essor inattendu du marché de l'incinération » et « Des privés se lancent dans le business de la crémation », du 7 septembre 2018. Par exemple, à Lausanne en 2017, 805 personnes domiciliées dans la commune ont été incinérées sur les 928 décès, ce qui fait un taux arrondi de 87 %. Le nombre d'incinérations nous a été aimablement fourni par M. JEAN-PIERRE SANGA et le nombre de décès provient des statistiques vaudoises disponibles sur : <https://www.vd.ch/>

Même dans les cantons traditionnellement catholiques comme le Valais et Fribourg, le taux atteint respectivement 87 % et 85 %<sup>3413</sup>. Par mode de sépulture, il faut entendre un processus qui a pour objectif d'assurer la destruction du corps du défunt, sur un laps de temps plus ou moins long<sup>3414</sup>.

## 1. L'enterrement

- 1198 L'enterrement consiste en la mise en terre, dans une fosse, d'un cercueil contenant une personne décédée. L'enterrement a pour objectif de permettre la décomposition du cadavre grâce à différents processus qui sont induits par la mise en terre<sup>3415</sup>. Certaines législations cantonales insistent d'ailleurs sur la qualité du terrain sur lequel un cimetière doit être situé, qui doit permettre une bonne décomposition des cadavres<sup>3416</sup>.
- 1199 En principe, l'enterrement ne peut avoir lieu que dans un cimetière<sup>3417</sup>. Les cantons de Bâle-Ville, Berne, Vaud et Zurich le précisent expressément<sup>3418</sup>. Des exceptions dûment motivées sont possibles avec une autorisation de l'autorité compétente désignée par le droit cantonal dans les cantons de Genève et de Vaud<sup>3419</sup>.

## 2. La crémation

- 1200 La crémation correspond à la désintégration d'un cadavre par combustion<sup>3420</sup>. Les cendres produites par la combustion sont ensuite récupérées avant d'être remises aux proches pour être inhumées<sup>3421</sup>. Le corps du défunt est mis en bière

---

themes/etat-droit-finances/statistique/statistiques-par-domaine/01-population/deces-et-mortalite/ (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3413</sup> Cf. l'émission de la RTS *Mise au point* « Partir en fumée », du 8 mai 2016, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/partir-en-fumee?id=7707313> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3414</sup> Le Tribunal fédéral parle en 1917 des : « (...) *procédés destinés à faire disparaître les cadavres* », ATF 43 I 167, JdT 1918 I 28 (rés.), consid. 3.

<sup>3415</sup> REMUND, p. 112. Sur les aspects historiques en Suisse, cf. MAECHLER, p. 122 ss.

<sup>3416</sup> Par exemple, BE, art. 2 al. 2 OEIn ; SG, Art. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3417</sup> REMUND, p. 112.

<sup>3418</sup> BS, § 13 *BestG* ; BE, art. 5 al. 1 OEIn ; VD, art. 56 al. 6 RDSPF ; ZH, § 27 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3419</sup> GE, art. 3 LCim ; VD, art. 56 al. 6 RDSPF.

<sup>3420</sup> REMUND, p. 141.

<sup>3421</sup> REMUND, p. 141.

avant une crémation. La crémation a la particularité de remplacer la lente décomposition par une destruction rapide, qui peut apparaître comme violente<sup>3422</sup>. Le cadavre change alors de nature pour devenir des cendres<sup>3423</sup>.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts autorisant la crémation comme mode de sépulture<sup>3424</sup>. Il a notamment déduit de la liberté personnelle, le droit de choisir le mode de ses funérailles, qui impose à l'État de ne pas interdire un mode de sépulture qui ne contrevient ni aux bonnes mœurs ni à la santé publique<sup>3425</sup>. Les juges de Mon Repos ont considéré que le texte des droits cantonaux utilisait des expressions qui n'interdisaient pas la crémation<sup>3426</sup>. Le Tribunal fédéral a également tenu compte de l'esprit de la loi, de l'évolution de la société et du fait que la crémation n'est pas problématique sous l'angle de la santé publique et des bonnes mœurs<sup>3427</sup>. 1201

Dans le canton de Genève, la crémation nécessite un avis médical préalable du CURML<sup>3428</sup>. À Bâle-Ville, la crémation est le mode de sépulture par défaut, en l'absence d'une volonté contraire d'un défunt ou des proches<sup>3429</sup>. Les autres cantons que nous avons étudiés ne règlent pas la question du mode de sépulture « par défaut ». En définitive, le choix revient à la commune responsable de la sépulture, qui doit tenir compte de la volonté présumée du défunt. L'appartenance à une communauté religieuse ou à une association en faveur de la crémation est un indice important de la volonté présumée du défunt<sup>3430</sup>. En pratique, dans le canton de Vaud, à défaut d'une volonté exprimée en faveur de la crémation, le corps est inhumé<sup>3431</sup>. 1202

Les cantons de Genève et de Vaud précisent que la crémation ne peut avoir lieu que dans un crématoire<sup>3432</sup>. L'exploitation d'un crématoire doit être autorisée au niveau cantonal dans le canton de Vaud<sup>3433</sup>. 1203

<sup>3422</sup> MICHEL, p. 35, note 17 ; BERSAY, p. 93.

<sup>3423</sup> Cf. *supra* n° 725 ss.

<sup>3424</sup> ATF 52 I 353, JdT 1927 I 150 (rés.), consid. 3 ; ATF 45 I 119 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6 et les réf. citées ; ATF 43 I 167, JdT 1918 I 28 (rés.), consid. 3.

<sup>3425</sup> ATF 45 I 119 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>3426</sup> ATF 30 I 703, consid. 3.

<sup>3427</sup> ATF 52 I 353, JdT 1927 I 150 (rés.), consid. 3 ; ATF 45 I 119 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6 ; ATF 43 I 167, JdT 1918 I 28 (rés.), consid. 3.

<sup>3428</sup> GE, art. 3A al. 3 LCim et art. 14 al. 1 RCim.

<sup>3429</sup> BS, § 16 Abs. 3 *BestG*.

<sup>3430</sup> Par exemple, dans le canton de Vaud, la Société vaudoise de crémation.

<sup>3431</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3432</sup> GE, art. 6 al. 1 LCim ; VD, art. 52 al. 2 RDSPF.

<sup>3433</sup> VD, art. 52 al. 1 RDSPF.

### 3. Les modes alternatifs de sépulture

- 1204 À part l'enterrement et la crémation, d'autres modes de sépulture existent. De nouvelles techniques ont été développées pour remplacer les modes de sépulture traditionnels, notamment pour des motifs écologiques. Nous allons évoquer les techniques de la promession, de l'aquamation et de l'humusation comme exemples de modes alternatifs de sépulture.
- 1205 La promession a été développée par la biologiste suédoise Susanne Wiigh-Mäsak en 1999<sup>3434</sup>. Le corps est plongé dans de l'azote liquide à -196 °C avant d'être réduit en poussière par une table vibrante. La poussière est déshydratée et perd ainsi 70 % de sa masse. D'éventuelles parties métalliques issues de matériel chirurgical ou dentaire sont récupérées. La poussière est placée dans une urne biodégradable qui est inhumée. Cette technique a pour avantage de ne pas émettre de CO<sub>2</sub><sup>3435</sup>.
- 1206 L'aquamation utilise un procédé d'hydrolyse alcaline pour liquéfier le cadavre du défunt. Le corps est plongé pendant une heure et demie dans un liquide alcalin à une température de 180 °C et à une pression de 10 bars. À la suite de ce processus, il subsiste un liquide qui est rejeté dans le réseau d'eaux usées et les restes d'os qui sont incinérés comme lors d'une crémation<sup>3436</sup>.
- 1207 L'humusation est un procédé visant à transformer le cadavre en humus. Le corps enveloppé dans un linceul biodégradable est déposé sur un lit de 20 cm de copeaux de bois et recouvert de 2 m<sup>3</sup> de copeaux<sup>3437</sup>. Au bout de 3 mois, les tissus

---

<sup>3434</sup> Cf. le site de l'entreprise qui propose cette technique, disponible sur : <http://www.promessa.se> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3435</sup> ROACH, p. 235 ss. Cf. le *Journal du matin* de la RTS « Nouvelles funérailles high-tech par l'azote liquide », du 23 novembre 2012, disponible sur : <https://pages.rts.ch/la-1ere/programmes/le-journal-du-matin/4436141-le-journal-du-matin-du-23-11-2012.html#timeline-anchor-segment-4454539> ; l'article de la rédaction de la RTBF « La promession, des funérailles écologiques qui font froid dans le dos », du 29 octobre 2009, disponible sur : [https://www.rtf.be/info/societe/detail\\_la-promession-des-funerailles-ecologiques-qui-font-froid-dans-le-dos?id=5420253](https://www.rtf.be/info/societe/detail_la-promession-des-funerailles-ecologiques-qui-font-froid-dans-le-dos?id=5420253) (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3436</sup> ROACH, p. 226 ss. Cf. également l'article du journal *Le Matin* « Quand la mort nous liquéfie », du 27 octobre 2017, disponible sur : <https://www.lematin.ch/societe/mort-liquefie/story/29121627> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3437</sup> <https://www.humusation.org/humusation-pourquoi-comment/>. Cf. l'émission de la RTS *Vacarme* « Retour à la terre », du 20 février 2020, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/radio/vacarme/audio/corps-mort-45-retour-a-la-terre?id=11072043&fbclid=IwAR3xg2OP8kajkReua2mU3g9oPSeL9OKlwE5XQcvzCV7E3QDm7gRUI15NR8o> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

mous se sont décomposés, on peut retirer des éléments artificiels comme les prothèses, les *pacemakers* ou les plombages pour les recycler et on récupère puis on broie les os et les dents avant de les replacer dans les copeaux<sup>3438</sup>. Après une année, le cadavre a été transformé en 1,5 m<sup>3</sup> de compost, dont une partie peut être remise à la famille<sup>3439</sup>. En Belgique, il existe une association qui milite pour que l'humusation soit légalisée<sup>3440</sup>. En France, le gouvernement a été interpellé en 2016 sur cette technique par une parlementaire<sup>3441</sup>. Le ministère de l'Intérieur a considéré dans sa réponse que l'introduction de l'humusation soulève des questions importantes qui nécessitent une réflexion au sein du Conseil national des opérations funéraires<sup>3442</sup>. Le Conseil national des opérations funéraires a nommé un groupe de travail sur cette question, sans aboutir à un résultat à notre connaissance<sup>3443</sup>.

Aux États-Unis, l'État de Washington autorise l'humusation de cadavres humains depuis mai 2020<sup>3444</sup>. La société *Recompose* propose le processus *natural organic reduction*<sup>3445</sup>. Le cadavre est placé dans une cuve étanche entouré de copeaux de bois et d'autres matières végétales et au bout de 30 jours, il s'est transformé en environ 1m<sup>3</sup> de compost<sup>3446</sup>. Le procédé permet de décomposer les os et les dents<sup>3447</sup>. Les seules restrictions sanitaires concernent les cas de

1208

<sup>3438</sup> <https://www.humusation.org/humusation-pourquoi-comment/>. Cf. l'émission de la RTS *Vacarme* « Retour à la terre », du 20 février 2020, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/radio/vacarme/audio/corps-mort-45-retour-a-la-terre?id=11072043&fbclid=IwAR3xg2OP8kajkReua2mU3g9oPSeL9OKlwE5XQcvzCV7E3QDm7gRUI15NR8o> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3439</sup> <https://www.humusation.org/humusation-pourquoi-comment/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3440</sup> Fondation Métamorphose, pour mourir, puis donner la vie... : <https://metamorphoseproject.wordpress.com> et <https://www.humusation.org> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3441</sup> Question écrite n° 20504 de Mme Élisabeth Lamure (Rhône – Les Républicains) « Légalisation de l'humusation », Journal officiel du Sénat, du 10 mars 2016, p. 926.

<sup>3442</sup> Réponse du ministère de l'Intérieur, Journal du Sénat, du 20 octobre 2016, p. 4633.

<sup>3443</sup> Groupe de Travail n° 3 : « Nouveaux modes de sépultures et dimension des équipements funéraires », cf. le site du Conseil national des opérations funéraires, disponible sur : <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/competences/conseil-national-des-operations-funeraires-enof> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3444</sup> Cf. l'article du journal *Le Temps* « À ta mort, compost tu deviendras », du 2 janvier 2020.

<sup>3445</sup> <https://recompose.life> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf. l'article du journal *Le Temps* « À ta mort, compost tu deviendras », du 2 janvier 2020.

<sup>3446</sup> <https://recompose.life/our-model/#the-process> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3447</sup> <https://recompose.life/our-model/#faq> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).



tuberculose, d'Ébola, de maladie à prion (Creutzfeld-Jakob) ou si un implant radioactif dans le cadre d'une curiethérapie a été posé dans les 30 jours avant la mort<sup>3448</sup>. L'entreprise propose ce processus pour un coût de 5'500 USD<sup>3449</sup>.

- 1209 Les cantons de Berne, Bâle-Ville, Saint-Gall et Zurich limitent explicitement les modes de sépulture autorisés à l'enterrement et la crémation<sup>3450</sup>. Un nouveau mode de sépulture ne peut être autorisé sans une modification de la loi ou du règlement pertinent.
- 1210 Dans les autres cantons, les modes de sépulture ne sont pas expressément énumérés, mais les textes n'évoquent que l'enterrement et la crémation. Une modification de la législation cantonale serait souhaitable pour autoriser un nouveau mode de sépulture. Il est envisageable d'introduire un nouvel article dans la législation cantonale relatif au nouveau mode de sépulture et aux conditions auxquelles il peut être pratiqué. Selon nous, les modes alternatifs de sépulture peuvent être admis, mais doivent être soumis au même régime que la crémation ou l'enterrement, notamment en matière d'autorisation. Ces procédés doivent respecter les normes en matière de protection de l'environnement et de la santé. La promession ou l'humusation ne devraient pas poser de problème sous l'angle des bonnes mœurs. L'aquamation, où une grande partie du corps du défunt finit dans les eaux usées, peut paraître plus choquante.

#### 4. La cryogénéisation

- 1211 Les techniques de cryogénéisation visent à assurer la conservation par vitrification du corps mort, dans l'espoir que la science permette un jour de le ressusciter<sup>3451</sup>. Cette idée se retrouve au centre d'innombrables œuvres de fiction<sup>3452</sup>. Au-delà de la science-fiction, Robert Ettinger publia en 1962 l'ouvrage *The Prospect of Immortality*, qui pose les préceptes de la cryogénéisation<sup>3453</sup>. En pratique, peu de temps après le décès de la personne, le sang est remplacé par un liquide de cryopréservation qui va permettre de préserver les tissus lors du refroidissement du cadavre, qui est ensuite conservé dans de l'azote liquide (à

---

<sup>3448</sup> <https://recompose.life/our-model/#faq> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3449</sup> <https://recompose.life/death-care/#pricing> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3450</sup> BE, art. 3 al. 1 OEIn ; BS, § 12 Abs. 1 *BestG* ; SG, Art. 4a Abs. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; ZH, § 13 *BesV*.

<sup>3451</sup> GROSS, p. 108 s.

<sup>3452</sup> Cf. MICHEL, p. 15 et les réf. citées ; CAIRE, p. 1954.

<sup>3453</sup> HUXTABLE, p. 477 ; MICHEL, p. 16 ss ; CAIRE, p. 1955 ; GAUTHIER, p. 192 ; THOMAS, *Le cadavre*, p. 152.

-196 °C) dans l'espoir que le progrès technologique permette un jour de réanimer la personne, de guérir la maladie qui l'a tuée et de soigner les lésions dues à la cryogénéisation<sup>3454</sup>.

Il existe principalement deux sociétés américaines, *Alcor*, fondée en 1972, et *Cryonic Institute*, fondée en 1976, et une société russe, *Kriorus*, fondée en 2003, actives dans le domaine de la cryogénéisation humaine<sup>3455</sup>. Les coûts d'une conservation s'élèvent à 200'000 USD environ pour une conservation complète du corps et à 80'000 USD environ pour la tête uniquement (dans l'espoir de pouvoir récupérer les informations stockées dans le cerveau) chez *Alcor*<sup>3456</sup>. *Cryonics Institute* propose une conservation complète pour 28'000 USD et *Kriorus* facture 36'000 USD pour un corps entier et 18'000 USD pour la tête<sup>3457</sup>. *Alcor* propose par exemple de financer de telles sommes par une assurance vie en faveur de la société, un *trust*, un paiement unique ou des annuités<sup>3458</sup>.

Sur le plan statistique, il faut faire la distinction entre les « membres » de ces sociétés, qui souhaitent que leur corps soit conservé par cryogénéisation après leur mort et les « patients » déjà cryogénisés. Fin mai 2021, *Alcor* annonçait 1353 membres et 182 patients, *Cryonics Institute*, 1780 membres et 206 patients et *Kriorus* 80 patients<sup>3459</sup>. Ces sociétés fournissent également une liste

<sup>3454</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642 ; GROSS, p. 109. Cf. également l'émission de la RTS *Vacarme* « L'âge de glace », du 21 février 2020, disponible sur : <https://www.rts.ch/play/radio/vacarme/audio/corps-mort-55-lage-de-glace?id=11412814> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3455</sup> MICHEL, p. 16 et 18 ; CAIRE, p. 1955. Les sites internet respectifs de ces compagnies sont disponibles sur : <http://www.alcor.org> ; <http://www.cryonics.org> ; <http://kriorus.ru/en>. HUXTABLE, p. 477 évoque également *Oregon Cryonics* (<http://oregon-cryo.com>) et *Trans Times* (<https://transtime.com>) (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3456</sup> <https://www.alcor.org/membership/#toggle-id-1> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf. également GUILLOD, Droit médical, n° 642 et l'article du journal *Le Temps* « Cryogénéisation : dans l'antichambre de l'immortalité », du 3 octobre 2018.

<sup>3457</sup> <http://www.cryonics.org/ci-landing/funding-for-cryostasis/> ; <http://kriorus.ru/en/Human-cryopreservation> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3458</sup> <http://www.alcor.org/BecomeMember/sdfunding.htm> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3459</sup> Statistiques pour *Alcor*, au 31 mai 2021 : <https://www.alcor.org/about/> ; pour *Cryonics Institut*, mai 2021 : <https://www.cryonics.org/ci-landing/member-statistics/> ; pour *Kriorus*, au 31 mai 2021 : <https://kriorus.ru/en/cryopreserved%20people> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cf. également l'article du journal *Le Temps* « Cryogénéisation : dans l'antichambre de l'immortalité », du 3 octobre 2018, qui parle de 163 patients et 1200 membres.

des personnes cryogénisées et de leur date de conservation, parfois en mentionnant leur nom<sup>3460</sup>. En étudiant cette liste, on apprend que les corps de trois Suisses sont conservés par *Cryonics Institute* et un par *Kriorus*.

- 1214 Relevons l'existence en Suisse de la fondation européenne pour la biostase (*European Biostasis Foundation*) créée à Bâle le 26 juillet 2019<sup>3461</sup>. Il s'agit d'une fondation (au sens des art. 80 ss CC) à but non lucratif qui vise : « à promouvoir la recherche, le développement, la formation dans le domaine de la biostase, y compris, mais sans s'y limiter, la biogérontologie, l'hypothermie, le stockage de cellule, tissus et organes, l'ingénierie moléculaire, la technologie de réparation moléculaire » (notre traduction)<sup>3462</sup>. La fondation est en train de construire un site de recherche à Rafz (ZH)<sup>3463</sup>.
- 1215 À notre connaissance, la question de la légalité de la cryogénisation ne s'est jamais posée devant des tribunaux en Suisse. En France, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes a considéré que malgré le droit de choisir son mode de sépulture, cette liberté s'exerce dans les limites de la loi. La cryogénisation n'est pas un mode de sépulture prévu par la loi et donc un défunt ne peut pas être inhumé par un procédé de congélation<sup>3464</sup>. De l'autre côté de la Manche, la *High Court of Justice* a autorisé la cryogénisation du corps d'une jeune fille de 14 ans décédée d'un cancer et le transfert de sa dépouille vers une société spécialisée aux USA, considérant en particulier qu'une telle opération n'est pas illégale<sup>3465</sup>.
- 1216 Le seul auteur de doctrine de droit suisse à avoir traité de la cryogénisation est Olivier Guillod qui considère que l'absence de disposition dans le droit fédéral

---

<sup>3460</sup> Pour *Alcor* : <http://www.alcor.org/cases.html> ; pour *Cryonics Institut* : <http://www.cryonics.org/ci-landing/patient-details/> ; pour *Kriorus* : <http://kriorus.ru/en/cryopreserved%20people> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021). Cela pose des questions de protection de la sphère privée qui dépassent le cadre de notre travail.

<sup>3461</sup> <https://ebf.foundation>. Elle a succédé à l'association Cryosuisse, dissoute le 28 avril 2020, cf. <https://cryosuisse.ch/fr/news-und-medien/> (consultés pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3462</sup> <https://ebf.foundation/statutes/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3463</sup> <https://ebf.foundation/faq/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3464</sup> Arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, *Consorts Martinot* n° 02NT10704, du 27 juin 2003, confirmé par l'arrêt du Conseil d'État, *Consorts Martinot* n° 260307, du 6 janvier 2006. Cf. également l'arrêt du Conseil d'État, *Consorts Leroy* n° 222180, du 29 juillet 2002. MICHEL, p. 19 ss ; EDELMAN, p. 96 ss ; RAIMBAULT, p. 823 et 828.

<sup>3465</sup> Arrêt de la High Court of Justice, n° FD16P00526, du 10 novembre 2016, n° 16. Sur cet arrêt, HUXTABLE, p. 476 ss.

ou cantonal sur la cryogénéisation rend la pratique licite<sup>3466</sup>. Il estime qu'un contrat de cryogénéisation n'est pas contraire aux mœurs en raison de la portée large du concept d'autodétermination<sup>3467</sup>. Enfin, puisqu'il s'agit d'une technique encore expérimentale, il est d'avis qu'elle doit être considérée comme une recherche sur une personne décédée et respecter les art. 36 ss LRH (en particulier avoir été soumise à un comité d'éthique)<sup>3468</sup>.

Tant que la technique n'a pas permis la réanimation des personnes cryogénisées, il faut l'analyser comme une forme de sépulture<sup>3469</sup>. Nous ne traiterons pas des questions juridiques concernant le statut de la personne cryogénisée qui se posent si la « résurrection » après une cryogénéisation devient possible<sup>3470</sup>. Actuellement, la « personne cryogénisée » doit être considérée comme une personne décédée et son corps comme un cadavre. 1217

La cryogénéisation pourrait être envisagée en théorie comme une forme de conservation du corps<sup>3471</sup>. Cependant, nous avons vu que la conservation du corps est limitée par le délai d'inhumation<sup>3472</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'une forme de thanatopraxie, car elle vise à empêcher définitivement la décomposition et non à la retarder momentanément<sup>3473</sup>. En définitive, elle ne peut être considérée ni comme une forme de conservation ni comme une forme de thanatopraxie. 1218

La réflexion que nous avons développée concernant les nouveaux modes de sépulture est applicable à la cryogénéisation<sup>3474</sup>. Dans les cantons où les modes de sépulture autorisés ne sont pas explicitement limités, la question de la légalité de la cryogénéisation se pose. Les modes de sépulture visent à permettre la disparition du cadavre. Or, la cryogénéisation a pour objectif l'extrême opposé des modes de sépulture qui sont connus et admis en Suisse. Cette technique doit-elle être considérée comme contraire aux bonnes mœurs ? Le caractère immoral de la cryogénéisation aurait pour conséquence qu'elle ne serait pas pro- 1219

<sup>3466</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642.

<sup>3467</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642.

<sup>3468</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642. *Cf. supra* n° 860 ss.

<sup>3469</sup> CAIRE, p. 1956.

<sup>3470</sup> Dans le même sens, GUILLOD, Droit médical, n° 642. Sur ces questions en droit français, *cf.* MICHEL, p. 52 ss et 78 ss ; CAIRE, p. 1956 ss. Par exemple, que signifie la « résurrection » sous l'angle de la personnalité juridique ? La personne dispose-t-elle d'un patrimoine ?, etc.

<sup>3471</sup> CAIRE, p. 1966 ss.

<sup>3472</sup> *Cf. supra* n° 1193 ss.

<sup>3473</sup> *Cf. supra* n° 1178 ss ; CAIRE, p. 1958.

<sup>3474</sup> *Cf. supra* n° 1209 s.

tégée par la liberté personnelle<sup>3475</sup>. Il nous semble toutefois difficile d'arriver à la conclusion qu'il s'agit d'une activité contraire aux mœurs<sup>3476</sup>.

- 1220 En fin de compte, si cette activité devait se développer en Suisse, il nous paraît souhaitable qu'elle soit encadrée par des normes légales spécifiques qui devraient tenir compte de ses particularités et assurer la protection des différents protagonistes. Nous pensons par exemple à la problématique du sort des cadavres cryogénisés en cas de faillite de l'entreprise.

### G. Les tombes

- 1221 Les dispositions du droit cantonal ou le règlement communal fixent les dimensions des tombes (longueur et largeur), leur profondeur et leur espacement<sup>3477</sup>.

#### a. En cas d'enterrement

- 1222 Il existe deux types principaux de tombes. Les tombes à la ligne, où les défunts sont enterrés par ordre chronologique des enterrements sans distinction<sup>3478</sup>. Il est donc impossible de réserver un emplacement. Ces tombes sont en général gratuites et ne peuvent pas être renouvelées. Les tombes à la ligne véhiculent

---

<sup>3475</sup> ATF 45 I 119 = JdT 1919 I 565 (trad.), consid. 6.

<sup>3476</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 642, pour qui elle n'est pas immorale. GROSS, p. 112 ss, qui évoque un sondage réalisé en 2012 en Allemagne sur un échantillon représentatif de la population de 1000 personnes entre 16 et 69 ans, où 22 % des personnes répondaient positivement à la question de savoir s'elles pouvaient imaginer que leur corps soit cryogénisé après leur mort, tandis que 24 % répondaient négativement et 54 % se montraient indécises. En droit français, cf. notamment MICHEL, p. 59, qui considère que l'interdiction de la cryogénisation doit se fonder sur le fait qu'elle conteste l'idée de mortalité ; CARBONNIER, p. 235, pour qui : « *La condition de mortel est d'ordre public* », cité par CAIRE, p. 1971, note 65.

<sup>3477</sup> Pour le droit cantonal, BE, art. 6 OEIn ; GE, art. 4 al. 4 RCim ; VD, art. 59 RDSPF ; ZH, § 34 *BesV*.

<sup>3478</sup> BS, § 15 Abs. 1 *litt. a BestV* ; GE, art. 8 al. 1 LCim, art. 6 al. 1 et 13 al. 1 RCim ; SG, art. 7 et 8 al. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 62 RDSPF ; ZH, § 14 *BesV*.

l'idée d'une forme d'égalité des êtres humains après la mort<sup>3479</sup>. Les ayants droit sur une tombe à la ligne sont les proches du défunt<sup>3480</sup>.

Il existe également des concessions, qui sont payantes. Dans ce cas, l'ayant droit est la personne qui paie la concession<sup>3481</sup>. Il est alors possible de réserver un emplacement et de le renouveler, pour une durée limitée ou non en fonction des règles locales<sup>3482</sup>. Par exemple, à Genève, les concessions sont limitées à 99 ans<sup>3483</sup>. Dans le canton de Vaud, les concessions sont renouvelables sans limites<sup>3484</sup>. 1223

Dans certains cantons, il existe également des tombes séparées pour les enfants<sup>3485</sup>. La création de carrés confessionnels, qui permet pour sa part de respecter les rites particuliers d'une religion, est prévue dans le droit cantonal à Bâle-Ville, Genève, Vaud et Zurich<sup>3486</sup>. Les différentes catégories de tombes sont situées dans des secteurs différents du cimetière. Les droits bernois et tessinois ne traitent pas des différents types de tombes. Comme nous l'avons vu, l'enterrement ne peut avoir lieu en principe que dans un cimetière<sup>3487</sup>. 1224

#### b. En cas de crémation

Après la crémation, les cendres sont déposées dans une urne, pour permettre leur transport et leur remise aux proches<sup>3488</sup>. Les cendres peuvent être ensuite inhumées dans un cimetière. Cela peut se faire à l'intérieur d'une urne, dans une tombe ou une niche cinéraire. Il est également possible de déposer les 1225

<sup>3479</sup> L'idée transparaît notamment en droit genevois à l'art. 4 al. 4 LCim. Sur les aspects historiques des tombes à la ligne, cf. PAHUD DE MORTANGES, p. 10 ss ; RASELLI, p. 1105.

<sup>3480</sup> Confirmé par les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3481</sup> Confirmé par les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3482</sup> BS, § 16 ss *BestV* ; GE, art. 4 al. 6 et 8 al. 2 *litt. a s.* LCim, art. 6 al. 2 *litt. a s.* et art. 7 RCim ; SG, Art. 8 Abs. 3 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 64 s. RDSPF ; ZH, § 35 *BesV*.

<sup>3483</sup> GE, art. 8 al. 4 LCim. La loi réserve les sépultures au cimetière de Plainpalais, réservées aux personnalités et aux magistrats genevois, cf. également l'art. 7 al. 3 RCim.

<sup>3484</sup> VD, art. 64 al. 3 s. RDSPF.

<sup>3485</sup> BS, § 15 *BestV* ; GE, art. 8 al. 2 *litt. a* LCim, art. 5 et 6 al. 2 *litt. a* RCim.

<sup>3486</sup> BS, § 2 Abs. 2 *BestG* ; GE, art. 8 al. 2 *litt. c* LCim ; VD, art. 64 al. 5 RDSPF ; ZH, § 33 Abs. 3 *BesV*. Pour une photographie de la situation des cimetières confessionnels en Suisse en 2016, cf. RAMAJ, p. 120 ss.

<sup>3487</sup> Cf. *supra* n° 1199.

<sup>3488</sup> ZH, § 55 Abs. 4 *GesG*.

cenres (sans urne) dans une tombe ou dans une fosse commune (jardin du souvenir)<sup>3489</sup>.

- 1226 Les cenres peuvent aussi être répandues dans la nature ou l'urne contenant les cenres peut être inhumée hors d'un cimetièr. Une dispersion de cenres ou l'inhumation d'une urne hors d'un cimetièr peut être refusée pour des motifs sanitaires ou environnementaux<sup>3490</sup>. La décence et les bonnes mœurs doivent être respectées. Dans le canton de Berne, il est possible de déposer des urnes ou des cenres hors d'un cimetièr<sup>3491</sup>. À Bâle-Ville, une urne peut être inhumée et des cenres dispersées hors d'un cimetièr si la piété est respectée, si l'inhumation ou la dispersion ne met pas en danger l'environnement ou la santé publique et si le propriétaire du terrain a donné son accord<sup>3492</sup>. Il est aussi possible de disperser des cenres dans le Rhin<sup>3493</sup>. Le droit zurichois autorise en principe la dispersion des cenres et l'inhumation des urnes hors d'un cimetièr, mais les communes peuvent les limiter<sup>3494</sup>. Une telle activité ne peut pas faire l'objet d'une activité commerciale<sup>3495</sup>. L'urne ou les cenres ne doivent pas être reconnaissables<sup>3496</sup>. Les cantons de Genève, Saint-Gall, Vaud et du Tessin ne traitent pas de la dispersion de cenres dans leur législation. En pratique, la dispersion de cenres est tolérée<sup>3497</sup>.
- 1227 Il existe des cimetièr forestiers (*Friedwald*) en Suisse où les cenres sont inhumées au pied d'un arbre, qui est ensuite marqué à l'aide de 2 lettres<sup>3498</sup>. On dénombre plus de 80 cimetièr forestiers en Suisse, tous en Suisse allemande, sauf un dans le Jura, à Glovelier<sup>3499</sup>. Une concession dans un cimetièr forestier

<sup>3489</sup> BS, § 15 Abs. 1 *litt. b-d BestV* ; SG, Art. 14 Abs. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 63 RDSPF.

<sup>3490</sup> BE, art. 5 al. 2 OEIn ; ZH, § 29 Abs. 1 *litt. a BesV*.

<sup>3491</sup> BE, art. 5 al. 2 OEIn.

<sup>3492</sup> BS, § 14 Abs. 2 *BestG*.

<sup>3493</sup> BS, § 13 *BestV*.

<sup>3494</sup> ZH, § 29 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3495</sup> ZH, § 29 Abs. 3 *BesV*.

<sup>3496</sup> ZH, § 29 Abs. 1 *litt. b BesV*.

<sup>3497</sup> Cf. notamment le reportage de l'émission de la RTS *Mise au point* « Les cimetièr se réinventent », du 1<sup>er</sup> novembre 2020, disponible sur : <https://player.rts.ch/p/rts/in-line?urn=urn:rts:video:11719691&autoplay&hidesegments=true> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3498</sup> Cf. le site internet de Friedwald Sàrl qui propose ce service, disponible sur : <https://www.friedwald.ch> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). Le terme Friedwald est une marque déposée. Cf. l'article du journal *Le Temps* « Du cimetièr au < bois sacré >, l'évolution d'un rite funéraire », du 24 février 2019.

<sup>3499</sup> <https://www.friedwald.ch/friedwaelder/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

coûte CHF 4'900.–, mais permet jusqu'à 10 inhumations (par exemple plusieurs membres d'une famille)<sup>3500</sup>. Il s'agit d'un droit de superficie (art. 779 CC) d'une durée de 99 ans qui est inscrit au registre foncier<sup>3501</sup>. Les cimetières forestiers posent de nombreuses questions sous l'angle de la législation forestière et de l'aménagement du territoire qui dépassent largement le sujet de notre étude, raison pour laquelle nous avons renoncé à en traiter davantage. Il faut relever que la Conférence des inspecteurs cantonaux des forêts a publié en 2005 un document sur cette problématique qui énumère les conditions auxquelles un cimetière forestier peut être autorisé<sup>3502</sup>.

## H. Les monuments funéraires

La plupart des droits cantonaux contiennent des dispositions sur les monuments funéraires<sup>3503</sup>. Le droit bernois et le droit tessinois ne traitent pas de la question. Cette question ne concerne pas directement le statut juridique du cadavre, nous n'allons donc pas nous y attarder. Il faut toutefois mentionner l'existence d'une série de décisions du Tribunal fédéral sur la liberté de concevoir un monument funéraire<sup>3504</sup>.

1228

<sup>3500</sup> <https://www.friedwald.ch/informationen/was-ist-ein-friedwald/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3501</sup> <https://www.friedwald.ch/informationen/haeufige-fragen/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021). CONFÉRENCE DES INSPECTEURS CANTONAUX DES FORÊTS, p. 2.

<sup>3502</sup> CONFÉRENCE DES INSPECTEURS CANTONAUX DES FORÊTS, p. 1 ss. Cf. également l'arrêt du Tribunal administratif vaudois AC.2002.0104, du 12 janvier 2005.

<sup>3503</sup> BS, *Grambmalverordnung (GrambV)*, du 2 mars 2021 (390.170) ; GE, art. 8 RCim ; SG, Art. 11 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* et 24 s. *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 67 ss RDSPP ; ZH, § 40 s. *BesV*.

<sup>3504</sup> ATF 101 Ia 392, consid. 3 (un règlement communal qui impose l'utilisation d'une croix comme monument funéraire viole la liberté de conscience et de croyance, même si des exceptions sont possibles) et consid. 4 (l'interdiction des monuments en pierre est disproportionnée) ; arrêt du TF, du 1<sup>er</sup> décembre 1971, ZBl 1972, p. 201 ; ATF 96 I 104 = JdT 1971 I 94 (trad.), consid. 1 (la liberté personnelle ne protège pas la libre conception des monuments funéraires) ; ATF 82 I 217, consid. 3 ; ATF 80 I 121, consid. 2.



### I. *Les impératifs sanitaires*

- 1229 L'art. 69 al. 1 OEp octroie le pouvoir à l'autorité cantonale compétente, en cas de risque particulier pour la santé, de prendre des mesures en lien avec les ob-sèques. Il est notamment possible de limiter ou d'interdire le transport du corps, les rituels d'inhumation et les services funèbres. L'incinération du corps peut être également ordonnée contre la volonté du défunt ou de ses proches. Il existe des dispositions cantonales précisant l'art. 69 OEp<sup>3505</sup>.
- 1230 À titre d'exemple concret de ce genre de mesures, le CHUV a établi une direc-tive sur la prise en charge de la fièvre hémorragique virale (ce qui concerne en particulier la fièvre Ébola)<sup>3506</sup>. Lorsqu'un patient atteint de ce genre de patho-logie décède, la pratique d'une autopsie est prohibée, le corps est déposé dans une chambre froide, le matériel médical se trouvant sur le corps n'est pas retiré (si le patient a un *stimulateur cardiaque*, la crémation est interdite), le corps est placé sans être lavé dans une double housse étanche avec un drap imbibé de solution désinfectante<sup>3507</sup>.

### J. *Excursus : les conséquences de la pandémie de Covid-19*

- 1231 La pandémie de Covid-19 a eu des conséquences dans le domaine funéraire. Les mesures prises pour limiter la circulation du virus, en diminuant les con-tacts sociaux (interdiction des manifestations et limitation du nombre de per-sonnes pouvant se réunir) ont eu pour corollaire de limiter le nombre de per-sonnes pouvant assister à des funérailles.
- 1232 Durant la première vague de la pandémie en Suisse, les mesures prises par le Conseil fédéral figuraient dans l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 (*aO.* 2 Covid-19)<sup>3508</sup>. Cette ordonnance se fondait sur l'art. 7 LEp qui permettait au Conseil fédéral de prendre des mesures en cas de situation extraordinaire<sup>3509</sup>.

---

<sup>3505</sup> BE, art. 4 al. 2 OEIn ; BS, § 8 Abs. 4 *BestV* ; VD, art. 37 ss RDSPF.

<sup>3506</sup> Directive du service de médecine préventive universitaire du CHUV sur la prise en charge de la fièvre hémorragique virale, disponible sur : [https://www.hpci.ch/sites/chuv/files/prevention/SMPH\\_W\\_DIR\\_00012.pdf](https://www.hpci.ch/sites/chuv/files/prevention/SMPH_W_DIR_00012.pdf) (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

<sup>3507</sup> Ch. A5.-22 de l'annexe 5 de la directive.

<sup>3508</sup> RS 818.101.24. Pour la version du 13 mars 2020, RO 2020, p. 773.

<sup>3509</sup> MCF LEp, FF 2011, p. 346, qui précise que la situation extraordinaire ne peut pas être définie en détail dans la loi en raison de son caractère imprévisible.

La modification entrée en vigueur le 17 mars 2020 introduisait l'art. 6 al. 1 *aO.* 2 Covid-19 qui interdisait les manifestations publiques ou privées<sup>3510</sup>. Toutefois, l'art. 6 al. 3 *litt.* 1 *aO.* 2 Covid-19 autorisait les inhumations dans le cercle familial restreint. La notion d'inhumation désignait toutes les formes de funérailles, y compris les cérémonies religieuses<sup>3511</sup>. Cette norme ne fixait pas de nombre maximal de personnes pouvant assister aux funérailles, tant qu'elles faisaient partie du cercle familial restreint<sup>3512</sup>. Cette norme dérogeait à l'interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes, qui est entrée en vigueur le 21 mars 2020 (art. 7c *aO.* 2 Covid-19)<sup>3513</sup>. Selon le rapport explicatif de l'ordonnance, le cercle familial restreint comprend le conjoint, le partenaire, les enfants, les parents et les frères et sœurs, et éventuellement les grands-parents<sup>3514</sup>. Le nombre devait se situer entre dix et vingt personnes, mais des exceptions étaient possibles<sup>3515</sup>. Il fallait tenir compte des locaux où les funérailles ont lieu<sup>3516</sup>. Les règles d'hygiène et de distances devaient être strictement respectées entre la famille et les autres intervenants (prêtre ou pasteur), mais il fallait être plus compréhensif entre les membres de la famille<sup>3517</sup>.

Le 27 avril 2020, l'art. 6 al. 3 *litt.* 1 *aO.* 2 Covid-19 a été modifié et autorisait les inhumations dans le cercle familial<sup>3518</sup>. Le principal facteur limitant le nombre de membres de la famille pouvant assister aux funérailles était le lieu de la cérémonie<sup>3519</sup>. Les personnes responsables des locaux devaient élaborer un plan de protection au sens de l'art. 6a *aO.* 2 Covid-19, et chaque personne devait en principe disposer de quatre mètres carrés<sup>3520</sup>. Selon le rapport explicatif, il était donc envisageable de réunir trente ou cinquante personnes pour des funérailles<sup>3521</sup>.

À partir du 11 mai 2020, les inhumations dans le cercle familial et des amis proches étaient à nouveau autorisées (art. 6 al. 3 *litt.* k *aO.* 2 Covid-19)<sup>3522</sup>. Dès le 28 mai 2020, les offices religieux, les autres manifestations religieuses et les

<sup>3510</sup> RO 2020, p. 783.

<sup>3511</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3512</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3513</sup> RO 2020, p. 863. OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3514</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3515</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3516</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3517</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 3 avril 2020, p. 20.

<sup>3518</sup> RO 2020, p. 1249.

<sup>3519</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 22 avril 2020, p. 21.

<sup>3520</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 22 avril 2020, p. 21.

<sup>3521</sup> OFSP, Rapport *aO.* 2 Covid-19, du 22 avril 2020, p. 21.

<sup>3522</sup> RO 2020, p. 1401.

inhumations étaient autorisés si elles disposaient d'un plan de protection (art. 6 al. 3 *litt.* k *aO.* 2 Covid-19)<sup>3523</sup>. Enfin, le 6 juin 2020, les manifestations de moins de 300 personnes ont été autorisées (art. 6 al. 2 *aO.* 2 Covid-19)<sup>3524</sup>.

- 1236 Avec le retour à la situation particulière au sens de l'art. 6 LEp, l'*aO.* 2 Covid-19 a été remplacée le 22 juin 2020 par l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 (O. 3 Covid-19)<sup>3525</sup>. En parallèle, l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 (O. *aCovid-19* sit. part.) est entrée en vigueur le 20 juin 2020<sup>3526</sup>. L'art. 2 *aO.* Covid-19 sit. part. prévoyait la compétence des cantons à défaut de dispositions contraires. L'art. 4 *aO.* Covid-19 sit. part. imposait un plan de protection pour toutes les manifestations accessibles au public. Par ailleurs, l'art. 8 *aO.* Covid-19 sit. part. permettait aux cantons de prendre des mesures supplémentaires si l'identification et l'information au sens de l'art. 33 LEp ne sont plus réalisables.
- 1237 Avec la deuxième vague de la pandémie, le Conseil fédéral a décidé d'interdire dès le 29 octobre 2020, les manifestations publiques de plus de 50 personnes (art. 6 al. 1 *aO.* Covid-19 sit. part.)<sup>3527</sup>. Certains cantons ont pris des mesures plus strictes. Par exemple, dans le canton de Vaud, le 4 novembre 2020, l'Arrêté d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière et sur certaines mesures cantonales complémentaires, du 1<sup>er</sup> juillet 2020, a été modifié et un art. 4a al. 1 interdit les manifestations publiques ou privées de plus de cinq personnes, mais l'al. 2 *litt.* e fait une exception pour les funérailles dans la stricte intimité de la famille<sup>3528</sup>.
- 1238 Face à l'augmentation des cas, le Conseil fédéral a « repris la main » et le 12 décembre 2020, les manifestations sont à nouveau interdites à l'exception des funérailles dans le cercle familial et dans le cercle amical restreint (art. 6 al. 1 *litt.* e *aO.* Covid sit. part.)<sup>3529</sup>. Selon nous, les règles sur le cercle familial restreint applicables durant la première vague doivent être appliquées *mutatis mutandis*. Le 19 avril 2021, les manifestations de 15 personnes ont été autori-

---

<sup>3523</sup> RO 2020, p. 1751.

<sup>3524</sup> RO 2020, p. 1815.

<sup>3525</sup> RS 818.101.24. RO 2020, p. 2195.

<sup>3526</sup> RS 818.101.26. RO 2020, p. 2213.

<sup>3527</sup> RO 2020 4503.

<sup>3528</sup> BLV 818.00.010720.1. La modification entrée en vigueur le 4 novembre 2020 a été publiée dans la FAO du 10 novembre 2020.

<sup>3529</sup> RO 2020, p. 5377.

sées, avec toujours la même exception pour les funérailles<sup>3530</sup>. Le 31 mai 2021, l'art. 6 al. 1 *litt. e aO*. Covid sit. part a été abrogé, les manifestations étant autorisées jusqu'à 50 personnes<sup>3531</sup>. Une nouvelle ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, du 23 juin 2021 (O. Covid. sit. part.), est entrée en vigueur le 26 juin 2021<sup>3532</sup>. Depuis le 13 septembre 2021, les funérailles sont soumises à plusieurs restrictions : l'installation doit être remplie aux deux tiers de sa capacité, le masque facial doit être porté, la distance requise doit être respectée autant que possible, aucune nourriture ni boisson ne doivent être consommées, les coordonnées des personnes présentes doivent être collectées et le nombre maximal de personnes est limité à 50 (art. 14a O. Covid. sit. part.)<sup>3533</sup>.

Sur le plan des mesures sanitaires, selon les recommandations de l'OFSP, les personnes décédées ne peuvent pas en soi transmettre le virus, mais des sécrétions infectieuses peuvent être présentes sur le corps<sup>3534</sup>. Il n'est pas nécessaire d'envelopper le cadavre dans un linceul imbibé de solution désinfectante et le cercueil peut rester ouvert pour que les proches puissent voir le défunt<sup>3535</sup>. Le cercueil ou la pièce où se trouve le cadavre doit mentionner que le défunt est décédé du Covid-19<sup>3536</sup>. Les entreprises de pompes funèbres doivent limiter les manipulations du cadavre au minimum et utiliser des gants, des surblouses, des lunettes de protection et des masques d'hygiène<sup>3537</sup>. Il est nécessaire de se désinfecter les mains après chaque manipulation et nettoyer les surfaces touchées<sup>3538</sup>. 1239

Par ailleurs, la pandémie a entraîné une surmortalité qui a nécessité des mesures pour que les autorités puissent prendre en charge l'augmentation du nombre de défunts. Par exemple, le Conseil d'État vaudois a adopté un Arrêté relatif aux mesures sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres prises pour lutter contre le coronavirus (COVID 19) du 1<sup>er</sup> avril 2020<sup>3539</sup>. Cet arrêté déroge à plusieurs dispositions du RDSPF (art. 1), notamment en matière de transport de personnes décédées (art. 3), de délai d'inhumation (art. 6), de monopole ou de concession des communes en matière de pompes funèbres (art. 7 al. 2). Il 1240

---

<sup>3530</sup> RO 2021 213.

<sup>3531</sup> RO 2021 300.

<sup>3532</sup> RS 818.101.26. RO 2021 379.

<sup>3533</sup> RO 2021 542.

<sup>3534</sup> OFSP, Covid-19.

<sup>3535</sup> OFSP, Covid-19.

<sup>3536</sup> OFSP, Covid-19.

<sup>3537</sup> OFSP, Covid-19.

<sup>3538</sup> OFSP, Covid-19.

<sup>3539</sup> BLV 818.41.010420.1.

prévoit la possibilité de créer une morgue exceptionnelle au niveau cantonal en cas de nombre élevé de décès (art. 4 al. 1). Si nécessaire, il est possible de restreindre le libre choix de l'entreprise de pompes funèbres ou de limiter ou réduire les rituels d'inhumations et les services funèbres, tout en garantissant le libre choix entre l'inhumation et la crémation (art. 7 al. 4). À notre connaissance, il n'a pas été nécessaire de recourir aux mesures des art. 4 et 7 al. 4.

- 1241 Avec la deuxième vague, le Conseil d'État a adopté à nouveau un Arrêté relatif aux mesures sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres prises pour gérer les conséquences du coronavirus (COVID-19) du 18 novembre 2020, qui prévoit les mêmes dérogations au RDSPF<sup>3540</sup>.

### K. *Les frais funéraires*

- 1242 Les frais funéraires dépendent de nombreux facteurs (lieu et type de sépulture, forme de la cérémonie), il est donc difficile d'estimer leur coût moyen en Suisse<sup>3541</sup>. Il faut toutefois compter au minimum plusieurs milliers de francs<sup>3542</sup>.
- 1243 Si certains cantons prévoient la prise en charge d'une partie ou de l'entier des frais liés aux funérailles, le reste des coûts est pris en charge par la succession. La question des frais funéraires est en partie liée à l'endroit où le défunt est inhumé. En principe, le défunt peut choisir librement le lieu de son inhumation, qui est une composante du droit de disposer de son cadavre. En fonction du choix du défunt ou de ses proches, les frais ne sont pas pris en charge de la même manière. Les cantons ont prévu la gratuité de certaines prestations pour les personnes domiciliées ou décédées sur le territoire d'une de leurs communes. Les autres frais funéraires sont pris en charge par la succession conformément à l'art. 474 al. 2 CC<sup>3543</sup>. Notons que les proches du défunt peuvent agir en tant que représentants des héritiers et se faire rembourser les frais engagés

---

<sup>3540</sup> BLV 818.41.181120.1.

<sup>3541</sup> TSCHUMY, Not@lex, p. 2.

<sup>3542</sup> Cf. l'émission de la RTS *A bon entendeur* « Même la mort a un prix », du 30 octobre 2018, disponible sur : <https://pages.rts.ch/emissions/abc/9849793-meme-la-mort-a-un-prix.html> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021), selon laquelle il faut compter entre CHF 1'800. – et CHF 4'000. – pour des funérailles bon marché en Suisse romande.

<sup>3543</sup> ATF 54 II 90 = JdT 1928 I 354 (trad.), consid. 2. TSCHUMY, Not@lex, p. 6 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 262b ; BK ZGB-WEIMAR, n° 7 ad art. 474.

pour les obsèques<sup>3544</sup>. La notion de frais funéraires de l'art. 474 al. 2 CC est la même que celle de frais d'inhumation de l'art. 45 al. 1 CO<sup>3545</sup>. Ces frais peuvent concerner le faire-part et l'annonce du décès, les services des pompes funèbres et le transport, le cercueil et les habits mortuaires, l'enterrement et la tombe ou l'incinération et l'urne, l'achat d'une concession, le monument funéraire, la cérémonie et la collation<sup>3546</sup>. La dépense doit être en lien direct et immédiat avec le décès de la personne<sup>3547</sup>. Pour déterminer quelles prestations sont payées par la succession, il faut tenir compte de la volonté du défunt, de sa fortune et des usages locaux<sup>3548</sup>. Si le défunt est indigent, il existe des dispositions qui garantissent la prise en charge des frais funéraires pour les personnes décédées sur le territoire cantonal et assurent ainsi une sépulture décente<sup>3549</sup>.

#### a. Les droits cantonaux

Berne ne règle pas ces questions dans le droit cantonal. À Bâle-Ville, l'inhumation sur le territoire cantonal est gratuite pour les personnes domiciliées dans le canton au moment du décès<sup>3550</sup>. Si le défunt est indigent ou n'a pas de famille et si le décès est intervenu sur le territoire du canton, la crémation est prise en charge par le canton,<sup>3551</sup>. La liste des prestations prises en charge est établie

1244

<sup>3544</sup> Arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois du 31 juillet 2020, RJN 2020, p. 567, consid. 4a s. TSCHUMY, Not@lex, p. 10.

<sup>3545</sup> MOOSER, n° 56 ; TSCHUMY, Not@lex, p. 7.

<sup>3546</sup> MOOSER, n° 56 ; BSK ZGB II-STAEHELIN, n° 12 ad art. 474 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 262a ; BK ZGB-WEIMAR, n° 6 ad art. 474 ; ZK ZGB-ESCHER, n° 11 ad art. 474. Sur la question controversée de l'entretien du monument funéraire, cf. TSCHUMY, Not@lex, p. 8 et les réf. citées.

<sup>3547</sup> ATF 113 II 323, JdT 1988 I 699 (rés.), consid. 5 ; ATF 95 II 306 = JdT 1970 I 447 (trad.), consid. 5 ; ATF 65 II 250, JdT 1940 I 436 (rés.), consid. 2 ; ATF 54 II 138, consid. 3 ; ATF 54 II 222, consid. 2, moins clair. TSCHUMY, Not@lex, p. 7.

<sup>3548</sup> ATF 54 II 90 = JdT 1928 I 354 (trad.), consid. 2. MOOSER, n° 56 ; STEINAUER, Le droit des successions, n° 262. Pour plus de détail, cf. notamment TSCHUMY, Not@lex, p. 7 et les réf. citées.

<sup>3549</sup> BE, art. 33a de l'ordonnance sur l'aide sociale, du 24 octobre 2001 (860.111) ; BS, § 4 Abs. 2 *BestG* ; GE, art. 4 al. 1 et 4A LCim ; SG, Art. 9 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 20 al. 1 *litt. g Legge sull'assistenza sociale*, du 8 mars 1971 (6.4.11.1) ; VD, art. 19 de la loi sur l'action sociale vaudoise, du 2 décembre 2003 (BLV 850.051) ; ZH, § 45 Abs. 2 *BesV*. MOOSER, n° 70 ss ; TSCHUMY, Not@lex, p. 12.

<sup>3550</sup> BS, § 4 Abs. 1 *BestG*.

<sup>3551</sup> BS, § 4 Abs. 2 *BestG*.

dans la loi<sup>3552</sup>. Des prestations supplémentaires doivent être supportées par la succession, où à défaut par la personne qui les demande<sup>3553</sup>.

- 1245 Le droit genevois impose aux communes de garantir une sépulture décente aux personnes décédées, originaires, nées, domiciliées ou propriétaires sur leur territoire<sup>3554</sup>. Les communes doivent déterminer dans quelle mesure les frais funéraires sont pris en charge, mais dans tous les cas, les frais liés à la tombe (creusement, comblement, mise à disposition pendant vingt ans) sont supportés par la commune<sup>3555</sup>. L'art. 4A al. 3 LCim prévoit même une hiérarchie entre les communes pour déterminer laquelle doit supporter ou avancer les frais funéraires<sup>3556</sup>.
- 1246 À Saint-Gall, en principe, le défunt est enterré dans sa commune de domicile<sup>3557</sup>. Si la personne décède sur le territoire cantonal et qu'elle n'a pas de domicile dans le canton ou qu'il est inconnu, qu'elle n'a pas de proches ou que ceux-ci ne s'occupent pas des funérailles ou que des motifs sanitaires interdisent son transport, elle est enterrée dans la commune de décès<sup>3558</sup>. Les frais sont pris en charge par la commune d'inhumation<sup>3559</sup>. La loi énumère également les prestations prises en charge<sup>3560</sup>. Tout ce qui dépasse le service de base est facturé<sup>3561</sup>.
- 1247 Au Tessin, la loi assure une sépulture pour toute personne décédée dans le canton, sans plus de précisions<sup>3562</sup>.
- 1248 Le droit vaudois charge les communes d'assurer l'inhumation de toute personne décédée sur son territoire, indépendamment de son domicile (art. 47 al. 1 RDSPF). Sur demande des proches, la commune doit aussi assurer l'inhumation des personnes qui y sont domiciliées ou qui sont titulaires d'une concession dans le cimetière communal, mais décédées hors de la commune (art. 47 al. 2

---

<sup>3552</sup> BS, § 5 Abs. 1 *BestG*.

<sup>3553</sup> BS, § 5 Abs. 2 *BestG*.

<sup>3554</sup> GE, art. 4 al. 1 LCim.

<sup>3555</sup> GE, art. 4 al. 4 et 4A al. 2 LCim.

<sup>3556</sup> La hiérarchie est la suivante : la commune de domicile du défunt, à défaut de domicile dans le canton, par la commune où le défunt était propriétaire, à défaut de propriété immobilière dans le canton, par la commune d'origine du défunt, à défaut de commune d'origine dans le canton, par la commune sur le territoire de laquelle le décès est survenu.

<sup>3557</sup> SG, Art. 6 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3558</sup> SG, Art. 6 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3559</sup> SG, Art. 9 Abs. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3560</sup> SG, Art. 9 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3561</sup> SG, Art. 10 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3562</sup> TI, art. 40 al. 1 *Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitaria*.

RDSPF). L'art. 48 al. 2 RDSPF précise les prestations fournies par la commune : convoi funèbre, mise à disposition, creusement et comblement d'une tombe à la ligne et fourniture d'un piquet de tombe. Ces prestations sont prises en charge par la commune du dernier domicile fiscal (art. 49 al. 1 RDSPF). En l'absence de parents ou de proches qui se chargent des obsèques, la commune du lieu de décès assure un ensevelissement décent (art. 48 al. 3 RDSPF). Les frais de l'ensevelissement décent sont mis à la charge de la succession du défunt (art. 50 al. 1 RDSPF). En cas de succession obérée, le canton paie les frais (art. 50 al. 2 RDSPF).

À Zurich, l'inhumation a lieu en principe dans le cimetière de la commune de domicile du défunt<sup>3563</sup>. L'inhumation est alors gratuite<sup>3564</sup>. La commune peut cependant facturer les frais de transport, des prestations particulières et l'entretien de la tombe<sup>3565</sup>. Sinon, il est procédé à l'inhumation dans la commune du lieu de décès ou de découverte du cadavre pour les personnes non domiciliées dans le canton et dont le corps n'est pas réclamé<sup>3566</sup>. La volonté du défunt ou de ses proches est réservée<sup>3567</sup>. Les frais sont alors à la charge du requérant ou de la succession<sup>3568</sup>. La commune d'inhumation peut facturer ses frais à la commune de domicile<sup>3569</sup>. 1249

#### b. Dans les assurances sociales

Dans le cadre de l'assurance-accidents, si une personne assurée décède à la suite d'un événement couvert (en principe un accident ou une maladie professionnelle), les frais de transport du corps du lieu de décès jusqu'à son lieu d'inhumation sont pris en charge (art. 14 al. 1 LAA). Si la personne décède à l'étranger, les frais de transport sont remboursés jusqu'à un montant qui égale le cinquième du gain annuel assuré (art. 20 OLAA). Les frais d'ensevelissement sont également remboursés, mais limités à une somme qui égale le gain journalier assuré, multiplié par sept (art. 14 al. 2 LAA). Selon le Message, la notion de frais d'ensevelissement et de frais funéraires semble être la même<sup>3570</sup>. Enfin, même si l'atteinte mortelle à la santé est volontairement causée par la 1250

<sup>3563</sup> ZH, § 55 Abs. 1 *GesG*.

<sup>3564</sup> ZH, § 56 Abs. 1 *GesG* et § 45 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3565</sup> ZH, § 45 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3566</sup> ZH, § 55 Abs. 2 *GesG*.

<sup>3567</sup> ZH, § 55 Abs. 3 *GesG*.

<sup>3568</sup> ZH, § 56 Abs. 2 *GesG* et § 47 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3569</sup> ZH, § 46 Abs. 2 ss *BesV*.

<sup>3570</sup> MCF LAA, FF 1976 III, p. 169 et 191.



personne, par exemple lors d'un suicide, les frais funéraires sont pris en charge (art. 37 al. 1 LAA)<sup>3571</sup>.

- 1251 La loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM) prévoit une indemnité forfaitaire pour couvrir les frais funéraires d'une personne assurée, décédée à la suite d'un événement couvert, dont le montant correspondant au dixième du gain annuel maximal assuré (art. 60 LAM)<sup>3572</sup>. Les art. 76 LAM et 103 LAA permettent de coordonner les prestations dans un cas couvert par les deux assurances.

### *L. Le registre*

- 1252 Chaque cimetière tient un registre des inhumations. Ce registre contient les informations sur les défunts inhumés dans le cimetière, comme le nom, le prénom, la date de naissance et de mort et le lieu d'inhumation. Le droit vaudois organise la tenue des registres par les communes<sup>3573</sup>. Dans le canton de Vaud, la commune nomme un préposé qui tient le registre<sup>3574</sup>.

## **X. Les exhumations**

- 1253 L'exhumation d'un corps qui a été inhumé peut intervenir pour trois raisons : pour transporter le corps et l'inhumer dans une autre tombe (exhumation extraordinaire) ; pour accéder aux restes de la personne décédée, pour lui faire subir des examens dans le cadre d'une procédure judiciaire (exhumation judiciaire) et lorsque la durée de la période d'inhumation est écoulée et que la tombe doit être désaffectée (exhumation ordinaire).
- 1254 En pratique, l'exhumation reste une opération lourde et complexe. Outre son poids émotionnel, sa réalisation dépend de l'état du cercueil et du cadavre. Ceux-ci sont très variables en fonction de la période d'inhumation. L'exhumation doit se faire dans le respect du défunt. Parfois, le corps et le cercueil sont dans un état qui ne permet pas l'exhumation<sup>3575</sup>.

---

<sup>3571</sup> MCF LAA, FF 1976 III, p. 200.

<sup>3572</sup> RS 833.1. MCF LAM, FF 1990 III, p. 235.

<sup>3573</sup> VD, art. 45 RDSPF.

<sup>3574</sup> VD, art. 44 RDSPF. Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3575</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

## A. L'exhumation ordinaire

### 1. La période d'inhumation

Une fois inhumé, le cercueil ou l'urne en terre doit rester intouché pendant une certaine période<sup>3576</sup>. Pour un défunt enterré, ce délai est en principe de 20 ans<sup>3577</sup>. Dans le canton de Vaud, l'art. 71 al. 1 RDSPF prévoit une durée de 25 ans. À Saint-Gall, la période est limitée à 15 ans pour les enfants inhumés dans la partie du cimetière qui leur est réservée<sup>3578</sup>. Ce délai vise à s'assurer que les restes inhumés sont décomposés avant l'ouverture de la tombe. À la fin de la période, la tombe est désaffectée. Les cantons de Bâle-Ville, Vaud et Zurich prévoient une procédure précédant la désaffectation des tombes, avec notamment une publication permettant aux proches de faire valoir leurs droits<sup>3579</sup>. Si une concession est renouvelée, les restes du défunt vont rester en terre pour la durée de la période renouvelée. En pratique, il arrive parfois que, bien que la période d'inhumation soit écoulée, la portion du cimetière en question ne soit pas désaffectée<sup>3580</sup>. Cela s'explique notamment par le grand nombre de crémations qui font que les cimetières sont assez grands pour accueillir des défunts enterrés pendant une période plus longue que la durée légale.

### 2. Le sort des restes

Le droit vaudois règle le sort des ossements à l'ouverture de la tombe à la fin de la période d'inhumation. L'art. 74 al. 1 RDSPF propose une triple alternative :

- Les proches du défunt transfèrent les ossements dans une autre concession du même cimetière.
- Les proches demandent le transfert des ossements dans un autre cimetière, dans une concession ou un ossuaire.
- Les ossements sont incinérés et les cendres remis aux proches s'ils le demandent.

<sup>3576</sup> BÄR, p. 4445.

<sup>3577</sup> BE, art. 6 al. 2 OEIn ; BS, § 27 Abs. 1 *BestG* ; GE, art. 4 al. 4 LCim ; SG, Art. 12 Abs. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 21 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; ZH, § 15 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3578</sup> SG, Art. 12 Abs. 1 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3579</sup> BS, § 27 Abs. 4 s. *BestG* et § 20 *BestV* ; VD, art. 70 ss RDSPF ; ZH, § 37 *BesV*.

<sup>3580</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

- 1257 En l'absence de proches, la commune a le choix de conserver les os en terre, de les déposer dans un ossuaire ou de les incinérer (art. 74 al. 2 RDSPF). À Lausanne, les restes sont laissés en terre<sup>3581</sup>. L'art. 74 al. 3 RDSPF règle la question des frais, qui sont supportés par les proches demandant le transfert des ossements et par la commune en leur absence. La procédure de désaffectation de la tombe est prévue aux art. 70 et 71 RDSPF. À Bâle-Ville et Zurich, les restes sont laissés sur place et enfouis plus profondément ou ailleurs dans le cimetière<sup>3582</sup>.
- 1258 Dans le cas d'une urne, elle peut être remise à la famille<sup>3583</sup>. Si personne ne la réclame, son contenu est déposé dans un jardin du souvenir<sup>3584</sup>. Si les cendres ont été inhumées sans urne, ou que celle-ci était dans une matière biodégradable, les restes ne sont pas exhumés<sup>3585</sup>.

### B. *L'exhumation extraordinaire*

- 1259 L'exhumation extraordinaire vise à pouvoir inhumér la dépouille dans une autre tombe<sup>3586</sup>. Celle-ci intervient avant la fin de la période d'inhumation. En principe, un cadavre ne doit pas être exhumé durant cette période, c'est pourquoi une exhumation est soumise à l'autorisation d'une autorité<sup>3587</sup>. Elle doit se baser sur des motifs importants<sup>3588</sup>. Il existe en effet un intérêt public à la protection de la paix des morts et à ne pas procéder à une exhumation sans

---

<sup>3581</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3582</sup> BS, § 27 Abs. 3 et 5 *BestG* ; ZH, § 39 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3583</sup> BS, § 27 Abs. 3 s. *BestG* ; SG, Art. 15 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; ZH, § 39 Abs. 1 *BesV*.

<sup>3584</sup> SG, Art. 15 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*.

<sup>3585</sup> BS, § 27 Abs. 3 *BestG*.

<sup>3586</sup> Pour un exemple, cf. l'arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010.

<sup>3587</sup> BE, art. 7 al. 1 OEIn ; BS, § 28 Abs. 1 s. *BestG* et § 20 Abs. 2 *BestV* ; GE, art. 8A LCim ; SG, Art. 12 Abs. 2 *Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* et Art. 26 Abs. 1 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 21 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 54 al. 1 RDSPF ; ZH, § 36 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3588</sup> BS, § 28 Abs. 2 *BestG* ; GE, art. 18 RCim ; SG, Art. 26 Abs. 1 *litt. a Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 21 al. 1 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 54 al. 3 et 5 RDSPF. Décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBl 1973, p. 164, consid. 5.

raison<sup>3589</sup>. Hors des exhumations ordonnées dans le cadre d'une procédure judiciaire sur lesquels nous allons revenir, l'exhumation ne doit être autorisée que pour permettre le respect de la volonté du défunt ou de ses proches. Comme nous l'avons vu, la volonté du défunt est prioritaire pour déterminer son lieu de sépulture<sup>3590</sup>. Seuls les proches du défunt peuvent requérir une exhumation<sup>3591</sup>. Le droit de faire respecter la volonté du défunt appartient à tous les proches du défunt<sup>3592</sup>. En pratique, ce sont principalement les personnes les plus proches du défunt qui vont agir. On peut imaginer que l'exhumation soit demandée si la volonté du défunt est découverte après son inhumation<sup>3593</sup>. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'en raison d'une situation familiale conflictuelle, le fait que la concubine du défunt ait donné son accord à une sépulture au moment du décès et qu'elle ait entrepris après coup les démarches pour faire exhumer la dépouille afin de la faire inhumer dans le lieu correspondant à la volonté du défunt ne constituait pas un comportement abusif<sup>3594</sup>.

En l'absence d'une volonté exprimée par le défunt, le proche le plus étroitement lié avec le défunt peut déterminer le lieu de sépulture<sup>3595</sup>. Le Conseil d'État genevois a considéré que le droit de déterminer le sort du cadavre perd de sa force après l'inhumation ou la crémation et que la liberté personnelle ne protège pas un droit de faire exhumer et réinhumer dans un autre lieu les restes de proches<sup>3596</sup>. Il faut effectuer une pesée des intérêts entre les intérêts de la personne qui demande l'exhumation, l'intérêt de la personne titulaire des droits

<sup>3589</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 8 ; décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBI 1973, p. 164, consid. 5.

<sup>3590</sup> Cf. *supra* n° 234. Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, consid. 3.4 ; arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5b ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.2 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 4 ; décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 7 ; décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBI 1973, p. 164, consid. 3.

<sup>3591</sup> Décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBI 1973, p. 164, consid. 5.

<sup>3592</sup> Cf. *supra* n° 205 ss.

<sup>3593</sup> En droit français, cf. notamment POPU, n° 371 ss.

<sup>3594</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 3.2. Comme le précisent les juges fédéraux : « *Il apparaît vraisemblable que celle-ci n'ait pas eu la force de faire respecter ses dernières volontés immédiatement après le décès* ».

<sup>3595</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5c ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.1.1 ; décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBI 1973, p. 164, consid. 4.

<sup>3596</sup> Décision du Conseil d'État genevois, du 14 août 1985, SJ 1985, p. 601, consid. 8c.

sur la tombe (qui s'oppose) et l'intérêt public à la paix des morts<sup>3597</sup>. On peut imaginer que le requérant souhaite réunir dans une seule sépulture la dépouille de plusieurs membres de sa famille (conjoint et enfants) inhumés précédemment dans des lieux différents<sup>3598</sup>. Il faut notamment examiner si le lieu d'inhumation permet aux proches de rendre visite au défunt et d'entretenir sa mémoire<sup>3599</sup>.

- 1261 Il faut relever que la Cour européenne des droits de l'homme laisse une ample marge d'appréciation aux États lors de la mise en balance entre l'intérêt à transférer la dépouille ou les cendres et l'intérêt public au respect du caractère sacré de la tombe<sup>3600</sup>.
- 1262 Comme les proches sont les ayants droit sur la tombe, l'exhumation ne tombe pas sous le coup de l'art. 262 CP. La présence ou l'autorisation d'un médecin peut être requise, notamment pour des raisons sanitaires<sup>3601</sup>. On doit s'assurer que le corps sera inhumé dans une nouvelle tombe de manière digne avant de procéder à l'exhumation<sup>3602</sup>. Les frais de l'exhumation sont supportés par le

---

<sup>3597</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 40597/17) *Dražković c. Monténégro*, du 9 juin 2020, § 53 (refus des juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'une demande d'exhumation de la dépouille du conjoint de la requérante en vue de sa réinhumation dans un autre lieu : violation de l'art. 8 CEDH).

<sup>3598</sup> En droit français, cf. notamment POPU, n° 375.

<sup>3599</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 5b ; arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.2.3 ; ATF 129 I 173 = JdT 2004 I 155 (trad.), consid. 5.2 ; décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBl 1973, p. 164, consid. 6.

<sup>3600</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 40597/17) *Dražković c. Monténégro*, du 9 juin 2020, § 52 (refus des juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'une demande d'exhumation de la dépouille du conjoint de la requérante en vue de sa réinhumation dans un autre lieu : violation de l'art. 8 CEDH) ; arrêt de la CourEDH (Requête n° 61564/00) *Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, du 17 janvier 2006, § 25 (refus par les autorités suédoises d'autoriser le transfert de l'urne contenant les cendres du mari de la requérante dans la concession de sa famille : pas de violation de l'art. 8 CEDH).

<sup>3601</sup> SG, Art. 26 Abs. 1 litt. b *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; TI, art. 21 al. 2 *Regolamento pompe funebri* ; VD, art. 55 al. 1 RDSPF. Décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBl 1973, p. 164, consid. 1.

<sup>3602</sup> SG, Art. 26 Abs. 1 litt. c *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen*. Décision du Conseil-Exécutif bernois, du 20 décembre 1972, ZBl 1973, p. 164, consid. 2.

requérant<sup>3603</sup>. Les règles sur les exhumations judiciaires sont réservées<sup>3604</sup>. L'exhumation extraordinaire est soumise aux règles de procédure administrative cantonale<sup>3605</sup>.

### C. *L'exhumation judiciaire*

Il peut arriver que dans le cadre d'une procédure judiciaire, il soit nécessaire d'ouvrir une tombe pour accéder aux restes d'une personne ou à ses cendres. Une exhumation ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire doit être fondée sur une base légale, sans quoi elle tombe sous le coup de l'art. 262 CP<sup>3606</sup>. 1263

#### 1. **Dans le cadre d'une procédure pénale**

Sur la base de l'art. 254 CPP, l'autorité pénale compétente peut ordonner l'exhumation d'un cadavre ou l'ouverture d'une urne<sup>3607</sup>. Nous renvoyons à nos développements sur cette question dans notre chapitre sur les autopsies<sup>3608</sup>. 1264

#### 2. **Dans le cadre d'un procès civil**

Une exhumation peut être ordonnée dans le cadre d'une procédure civile. Cela concerne principalement les actions du droit de la filiation (art. 252 ss CC) ou l'action sui generis en connaissance de ses origines (art. 28 CC)<sup>3609</sup>. Nous avons déjà traité de l'art. 48 nLAGH qui fixe les conditions auxquelles un profil 1265

<sup>3603</sup> VD, art. 55 al. 3 RDSPF.

<sup>3604</sup> BE, art. 7 al. 2 OEIn ; BS, § 28 Abs. 3 *BestG* ; SG, Art. 26 Abs. 3 *Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen* ; VD, art. 54 al. 1 RDSPF ; ZH, § 36 Abs. 2 *BesV*.

<sup>3605</sup> VD, art. 83 RDSPF.

<sup>3606</sup> HANSJAKOB, n° 1 ad art. 254 CPP.

<sup>3607</sup> CR CPP-GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, n° 1 ad art. 254 ; BSK StPO-ZOLLINGER/KIPFER, n° 1 ad art. 254 ; PIQUERREZ/MACALUSO, n° 1143.

<sup>3608</sup> Cf. *supra* n° 948.

<sup>3609</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367 et 5370 s. ZIEGER, GUMG, n° 43 s. Sur le droit de connaître ses origines, cf. notamment ATF 134 III 241 = JdT 2009 I 411 (trad.), consid. 5. Dans la doctrine, cf. notamment MEIER/STETTLER, n° 457 ss ; MARGOT, p. 709 et 712 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 122 ; BÜCHLER/RYSER, p. 19 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 374 ss.

d'ADN peut être établi sur une personne décédée dans le cadre d'une procédure civile<sup>3610</sup>. Nous allons traiter des questions de procédure que soulève une exhumation dans un procès civil dans notre prochain chapitre consacré à des exemples choisis de contentieux concernant le cadavre<sup>3611</sup>.

## XI. Conclusion

- 1266 Notre présentation du droit funéraire en Suisse n'a pas pour prétention d'être exhaustive. Nous nous sommes concentré sur les normes de droit funéraire qui étaient liées au sort du cadavre. Nous avons ainsi mis en lumière les grandes tendances qui existent dans les cantons présentés. Si l'on rencontre des différences entre les cantons, la réglementation et le déroulement des funérailles nous apparaissent comme globalement uniformes en Suisse.
- 1267 Par rapport aux lois « biomédicales » comme la LTx, la LRH, la LPADN ou la nLAGH, les normes de droit funéraire ont une approche différente du statut du cadavre. Les lois biomédicales visent à protéger la personnalité et la dignité humaine, notamment en se fondant sur le principe d'un consentement aux atteintes à l'intégrité. Cette approche vise à contrebalancer la crainte de l'instrumentalisation et de la réification de l'humain.
- 1268 Le droit funéraire a d'autres objectifs. Son but est d'assurer le bon déroulement des funérailles et de la sépulture. Vis-à-vis du corps des personnes décédées, le droit funéraire vise à assurer qu'il soit traité d'une manière digne et décente et à éviter tous problèmes sanitaires. L'ordre et la santé publique sont au cœur des dispositions de droit funéraire.
- 1269 Si la question de la volonté du défunt ne semble pas être au centre des normes que nous avons présentées, le droit du défunt de choisir la forme de ses funérailles est toujours garanti. En pratique, il est difficile de prendre connaissance des volontés du défunt<sup>3612</sup>. Celles-ci peuvent figurer dans un testament ou d'autres documents qui ne sont découverts qu'après le décès et l'inhumation du défunt. Une personne prévoyante ne sait pas où déposer de son vivant de telles volontés, pour s'assurer qu'elles soient respectées, car il n'existe pas de registre relatif à ces questions<sup>3613</sup>. La seule possibilité reste de traiter de cette question dans ses directives anticipées. Il pourrait être intéressant que les cantons ou les communes mettent en place un moyen permettant aux futurs défunts de déposer leurs volontés concernant les modalités de leurs funérailles, sous la

---

<sup>3610</sup> Cf. *supra* n° 1078 ss.

<sup>3611</sup> Cf. *infra* n° 1312 ss.

<sup>3612</sup> Selon les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

<sup>3613</sup> Confirmé par les déclarations de M. JEAN-PIERRE SANGA, le 29 mars 2018.

---

forme d'un registre ou d'un fichier. L'augmentation du recours aux contrats de prévoyance funéraire montre bien que cette question est une préoccupation de la population.

Si les normes de droit funéraire se trouvent en général dans des textes relativement récents, ceux-ci s'inscrivent dans une tradition plus ancienne. Alors que les lois biomédicales datent de la fin du XX<sup>e</sup> et du début du XXI<sup>e</sup> siècle, l'organisation des funérailles dans notre pays provient de règles plus anciennes. Si le domaine des funérailles est de la compétence des autorités laïques depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, elles s'inscrivent dans une tradition chrétienne bien plus ancienne. Les normes actuelles tiennent cependant compte de la diversité de la population, qui s'exprime également dans le cadre de la sépulture. 1270

Au-delà des textes législatifs, nous avons trouvé peu de jurisprudence et de doctrine sur le droit funéraire suisse. Nous expliquons cette forme de pauvreté juridique par les raisons suivantes. D'une part, ce domaine lié à la mort reste tabou et entouré d'une forme de réserve et de mystère. D'autre part, lors du décès d'un proche, l'expertise des entreprises de pompes funèbres joue un rôle important. Les proches, dans l'émotion du décès, sont sans doute heureux que des professionnels soient là pour les guider dans les démarches qui entourent les funérailles. Enfin, la quasi-absence de jurisprudence est également le signe d'un domaine qui connaît peu de litiges. Les règles établies correspondent bien à la pratique et suscitent peu de conflits, ce qui doit être salué. 1271





---

## **Chapitre 14 : Le contentieux autour du cadavre : exemples choisis**

### **I. Introduction**

Jusqu'à présent, notre étude a présenté les règles de droit matériel qui déterminent le statut juridique du cadavre humain. Nous n'avons fait qu'évoquer quelques éléments de procédure dans nos différents chapitres. Ce dernier chapitre est consacré à la problématique du contentieux autour du cadavre. Il est vrai qu'il peut sembler un peu à part dans notre travail. Toutefois, les normes juridiques n'ont de l'importance que lorsqu'un conflit surgit. Si tous les proches d'un défunt sont d'accord sur le sort de sa dépouille, il n'y a guère d'enjeux juridiques. Les règles de droit matériel définissant le statut du cadavre n'ont de portée véritable que lorsqu'elles peuvent être mises en œuvre devant une autorité. Ce chapitre entend dès lors apporter quelques réponses aux praticiens confrontés à des questions concernant le sort d'un cadavre. 1272

Une présentation exhaustive des différents contentieux concernant un cadavre en droit suisse dépasse largement le cadre de notre travail. Nous avons donc décidé de nous limiter à présenter trois exemples. Lorsqu'une question relève de la législation cantonale, nous allons présenter les règles applicables dans le canton de Vaud. 1273

Nous commencerons par un premier exemple qui traite d'un litige entre les proches du défunt avant ses funérailles (I). Nous présenterons ensuite l'exemple d'une procédure pour obtenir l'exhumation à titre extraordinaire d'un cadavre préalablement inhumé (II). Nous terminerons par un exemple dans lequel l'exhumation d'un cadavre est ordonnée lors d'un procès civil (III). 1274

### **II. Premier exemple : un litige entre les proches du défunt avant les funérailles**

Notre premier exemple concerne une situation où le défunt vient de décéder et sa dépouille n'a pas encore été inhumée. Elle repose dans une chapelle funéraire en attendant les funérailles. Le défunt n'a pas exprimé de volonté concernant le sort de son cadavre et il n'y a aucun élément permettant d'établir sa volonté présumée. Au moment d'organiser les funérailles, un conflit entre les proches du défunt apparaît. On peut imaginer par exemple un désaccord entre 1275

les parents du défunt et son conjoint<sup>3614</sup>. Ce désaccord peut porter sur le lieu de la sépulture ou sur le choix entre une crémation et un enterrement. Dans cette situation, le litige porte principalement sur la détermination du proche qui était le plus étroitement lié avec le défunt et qui peut donc déterminer le sort de son cadavre<sup>3615</sup>. Un des proches (par exemple le conjoint du défunt) peut agir sur la base des actions défensives de la personnalité de l'art. 28a al. 1 CC<sup>3616</sup>.

- 1276 Les conditions des actions défensives sont l'existence d'un bien de la personnalité, l'existence d'une atteinte au dit bien et son caractère illicite<sup>3617</sup>. Le droit de la personnalité en question est le droit du proche de déterminer le sort du cadavre du défunt, fondé sur sa personnalité affective<sup>3618</sup>. L'atteinte réside dans le comportement des autres proches (par exemple les parents du défunt) qui souhaitent également disposer du cadavre. Le demandeur doit apporter la preuve de l'atteinte<sup>3619</sup>. L'illicéité de l'atteinte est présumée par l'art. 28 al. 2 CC<sup>3620</sup>. L'existence d'une atteinte suffit, peu importe si la victime de l'atteinte a subi un préjudice et si l'auteur de l'atteinte ou les participants ont commis une faute<sup>3621</sup>. Dans la deuxième phase du raisonnement, il faut examiner l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 28 al. 2 CC<sup>3622</sup>.
- 1277 L'art. 28a al. 1 CC prévoit trois actions défensives différentes, en prévention de l'atteinte, en cessation de l'atteinte et en constatation du caractère illicite de l'atteinte, qui sont trois variantes d'un même moyen de droit<sup>3623</sup>. Le choix de l'action se fait en fonction de la situation, qui peut évoluer<sup>3624</sup>. C'est le moment

---

<sup>3614</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010.

<sup>3615</sup> Cf. *supra* n° 223 ss.

<sup>3616</sup> ATF 127 I 115, consid. 6. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 545.

<sup>3617</sup> BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 25 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 551 ss ; CR CC I-JEANDIN, n° 2 ad art. 28a.

<sup>3618</sup> Cf. *supra* n° 222 ss.

<sup>3619</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 743 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 56 ad art. 28.

<sup>3620</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 661 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 28 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 45 ad art. 28 ; CR CC I-JEANDIN, n° 71 ad art. 28.

<sup>3621</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 743 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 29 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 172 ss ; BSK ZGB I-MEILI, n° 55 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 551 ; CR CC I-JEANDIN, n° 86 ad art. 28.

<sup>3622</sup> Arrêt du TF 5A\_256/2016, du 9 juin 2017, consid. 5.3.3 (consid. non publié à l'ATF 143 III 297) ; arrêt du TF 5A\_658/2014, du 6 mai 2015, consid. 8.2 ; ATF 136 III 410 = JdT 2010 I 553 (trad.), consid. 2.2.1 et 2.3.

<sup>3623</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 734 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 172 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 577.

<sup>3624</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 734 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 172 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 577b ; CR CC I-JEANDIN, n° 3 ad art. 28a.

où le juge rend sa décision qui est décisif<sup>3625</sup>. Le demandeur prudent peut déposer des conclusions principales en prévention de l'atteinte et des conclusions subsidiaires en cessation de l'atteinte, voire en constatation de son caractère illicite<sup>3626</sup>. Le demandeur peut aussi modifier ses conclusions aux conditions de l'art. 227 CPC avant les débats principaux et de l'art. 230 CPC après leur ouverture<sup>3627</sup>.

La qualité pour agir appartient au titulaire du droit de la personnalité atteint<sup>3628</sup>. 1278  
Le proche qui estime être le plus étroitement lié avec le défunt a la légitimation active dans le cadre du droit de déterminer le sort du cadavre<sup>3629</sup>. La qualité pour défendre appartient à l'auteur direct de l'atteinte et à tout participant à l'atteinte<sup>3630</sup>. Il s'agit donc de toute personne dont la collaboration cause, permet ou favorise l'atteinte<sup>3631</sup>. L'auteur de l'atteinte est en général un autre proche qui entend disposer du cadavre. Une entreprise de pompes funèbres engagée par l'auteur de l'atteinte qui détient le cadavre peut être considérée comme un participant à l'atteinte.

Si l'atteinte n'a pas encore eu lieu, mais qu'il existe une menace (qui constitue déjà une atteinte en soi), il faut agir en interdiction ou en prévention de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC)<sup>3632</sup>. La menace doit être sérieuse, concrète et imminente<sup>3633</sup>. Par exemple, un proche du défunt peut menacer d'entreprendre les 1279

---

<sup>3625</sup> CR CC I-JEANDIN, n° 9 ad art. 28a.

<sup>3626</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 735 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 37 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 172 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 577b ; CR CC I-JEANDIN, n° 3 ad art. 28a.

<sup>3627</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 735 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 577b ; CR CC I-JEANDIN, n° 3 ad art. 28a.

<sup>3628</sup> Arrêt du TF 5A\_641/2011, du 23 février 2012, consid. 5.1. MEIER, Droit des personnes, n° 736 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 775 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 17 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 547 ; CR CC I-JEANDIN, n° 87 ad art. 28.

<sup>3629</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017.

<sup>3630</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 738 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 780 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 22 s. ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 550 ; CR CC I-JEANDIN, n° 89 ad art. 28. Le demandeur a le choix du défendeur, mais il a intérêt à ouvrir action contre la personne qui a le plus d'influence sur l'atteinte, ou contre laquelle il va engager des actions réparatrices, cf. MEIER, Droit des personnes, n° 739 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 781 ; CR CC I-JEANDIN, n° 89 ad art. 28.

<sup>3631</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 738.

<sup>3632</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 755 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 174 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 2 ad art. 28a.

<sup>3633</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 755 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 788 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 174 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 579 ; CR CC I-JEANDIN, n° 4 ad art. 28a.

démarches visant à inhumer ou incinérer la dépouille<sup>3634</sup>. Si l'atteinte s'étale dans le temps et dure encore au moment de la décision, il faut agir en cessation de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 2 CC)<sup>3635</sup>. Par exemple, l'inhumation du cadavre dans un lieu qui ne correspond pas à la volonté du défunt constitue une atteinte durable. On peut également imaginer le fait qu'un cadavre a été remis à un institut d'anatomie pour servir de pièce anatomique, contre la volonté du défunt.

- 1280 Il n'existe pas de délai pour agir, mais il faut réserver l'hypothèse de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)<sup>3636</sup>. Selon le Tribunal fédéral, le fait pour un proche de ne pas réagir immédiatement pour faire respecter la volonté du défunt ne constitue pas en soi un abus de droit et peut se justifier au vu des circonstances, en particulier la période de deuil et le choc émotionnel des proches après le décès qui peuvent expliquer qu'un proche ne réagisse pas lors de l'inhumation dans un lieu qui ne correspond pas à la volonté du défunt<sup>3637</sup>.
- 1281 Dans les deux cas, il s'agit d'une action condamnatoire au sens de l'art. 84 al. 1 CPC<sup>3638</sup>. Les conclusions du demandeur doivent contenir des mesures précises portant sur un comportement défini actif ou passif<sup>3639</sup>. Les mesures doivent respecter le principe de la proportionnalité<sup>3640</sup>. La décision peut être assortie de mesures de contrainte de l'art. 343 al. 1 CPC (notamment ordonner au défendeur d'adopter un comportement sous la menace de la peine de l'art. 292

---

<sup>3634</sup> Pour un exemple d'exhumation, cf. arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017.

<sup>3635</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 760 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 175 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 4 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 589 ; CR CC I-JEANDIN, n° 9 ad art. 28a, qui précise que c'est bien le comportement de l'auteur ou du participant à l'atteinte qui doit être durable, et non les effets de l'atteinte.

<sup>3636</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 744.

<sup>3637</sup> Arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 3.2. En l'espèce, un conflit successoral entre la compagne et la mère du défunt.

<sup>3638</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 755 et 760 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 8.

<sup>3639</sup> ATF 131 III 70 = JdT 2005 I 399 (trad.), consid. 3.3 ; ATF 108 II 344, consid. 2d ; ATF 78 II 289 = JdT 1953 I 488 (trad.), consid. 3. MEIER, Droit des personnes, n° 758 et 762 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 787 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 174 s. ; BSK ZGB I-MEILI, n° 2 et 5 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 582 et 591 ; CR CC I-JEANDIN, n° 4 ad art. 28a.

<sup>3640</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 758 et 762 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 788 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 174 s. ; BSK ZGB I-MEILI, n° 2 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 582.

CP)<sup>3641</sup>. Par exemple, le demandeur peut conclure qu'il soit autorisé à procéder à l'inhumation ou qu'il soit interdit aux autres proches d'entreprendre des démarches pour transporter ou inhumer le cadavre ailleurs, sous menace de la peine de l'art. 292 CP<sup>3642</sup>.

Si l'atteinte a pris fin, mais que le trouble créé subsiste, il faut agir en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 3 CC), par exemple lorsqu'un acte (autopsie, prélèvement) a été pratiqué sur le cadavre sans le consentement du défunt ou de ses proches<sup>3643</sup>. L'action de l'art. 28a al. 1 ch. 3 CC est une forme spéciale de l'action générale en constatation d'un droit de l'art. 88 CPC<sup>3644</sup>. Elle peut notamment être utile pour établir la licéité d'un comportement<sup>3645</sup>. L'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte est souvent associée à des actions réparatrices<sup>3646</sup>. 1282

Le for de l'action en protection de la personnalité se trouve au domicile ou au siège de l'une des parties (art. 20 CPC)<sup>3647</sup>. Les règles sur la consorité de l'art. 15 al. 1 CPC et sur le cumul d'actions de l'art. 15 al. 2 CPC sont applicables<sup>3648</sup>. La compétence matérielle est déterminée par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC)<sup>3649</sup>. Dans le canton de Vaud, la loi ne prévoit pas de compétence spéciale pour les actions de l'art. 28a CC et le président du tribunal d'arrondis- 1283

<sup>3641</sup> Arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, faits C. MEIER, Droit des personnes, n° 759 et 762 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 793 et 797 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 174 s. ; BSK ZGB I-MEILI, n° 2 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 582 ; CR CC I-JEANDIN, n° 6 et 8 ad art. 28a.

<sup>3642</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017, faits C.a.

<sup>3643</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 764 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 176 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 6 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 59 ; CR CC I-JEANDIN, n° 10 ad art. 28a. Sur la notion de trouble, cf. ATF 127 III 481, JdT 2002 I 426 (rés.), consid. 1c. Pour un exemple où le cœur d'un défunt a été prélevé sans son consentement et celui de ses proches, cf. ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 362 (trad.), faits A.

<sup>3644</sup> ATF 119 II 97 = JdT 1995 I 167 (trad.), consid. 2. MEIER, Droit des personnes, n° 765 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 8 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 176 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 596a ; CR CC I-JEANDIN, n° 10 ad art. 28a.

<sup>3645</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 769 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 176 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 594 s. ; CR CC I-JEANDIN, n° 11 s. ad art. 28a.

<sup>3646</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 766.

<sup>3647</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 3b/cc. MEIER, Droit des personnes, n° 745 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 14 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 173 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 570.

<sup>3648</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 745.

<sup>3649</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 745.

- sement est donc compétent en vertu de sa compétence générale qui figure à l'art. 96° de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (LOJV)<sup>3650</sup>.
- 1284 L'action est soumise à la procédure ordinaire des art. 219 ss CPC<sup>3651</sup>. La procédure est ouverte par une requête de conciliation (art. 197 CPC)<sup>3652</sup>. Les actions défensives de l'art. 28a al. 1 CC sont non patrimoniales et n'ont pas de valeur litigieuse<sup>3653</sup>.
- 1285 Selon l'art. 33 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), les règles sur les actes illicites (art. 129 ss LDIP) sont applicables aux atteintes portées aux intérêts personnels<sup>3654</sup>. En vertu de l'art. 129 LDIP, les tribunaux suisses du domicile, subsidiairement de la résidence habituelle du défendeur ou du lieu de l'acte ou de son résultat sont compétents<sup>3655</sup>. Le droit applicable est réglé par les art. 132 et 133 LDIP<sup>3656</sup>. Il faut réserver les cas où la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano, CL) est applicable<sup>3657</sup>. Il existe alors un for alternatif (art. 3 al. 1 CL), soit le for ordinaire au domicile du défendeur (art. 2 al. 1 CL), soit le for en matière délictuelle, le lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 5 ch. 3 CL)<sup>3658</sup>.
- 1286 La décision du tribunal de première instance sur les actions défensives peut faire l'objet d'un appel (art. 308 al. 1 *litt.* a CPC). Dans le canton de Vaud, l'appel est déposé devant la Cour d'appel civile du tribunal cantonal (art. 84

---

<sup>3650</sup> BLV 173.01. Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 3c.

<sup>3651</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 746 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 9.

<sup>3652</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 746 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 12.

<sup>3653</sup> Arrêt du TF 5A\_17/2013, du 6 août 2013, consid. 1 et les réf. citées. MEIER, Droit des personnes, n° 747 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 8.

<sup>3654</sup> RS 291. MEIER, Droit des personnes, n° 731 ; BSK IPRG-GEISER/JAMETTI, n° 14 ss ad art. 33 ; BSK IPRG-RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICH, n° 6 ad art. 129 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 11 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 570a ; CR LDIP/CL-BUCHER, n° 2 ad art. 33 LDIP ; CR CC I-JEANDIN, n° 93 ad art. 28.

<sup>3655</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 731 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 11 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 570a ; CR LDIP/CL-BONOMI, n° 8 ss ad art. 129 LDIP ; CR CC I-JEANDIN, n° 93 ad art. 28.

<sup>3656</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 731.

<sup>3657</sup> RS 0.275.12. MEIER, Droit des personnes, n° 731 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 15 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 570a ; CR CC I-JEANDIN, n° 94 ad art. 28.

<sup>3658</sup> BSK ZGB I-MEILI, n° 15 ad art. 28 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 570a ; CR CC I-JEANDIN, n° 94 ad art. 28.

al. 1 LOJV). Il est possible de déposer un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre la décision d'appel (art. 72 al. 1 LTF).

L'art. 28a al. 3 CC réserve la possibilité pour la personne atteinte d'ouvrir les actions réparatrices, soit l'action en dommages-intérêts, l'action en tort moral et l'action en remise de gain<sup>3659</sup>. L'art. 28a al. 3 CC renvoie ainsi aux règles du droit des obligations<sup>3660</sup>. Les actions réparatrices ont pour fonction de supprimer et de réparer les conséquences de l'atteinte en replaçant le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si l'atteinte n'avait pas eu lieu<sup>3661</sup>. 1287

Le demandeur a le choix entre les actions défensives et les actions réparatrices ou il peut cumuler les deux types actions<sup>3662</sup>. À l'inverse des actions défensives, les actions réparatrices sont soumises aux règles ordinaires de la prescription (art. 60 et 127 ss CO)<sup>3663</sup>. En fonction de la nature de l'action pouvant fonder la réparation, le demandeur a le choix entre le for en matière contractuelle (art. 31 CPC) ou en matière d'acte illicite (art. 36 CPC) en plus de celui de l'art. 20 *litt.* a CPC en matière de protection de la personnalité (fors alternatifs)<sup>3664</sup>. Si des actions défensives et réparatrices sont ouvertes ensemble, il n'y a pas de valeur litigieuse<sup>3665</sup>. 1288

L'action en dommages-intérêts permet de demander la réparation du dommage, c'est-à-dire les conséquences pécuniaires de l'atteinte<sup>3666</sup>. Les conditions sont une atteinte illicite à la personnalité, un dommage (diminution involontaire du patrimoine de la victime), un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte et le dommage et un chef de responsabilité fondant l'obligation de 1289

<sup>3659</sup> BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 3.

<sup>3660</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 771 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 179 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 599 ; CR CC I-JEANDIN, n° 22 ad art. 28a.

<sup>3661</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 771 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 179 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 599 ; CR CC I-JEANDIN, n° 19 ad art. 28a.

<sup>3662</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 726.

<sup>3663</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 787, 795 et 810 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 180 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 603, 611 et 614b.

<sup>3664</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 779 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 15 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 180 ; BSK ZGB I-MEILL, n° 20 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 603a, 611a et 614c.

<sup>3665</sup> Arrêt du TF 5A\_82/2012, du 29 août 2012, consid. 1 (consid. non publié à l'ATF 138 III 641) ; ATF 128 III 481, JdT 2002 I 426 (rés.), consid. 1a. MEIER, Droit des personnes, n° 747 et 778 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 33.

<sup>3666</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 781 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 852 ; BSK ZGB I-MEILL, n° 16 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 600 ; CR CC I-JEANDIN, n° 23 ad art. 28a.



réparer le dommage (faute, responsabilité causale, violation du contrat)<sup>3667</sup>. Elle est régie par les art. 41 ss CO en matière délictuelle et les art. 97 ss CO en matière contractuelle<sup>3668</sup>. Il est envisageable qu'une atteinte au droit de disposer d'un cadavre entraîne un dommage pour les proches du défunt (les frais du transport et de la conservation du cadavre par exemple).

- 1290 L'action en réparation du tort moral permet d'obtenir une somme d'argent en compensation des souffrances physiques ou morales causées par l'atteinte<sup>3669</sup>. L'action en réparation du tort moral est régie par l'art. 49 CO<sup>3670</sup>. Ses conditions sont une atteinte illicite à la personnalité, un tort moral grave (une souffrance physique ou psychique), un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte et le tort moral, un chef de responsabilité et l'absence d'une autre forme de réparation<sup>3671</sup>. La violation du droit de disposer d'un cadavre peut entraîner un tort moral pour les proches du défunt, leurs droits étant fondés sur leurs liens affectifs<sup>3672</sup>. Par exemple, si le cadavre subit certains actes qui portent atteinte à son intégrité (autopsie, crémation, profanation) contre la volonté du défunt ou de ses proches.
- 1291 L'action en remise de gain permet à la personne atteinte dans sa personnalité d'obtenir le versement du gain réalisé grâce à l'atteinte<sup>3673</sup>. L'action en remise de gain est soumise aux règles sur la gestion d'affaires imparfaite de l'art. 423 al. 1 CO<sup>3674</sup>. Les conditions sont une atteinte illicite à la personnalité, un gain (une augmentation effective du patrimoine de l'auteur de l'atteinte après paiement de ses frais), un rapport de causalité naturelle et adéquat entre l'atteinte

---

<sup>3667</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 782 s. ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 853 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 181 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 601 ; CR CC I-JEANDIN, n° 24 ad art. 28a.

<sup>3668</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 781 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 181 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 600.

<sup>3669</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 788 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 868 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 182 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 17 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 605 ; CR CC I-JEANDIN, n° 25 ad art. 28a.

<sup>3670</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 790 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 182 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 607.

<sup>3671</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 791 ss ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 871 ss ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 34 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 182 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 608 ; CR CC I-JEANDIN, n° 26 ss ad art. 28a.

<sup>3672</sup> GAUGLER, p. 343 s.

<sup>3673</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 805 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 877 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 183 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 118 ad art. 28a ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 613 ; CR CC I-JEANDIN, n° 33 ad art. 28a.

<sup>3674</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 806 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 183 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 614 ; CR CC I-JEANDIN, n° 35 ad art. 28a.

et le gain et la mauvaise foi de l'auteur (et non sa faute)<sup>3675</sup>. Un chef de responsabilité n'est pas nécessaire<sup>3676</sup>. On peut imaginer qu'un cadavre (par exemple un cadavre plastiné) soit utilisé sans droit dans le cadre d'une exposition et que l'auteur réalise ainsi un gain qui peut faire l'objet d'une action en remise de gain.

La décision rendue par le tribunal de première instance sur les actions réparatrices peut faire l'objet d'un appel (art. 308 al. 1 *litt.* a CPC). S'il s'agit uniquement d'une action réparatrice (sans action défensive), la valeur litigieuse doit être de CHF 10'000. – (art. 308 al. 2 CPC). Sinon, seul le recours *stricto sensu* (art. 319 ss CPC) aux motifs de l'art. 320 CPC peut être intenté (art. 319 *litt.* a CPC)<sup>3677</sup>. Le recours en matière civile au Tribunal fédéral est ouvert contre la décision de deuxième instance cantonale (art. 72 al. 1 LTF). Dans ce cas, la valeur litigieuse minimale est de CHF 30'000. – (art. 74 al. 1 *litt.* b LTF). À défaut, le recours doit soulever une question juridique de principe (art. 74 al. 2 *litt.* a LTF). 1292

En matière de protection de la personnalité, les mesures provisionnelles jouent souvent un rôle décisif<sup>3678</sup>. En effet, le rythme d'une action judiciaire au fond est en général incompatible avec la nécessité d'agir dans des délais très courts pour prévenir ou faire cesser une atteinte<sup>3679</sup>. Les mesures provisionnelles permettent d'obtenir très rapidement les mesures prévues par les actions défensives<sup>3680</sup>. 1293

Les mesures provisionnelles sont réglementées aux art. 261 ss CPC<sup>3681</sup>. Le requérant doit rendre vraisemblable d'une part, qu'il est victime d'une atteinte imminente ou actuelle à un bien de sa personnalité et d'autre part, que l'atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 *litt.* a et 1294

<sup>3675</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 807 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 879 s. ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 35 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 183 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 614 ; CR CC I-JEANDIN, n° 36 ad art. 28a.

<sup>3676</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 881 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 183 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 614b ; CR CC I-JEANDIN, n° 36 ad art. 28a.

<sup>3677</sup> CR CPC-JEANDIN, n° 18 ad art. 308.

<sup>3678</sup> MCF 28 CC 1982, FF 1982 II, p. 669. MEIER, Droit des personnes, n° 811 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 13a ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 573.

<sup>3679</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 811 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 185 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 2 ad intro. art. 261-269 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 571.

<sup>3680</sup> MCF 28 CC 1982, FF 1982 II, p. 669. GUILLOD, Droit des personnes, n° 185.

<sup>3681</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 811 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 887 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 185 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 571 ; HOHL, Tome II, n° 1734.

b CPC)<sup>3682</sup>. De son côté, le défendeur peut rendre vraisemblable l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 28 al. 2 CC pour s'opposer aux mesures provisionnelles<sup>3683</sup>. Selon François Bohnet : « *Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant que la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment soit exclue* »<sup>3684</sup>. Notons que le juge peut astreindre le demandeur à fournir des sûretés si les mesures risquent de causer un dommage à la partie adverse (art. 264 al. 1 CPC)<sup>3685</sup>.

1295 Le juge peut prendre toutes les mesures propres à prévenir ou faire cesser le préjudice, dont l'art. 262 CPC propose une liste exemplative<sup>3686</sup>. Selon l'art. 267 CPC, le tribunal qui ordonne des mesures provisionnelles prend d'office les mesures d'exécution nécessaires (notamment celles de l'art. 343 al. 1 CPC)<sup>3687</sup>. Si le demandeur ne l'a pas encore fait, le tribunal lui fixe un délai pour déposer une demande au fond nécessaire pour valider les mesures (art. 263 CPC)<sup>3688</sup>.

---

<sup>3682</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6961 s. MEIER, Droit des personnes, n° 812 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 890 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 186 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 574. En général sur les conditions de l'art. 261 CPC, cf. notamment CR CPC-BOHNET, n° 3 ss ad art. 261. Elles sont cumulatives, cf. BK ZPO-GÜNGERICH, n° 14 ss ad art. 261 ; HOHL, Tome II, n° 1840.

<sup>3683</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n° 186.

<sup>3684</sup> CR CPC-BOHNET, n° 4 ad art. 261. Cf. également ATF 131 III 473, consid. 2.3 ; ATF 130 III 321 = JdT 2005 I 618 (trad.), consid. 3.3 ; ATF 120 II 393 = JdT 1995 I 571 (trad.), consid. 4c. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 894 s. ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 19 ad art. 261 ; HOHL, Tome II, n° 1773.

<sup>3685</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 893 ; CR CPC-BOHNET, n° 2 ad art. 264 ; MEIER, Droit des personnes, n° 812 ; HOHL, Tome II, n° 1753.

<sup>3686</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6962. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 896 ; CR CPC-BOHNET, n° 3 ad art. 262 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 188 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n° 575 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 1 ad art. 262 ; HOHL, Tome II, n° 1743.

<sup>3687</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6964. MEIER, Droit des personnes, n° 824 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 4 et 7 ad art. 267 ; CR CPC-BOHNET, n° 10 ss ad art. 267 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 5 ad art. 267 ; HOHL, Tome II, n° 1880.

<sup>3688</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 825 ; CR CPC-BOHNET, n° 8 ss ad art. 263 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 191 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 1 ad art. 263 ; HOHL, Tome II, n° 1862.

Le demandeur peut requérir en plus des mesures provisionnelles, des mesures superprovisionnelles<sup>3689</sup>. Les mesures superprovisionnelles permettent de statuer immédiatement sans avoir entendu l'autre partie (art. 265 al. 1 CPC)<sup>3690</sup>. En plus des conditions des mesures provisionnelles, le danger doit être particulièrement imminent ou le fait de donner connaissance de la requête à la partie adverse risque de précéder l'exécution de la mesure (art. 265 al. 1 CPC)<sup>3691</sup>. Si le tribunal ordonne des mesures superprovisionnelles, il cite en même temps les parties à une audience à bref délai (ou leur fixe un délai pour se déterminer par écrit), lors de laquelle il rend une décision de mesures provisionnelles qui confirme ou non les mesures superprovisionnelles (art. 265 al. 2 CPC)<sup>3692</sup>. En principe, la décision sur des mesures superprovisionnelles ne peut pas faire l'objet d'un recours, puisque la partie peut faire valoir sa position lors de la décision sur les mesures provisionnelles<sup>3693</sup>. En revanche, un recours est possible si le juge refuse d'ordonner des mesures superprovisionnelles<sup>3694</sup>. Notons que la personne qui pressent qu'elle risque de faire l'objet de mesures superprovisionnelles peut déposer un mémoire de réponse à titre préventif (mémoire préventif, art. 270 CPC)<sup>3695</sup>.

L'art. 13 CPC détermine le for en matière de mesures provisionnelles, c'est-à-dire soit le tribunal compétent pour l'action au fond (art. 20 *litt.* a, 31 ou 36 CPC), soit le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée<sup>3696</sup>. Encore une

<sup>3689</sup> BSK ZPO-SPRECHER, n° 5 ad art. 265. Le tribunal ne peut pas les prononcer d'office si elles ne figurent pas dans les conclusions du demandeur.

<sup>3690</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 820 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 908 ss ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 189 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 3 ad intro. art. 261-269 et n° 1 ad art. 265 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 5 ss ad art. 265 ; HOHL, Tome II, n° 1869.

<sup>3691</sup> BSK ZPO-SPRECHER, n° 7 ad art. 265 ; CR CPC-BOHNET, n° 4 ad art. 265.

<sup>3692</sup> BSK ZPO-SPRECHER, n° 41 ss ad art. 265 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 15 ad art. 265 ; HOHL, Tome II, n° 1870 ss. L'audience permet de garantir le respect du droit d'être entendu des parties.

<sup>3693</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6964. ATF 139 III 86, consid. 1.1.1. CR CPC-BOHNET, n° 15 ad art. 265 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 32 ad art. 265 ; BK ZPO-GÜNGERICH, n° 17 ad art. 265 ; HOHL, Tome II, n° 1874.

<sup>3694</sup> CR CPC-BOHNET, n° 16 ad art. 265 ; HOHL, Tome II, n° 1874. *Contra* : BK ZPO-GÜNGERICH, n° 18 ad art. 265.

<sup>3695</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6965. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 915 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 189 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 34 ad art. 265 ; HOHL, Tome II, n° 1886 ss.

<sup>3696</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 819 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 906 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 190 ; CR CPC-BOHNET, n° 3 ad art. 263 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 60 ad intro. art. 261-269 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n° 574 ; CR CC I-JEANDIN, n° 92 ad art. 28.

fois, la compétence matérielle relève du droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC)<sup>3697</sup>. Dans le canton de Vaud, la loi ne prévoit pas de compétence spéciale pour les mesures provisionnelles en lien avec les actions de l'art. 28a CC, le président du tribunal d'arrondissement est donc compétent en vertu de sa compétence générale (art. 96° LOJV). La procédure sommaire des art. 248 ss CPC s'applique (art. 248 *litt. d* CPC)<sup>3698</sup>. Selon l'art. 10 LDIP, les tribunaux suisses compétents au fond ou du lieu d'exécution de la mesure sont compétents en matière de mesures provisoires<sup>3699</sup>.

- 1298 Un appel est ouvert contre la décision sur des mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 *litt. b* CPC) dans un délai de dix jours (art. 314 CPC)<sup>3700</sup>. Dans le canton de Vaud, un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV). En principe, l'appel n'a pas d'effet suspensif (art. 315 al. 4 *litt. b* CPC), sauf si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC)<sup>3701</sup>. Il s'agit d'une décision en matière civile (non pécuniaire) au sens de l'art. 72 al. 1 LTF, le recours en matière civile est donc possible<sup>3702</sup>. En principe, la décision sur des mesures provisionnelles est une décision incidente de nature à causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1

---

<sup>3697</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 819 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 190 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 69 ad intro. art. 261-269.

<sup>3698</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 3b/cc. MEIER, Droit des personnes, n° 819 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 895 et 905 ; BOHNET, Actions civiles, § 2, n° 13c ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 73 ad intro. art. 261-269. Il n'y a pas de procédure de conciliation (art. 198 *litt. a* CPC), cf. HOHL, Tome II, n° 1862.

<sup>3699</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 731 ; BSK IPRG-DROESE, n° 11 ss ad art. 10 ; BSK ZGB I-MEILI, n° 14 ad art. 28 ; BSK ZPO-SPRECHER, n° 11 ad intro. art. 261-269 ; CR LDIP/CL-BUCHER, n° 13 s. ad art. 10 LDIP ; CR CC I-JEANDIN, n° 93 s. ad art. 28. Il faut également réserver l'art. 31 CL, cf. BSK ZPO-SPRECHER, n° 10 ad intro. art. 261-269.

<sup>3700</sup> ATF 139 III 86, consid. 1.1.1. MEIER, Droit des personnes, n° 827 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 922 ; HOHL, Tome II, n° 1877. Les décisions sur mesures provisionnelles dans un litige non patrimonial peuvent toujours faire l'objet d'un appel, le recours *stricto sensu* est donc exclu, cf. CR CPC-JEANDIN, n° 6 ad art. 319.

<sup>3701</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 827 ; HOHL, Tome II, n° 1878.

<sup>3702</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 828 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 190 ; Commentaire LTF-CORBOZ, n° 5 ad art. 72.

*litt.* a LTF)<sup>3703</sup>. Le recours ne peut être motivé que par une violation des droits constitutionnels dans le cadre des mesures provisionnelles (art. 98 LTF)<sup>3704</sup>.

### III. Deuxième exemple : un litige au sujet d'une exhumation extraordinaire

Notre deuxième exemple est une situation où le cadavre a été inhumé. Un conflit peut éclater si certains proches du défunt souhaitent faire exhumer la dépouille pour l'inhumer dans un autre cimetière alors que d'autres proches s'y opposent (exhumation extraordinaire)<sup>3705</sup>. On peut imaginer qu'au moment du décès, les proches aient décidé d'inhumer le défunt dans un cimetière. Quelque temps plus tard, le testament du défunt est découvert. Ce testament indique qu'il souhaitait être inhumé dans un lieu précis, qui est différent du lieu où il a été inhumé. L'un des proches du défunt désire faire transférer sa dépouille pour faire respecter sa volonté. 1299

Nous avons présenté le droit matériel sur les exhumations extraordinaires dans notre chapitre consacré à la sépulture<sup>3706</sup>. Comme nous l'avons vu, le domaine funéraire relève de la compétence des cantons<sup>3707</sup>. Il faut donc se référer aux règles cantonales sur l'exhumation extraordinaire et aux règles cantonales de procédure administrative<sup>3708</sup>. Cette voie administrative existe en parallèle aux actions du droit de la personnalité que nous avons présentées dans l'exemple précédent. 1300

Dans le canton de Vaud, une exhumation (extraordinaire) doit recevoir l'autorisation du département compétent (art. 54 al. 1 RDSPF). Il s'agit du Département de la santé et de l'action sociale (art. 85 al. 1 RDSPF). Toutefois, la demande d'exhumation doit être adressée en premier lieu au préfet du district dans lequel se trouve le lieu de sépulture (art. 54 al. 2 RDSPF). Le préfet vérifie 1301

<sup>3703</sup> MCF LTF, FF 2001, p. 4129. ATF 137 III 324, consid. 1.1 ; ATF 134 I 83, consid. 3.1. MEIER, Droit des personnes, n° 828 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 923 ; GUILLOD, Droit des personnes, n° 190 ; BSK BGG-UHLMANN, n° 11 ad art. 93 ; Commentaire LTF-CORBOZ, n° 12 s. ad art. 93 ; HOHL, Tome II, n° 1879. Si les mesures provisionnelles font l'objet d'une procédure indépendante, la décision qui y met un terme est qualifiée de finale, *cf.* ATF 138 III 46, consid. 1.1 et les réf. citées.

<sup>3704</sup> MEIER, Droit des personnes, n° 828 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 924 ; BSK BGG-SCHOTT, n° 11 ad art. 98 ; HOHL, Tome II, n° 1879.

<sup>3705</sup> Sur l'exhumation extraordinaire, *cf. supra* n° 1259 ss.

<sup>3706</sup> *Cf. supra* n° 1259 ss.

<sup>3707</sup> *Cf. supra* n° 1134.

<sup>3708</sup> *Cf. supra* n° 1259 ss.

la qualité d'ayant droit de l'auteur de la demande d'exhumation et transmet ensuite la demande d'exhumation avec son préavis au département (art. 54 al. 3 RDSPF). Sur la base du préavis du préfet, le département rend une décision (art. 54 al. 4 RDSPF). La loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD) est applicable (art. 83 al. 2 RDSPF)<sup>3709</sup>.

- 1302 Les parties à la procédure non contentieuse sont définies à l'art. 13 LPA-VD. Il s'agit en premier lieu des personnes susceptibles d'être atteintes par la décision et qui participent à la procédure (art. 13 al. 1 *litt. a* LPA-VD). L'autorité peut procéder d'office à un appel en cause ou autoriser sur requête, l'intervention de personnes qui peuvent avoir la qualité de partie (art. 14 LPA-VD). Dans le cadre d'une exhumation extraordinaire, les parties sont en principe les proches du défunt qui peuvent disposer de son cadavre. Si la dépouille repose dans une concession (art. 64 RDSPF), le titulaire de celle-ci est partie à la procédure.
- 1303 La qualité d'ayant droit est déterminée selon les règles du droit de disposer d'un cadavre<sup>3710</sup>. Si le défunt a exprimé une volonté concernant le sort de son cadavre, nous avons vu que l'ensemble de ses proches sont légitimés à agir pour faire respecter sa volonté<sup>3711</sup>. En l'absence de volonté du défunt, c'est le proche qui était le plus étroitement lié avec le défunt qui est l'ayant droit<sup>3712</sup>. Il est possible que les parents du défunt s'opposent à l'exhumation demandée par le conjoint par exemple<sup>3713</sup>. On peut imaginer aussi qu'un proche plus éloigné agisse pour faire respecter la volonté du défunt face à de proches parents<sup>3714</sup>.
- 1304 La détermination de la volonté du défunt, du cercle de ses proches ou du proche le plus étroitement lié sont des questions qui relèvent de la compétence des tribunaux civils<sup>3715</sup>. La jurisprudence admet qu'en droit suisse, un tribunal ou une autorité administrative peut statuer sur une question préjudicielle qui en principe relève de la compétence d'une autre juridiction, mais dont la réponse

---

<sup>3709</sup> BLV 173.36.

<sup>3710</sup> Cf. *supra* chapitre 4.

<sup>3711</sup> Cf. *supra* n° 205 ss.

<sup>3712</sup> Cf. *supra* n° 222 ss.

<sup>3713</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010.

<sup>3714</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 5A\_906/2016, du 28 avril 2017.

<sup>3715</sup> Dans ce sens, arrêt de la Cour d'appel civile vaudoise, du 29 octobre 2013, JdT 2014 III 115, consid. 3bb s. Cf. également l'arrêt de la CourEDH (Requête n° 40597/17) *Dražković c. Monténégro*, du 9 juin 2020, § 56, dans lequel la Cour considère que les autorités administratives en charge des exhumations ne sont en général pas aptes à trancher un conflit entre les proches, qui relève de la compétence des tribunaux civils.

détermine la solution du litige principal<sup>3716</sup>. Cette possibilité reste facultative pour l'autorité ou le tribunal qui peut suspendre la procédure et renvoyer les parties à agir devant l'autorité compétente<sup>3717</sup>. La décision sur la question préjudicielle ne fait pas partie du dispositif du jugement ou de la décision et n'a pas l'autorité de chose jugée ou décidée<sup>3718</sup>.

La décision du Département de la santé et de l'action sociale peut faire l'objet d'un recours auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (art. 83 al. 1 RDSPF). Il s'agit d'un recours de droit administratif régi par les art. 92 ss LPA-VD et pour le surplus par les dispositions sur le recours administratif (art. 73 ss LPA-VD) en vertu du renvoi de l'art. 99 LPA-VD. 1305

Le recours doit être déposé dans les 30 jours dès la notification de la décision du Département de la santé et de l'action sociale (art. 95 al.1 LPA-VD). Il existe des fêtes dans le cadre du recours de droit administratif (art. 96 LPA-VD)<sup>3719</sup>. En principe, le recours a un effet suspensif, mais l'autorité de recours peut le lever si un intérêt public prépondérant l'exige (art. 80 al. 1 s. LPA-VD). Le magistrat instructeur peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles (art. 86 LPA-VD) et des mesures superprovisionnelles (d'extrême urgence selon le texte de l'art. 87 LPA-VD)<sup>3720</sup>. Le requérant peut être astreint à déposer une garantie si les mesures sont susceptibles de causer un préjudice considérable (art. 88 al. 1 LPA-VD). La décision du magistrat instructeur peut faire l'objet d'un recours dans les dix jours devant la Cour de droit administratif et public (art. 94 al. 2 LPA-VD). Il n'y a pas de fêtes dans les procédures concernant l'effet suspensif et les mesures provisionnelles (art. 96 al. 2 LPA-VD). Un recours en matière de droit public (art. 82 LTF) devant le Tribunal fédéral est ouvert contre la décision rendue sur recours contre les mesures provisionnelles (décision préjudicielle) si elle est susceptible de causer 1306

<sup>3716</sup> Notamment arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 9 ; ATF 137 III 8 = JdT 2011 II 253 (trad.), consid. 3.3.1 ; ATF 90 II 158, consid. 3 et les réf. citées. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 571 s. Sur la notion de question préjudicielle, cf. MOOR/POLTIER, p. 258.

<sup>3717</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 572.

<sup>3718</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise ATA/743/2014, du 23 septembre 2014, consid. 9 ; ATF 137 III 8 = JdT 2011 II 253 (trad.), consid. 3.3.1 ; ATF 106 II 365, consid. 1 ; ATF 90 II 158, consid. 3 ; ATF 72 I 411, consid. 1. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 572.

<sup>3719</sup> BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, n° 1.5 ad art. 95 LPA-VD.

<sup>3720</sup> Arrêt de la Cour de droit administratif et public vaudois AC.2015.0161, du 4 juillet 2019, consid. 1b.



un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 *litt.* a LTF)<sup>3721</sup>. La motivation est limitée à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

- 1307 L'art. 75 LPA-VD reconnaît la qualité pour recourir à toute personne qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés<sup>3722</sup>. L'intérêt du recourant doit être direct et concret<sup>3723</sup>. Il peut être juridique ou de fait<sup>3724</sup>. Dans notre exemple, les proches du défunt qui s'opposent ou qui requièrent l'exhumation peuvent recourir contre la décision.
- 1308 Le recourant doit indiquer les motifs et les conclusions de son recours (art. 79 al. 1 LPA-VD)<sup>3725</sup>. Les motifs du recours de droit administratif sont limités à la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ou la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 98 LPA-VD). Dans notre situation, il s'agit principalement d'une violation du droit, à savoir les règles sur le droit de disposer du cadavre comme élément de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>3726</sup>.
- 1309 Il est possible de déposer un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral contre la décision de la Cour de droit administratif et public<sup>3727</sup>. Le délai de recours est de 30 jours (art. 100 al. 1 LTF). Il s'agit d'une décision rendue dans une cause de droit public (art. 82 *litt.* a LTF)<sup>3728</sup>. La décision ne

---

<sup>3721</sup> Commentaire LTF-CORBOZ, n° 12 s. ad art. 93.

<sup>3722</sup> Arrêt de la Cour de droit administratif et public vaudois AC.2015.0161, du 4 juillet 2019, consid. 3 ; ATF 143 II 506, consid. 5.1 et les réf. citées. BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, n° 1.2.4.1 ad art. 75 LPA-VD.

<sup>3723</sup> Arrêt de la Cour de droit administratif et public vaudois PE.2009.0629, du 9 mars 2011, consid. 1a ; ATF 135 II 145, consid. 6.1. BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, n° 1.2.1.1.1 ad art. 75 LPA-VD.

<sup>3724</sup> Arrêt de la Cour de droit administratif et public vaudois PE.2009.0629, du 9 mars 2011, consid. 1a ; ATF 135 II 145, consid. 6.1. BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, n° 1.2.1.1.1 ad art. 75 LPA-VD.

<sup>3725</sup> Les exigences de motivation sont identiques à celles de l'art. 42 al. 1 s. LTF, cf. BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, n° 2.7 ad art. 79 LPA-VD.

<sup>3726</sup> Cf. *supra* n° 190 ss.

<sup>3727</sup> Pour un exemple, cf. arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 1.

<sup>3728</sup> La jurisprudence définit les décisions comme : « *les actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier* », cf. ATF 137 II 409, consid. 6.1 et les réf. citées. Sur la notion (autonome) de décision au sens de la LTF, cf. MCF LTF, FF 2001, p. 4117. Commentaire LTF-WURZBURGER,

fait partie ni des exceptions de l'art. 72 al. 2 LTF, ni des exceptions des art. 83 à 84a LTF. Elle a été rendue par une autorité cantonale de dernière instance et le recours au Tribunal administratif fédéral n'est pas ouvert, puisqu'il s'agit de droit cantonal (art. 86 al. 1 *litt.* d LTF)<sup>3729</sup>.

La qualité pour recourir est définie à l'art. 89 al. 1 LTF, qui fixe trois conditions cumulatives : avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou avoir été privé de la possibilité de le faire ; être particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué ; avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification<sup>3730</sup>. L'intérêt doit être actuel, c'est-à-dire exister au moment du recours et de l'arrêt<sup>3731</sup>. 1310

En principe, la décision rendue sur le recours de droit administratif est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. Le recours doit invoquer une violation du droit suisse, notamment du droit fédéral (art. 95 *litt.* a LTF). La notion de droit fédéral comprend les droits constitutionnels et par conséquent les règles sur le droit de disposer d'un cadavre comme élément de la liberté personnelle<sup>3732</sup>. Sous réserve des exceptions de l'art. 95 *litt.* c-e LTF, une violation du droit cantonal en tant que tel n'est pas revue par le Tribunal fédéral, sauf si l'application du droit cantonal entraîne une violation du droit fédéral, notamment la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.)<sup>3733</sup>. Le recourant doit soulever et motiver le grief de violation des droits fondamentaux (art. 106 al. 2 LTF)<sup>3734</sup>. Le Tribunal fédéral ne revoit qu'exceptionnellement les faits, aux conditions de l'art. 97 al. 1 *in fine* LTF. 1311

---

n° 27 ss ad art. 82 ; DONZALLAZ, LTF, n° 2670 ss. Sur la notion de cause de droit public, *cf.* Commentaire LTF-WURZBURGER, n° 62 ss ad art. 82 ; DONZALLAZ, LTF, n° 2087 ss et 2660 ss.

<sup>3729</sup> Commentaire LTF-WURZBURGER, n° 17 ad art. 86.

<sup>3730</sup> ATF 133 II 249 = JdT 2008 I 293 (trad.), consid. 1.3.1. HK BGG-SEILER, n° 9 ad art. 89 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, n° 16 ad art. 89 ; DONZALLAZ, LTF, n° 3049.

<sup>3731</sup> Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, n° 23 ad art. 89 ; DONZALLAZ, LTF, n° 3120.

<sup>3732</sup> MCF LTF, FF 2001, p. 4132. ATF 138 V 67, consid. 2.2. Commentaire LTF-CORBOZ, n° 20 ad art. 95 ; DONZALLAZ, LTF, n° 3430 et 3442. Pour un exemple, *cf.* arrêt du TF 1C\_430/2009, du 4 février 2010, consid. 2.

<sup>3733</sup> MCF LTF, FF 2001, p. 4133. ATF 138 V 67, consid. 2.2 et les réf. citées. HK BGG-SEILER, n° 27 s. ad art. 35 ; Commentaire LTF-CORBOZ, n° 21 ad art. 95 ; DONZALLAZ, LTF, n° 3525 ss et 3530.

<sup>3734</sup> ATF 138 V 67, consid. 2.2 et les réf. citées. Commentaire LTF-CORBOZ, n° 21 ad art. 95.

#### IV. Troisième exemple : une exhumation dans un procès civil

- 1312 Notre troisième exemple traite de la situation où l'exhumation du cadavre est demandée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Nous n'allons pas revenir sur l'exhumation dans le cadre d'une procédure pénale (art. 254 CPP), dont nous avons déjà traité<sup>3735</sup>. L'exemple principal d'exhumation dans le cadre d'une procédure civile concerne les actions du droit de la filiation (art. 252 ss CC) ou l'action sui generis en connaissance de ses origines (art. 28 CC)<sup>3736</sup>. L'exhumation sert à recueillir un échantillon biologique sur le cadavre permettant l'établissement et la comparaison du profil d'ADN du défunt<sup>3737</sup>.
- 1313 Nous allons prendre l'exemple d'une action en paternité intentée par l'enfant (art. 261 al. 1 CC), qui nous semble le cas de figure le plus probable. Les autres actions du droit de la filiation (l'action en désaveu de l'art. 256 CC ou l'action en contestation de la reconnaissance de l'art. 260a CC) peuvent également aboutir à une exhumation. Relevons que dans le cadre de l'action sui generis du droit à connaître ses origines, les dispositions de procédure sur la filiation s'appliquent par analogie<sup>3738</sup>.
- 1314 Dans notre exemple, la qualité pour agir appartient à l'enfant<sup>3739</sup>. Il s'agit d'un droit strictement personnel proprement dit que l'enfant capable de discernement peut exercer seul<sup>3740</sup>. L'enfant incapable de discernement agit par son représentant légal, soit un curateur nommé sur la base de l'art. 308 al. 2 CC, soit le tuteur si l'enfant est sous tutelle (art. 327c CC)<sup>3741</sup>. En raison du potentiel

---

<sup>3735</sup> Cf. *supra* n° 948.

<sup>3736</sup> MCF LAGH 2017, FF 2017, p. 5367 et 5370 s. ZIEGER, GUMG, n° 43 s. Sur le droit de connaître ses origines, cf. ATF 134 III 241 = JdT 2009 I 411 (trad.), consid. 5. Dans la doctrine, cf. notamment MEIER/STETTLER, n° 457 ss ; MARGOT, p. 709 et 712 ; PA-PAUX VAN DELDEN, p. 122 ; BÜCHLER/RYSER, p. 19 ; AEBI-MÜLLER/JAGGI, p. 374 ss.

<sup>3737</sup> GUILLOD, Droit médical, n° 643. Sur l'utilisation d'un profil d'ADN pour établir un lien de filiation, cf. *supra*, n° 1078 ss.

<sup>3738</sup> ATF 134 III 241 = JdT 2009 I 411 (trad.), consid. 5.3.1. MEIER/STETTLER, n° 468.

<sup>3739</sup> MEIER/STETTLER, n° 165 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 5 ad art. 261 ; CR CC I-GUILLOD, n° 7 ad art. 261.

<sup>3740</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 3 et 24 ; MEIER/STETTLER, n° 176 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 5 ad art. 261 ; CR CC I-GUILLOD, n° 7 ad art. 261 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 48 ad art. 261.

<sup>3741</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 24 ; MEIER/STETTLER, n° 174 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 5 ad art. 261 ; CR CC I-GUILLOD, n° 7 ad art. 261 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 48 ad art. 261.

conflit d'intérêts, la mère ne peut en principe pas agir comme représentante légale de l'enfant<sup>3742</sup>.

La qualité pour défendre appartient aux descendants du père putatif décédé 1315 subsidiairement à ses père et mère, ses frères et sœurs et à défaut à l'autorité compétente du dernier domicile (art. 261 al. 2 CC)<sup>3743</sup>. Dans le canton de Vaud, il s'agit de la municipalité en vertu de l'art. 10 al. 1 ch. 2 du Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ)<sup>3744</sup>. L'art. 261 al. 3 CC octroie à l'épouse du père putatif décédé la qualité d'intervenante à titre principal (art. 73 CPC)<sup>3745</sup>.

L'enfant peut agir jusqu'à un an après sa majorité (art. 263 al. 1 ch. 2 CC)<sup>3746</sup>. 1316 En cas de dissolution d'un lien de filiation paternelle antérieur, l'action doit être ouverte dans un délai d'un an (art. 263 al. 2 CC)<sup>3747</sup>. Une restitution des délais pour justes motifs est possible (art. 263 al. 3 CC)<sup>3748</sup>.

Le for (impératif) de l'action se situe au domicile de l'une des parties (art. 25 1317 CPC)<sup>3749</sup>. La compétence matérielle est définie par le droit cantonal. Dans le canton de Vaud, le tribunal d'arrondissement est compétent (art. 7 al. 1 ch. 8 CDPJ). Les art. 66 à 70 LDIP règlent les questions de for, de droit applicable et de reconnaissance des décisions étrangères<sup>3750</sup>. Si l'action est indépendante,

---

<sup>3742</sup> MEIER/STETTLER, n° 174, qui estiment qu'on ne peut pas imposer une curatelle si la mère peut et veut agir elle-même ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 5 ad art. 261, pour qui le conflit d'intérêts doit être concret ; CR CC I-GUILLOD, n° 7 ad art. 261.

<sup>3743</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 28 ; MEIER/STETTLER, n° 167 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 12 et 14 ad art. 261 ; CR CC I-GUILLOD, n° 11 et 13 s. ad art. 261 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 78 et 81 ad art. 261.

<sup>3744</sup> BLV 211.02.

<sup>3745</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 30 ; MEIER/STETTLER, n° 171 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 17 ad art. 261 ; CR CC I-GUILLOD, n° 16 ad art. 261 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 90 ad art. 261.

<sup>3746</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 36 ; MEIER/STETTLER, n° 181 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 2 ad art. 263 ; CR CC I-GUILLOD, n° 4 ad art. 263.

<sup>3747</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 36 ; MEIER/STETTLER, n° 182 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 3 ad art. 263 ; CR CC I-GUILLOD, n° 5 ad art. 263.

<sup>3748</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 38 ; MEIER/STETTLER, n° 181, note 481 pour des exemples ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 4 ad art. 263 ; CR CC I-GUILLOD, n° 6 ad art. 263 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 22 ad art. 263.

<sup>3749</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 18 ; MEIER/STETTLER, n° 164.

<sup>3750</sup> MEIER/STETTLER, n° 164 ; CR LDIP/CL-UCHER, n° 1 ad intro. art. 66-70 LDIP ; CR CC I-GUILLOD, n° 19 ss ad art. 261.

la procédure simplifiée est applicable (art. 295 CPC)<sup>3751</sup>. Le tribunal est soumis à la maxime inquisitoire et à la maxime d'office (art. 296 al. 1 et 3 CPC)<sup>3752</sup>.

1318 L'exhumation de la dépouille, le prélèvement d'un échantillon de matériel biologique et la comparaison des profils d'ADN permettent d'apporter la preuve directe de la paternité<sup>3753</sup>. Le demandeur doit prouver directement la paternité s'il n'arrive pas à bénéficier des présomptions de l'art. 262 al. 1 et 2 CC<sup>3754</sup>. La loi prévoit en effet une présomption (réfragable) de la paternité du père putatif en cas de cohabitation durant la période légale ou effective de la conception<sup>3755</sup>. La notion de cohabitation signifie tout rapport sexuel susceptible d'entraîner la conception d'un enfant, même si des moyens contraceptifs ont été utilisés<sup>3756</sup>. La période légale de la conception s'étend entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance (art. 262 al. 1 CC)<sup>3757</sup>. Il suffit de prouver la cohabitation durant cette période pour présumer la paternité<sup>3758</sup>. Il est également possible de prouver que la conception a eu lieu avant le 300<sup>e</sup> jour ou après le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance (par une expertise établissant la durée de la grossesse) et que le père putatif a cohabité avec la mère à ce moment pour bénéficier de la présomption (art. 262 al. 2 CC)<sup>3759</sup>.

1319 Selon Philippe Meier et Martin Stettler, la preuve directe ne peut être apportée que si le demandeur rend vraisemblable la cohabitation ou rend la paternité plausible d'une autre manière<sup>3760</sup>. Il est vrai que le demandeur doit convaincre le juge d'ordonner l'exhumation du cadavre. Selon nous, le juge doit faire preuve de retenue avant d'autoriser une exhumation. D'une part, il faut que suffisamment d'éléments laissent penser que la personne exhumée puisse être le père du requérant. D'autre part, l'exhumation ne doit intervenir qu'en dernier

---

<sup>3751</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 10 ; CR CPC-JEANDIN, n° 4 ad art. 295.

<sup>3752</sup> BOHNET, Actions civiles, § 24, n° 10 ; MEIER/STETTLER, n° 233.

<sup>3753</sup> CR CC I-GUILLOD, n° 7 ad art. 262.

<sup>3754</sup> MEIER/STETTLER, n° 202 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 4 ad art. 262 ; CR CC I-GUILLOD, n° 9 ad art. 262 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 105 ad art. 262.

<sup>3755</sup> CR CC I-GUILLOD, n° 1 ad art. 262.

<sup>3756</sup> ATF 93 II 5, consid. 3. MEIER/STETTLER, n° 192 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 2 ad art. 262 ; CR CC I-GUILLOD, n° 3 ad art. 262 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 21 ad art. 262 et les réf. citées.

<sup>3757</sup> MEIER/STETTLER, n° 193 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 3 ad art. 262 ; CR CC I-GUILLOD, n° 4 ad art. 262 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 48 ad art. 262.

<sup>3758</sup> MEIER/STETTLER, n° 193 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, n° 3 ad art. 262 ; CR CC I-GUILLOD, n° 4 ad art. 262 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 50 ad art. 262.

<sup>3759</sup> MEIER/STETTLER, n° 194 ; CR CC I-GUILLOD, n° 5 ad art. 262 ; BK ZGB-HEGNAUER, n° 51 ad art. 262.

<sup>3760</sup> MEIER/STETTLER, n° 203.

recours, s'il n'existe pas d'autres moyens d'accéder à des échantillons biologiques du défunt. Il est envisageable de retrouver du matériel biologique dans une biobanque à la suite de tests ou de traitements médicaux ou dans des souvenirs de famille (par exemple une mèche de cheveux). En effet, l'art. 48 al. 1 *litt. a* nLAGH pose comme condition à l'établissement d'un profil d'ADN d'une personne décédée, le fait que le demandeur ait invoqué des motifs valables.

L'exhumation est ordonnée par le juge dans le cadre d'une expertise au sens de l'art. 183 CPC<sup>3761</sup>. L'exhumation fait partie des investigations prévues par l'art. 186 al. 1 CPC<sup>3762</sup>. Il est possible de déposer un recours au sens de l'art. 319 *litt. b* ch. 2 CPC contre une expertise qui risque de causer un préjudice difficilement réparable<sup>3763</sup>. À notre sens, une exhumation est un acte lourd qui doit être considéré comme pouvant entraîner un préjudice difficilement réparable. Même si le corps du défunt est remis en terre après l'expertise, le fait d'avoir rouvert une tombe et ainsi troublé le repos du défunt n'est pas réparable. Un recours en matière civile (art. 72 LTF) est ouvert contre la décision incidente qui risque de causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 *litt. a* LTF), dont les motifs sont limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

Le jugement rendu en première instance sur l'action en paternité peut faire l'objet d'un appel (art. 308 ss CPC). Dans le canton de Vaud, l'appel doit être déposé devant la Cour d'appel civil du tribunal cantonal (art. 84 al. 1 LOJV). Le recours en matière civile est ouvert devant le Tribunal fédéral contre la décision d'appel (art. 72 al. 1 LTF).

Notons qu'il est possible d'éviter une exhumation en prélevant un échantillon biologique sur le cadavre entre le décès et l'inhumation ou la crémation soit à titre de mesures provisionnelles soit dans le cadre d'une preuve à futur (art. 158 CPC)<sup>3764</sup>. Cette institution permet au tribunal d'administrer une preuve en tout temps, notamment avant la litispendance<sup>3765</sup>. La preuve à futur est possible si

<sup>3761</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, n° 2 ad art. 183 ; CR CPC-SCHWEIZER, n° 11 ad art. 183.

<sup>3762</sup> Sur les investigations dans le cadre des expertises, *cf.* BK ZPO-RÜETSCHI, n° 25 ad art. 183 ; CR CPC-SCHWEIZER, n° 3 ad art. 186.

<sup>3763</sup> BK ZPO-RÜETSCHI, n° 51 ad art. 183 ; CR CPC-JEANDIN, n° 22 ss ad art. 319. Sur l'exhumation en matière pénale, *cf.* JEANNERET/KUHN, n° 14042 et les réf. citées à la note 162.

<sup>3764</sup> *Cf. supra* n° 1092.

<sup>3765</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6924. CR CPC-SCHWEIZER, n° 4 ad art. 158 ; BSK ZPO-GUYAN, n° 1 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2164 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 1 ad art. 158.

la loi prévoit expressément cette possibilité (art. 158 al. 1 *litt.* a CPC), ce qui n'est pas le cas dans notre exemple<sup>3766</sup>.

- 1323 L'administration d'une preuve à futur est également possible si celle-ci est mise en danger ou si un intérêt digne de protection le justifie (art. 158 al. 1 *litt.* b CPC)<sup>3767</sup>. Le requérant doit rendre vraisemblable que le moyen de preuve risque de disparaître, de se détériorer ou de perdre sa valeur probante<sup>3768</sup>. À notre avis, une fois le cadavre inhumé, un tel risque est difficile à admettre. Si un corps inhumé va subir un lent processus de décomposition, le prélèvement d'un échantillon de matériel biologique sur les ossements est toujours possible, ce qui devrait en principe exclure le risque d'une disparition du moyen de preuve<sup>3769</sup>. À l'inverse, avant l'inhumation ou la crémation du cadavre, la condition de l'art. 158 al. 1 *litt.* b CPC est remplie et doit permettre d'effectuer un prélèvement<sup>3770</sup>.
- 1324 Il est également possible de rendre vraisemblable un intérêt digne de protection, c'est-à-dire la clarification des chances de succès d'un procès<sup>3771</sup>. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le requérant doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention de droit matériel contre l'intimée qui ne peut être démontrée que par le moyen de preuve requis<sup>3772</sup>. C'est notamment le cas si une expertise est nécessaire<sup>3773</sup>.
- 1325 Tous les moyens de preuve des art. 168 ss CPC peuvent être administrés à titre de preuve à futur, notamment une expertise (art. 183 ss CPC)<sup>3774</sup>. Les dispositions sur les mesures provisionnelles s'appliquent *mutatis mutandis* (art. 158

---

<sup>3766</sup> CR CPC-SCHWEIZER, n° 9 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2165 ss ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 6 s. ad art. 158.

<sup>3767</sup> CR CPC-SCHWEIZER, n° 10 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2168 ss.

<sup>3768</sup> ATF 142 III 40, consid. 3.1.2. CR CPC-SCHWEIZER, n° 11 ad art. 158 ; BSK ZPO-GUYAN, n° 3 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2169 s. ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 8 ad art. 158. Sur la notion de vraisemblance, cf. BSK ZPO-GUYAN, n° 6 ad art. 158 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 15 ad art. 158 et cf. *supra* n° 1294.

<sup>3769</sup> Cf. *supra* n° 1023, note 3015.

<sup>3770</sup> Cf. *supra* n° 1092.

<sup>3771</sup> MCF CPC, FF 2006, p. 6925. ATF 138 III 76 = JdT 2014 II 228 (trad.), consid. 2.4.2. CR CPC-SCHWEIZER, n° 13 ad art. 158 ; BSK ZPO-GUYAN, n° 5 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2172 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 9 ad art. 158.

<sup>3772</sup> ATF 138 III 76 = JdT 2014 II 228 (trad.), consid. 2.4.2 et les réf. citées. HOHL, Tome I, n° 2164 ss ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 13 ad art. 158.

<sup>3773</sup> ATF 140 III 16 = JdT 2016 II 299 (trad.), consid. 2.5 ; ATF 140 III 24 = JdT 2016 II 308 (trad.), consid. 3.3.3.

<sup>3774</sup> ATF 142 III 40, consid. 3.1.2. HOHL, Tome I, n° 2188 s. ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, n° 16 ad art. 158.

al. 2 CPC)<sup>3775</sup>. La procédure sommaire est applicable (art. 248 *litt. d* CPC)<sup>3776</sup>. Le for est déterminé par l'art. 13 CPC, c'est-à-dire alternativement le tribunal compétent au fond ou celui du lieu d'exécution de la mesure probatoire<sup>3777</sup>. La décision sur la preuve à futur rendue dans une procédure autonome est qualifiée de finale<sup>3778</sup>.

## V. Conclusion

Le statut du cadavre peut faire l'objet d'un litige devant différentes instances, civiles ou administratives. Dans le cadre du contentieux autour du statut du cadavre, les règles sur le droit de disposer d'un cadavre jouent un rôle central. En particulier la détermination de l'existence et du contenu d'une éventuelle volonté du défunt concernant le sort de son cadavre et de l'identité du proche le plus étroitement lié avec le défunt qui a le droit de déterminer le sort du cadavre est décisive. 1326

Toutefois, une fois le cadavre inhumé, la plupart des cas relèvent de la compétence des autorités administratives cantonales ou communales en matière funéraire. Ces autorités administratives peuvent se retrouver à devoir trancher à titre préjudiciel des questions en lien avec le droit de disposer d'un cadavre. Comme le relève la Cour européenne des droits de l'homme, ces autorités administratives ne sont pas toujours les mieux placées pour trancher de tels conflits<sup>3779</sup>. Ce d'autant plus que les règles sur le droit de disposer d'un cadavre sont une création de la jurisprudence du Tribunal fédéral et ne sont pas inscrites explicitement dans une norme légale ni dans le droit fédéral ni dans les droits cantonaux. 1327

Enfin, les mesures provisionnelles jouent un rôle souvent décisif dans le cadre d'un contentieux concernant un cadavre, en raison de la nature « périssable » du corps humain après la mort, notamment dans le cas où le cadavre n'a pas encore été inhumé. 1328

<sup>3775</sup> ATF 142 III 40, consid. 3.1.2. Pour plus de détails, cf. CR CPC-SCHWEIZER, n° 15 ad art. 158 ; BSK ZPO-GUYAN, n° 7 ss ad art. 158.

<sup>3776</sup> ATF 142 III 40, consid. 3.1.2. BSK ZPO-GUYAN, n° 7 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2191.

<sup>3777</sup> BSK ZPO-GUYAN, n° 8 ad art. 158 ; HOHL, Tome I, n° 2185.

<sup>3778</sup> Arrêt du TF 4A\_229/2016, du 6 octobre 2016, consid. 1.1 ; ATF 138 III 76 = JdT 2014 II 228 (trad.), consid. 1.2. CR CPC-SCHWEIZER, n° 16 ad art. 158.

<sup>3779</sup> Arrêt de la CourEDH (Requête n° 40597/17) *Dražković c. Monténégro*, du 9 juin 2020, § 56.





---

## Conclusion générale

Au terme de notre étude du statut du cadavre en droit suisse, notre conclusion générale sera divisée en deux sections. Nous allons d'abord revenir sur les principales conclusions de nos différents chapitres dans le cadre d'une synthèse (I). Dans un second temps, nous allons présenter quelques-unes des perspectives que ce travail ouvre, notamment sous l'angle du droit désirable (II). 1329

### I. Synthèse

Conformément à l'art. 31 al. 1 CC, la personnalité juridique prend fin au moment du décès. La mort est déterminée selon le critère de la mort cérébrale, c'est-à-dire l'arrêt irréversible des fonctions du cerveau y compris du tronc cérébral, inscrit à l'art. 9 al. 1 LTx. Malgré les critiques qui lui sont adressées, ce critère doit être approuvé, car il correspond aux connaissances scientifiques actuelles. 1330

Avec la mort, la personnalité cesse, les droits de la personnalité s'éteignent et il n'est plus possible d'agir au nom du défunt. La proposition de la doctrine minoritaire visant à reconnaître une protection *post-mortem* de la personnalité doit être rejetée, car elle se heurte à des problèmes dogmatiques insurmontables et n'apporte pas de réponses aux situations problématiques en pratique (absence de proche ou proche auteur de l'atteinte). La théorie de la protection de la mémoire permet aux proches de défendre le défunt contre des atteintes en invoquant la protection de leur propre personnalité, à savoir leurs relations affectives avec le défunt. Cette solution, consacrée en droit privé par le Tribunal fédéral, devrait être étendue au droit public et au droit pénal. Elle doit également être appliquée aux droits fondamentaux, y compris la dignité humaine, dans sa dimension subjective. 1331

Le corps d'un être humain vivant est protégé au travers de la personne juridique qui l'incarne. La fin de la personnalité entraîne un changement de statut du corps humain qui passe de celui de sujet de droit à celui d'objet de droit. Le fait que le cadavre humain n'ait pas la qualité de sujet de droit ne signifie pas qu'il soit dépourvu d'une protection juridique. Celle-ci repose sur plusieurs éléments complémentaires. 1332

En premier lieu, le cadavre humain est appréhendé au travers du droit de disposer d'un cadavre, qui constitue un droit de la personnalité, protégé tant sous l'angle du droit privé (art. 28 CC) que du droit public (art. 10 al. 2 Cst.). Ce droit autorise toute personne à déterminer de son vivant le sort de son cadavre, dans la limite de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'expression de la volonté du défunt n'est soumise à aucune exigence formelle. Après le décès, 1333

le respect de la volonté du défunt passe par le droit des proches de faire respecter sa volonté. Dans ce cadre, la notion de proche doit recevoir une définition large et englobe toute personne qui entretenait des liens étroits avec le défunt.

- 1334 Si le défunt n'a pas exprimé de volonté concernant sa dépouille, ce qui est fréquent en pratique, le proche le plus affecté par le décès (proche le plus étroitement lié) dispose du droit de déterminer le sort du cadavre du défunt. Ce droit est subsidiaire et la volonté du défunt prime. La volonté présumée du défunt doit être respectée. Il est possible de s'inspirer de la hiérarchie de l'art. 378 al. 1 CC et de l'art. 5 al. 2 OTx pour poser des présomptions quant à la personne la plus étroitement liée au défunt.
- 1335 La nature juridique du cadavre est controversée dans la doctrine, qui peine à le situer entre les notions de personne et de chose. Malgré l'existence de droits de la personnalité protégeant le cadavre, celui-ci doit être qualifié de chose au sens des droits réels, car il en possède toutes les caractéristiques. L'art. 21 CDHB et les bonnes mœurs interdisent cependant que le cadavre humain fasse l'objet d'actes juridiques à titre onéreux. Le cadavre est une chose « hors du marché » et donc une chose partiellement hors du commerce. L'existence de droits réels sur un cadavre est néanmoins possible. De tels droits réels sont rares en pratique, car ils n'ont d'intérêt que dans des situations limitées où le cadavre est cédé pour une durée indéterminée à un tiers qui souhaite accomplir des actes de disposition matériels sur lui. En pratique, cela ne concerne que l'activité de certains instituts de recherche, d'anatomie ou de plastination. Le droit de disposer d'un cadavre, fondé sur la personnalité, suffit dans la majorité des cas. Au moment du décès, le corps humain devient une chose sans maître. Il est possible d'acquérir un droit de propriété sur celui-ci à titre originaire par le mécanisme de l'occupation (art. 718 CC), c'est-à-dire en prenant possession de la chose sans maître avec la volonté d'en devenir propriétaire. L'occupation doit être autorisée par le consentement du défunt ou du proche le plus étroitement lié, fondé sur le droit de disposer d'un cadavre. Ce droit permet aux proches de s'assurer que le cadavre est utilisé conformément à la volonté exprimée.
- 1336 La protection du cadavre est complétée par une norme pénale. L'art. 262 CP punit les atteintes à la paix des morts. Cette disposition distingue quatre délits, poursuivis d'office. Elle protège un bien juridique collectif, à savoir le sentiment général de piété envers les morts au ch. 1 et le droit de disposer du cadavre d'un proche (comme élément du sentiment de piété) au ch. 2. L'art. 262 CP est une norme pragmatique qui protège le cadavre sans trancher la controverse sur sa nature juridique.
- 1337 Le droit à une sépulture décente qui relève de la dignité humaine (art. 7 Cst.) est avant tout un intérêt public que l'État se doit d'assurer comme un principe objectif. En tant que droit subjectif, le droit à une sépulture décente est absorbé

par le droit de disposer d'un cadavre et n'a pas de portée propre. La dignité humaine sert de fondement axiologique au droit à une sépulture décente, au droit de disposer d'un cadavre, à l'interdiction du profit sur le corps humain et au sentiment de piété envers les morts.

Il existe différentes catégories de cadavres. La première est celle du corps des personnes décédées, qui ont acquis la personnalité juridique aux conditions de l'art. 31 al. 1 CC. Toutefois, l'acquisition de la personnalité n'est pas nécessaire pour considérer le corps d'un être humain comme un cadavre après sa mort. Les corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité (enfant mort-nés et nés sans vie) doivent également être considérés juridiquement comme des cadavres. En effet, la dignité humaine, dans sa dimension objective, protège le corps d'un être humain avant sa naissance et après sa mort. Les parents d'un enfant n'ayant pas acquis la personnalité peuvent disposer de son corps en raison de leurs liens affectifs avec l'enfant. L'existence d'un tel lien doit être présumée dès la 12<sup>e</sup> semaine de gestation, mais peut exister dès la découverte de la grossesse. 1338

Le cadavre est naturellement voué à disparaître. Son statut juridique est donc évolutif. Aussi longtemps qu'il est possible de trouver des proches du défunt (principalement des membres de sa famille), le droit de disposer du cadavre perdure. Lorsqu'il n'existe plus de proches du défunt, le cadavre reste protégé par le sentiment de piété, élément de la dignité humaine, et doit être traité avec respect et décence tant qu'il existe du matériel biologique humain. 1339

Il faut saluer le fait que le législateur fédéral ait réglementé certains actes sur le corps de personnes décédées ou d'embryons, de fœtus ou d'enfants mort-nés dans des lois récentes comme la LTx, la LRH, la LPADN ou la nLAGH. Ces dispositions montrent que le législateur se préoccupe de ces questions qui nécessitent de trancher entre les différents intérêts en jeu, tant privés que publics, tout en assurant la protection de la dignité humaine et de la personnalité. Ces règles spéciales limitent le droit de disposer d'un cadavre ou d'éventuels droits réels. 1340

La LTx autorise le prélèvement d'organes, tissus et cellules à des fins de transplantation, à condition, d'une part, que le décès ait été constaté et, d'autre part, qu'il y ait un consentement. La Suisse connaît actuellement le modèle du consentement exprès au sens large où la personne doit avoir consenti de son vivant au prélèvement ; à défaut, ses proches peuvent consentir en tenant compte de sa volonté présumée. La pénurie d'organes en Suisse requiert des mesures de la part des autorités. L'inscription du modèle du consentement présumé au sens large ne nous semble cependant pas souhaitable, car son effet sur le nombre de donneurs reste incertain et il crée le risque que des organes soient prélevés sur une personne qui était en fait opposée au don. Des mesures visant à favoriser l'expression de la volonté des personnes nous semblent plus utiles, comme le 1341

registre national du don d'organes mis en place par Swisstransplant ou le modèle proposé par la NEK-CNE dans lequel la personne est régulièrement interrogée sur sa volonté, tout en lui laissant la liberté de ne pas décider. Il est également nécessaire d'agir sur d'autres points, dans la ligne du plan d'action du Conseil fédéral, comme la formation du personnel soignant et l'information générale du public.

- 1342 La LRH reprend les conditions de la LTx (constat du décès et consentement) pour autoriser un projet de recherche sur une personne décédée. Elle prévoit un régime moins exigeant en matière de consentement si la personne est décédée depuis plus de 70 ans ou si la recherche porte sur une quantité minimale de matériel biologique anonymisé prélevé lors d'une autopsie ou une transplantation.
- 1343 Les différentes formes d'autopsies doivent être différenciées en fonction de leur but. Chaque forme d'autopsie est soumise à des normes différentes, soit fédérales, soit cantonales. Les autopsies médico-légales et sanitaires, en raison des motifs d'intérêt public qu'elles poursuivent, peuvent être ordonnées indépendamment de la volonté du défunt ou de ses proches. Les autopsies médicales sont soumises au modèle du consentement exprès ou présumé au sens large en fonction des législations cantonales. Bien que les autopsies d'anatomie soient une pratique ancienne, elles font l'objet d'une réglementation extrêmement réduite, qui devrait être plus claire. Actuellement, cette activité est principalement régie par les règles que les instituts d'anatomie se fixent eux-mêmes et par les recommandations de l'ASSM.
- 1344 L'art. 255 al. 1 *litt.* c CPP et l'art. 4 LPADN autorise le prélèvement d'un échantillon de matériel biologique sur une personne décédée et l'établissement d'un profil d'ADN pour élucider un crime ou un délit. L'art. 6 LPADN réglemente de telles analyses pour identifier une personne inconnue, hors d'une procédure pénale. L'art. 48 *nLAGH* requiert l'existence de motifs valables du requérant et le consentement des plus proches parents du défunt pour pouvoir établir le profil d'ADN d'une personne décédée dans le but de déterminer sa filiation. L'art. 18 *nLAGH* réglemente les analyses génétiques sur des personnes décédées et des enfants n'ayant pas acquis la personnalité.
- 1345 Les règles de la LTx, de la LRH et de la *nLAGH* concernant les embryons et les fœtus issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés, y compris les enfants mort-nés doivent être harmonisées. Si la mère décide seule d'une interruption de grossesse, il revient à la mère et au père (soit marié à la mère soit ayant reconnu l'enfant) de consentir au prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules, une recherche ou une analyse génétique, car ils sont, tous les deux, les proches les plus étroitement liés avec l'embryon, le fœtus ou l'enfant mort-né. En cas de conflit entre le père et la mère ou d'absence du père, de telles activités ne doivent pas être autorisées sur le corps d'embryons, fœtus et enfants mort-nés.

Le droit funéraire, qui relève de la compétence des cantons, présente une grande variété sur le plan formel, mais une harmonie sur le plan matériel. Le droit funéraire connaît une approche différente du statut du cadavre que les lois fédérales que nous avons étudiées (LTx, LRH, LPADN, nLAGH). Ses normes visent à garantir la santé et l'ordre publics. 1346

Le contentieux concernant un cadavre peut principalement se dérouler dans le cadre d'un procès civil sous l'angle des droits de la personnalité et dans celui d'une procédure administrative à l'aune des règles du droit funéraire. Les principaux enjeux seront l'existence et le contenu de la volonté du défunt et la détermination du proche pouvant déterminer le sort du cadavre en l'absence d'une telle volonté. 1347

## II. Perspectives

Au terme de notre étude, nous pouvons affirmer que le statut du cadavre est complexe. Il repose sur la réunion de nombreuses normes, situées à tous les niveaux de l'ordre juridique suisse. Il se pose donc la question de savoir si la situation actuelle est satisfaisante sous l'angle de la légistique. 1348

Le statut juridique du cadavre ne comporte pas de réelle lacune, mais plutôt quelques parts d'ombre. À notre avis, son principal défaut est que le droit de disposer d'un cadavre, qui est l'un des éléments centraux de son statut, repose sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et n'est pas inscrit explicitement dans la loi. Relevons que cette absence peut s'expliquer par la logique des droits de la personnalité qui reposent sur la norme générale de l'art. 28 CC. L'art. 28 CC ne propose pas de liste des droits de la personnalité protégés par la loi et sa concrétisation repose sur le travail du juge. Malgré tout, certains aspects de la personnalité font parfois l'objet de dispositions particulières lorsque le législateur l'estime nécessaire<sup>3780</sup>. 1349

L'idée d'une loi fédérale sur le statut du cadavre doit être rejetée, car une telle législation poserait d'épineux problèmes de compétences entre la Confédération et les cantons, ce d'autant plus que nous ne voyons pas de raison de remettre en question la compétence des cantons dans le domaine de la santé et en matière funéraire. 1350

La meilleure solution nous semble l'inscription de quelques articles supplémentaires dans le Code civil, pour compléter l'art. 31 CC. Une telle solution ne poserait en principe pas de problème de compétence, la Confédération étant compétente en matière de droit civil (art. 122 al. 1 Cst.). Les règles du Code 1351

---

<sup>3780</sup> Nous pensons notamment aux art. 28b, 28g ss et 29 CC, mais également à la LPD.

civil auraient ainsi une portée générale, mais n'empêcheraient pas l'existence de normes spéciales. Il s'agit en particulier des dispositions de la LTx, la LRH, la LPADN, la nLAGH en droit fédéral. La règle de l'art. 6 al. 1 CC s'applique aux dispositions cantonales de droit public, notamment dans le domaine de la santé (autopsies, constat du décès) ou funéraire.

1352 Parmi nos voisins, la France connaît une solution semblable avec l'art. 16-1-1 du Code civil français, qui prévoit que : « *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 traités avec respect, dignité et décence* ». À l'inverse, l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie ne connaissent pas de dispositions sur cette question dans leur Code civil. De l'autre côté de l'Atlantique, nous pouvons mentionner le Code civil québécois qui contient, à son titre deuxième traitant de certains droits de la personnalité, un chapitre quatrième qui traite du respect du corps après le décès (art. 42 à 49 du Code civil québécois).

1353 Nous proposons, *de lege ferenda*, les dispositions suivantes :

I<sup>bis</sup> Statut du corps après la mort

1. Droits de la personne

Art. 31a

<sup>1</sup> Toute personne peut décider de son vivant du sort de son corps après sa mort, dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs.

<sup>2</sup> Elle peut également désigner une personne physique (personne de confiance) pour faire respecter sa volonté ou pour déterminer le sort de son corps. Dans ce dernier cas, la personne de confiance respecte la volonté présumée de la personne décédée.

1354 Cet article permet d'inscrire dans le Code civil le droit du défunt de disposer de son cadavre tel qu'il a été reconnu par la jurisprudence. Il précise que ce droit s'exerce dans certaines limites. Il n'y a pas d'exigence de forme concernant l'expression de la volonté du défunt. La loi ne mentionne donc pas la question de la forme, dans la logique de l'art. 11 al. 1 CO. L'alinéa 2 consacre la possibilité pour la personne de désigner de son vivant une personne de confiance. La loi précise qu'il s'agit nécessairement d'une personne physique. Si le défunt a exprimé une volonté, il peut désigner une personne de confiance pour la faire respecter. Il peut aussi la charger de déterminer le sort de son cadavre après sa mort. La personne de confiance qui doit déterminer le sort du cadavre doit respecter la volonté présumée du défunt. En principe, la personne de confiance décide en lieu et place des proches. On peut toutefois imaginer que cela constitue un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC si la relation de confiance a disparu entre le moment où la personne de confiance a été désignée et le décès de la personne.

## 2. Droits des proches

## Art. 31b

<sup>1</sup> En l'absence de personne de confiance, les proches de la personne décédée font respecter sa volonté. Si elle n'a pas exprimé de volonté, le proche qui est le plus étroitement lié avec elle détermine le sort de son corps.

<sup>2</sup> La volonté de la personne décédée prime celle du proche. Le proche respecte la volonté présumée de la personne décédée.

<sup>3</sup> Sont présumés être le plus étroitement liés avec la personne décédée, s'ils ont entretenu un contact personnel régulier avec elle jusqu'à son décès, dans l'ordre :

- a. son conjoint, son partenaire enregistré ou la personne ayant mené de fait une vie de couple avec la personne décédée ;
- b. ses enfants ;
- c. ses parents, ses frères et sœurs ;
- d. ses grands-parents et ses petits-enfants ;
- e. les autres personnes qui entretenaient des liens étroits avec la personne décédée.

Si une personne de confiance est désignée par le défunt, celle-ci a la priorité sur les droits des proches de l'art. 31b CC. Conformément à la théorie de la protection de la mémoire et aux effets subséquents de la personnalité, l'alinéa 1 prévoit un droit d'action des proches. Il consacre le droit de faire respecter la volonté du défunt. Ce droit protège la personnalité affective des proches du défunt. Il renvoie implicitement aux art. 28 ss CC, et notamment aux actions de l'art. 28a CC. La deuxième phrase de cet alinéa permet d'inscrire dans la loi le droit des proches de déterminer le sort du cadavre du défunt. Comme à l'art. 31a CC, ce droit n'est pas soumis à une exigence de forme. L'alinéa 2 rappelle la primauté de la volonté du défunt et le caractère subsidiaire du droit du proche le plus étroitement lié. La deuxième phrase mentionne la volonté présumée de la personne décédée comme critère devant guider la décision du proche. L'alinéa 3 reprend la hiérarchie de l'art. 5 al. 2 OTx. Nous avons préféré cette liste à celle de l'art. 378 CC, car elle concerne une question touchant au statut du cadavre. Comme le précise le texte de la loi, cette hiérarchie n'est qu'une présomption. Il faut analyser l'étroitesse des liens entre les personnes d'un point de matériel et non formel, ce que rappelle l'exigence d'un contact personnel régulier entre le proche et la personne décédée. La personne qui partageait la vie du défunt (conjoint, partenaire, concubin) est présumée être la plus étroitement liée avec la personne décédée. La hiérarchie comporte également les parents en ligne directe (ascendants et descendants) et les parents collatéraux au 2<sup>e</sup> degré (frères et sœurs). La loi ne mentionne pas d'autres membres de la famille (tantes, oncles ou cousins), mais ceux-ci peuvent entrer dans la catégorie de la *littera e* en cas de liens étroits avec le défunt. L'art. 31b CC utilise le singulier pour désigner le proche le plus étroitement lié avec le



défunt. Il est possible qu'il existe plusieurs proches les plus étroitement liés avec la personne décédée, par exemple le père et la mère du défunt. Dans ce cas, les proches du même « rang » doivent décider ensemble, à l'unanimité, du sort du corps. La règle de l'art. 5 al. 3 OTx, qui prévoit qu'on renonce au prélèvement si l'un des proches s'oppose, n'est pas transposable, car il faut bien décider du sort du corps (par exemple son mode de sépulture). Si les proches de même rang n'arrivent pas à se mettre d'accord, il faut s'adresser au juge sur la base de l'art. 31c CC.

### 3. Recours au juge

#### Art. 31c

<sup>1</sup> En cas de litige, le juge établit la volonté de la personne décédée ou désigne la personne qui détermine le sort de son corps.

- 1356 Cette disposition permet de s'adresser au juge en cas de conflit. Si la personne a exprimé de son vivant une volonté concernant le sort de son corps, le juge doit l'établir, vu qu'elle prime celle des proches (art. 31b al. 2 CC). Il peut aussi établir la volonté présumée de la personne décédée qui guide la décision d'une éventuelle personne de confiance ou des proches. Il peut également déterminer si le défunt a nommé une personne de confiance. Subsidiairement, il doit désigner la personne la plus étroitement liée avec le défunt, en analysant les relations concrètes entre les personnes.

### 4. Absence de proche et de personne de confiance

#### Art. 31d

<sup>1</sup> Si la personne décédée n'a pas de proche et n'a pas désigné de personne de confiance, son corps est pris en charge selon le droit du canton du lieu de décès ou de découverte du corps.

- 1357 L'art. 31d CC traite de la situation en l'absence de proche et de personne de confiance et renvoie au droit funéraire cantonal. Il a donc fallu déterminer le canton compétent. La solution de l'art. 8 al. 4 LTx qui renonce au prélèvement si les proches sont absents ou injoignables, ne peut pas être reprise, car en vertu du droit à une sépulture décente, il faut de toute façon décider du sort du cadavre et lui offrir une sépulture.

### 5. Interdiction du commerce

#### Art. 31<sup>e</sup>

<sup>1</sup> Le corps ou les parties du corps d'une personne décédée, en tant que tels, ne peuvent être ni cédés ni acquis contre une rémunération ou d'autres avantages matériels.

<sup>2</sup> L'interdiction s'applique également au corps d'embryons et de fœtus issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés, y compris d'enfants mort-nés.

Cette disposition vise à inscrire en droit interne l'interdiction, prévue par l'art. 21 CDHB, de tirer profit d'un cadavre et des parties d'un cadavre. L'expression « en tant que tels » est directement reprise de l'art. 21 CDHB. Ainsi, des activités techniques (prélèvements, tests, conservation, transport, etc.) sur un cadavre ou une partie de cadavre peuvent être rémunérées. La disposition ne s'applique pas aux produits fabriqués à partir d'un cadavre ou d'une partie de cadavre (plastinat par exemple). Le texte de l'alinéa 1 est inspiré de l'art. 9 LRH. L'alinéa 2 étend l'interdiction au corps des enfants n'ayant pas acquis la personnalité en reprenant la terminologie du chapitre 6 de la LRH (art. 39 et 40 LRH). Une telle interdiction doit, selon nous, être renforcée par une norme pénale. À l'inverse des lois spéciales comme la LTx ou la LRH, le Code civil ne contient pas de norme pénale. Nous proposons d'ajouter à cet égard un chiffre à l'art. 262 CP. 1358

Art. 262 CP

3. Celui qui aura cédé ou acquis un cadavre humain ou une partie de cadavre humain, en tant que tels, contre une rémunération ou d'autres avantages matériels sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le terme de cadavre est utilisé, d'une part, par cohérence avec l'actuel art. 262 CP et, d'autre part, pour englober aussi bien le corps d'une personne décédée que celui d'un enfant n'ayant pas acquis la personnalité. L'ajout de ce chiffre ne change pas le bien juridiquement protégé par l'art. 262 CP qui reste le sentiment de pitié envers les morts, en tant qu'émanation de la dignité humaine, dont découle également l'interdiction du commerce. 1359

Au-delà de ces considérations juridiques, la pandémie de Covid-19 a mis en évidence certains enjeux qui entourent le sort du cadavre. Face à la brusque augmentation de la mortalité, les structures funéraires (pompes funèbres, crématoires, cimetières) peuvent rapidement être surchargées, avec le risque que les cadavres ne puissent plus être pris en charge correctement. Les autorités doivent être préparées à gérer ce genre de situation pour permettre d'assurer un sort décent aux défunts en toutes circonstances, tout en tenant compte des contraintes sanitaires. Par ailleurs, les restrictions concernant les rassemblements ont mis en lumière l'importance des rites funéraires. L'impossibilité de pouvoir organiser une cérémonie funèbre « normale » n'a pas été sans conséquences pour les endeuillés. 1360

Le monde funéraire est susceptible de connaître une évolution importante ces prochaines années. On le voit notamment avec les propositions de nouveaux modes de sépulture ou de nouvelles pratiques funéraires. Ces changements sont susceptibles de faire apparaître de nouvelles questions tout en éclipsant d'autres. Par exemple, le fait que l'écrasante majorité des cadavres soit incin- 1361

rée de nos jours en Suisse va probablement rendre les exhumations exceptionnelles et modifier la gestion des cimetières, notamment en termes de surface nécessaire.

- 1362 Pour finir, un point nous semble particulièrement important. Il faut encourager l'expression de la volonté des personnes au sujet du sort de leur cadavre. En premier lieu, cela concerne évidemment le don d'organes. Pour tous les aspects qui concernent le sort de la dépouille, l'expression d'une volonté par le défunt facilite les choses pour les proches. À défaut d'un outil spécifique pour disposer de son cadavre, les directives anticipées (au sens large de l'expression) restent probablement l'institution juridique la plus apte à l'expression de sa volonté dans ce domaine. La constitution de directives anticipées ne remplace pas le fait de parler de ces questions avec ses proches. Une telle démarche demande le courage de se confronter à sa propre finitude. Cependant, l'existence et la connaissance d'une volonté claire du défunt sont les meilleurs moyens de prévenir d'éventuels conflits entre les proches autour du sort de son cadavre.

---

## Zusammenfassung

Nach Art. 31 Abs. 1 ZGB endet die Rechtspersönlichkeit mit dem Zeitpunkt des Todes<sup>3781</sup>. Um den Tod festzustellen wird das Kriterium des Hirntods, d.h. des irreversiblen Ausfalls der Funktionen des Hirns einschliesslich des Hirnstamms, in Art. 9 Abs. 1 Transplantationsgesetz (TxG) festgehalten. Trotz der Kritik muss dieses Kriterium gebilligt werden, da es dem aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand entspricht. 1363

Mit dem Tod endet die Persönlichkeit, die Persönlichkeitsrechte erlöschen, und es ist nicht mehr möglich im Namen des Verstorbenen zu handeln. Der Vorschlag der Minderheitsdoktrin auf Anerkennung des postmortalen Persönlichkeitsschutz ist abzulehnen, da er auf unüberwindbare dogmatische Probleme stösst und keine Antworten auf die problematischen Situationen in der Praxis gibt (z.B. Abwesenheit einer nahestehenden Person oder Verletzung durch eine nahestehende Person). Die Theorie des Andenkenschutzes ermöglicht es den nahestehenden Personen, den Verstorbenen gegen Verletzungen zu verteidigen, indem sie sich auf den Schutz ihrer eigenen Persönlichkeit, d. h. ihre emotionale Beziehung zum Verstorbenen, berufen. Diese Lösung, die das Bundesgericht im Privatrecht eingeführt hat, sollte auch auf das öffentliche Recht und das Strafrecht ausgedehnt werden. Sie sollte auch auf die Grundrechte, einschliesslich der Menschenwürde in ihrer subjektiven Dimension angewandt werden. 1364

Der Körper eines lebenden Menschen wird durch die natürliche Person, die ihn verkörpert, geschützt. Das Ende der Persönlichkeit führt zu einer Veränderung des Status des menschlichen Körpers von einem Rechtssubjekt zu einem Rechtsobjekt. Die Tatsache, dass der menschliche Leichnam nicht den Status eines Rechtssubjekts hat, bedeutet nicht, dass ihm der Rechtsschutz verwehrt ist. Dieser Schutz stützt sich auf mehrere sich ergänzende Elemente. 1365

Erstens versteht man die menschliche Leiche durch das Recht über eine Leiche zu verfügen. Dieses Persönlichkeitsrecht ist sowohl durch das Privatrecht (Art. 28 ZGB) als auch durch das öffentliche Recht (Art. 10 Abs. 2 BV) geschützt. Dieses Recht ermächtigt jede Person das Schicksal ihres Leichnams zu Lebzeiten innerhalb der Grenzen des Gesetzes, der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit zu bestimmen. Die Äusserung des Willens des Verstorbenen ist an keine Formvorschriften gebunden. Nach dem Tod schliesst die Achtung der Wünsche des Verstorbenen das Recht der nahestehenden Personen ein, dass diese Wünsche respektiert werden. In diesem Zusammenhang 1366

---

<sup>3781</sup> Diese Zusammenfassung ist die Übersetzung des Syntheseteils unserer allgemeinen Schlussfolgerung.

muss der Begriff « nahestehenden Personen » weit gefasst werden und jede Person umfassen, die mit dem Verstorbenen in enger Beziehung stand.

- 1367 Wenn der Verstorbene keinen Wunsch bezüglich seiner Leiche geäußert hat, wie es in der Praxis häufig der Fall ist, hat die nahestehende Person, die am meisten vom Tod betroffen ist (engste nahestehende Person), das Recht über das Schicksal des Verstorbenen zu bestimmen. Dieses Recht ist subsidiär und geht dem Willen des Verstorbenen nach. Der mutmassliche Wille des Verstorbenen muss respektiert werden. Die Hierarchie von Art. 378 Abs. 1 ZGB und Art. 5 Abs. 2 TxV kann als Grundlage für Vermutungen, wer mit dem Verstorbenen am engsten nahestand, dienen.
- 1368 Die Rechtsnatur des Leichnams ist in der Literatur umstritten, die sich schwer tut, ihn zwischen den Begriffen Person und Sache einzuordnen. Trotz der Existenz von Persönlichkeitsrechten, die den Leichnam schützen, ist er als Sache im Sinne des Sachenrechts zu qualifizieren, da er alle Merkmale einer Sache aufweist. Die Sittlichkeit und der Art. 21 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin verbieten es jedoch, den menschlichen Leichnam zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gegen Entgelt zu machen. Die Leiche ist eine Sache, die « nicht auf dem Markt » ist, und somit eine Sache, die beschränkt verkehrsfähig ist. Das Bestehen von dinglichen Rechten an einer Leiche ist dennoch möglich. Solche dinglichen Rechte sind in der Praxis selten, da sie nur in begrenzten Fällen von Interesse sind. Es handelt sich um Fälle, in denen der Leichnam auf unbestimmte Zeit an einen Dritten, der materielle Verfügungshandlungen an ihm vornehmen will, übertragen wird. In der Praxis betrifft dies nur die Tätigkeit bestimmter Institute für Forschung, Anatomie oder Plastination. Das Recht über einen Leichnam zu verfügen, begründet in der Rechtspersönlichkeit, ist in den meisten Fällen ausreichend. Im Moment des Todes wird der menschliche Körper zu einer herrenlosen Sache. Es ist möglich, das Eigentumsrecht an einer Sache durch Aneignung (Art. 718 ZGB) zu erwerben, d. h. durch Inbesitznahme der herrenlosen Sache mit dem Willen Eigentümer zu werden. Die Aneignung muss durch die Einwilligung des Verstorbenen oder den nahestehenden Personen genehmigt werden ; die Grundlage dafür ist das Recht über den Leichnam zu verfügen. Dieses Recht ermöglicht es den nahestehenden Personen sich zu vergewissern, dass der Leichnam entsprechend dem geäußerten Willen verwendet wird.
- 1369 Der Schutz der Leiche wird durch eine strafrechtliche Bestimmung ergänzt. Der Art. 262 StGB bestraft die Störung des Totenfriedens. In dieser Bestimmung werden vier Straftaten unterschieden, die von Amtes wegen verfolgt werden. Sie schützt ein kollektives Rechtsgut, nämlich das allgemeine Pietätsgefühl gegenüber den Toten in Ziff. 1 und das Recht einer nahestehenden Person über einen Leichnam zu verfügen (als Element des Pietätsgefühls)

in Ziff. 2. Der Art. 262 StGB ist eine pragmatische Norm, die den Leichnam schützt ohne Auskunft über seine Rechtsnatur zu geben.

Das Recht auf eine schickliche Bestattung ist eine Frage der Menschenwürde (Art. 7 BV). Es ist vor allem ein öffentliches Interesse, das der Staat als objektives Prinzip gewährleisten muss. Als subjektives Recht ist das Recht auf eine schickliche Bestattung in dem Recht über eine Leiche zu verfügen eingeschlossen und hat keinen eigenen Geltungsbereich. Die Menschenwürde dient als axiologische Grundlage für das Recht auf eine schickliche Bestattung, das Recht über den Leichnam zu verfügen, das Verbot aus dem menschlichen Körper Profit zu schlagen und das Pietätsgefühl gegenüber den Toten. 1370

Es gibt verschiedene Kategorien von Leichen. Die erste Kategorie sind die Leichen von verstorbenen Personen, die unter den Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 ZGB die Rechtspersönlichkeit erlangt haben. Der Erwerb der Persönlichkeit ist jedoch nicht erforderlich, um den Körper eines Menschen nach seinem Tod als Leiche zu betrachten. Auch die Körper von Kindern, die keine Persönlichkeit erlangt haben (Totgeborene und Fehlgeborene), müssen rechtlich als Leichen betrachtet werden. In der Tat schützt die Menschenwürde in ihrer objektiven Dimension den Körper eines Menschen vor der Geburt und nach dem Tod. Die Eltern eines Kindes, das keine Persönlichkeit erworben hat, können aufgrund ihrer emotionalen Bindung an das Kind über dessen Körper verfügen. Das Bestehen einer solchen Bindung muss bereits ab der 12. Schwangerschaftswoche vermutet werden, kann aber auch schon ab der Feststellung der Schwangerschaft bestehen. 1371

Der Leichnam ist naturgemäss dazu bestimmt zu verschwinden. Sein rechtlicher Status ist daher im Wandel begriffen. Solange es möglich ist, nahestehende Personen des Verstorbenen (hauptsächlich Angehörige) ausfindig zu machen, besteht das Recht über den Leichnam zu verfügen. Wenn es keine nahestehenden Personen des Verstorbenen mehr gibt, ist der Leichnam immer noch durch das Pietätsgefühl, als Element der Menschenwürde geschützt und muss mit Respekt und Anstand behandelt werden und dies so lange menschliches biologisches Material vorhanden ist. 1372

Es ist zu begrüßen, dass der Bundesgesetzgeber in neueren Gesetzen wie dem TxG, dem HFG, dem DNA-Profil-Gesetz oder dem nGUMG bestimmte Handlungen an den Körpern verstorbener Personen, an Embryonen, Föten oder Totgeburten geregelt hat. Diese Bestimmungen zeigen, dass sich der Gesetzgeber mit diesen Fragen befasst, die ein Abwägen zwischen den verschiedenen auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen erfordern und gleichzeitig den Schutz der Menschenwürde und Persönlichkeit gewährleisten. Diese Sonderregelungen schränken allfällige dingliche Rechte am Leichnam ein genauso wie das Recht über diesen zu verfügen. 1373

- 1374 Das TxG erlaubt die Entnahme von Organen, Geweben und Zellen zu Transplantationszwecken, sofern einerseits der Tod festgestellt wurde und andererseits die Zustimmung erteilt wurde. In der Schweiz gilt derzeit die Zustimmungslösung im weiteren Sinne, bei der die Person zu Lebzeiten der Entnahme eingewilligt haben muss ; ist dies nicht der Fall können die Angehörigen unter Berücksichtigung des mutmasslichen Willens der Person zustimmen. Der Mangel an Organen in der Schweiz erfordert ein Handeln der Behörden. Die Annahme der Widerspruchslösung im weiteren Sinne, bei der die Zustimmung vermutet wird, erscheint uns jedoch nicht wünschenswert, da die Auswirkung auf die Zahl der Spender ungewiss bleibt und die Gefahr besteht, dass einer Person Organe entnommen werden, die in Wirklichkeit gegen eine Spende war. Nützlicher erscheinen uns Massnahmen, die darauf abzielen die Willensäusserung der Personen zu fördern wie das von Swisstransplant eingerichtete nationale Organspenderegister oder das von der NEK-CNE vorgeschlagene Modell, bei dem die Person regelmässig nach ihrem Willen befragt wird, ihr aber die Freiheit lässt, sich nicht zu entscheiden. Im Einklang mit dem Aktionsplan des Bundesrates besteht auch in anderen Bereichen Handlungsbedarf, etwa bei der Ausbildung des Gesundheitspersonals und der allgemeinen Information der Öffentlichkeit.
- 1375 Das HFG übernimmt die Anforderungen des TxG (Feststellung des Todes und Einwilligung) für die Zulassung eines Forschungsprojekts an einer verstorbenen Person. Sie sieht eine weniger strenge Einwilligungsregelung vor, wenn die Person seit mehr als 70 Jahren tot ist, oder wenn die Forschung eine geringfügige Menge von anonymisiertem biologischem Material betrifft, das bei einer Obduktion oder Transplantation entnommen wurde.
- 1376 Die verschiedenen Formen von Obduktion müssen je nach ihrem Zweck unterschieden werden. Für jede Form der Obduktion gelten andere Normen, entweder auf Bundes- oder auf Kantonsebene. Forensische und gesundheitliche Obduktionen können aus Gründen des öffentlichen Interesses unabhängig vom Willen des Verstorbenen oder seiner nahestehenden Personen angeordnet werden. Medizinische Autopsien unterliegen je nach kantonaler Gesetzgebung der Zustimmungslösung oder Widerspruchslösung im weiteren Sinne. Obwohl anatomische Autopsien seit langem praktiziert werden, unterliegen sie nur einer sehr begrenzten Regelung, die klarer gefasst werden sollte. Gegenwärtig wird diese Tätigkeit hauptsächlich durch die von den anatomischen Instituten selbst aufgestellten Regeln und durch die Empfehlungen der SAMW geregelt.
- 1377 Die Art. 255 Abs. 1 lit. c StPO und Art. 4 DNA-Profil-Gesetz erlauben die Entnahme einer Probe biologischem Materials von einer verstorbenen Person und die Erstellung eines DNA-Profiles zum Zweck der Aufklärung eines Verbrechens. Der Art. 6 DNA-Profil-Gesetz regelt solche Analysen zur Identifizierung einer unbekannt Person ausserhalb eines Strafverfahrens. Der

Art. 48 nGUMG verlangt das Vorliegen guter Gründe auf Seiten des Antragstellers und die Zustimmung der nächsten Angehörigen des Verstorbenen, um das DNA-Profil einer verstorbenen Person zwecks der Feststellung der Abstammung erstellen zu können. Der Art. 18 nGUMG regelt die genetische Untersuchung bei verstorbenen Personen und Kindern, die keine Persönlichkeit erworben haben.

Die Vorschriften des TxG, des HFG und des nGUMG über Embryonen und Föten aus Schwangerschaftsabbrüchen und Spontanaborten sowie Totgeburten sollten harmonisiert werden. Obwohl einzig die Zustimmung der Mutter für einen Schwangerschaftsabbruch erforderlich ist, müssen sowohl die Mutter als auch der Vater (der entweder mit der Mutter verheiratet ist oder das Kind anerkannt hat) der Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen, der Forschung oder der genetischen Untersuchungen zustimmen, da sie beide die engsten nahestehenden Personen des Embryos, des Fötus oder des Totgeborenen sind. Im Falle eines Konfliktes zwischen Vater und Mutter oder bei Abwesenheit des Vaters sollten derartige Tätigkeiten am Körper von Embryonen, Föten und Totgeborenen nicht erlaubt sein. 1378

Das Bestattungsrecht, für das die Kantone zuständig sind, ist formell sehr vielfältig aber materiell harmonisch. Das Bestattungsrecht hat einen anderen Ansatz für den Status der Leiche als die von uns untersuchten Bundesgesetze (TxG, HFG, DNA-Profil-Gesetz, nGUMG). Seine Normen zielen darauf ab die öffentliche Gesundheit und öffentliche Ordnung zu gewährleisten. 1379

Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit einer Leiche können vor allem im Zivilverfahren unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechts und im Verwaltungsverfahren unter dem Gesichtspunkt der Vorschriften des Bestattungsrechts geführt werden. Die wichtigsten Fragen sind das Vorhandensein und der Inhalt des Willens des Verstorbenen und die Bestimmung der nahestehenden Person, die in Ermangelung eines solchen Willens über das Schicksal des Leichnams bestimmen kann. 1380





---

## Summary

According to art. 31 para. 1 of the Swiss civil Code (CC), the legal personality ends at the moment of death<sup>3782</sup>. Death is established on the basis of the criterion of brain death, i.e. the irreversible cessation of the functions of the brain, including the brain stem, laid down in art. 9 para. 1 of the Federal Transplantation Act (TxA). Despite criticism, this criterion must be endorsed, as it corresponds to current scientific knowledge. 1381

With death, personality ceases, personality rights are extinguished and one can no longer act on behalf of the deceased. The proposal of the scholars' minority to recognise *post-mortem* protection of the personality must be rejected, as it creates insurmountable dogmatic problems and does not provide answers to the practical issues (absence of a relative or relative who has committed an offence against the deceased). The doctrine of protection of memory allows relatives to defend the deceased against infringements by invoking the protection of their own personality, namely their emotional relationship to the deceased. This solution, established in private law by the Federal Supreme Court, should be extended to public law and criminal law. It should also be applied to fundamental rights, including human dignity, in its subjective dimension. 1382

The body of a living human being is protected through the natural person who embodies it. The end of the personality leads to a change in the status of the human body from a subject of law to an object of law. The fact that the human corpse does not have the status of a legal subject does not mean that it is deprived of legal protection. This protection is based on several complementary elements. 1383

First, the human corpse is understood in the framework of the right to dispose of a corpse, which is a personality right protected under both private law (art. 28 CC) and public law (art. 10 para. 2 of the Federal Constitution of the Swiss Confederation or Cst.). This right authorizes any person to determine the fate of his or her corpse during his or her lifetime, within the limits of the law, public order and morality. The expression of the intention of the deceased is not subject to any formal requirement. After death, respect for the wishes of the deceased includes the right of the persons close to him or her to have those wishes respected. In this context, the notion of person close of the deceased must be given a broad definition and include any person who had close ties with the deceased. 1384

---

<sup>3782</sup> This summary is the translation of the synthesis part of our general conclusion.

- 1385 If the deceased has not expressed a wish regarding his or her remains, which is common in practice, the person close to him or her the most affected by the death (the closest person) has the right to determine the fate of the deceased corpse. This right is subsidiary and the intention of the deceased takes precedence. Moreover, the presumed intention of the deceased must be respected. The hierarchy of art. 378 para. 1 CC and art. 5 para. 2 of the Ordinance on Transplantation can be used as a basis to establish presumptions regarding the person being the closest to the deceased.
- 1386 The legal nature of the corpse is controversial among scholars, who have difficulty in locating it between the concepts of person and thing. Despite the existence of personality rights protecting the corpse, it must be qualified as a thing in the sense of property law, as it has all the characteristics of a thing. Art. 21 of the Convention on Human Rights and Biomedicine and Good Morals, however, prohibit the human corpse from being the subject of legal transactions for value. The corpse is a thing « off business » and thus a thing partially *extra commercium*. The existence of ownership of a corpse is nevertheless possible. Such ownership is rare in practice, as they are only of interest in the limited situations where the corpse is transferred for an indefinite period to a third party who wishes to perform material acts of disposal on it. In practice, this only concerns the activity of certain researches, anatomy or plastination institutes. The right to dispose of a corpse, based on personality, is sufficient in most cases. At the moment of death, the human body becomes a ownerless chattel. It is possible to acquire a right of ownership over it by way of appropriation (Art. 718 CC), i.e. by taking possession of an ownerless chattel with the intention of becoming its owner. Appropriation must be authorized by the consent of the deceased or the closest person, based on the right to dispose of a corpse. This right allows the persons close to him or her to ensure that the corpse is used in accordance with the expressed wish.
- 1387 The protection of corpses is supplemented by a criminal law provision. Art. 262 of the Swiss Criminal Code punishes the disturbance of the peace of the dead. This provision distinguishes between four offences, which are prosecuted *ex officio*. It protects a collective legal asset, namely the general feeling of piety towards the dead in number 1 and the right to dispose of the corpse of a relative (as an element of the feeling of piety) in number 2. Art. 262 of the Swiss Criminal Code is a pragmatic norm that protects the corpse without settling the controversy about its legal nature.
- 1388 The right to a decent funeral, which is a matter of human dignity (art. 7 Cst.), is above all a public interest that the state must ensure as an objective principle. As a subjective right, the right to a decent burial is absorbed by the right to dispose of a corpse and has no scope of its own. Human dignity serves as the axiological basis for the right to a decent funeral, the right to dispose of a

corpse, the prohibition of taking profit from the human body and the sense of piety towards the dead.

There are different categories of corpses. The first is the body of the deceased, who have acquired legal personality under the conditions of Art. 31 Para. 1 CC. However, the acquisition of personality is not necessary to consider the body of a human being as a corpse after his death. The bodies of children who have not acquired personality (stillborn children and miscarried children) must also be legally considered as corpses. Indeed, human dignity, in its objective dimension, protects the body of a human being before birth and after death. The parents of a child who has not acquired personality may dispose of his or her body on due to their emotional ties to the child. The existence of such a bond must be presumed as early as the twelfth week of gestation, but may exist as early as the discovery of the pregnancy. 1389

The corpse is inherently destined to disappear. Its legal status is therefore evolving. As long as it is possible to find persons close to the deceased (mainly family members), the right to dispose of the corpse continues. When there is no longer any person close of the deceased, the corpse is still protected by the sense of piety, an element of human dignity, and must be treated with respect and decency as long as there is human biological material. 1390

One welcomes that the federal legislator has regulated certain acts on the bodies of deceased persons or embryos, foetuses or stillborn children in recent statutes such as the TxA, the Human Research Act (HRA), the DNA Profiles Act (DNAPA) or the new Human Genetic Testing Act (HGTA). These provisions show that the legislator care about these issues, which require a balance to be struck between the various interests at stake, both private and public, while ensuring the protection of human dignity and personality. These special rules limit the right to dispose of a corpse or possible ownership rights. 1391

The TxA allows the removal of organs, tissues and cells for transplantation purposes, provided that death has been determined and consent has been given. Switzerland currently has the model of express consent in the broad sense, i.e. the person must have consented to the removal during his or her lifetime; if not, the next of kin may consent, guided by what they believe the deceased person would have wanted. The shortage of organs in Switzerland requires action by the authorities. However, one does not find the inclusion of the presumed consent model in the broad sense desirable, as its effect on the number of donors remains uncertain and creates the risk of organs being removed from a person who was indeed opposed to the donation. Measures aiming at encouraging the expression of the intention of the persons seem to us to be more useful, such as the national register of organ donation set up by Swisstransplant or the model proposed by the National Advisory Commission on Biomedical Ethics (NCE) in which the person is regularly asked about his or her intention, while leaving 1392

him or her the freedom not to decide. It is also necessary to act on other points, in line with the Federal Council's action plan, such as the training of nursing staff and general public information.

- 1393 The HRA incorporates the requirements of the TxA (determination of death and consent) for authorizing a research project on a deceased person. It provides for a less stringent consent regime if the death occurred over 70 years ago or if the research concerns a small quantity of anonymised bodily substances removed in the course of an autopsy or a transplantation.
- 1394 The different forms of autopsies must be differentiated according to their purpose. Each form of autopsy is subject to different legal standards, either federal or cantonal. Forensic and health autopsies, because of the public interest reasons they pursue, may be ordered independently of the wishes of the deceased or the persons close to him or her. Medical autopsies are subject to the model of express or presumed consent in the broad sense, depending on the cantonal legislation. Although anatomical autopsies are a long-standing practice, they are subject to extremely limited regulation, which have room for improvement regarding clarity. At present, this activity is mainly governed by the rules that the anatomical institutes set themselves and by the recommendations of the Swiss Academy of Medical Sciences (SAMS).
- 1395 Art. 255 Para. 1 lit. c Swiss Criminal Code and Art. 4 DNAPA allow the collection of samples of biological material from a deceased person and the compilation of a DNA profile for the purpose of solving a crime. Art. 6 DNAPA regulates such analyses to identify an unknown person outside criminal proceedings. Art. 48 new HGTA requires the existence of valid reasons on the part of the applicant and the consent of the close relatives of the deceased in order to be able to establish the DNA profile of a deceased person for the purpose of determining parentage. Art. 18 new HGTA regulates DNA testing of deceased persons and children who have not acquired personality.
- 1396 The rules of the TxA, the HRA and the new HGTA concerning embryos and fetuses from induced abortions and from spontaneous abortions including stillbirths, should be harmonised. If the mother alone decides to undergo an abortion, it is up to the mother and the father (either married to the mother or having recognised the child) to consent to the removal of organs, tissues or cells, research or genetic testing, as they are both the closest person to the embryo, foetus or stillborn child. In case of conflict between the father and the mother or in the absence of the father, such activities should not be allowed on the bodies of embryos, fetuses and stillborn children.
- 1397 Funeral law, which falls within the competence of the cantons, is formally very diverse, but materially harmonious. Funeral law takes a different approach to the status of the corpse than the federal statutes we have studied (TxA, HRA, DNAPA, new HGTA). Its norms aim to guarantee public health and order.

Litigation concerning a corpse may mainly take place in civil proceedings from the perspective of personality rights and in administrative proceedings from the perspective of the rules of funeral law. The main issues are the existence and content of the intention of the deceased and the identification of the closest person to him or her who can elect the fate of the corpse in the absence of such intention. 1398



---

## Annexes

### Annexe I Dispositions cantonales sur le constat du décès

---

<b>AG</b>	§ 20	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 20 janvier 2009 (301.100)
	§ 1	<i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 11 novembre 2009 (371.112)
		<i>Verordnung über die Legalinspektion</i> , du 2 novembre 2016 (371.312)
<b>AI</b>	Art. 15 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 26 avril 1998 (800.000)
	Art. 5	<i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 24 novembre 2003 (818.410)
<b>AR</b>	Art. 45 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 25 novembre 2007 (811.1)
	Art. 6 Abs. 3	<i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 19 juin 1995 (816.31)
<b>BE</b>	art. 28 al. 1 et 37	Loi sur la santé publique (LSP BE), du 2 décembre 1984 (811.01)
<b>BL</b>	§ 23 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 février 2008 (901)
	§ 7 Abs. 1	<i>Gesetz über das Begräbniswesen</i> , du 19 octobre 1931 (904)
<b>BS</b>	§ 28	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 septembre 2011 (300.100)
	§ 17-19	<i>Bestattungsgesetz (BestG)</i> , du 11 mars 2020 (390.100)
	§ 6-7	<i>Bestattungsverordnung (BestV)</i> , du 2 mars 2021 (390.110)
<b>FR</b>	art. 73	Loi sur la santé, du 16 novembre 1999 (821.0.1)
	art. 2	Arrêté sur les sépultures, du 5 décembre 2000 (821.5.11)
<b>GE</b>	art. 68	Loi sur la santé (LS), du 7 avril 2006 (K 1 03)
	art. 11	Règlement d'exécution de la loi sur les cimetières (RCim), du 16 juin 1956 (K 1 65.01)
	art. 1	Règlement sur le sort du cadavre et la sépulture, du 22 août 2006 (K 1 55.08)
<b>GL</b>	Art. 35 al. 1	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 6 mai 2007 (VIII A/1/1)
<b>GR</b>	Art. 36 Abs. 1 litt. b	<i>Gesetz zum Schutz des Gesundheit im Kantons Graubünden</i> , du 2 septembre 2016 (500.000)

---



<b>JU</b>	art. 53 al. 2 s.	Loi sanitaire, du 14 décembre 1990 (810.01)
	art. 11 al. 4 et 19	Décret concernant les inhumations, du 6 décembre 1978 (556.1)
	art. 5 <i>litt.</i> f	Loi concernant les entreprises de pompes funèbres, du 24 octobre 2018 (935.91)
<b>LU</b>	§ 27 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 13 septembre 2005 (800)
	§ 1	<i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 9 décembre 2008 (840)
<b>NE</b>	art. 16	Loi sur les sépultures (inhumation gratuite), du 10 juillet 1894 (565.1)
	art. 19 al. 2	Règlement concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé, du 1 <sup>er</sup> août 2013 (801.100)
<b>NW</b>	Art. 32 Abs. 1	<i>Gesetz zu Erhaltung und Förderung der Gesundheit</i> , du 30 mai 2007 (711.1)
	§ 4	<i>Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattung</i> , du 4 décembre 2012 (715.2)
<b>OW</b>	Art. 40 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 3 décembre 2015 (810.1)
	Art. 12	<i>Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen</i> , du 24 octobre 1991 (817.11)
<b>SG</b>	Art. 17 Abs. 1 <i>litt.</i> a	<i>Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe</i> , du 21 juin 2011 (RS 312.0)
	Art. 8 s.	<i>Vollzugsverordnung zu Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen</i> , du 3 janvier 1967 (458.11)
<b>SH</b>	Art. 16 Abs. 2	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 mai 2012 (810.100)
	Art. 4-9	<i>Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung</i> , du 31 octobre 1972 (818.601)
<b>SO</b>	§ 17 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 19 décembre 2018 (811.11)
<b>SZ</b>	§ 30 Abs. 1	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 16 octobre 2002 (571.110)
<b>TG</b>	§ 23	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 3 décembre 2014 (810.1)
<b>TI</b>	art. 68 al. 2	<i>Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitaria</i> , du 18 avril 1989 (801.100)
<b>UR</b>	Art. 36 Abs. 1 <i>litt.</i> a	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 1 <sup>er</sup> juin 2008 (30.2111)
<b>VD</b>	art. 3-6	Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres (RDSPF), du 12 septembre 2012 (818.41.1)

---

<b>VS</b>	art. 108	Loi sur la santé, du 12 mars 2020 (800.1)
	art. 1 s.	Ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains, du 27 août 2014 (818.400)
<b>ZG</b>	§ 17 Abs. 1 litt. a	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug</i> , du 30 octobre 2008 (821.1)
<b>ZH</b>	§ 15 Abs. 3 litt. a	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 2 avril 2007 (810.1)
	§ 4-11	<i>Bestattungsverordnung</i> , du 20 mai 2015 (818.1)

---

## Annexe II Projets de recherches sur des personnes décédées<sup>3783</sup>

Commission d'éthique	2016	2017	2018	2019	2020
CE TI	0	0	0	0	0
CCER	4	8	3	1	5
CER-VD	2	1	1	2	2
EKNZ	7	4	6	3	9
EKOS	0	0	1	1	0
KEK BE	0	3	2	0	1
KEK ZH	4	6	15	7	13
Total	17	22	28	14	30

<sup>3783</sup> Ces chiffres sont tirés du registre des projets de recherche en Suisse (RAPS) tenu par Swissethics, l'Association suisse des Commissions d'éthique de la recherche. Il est accessible à l'adresse suivante : <https://raps.swissethics.ch/> (consulté pour la dernière fois le 31 mai 2021).

### Annexe III Dispositions cantonales sur les autopsies

<b>AG</b>	§ 31	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 20 janvier 2009 (301.100)
<b>AI</b>	Art. 29	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 26 avril 1998 (800.000)
<b>AR</b>	Art. 31	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 25 novembre 2007 (811.1)
<b>BE</b>	art. 35	Loi sur la santé publique (LSP BE), du 2 décembre 1984 (811.01)
<b>BL</b>	§ 43b	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 février 2008 (901)
<b>BS</b>	§ 20 § 18 Abs. 2	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 septembre 2011 (300.100) <i>Bestattungsgesetz (BestG)</i> , du 11 mars 2020 (390.100)
<b>FR</b>	art. 74	Loi sur la santé, du 16 novembre 1999 (821.0.1)
<b>GE</b>	art. 70	Loi sur la santé (LS), du 7 avril 2006 (K 1 03)
<b>GL</b>	Art. 51	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 6 mai 2007 (VIII A/1/1)
<b>GR</b>	Art. 32	<i>Gesetz zum Schutz des Gesundheit im Kantons Graubünden</i> , du 2 septembre 2016 (500.000)
<b>JU</b>	art. 32 art. 19	Loi sanitaire, du 14 janvier 1990 (810.01) Décret concernant les inhumations, du 6 décembre 1978 (556.1)
<b>LU</b>	§ 42	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 13 septembre 2005 (800)
<b>NE</b>	art. 29	Loi de santé, du 6 février 1995 (800.1)
<b>NW</b>	Art. 63 § 6	<i>Gesetz zu Erhaltung und Förderung der Gesundheit</i> , du 30 mai 2007 (711.1) <i>Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen</i> , du 4 décembre 2012 (715.2)
<b>OW</b>	Art. 62	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 3 décembre 2015 (810.1)
<b>SG</b>	Art. 34	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 28 juin 1979 (311.1)
<b>SH</b>	Art. 42	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 mai 2012 (810.100)
<b>SO</b>	§ 41	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 19 décembre 2018 (811.11)

---

<b>SZ</b>	§ 48	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 16 octobre 2002 (571.110)
	§ 24	<i>Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen</i> , du 16 janvier 1990 (575.111)
<b>TG</b>	§ 37	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 3 décembre 2014 (810.1)
<b>TI</b>	art. 16	<i>Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitaria</i> , du 18 avril 1989 (801.100)
<b>UR</b>	Art. 50	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 1 <sup>er</sup> juin 2008 (30.2111)
<b>VD</b>	art. 26	Loi sur la santé publique (LSP VD), du 29 mai 1985 (800.01)
	art. 14-19	Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres (RDSPF), du 12 septembre 2012 (818.41.1)
<b>VS</b>	art. 109	Loi sur la santé, du 12 mars 2020 (800.1)
<b>ZG</b>	§ 44	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug</i> , du 30 octobre 2008 (821.1)
<b>ZH</b>	§ 32	<i>Patientinnen-Patientengesetz</i> , du 5 avril 2004 (813.13)

---

## Annexe IV Dispositions cantonales de droit funéraire

<b>AG</b>	§ 47	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 20 janvier 2009 (301.100) <i>Verordnung über das Bestattungswesen (Bestattungsverordnung)</i> , du 11 novembre 2009 (371.112)
<b>AI</b>	Art. 40 s.	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 26 avril 1998 (RS 800.000) <i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 24 novembre 2003 (818.410)
<b>AR</b>	Art. 5 Abs. 1 litt. e et 62-64	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 25 novembre 2007 (811.1) <i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 19 juin 1995 (816.31)
<b>BE</b>	art. 10 al. 2 litt. d art. 5 al. 2 litt. f	Loi sur la police (LPol), du 10 février 2019 (551.1) Loi sur la santé publique (LSP BE), du 2 décembre 1984 (811.01) Ordonnance sur les enterrements et les incinérations (OEIn), du 27 octobre 2010 (811.811)
<b>BL</b>		<i>Gesetz über Begräbniswesen</i> , du 19 octobre 1931 (904)
<b>BS</b>		<i>Bestattungsgesetz (BestG)</i> , du 11 mars 2020 (390.100) <i>Bestattungsverordnung (BestV)</i> , du 2 mars 2021 (390.110) <i>Grabmalverordnung (GrabmV)</i> , du 2 mars 2021 (390.170) <i>Verordnung über Gebühren im Bestattungswesen</i> , du 14 décembre 2004 (390.500)
<b>FR</b>	art. 19 et 123	Loi sur la santé, du 16 novembre 1999 (821.0.1) Arrêté sur les sépultures, du 5 novembre 2000 (821.5.11)
<b>GE</b>	art. 69	Loi sur la santé (LS), du 7 avril 2006 (K 1 03) Loi sur les cimetières (LCim), du 20 septembre 1876 (K 1 65) Règlement d'exécution de la loi sur les cimetières (RCim), du 16 juin 1956 (K 1 65.01)
<b>GL</b>	Art. 5 Abs. 1 litt. a	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 6 mai 2007 (VIII A/1/1)
<b>GR</b>	Art. 6 Abs. 2 litt. h, 55 s.	<i>Gesetz zum Schutz des Gesundheit im Kantons Graubünden</i> , du 2 septembre 2016 (500.000)

<b>JU</b>	art. 20 al. 2 <i>litt.</i> h	Loi sanitaire, du 14 décembre 1990 (810.01) Décret concernant les inhumations, du 6 décembre 1978 (556.1) Décret concernant la crémation, du 6 décembre 1978 (556.2) Loi concernant les entreprises de pompes funèbres, du 24 octobre 2018 (935.91)
<b>LU</b>	§ 59	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 13 septembre 2005 (800) <i>Verordnung über das Bestattungswesen</i> , du 9 décembre 2008 (840)
<b>NE</b>		Loi sur les sépultures (inhumation gratuite), du 10 juillet 1894 (565.1) Arrêté concernant l'application du dernier alinéa de l'article 11 de la loi sur les sépultures, du 12 avril 1995 (565.12)
<b>NW</b>	Art. 14 Abs. 7 et 78-79a	<i>Gesetz zu Erhaltung und Förderung der Gesundheit</i> , du 30 mai 2007 (711.1) <i>Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen</i> , du 4 décembre 2012 (715.2)
<b>OW</b>	Art. 63 s.	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 3 décembre 2015 (810.1) <i>Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen</i> , du 24 octobre 1991 (817.11)
<b>SG</b>		<i>Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen</i> , du 28 décembre 1964 (458.1) <i>Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen</i> , du 3 janvier 1967 (458.11)
<b>SH</b>	Art. 4 Abs. 2	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 21 mai 2012 (810.100) <i>Verordnung über die Leichenschau und die Bestattung</i> , du 31 octobre 1972 (818.600)
<b>SO</b>	§ 2 Abs. 1 <i>litt.</i> d Ziff. 9, <i>Sozialgesetz</i> , du 31 janvier 2007 (831.1) 26 Abs. 1 <i>litt.</i> h et 145 s.	
<b>SZ</b>	§ 4 Abs. 2 <i>litt.</i> d	<i>Gesundheitsgesetz</i> , du 16 octobre 2002 (571.110) <i>Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen</i> , du 16 janvier 1990 (575.111)

---

<b>TG</b>	§ 7 Abs. 1 Ziff. 6 et 45-48	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen</i> , du 3 décembre 2014 (810.1)
<b>TI</b>	art. 40-40a	<i>Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitaria</i> , du 18 avril 1989 (801.100) <i>Regolamento sulle pompe funebri, l'esumazione e il trasporto delle salme (regolamento pompe funebri)</i> , du 1 <sup>er</sup> avril 2015 (823.150)
<b>UR</b>		
<b>VD</b>	art. 16 al. 4 et 73-73b	Loi sur la santé publique (LSP), du 29 mai 1985 (800.01) Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres (RDSPF), du 12 septembre 2012 (818.41.1)
<b>VS</b>	art. 133	Loi sur la santé, du 12 mars 2020 (800.1) Ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains, du 27 août 2014 (818.400)
<b>ZG</b>	§ 61	<i>Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug</i> , du 30 octobre 2008 (821.1)
<b>ZH</b>	§ 55-57	<i>Gesundheitsgesetz (GesG)</i> , du 2 avril 2007 (810.1) <i>Bestattungsverordnung (BesV)</i> , du 20 mai 2015 (818.61)

---



## Annexe V Liste des entretiens

Les personnes interrogées ont relu leurs citations et ont donné leur accord quant à leur contenu.

<i>Prénom et nom</i>	<i>Fonction (à la date de l'entretien)</i>	<i>Date de l'entretien</i>
<b>Jean-Pierre Hornung</b>	Professeur, Directeur, Plateforme de Morphologie de la faculté de biologie et de médecine, UNIL	27 mars 2017
<b>Samuel Rotman</b>	MD, Médecin associé, Institut universitaire de pathologie, CHUV	30 novembre 2017
<b>Delphine Carré</b>	Coordonnatrice locale référente du don d'organes et de tissus, CHUV	15 décembre 2017
<b>Jean-Pierre Sanga</b>	Chef d'office, Office des inhumations et des incinérations, ville de Lausanne	29 mars 2018
<b>Edmond Pittet</b>	Directeur, Pompes Funèbres Générales SA	17 mai 2018
<b>Éric Masserey</b>	Médecin cantonal adjoint, canton de Vaud	13 juin 2018 (par téléphone)
<b>Carmelo Simili</b>	<i>Master of science</i> , biologiste, unité de génétique forensique au CURML	4 juillet 2018
<b>Éveline Davoine</b>	Conseillère génétique, <i>Master of science</i> , Service de médecine génétique, CHUV	14 septembre 2018
<b>Viviane Cina</b>	Conseillère génétique, <i>Master of science</i> , Service de médecine génétique, CHUV	23 octobre 2018 (par téléphone)
<b>David Baud</b>	Professeur, Chef de service, Service d'obstétrique, Département femme-mère-enfant, CHUV	28 janvier 2021

---

# Index

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes topiques figurant en marge du texte

## A

Académie suisse des sciences médicales  
64, 68 ss, 77, 83, 86 ss, 101, 109 s.,  
121 s., 259, 611, 819, 858 s., 898, 908,  
962, 987, 989

### Acquisition

- dérivée 389 s.
- originaire 389 ss, 424

### Acte

- à cause de mort 219 s., 790
- de disposition 146, 255, 376, 378, 382,  
385, 499, 790
- juridique unilatéral 242, 395, 409
- sur le cadavre 42, 256, 271 s., 473, **579**,  
1008, 1131

Âge 244, 813, 838, 892

Analyse génétique 384, 940, 974, **1021 ss**,  
1044, 1093, **1096 ss**

Anatomie 32, 253, 717, 843, 910 ss

- Autopsie d'anatomie *cf. autopsie*
- Institut d'anatomie 262, 253, 316, 378,  
398 s., 406, 414, 417, 499, 579, 712,  
717, 988 ss, 1279

Angiographie post-mortem *cf. imagerie*

Animal 186, 322, **339 s.**

- protégé 358
- sauvage 410

Anthropophagie *cf. cannibalisme*

Appel *cf. voies de droit*

Aquamation 570, 1204, **1206**, 1210

Assurance 1040, 1129, 1160, 1214

- Assurance-accident 1004 s., 1250
- maladie (obligatoire) 792, 825, 981
- militaire 1251

### Autopsie

- d'anatomie 386, 467, 470, 923, **984 ss**,  
1009 s.
- médicale 259, 470, 914, **961 ss**, 1008 s.

- médico-légale 282 s., 467, 470, **924 ss**,  
993, 1007, 1025, 1099

- sanitaire 283, 467, 470, 505, **1000 ss**

Avortement spontané 606, 632, 660,  
893 ss, 1112 ss

## B

Base légale 278 ss, 783, 897, 929, 959,  
1167, 1263

### Biens

- de la personnalité 155, 185, 203
- de l'État *cf. choses publiques*
- juridique protégé **439 ss**, 587

Bonnes mœurs 200, 202, 255, 266, **273 ss**,  
**275**, 276 s., 281, 312, **372 ss**, 417, 422,  
463, 1140, 1182, 1201, 1210, 1219,  
1226

## C

### Cadavre

- altéré 669 s., **671 ss**, 942, 1023 s., 1068,  
1180
- cryogénisé *cf. cryogénéisation*
- inhumé 283, 569, 647, **724**, 1126, 1253,  
1255, 1262, 1299, 1323, 1327 s.
- momifié *cf. momie*
- Parties de cadavre 509, 671, **675 ss**,  
701, 859
- plastiné *cf. plastination*
- Restauration du cadavre 741, **949 ss**,  
1180
- Restitution du cadavre 701, 833, 840,  
949 ss, 979, 996, 1024
- Transport du cadavre 982, 1146 s.,  
1160, **1167 ss**, 1229, 1250

Cannibalisme 275, 466

### Caractère

- grossier **449 ss**, 458, 462, 466
- méchant **462 s.**, 464, 466

- Cendres 234, 277, 295, 373, 431, 453, 461, 485, 500, 501 ss, 510, **514**, 646, 652, 695, **725 ss**, 948, 996, 1143, 1160, 1176, 1200, 1225 ss, 1256, 1258, 1261, 1263, 1352
- Cercueil 725, 1146, 1160, 1170, 1173 s., **1175**, 1176, 1184, 1187, **1188**, 1198, 1239, 1243, 1254 s.
- Cérémonie funèbre **461**, 464 ss, 478, 519, 1146, **1181 ss**
- Charge successorale 219, **253**
- Choses
- d'origine humaine 334
  - hors du commerce 320, 350, **351 ss**, 366
    - Autres choses hors du commerce **356 ss**, 361
    - partiellement hors du commerce 349, 357, 359, 370, 394, 419
    - totalement hors du commerce 357
  - hors du marché 370, 420, 680, 719
  - multiples 325
  - ordinaires 141, 295, 304, 514, 685, 709, 714, 722, 725
  - personnes par destination 141, 684
  - publiques 353 ss, 360
  - sans maître 354, 391, **393 ss**, 409 s., 424, 680, 704
- Collections
- anatomiques 692
  - muséales 480, 701
- Compétence
- locale, 928, 1283, 1285, 1288, 1297, 1317, 1325
  - matérielle, 1283, 1297, 1317
- Concession 285, 724, 1085, 1087, **1223**, 1227, 1240, 1243, 1248, 1255, 1256, 1302
- Concours 459, 465, 490 ss, 516 ss, 835
- Concubin 211, 224 s., 804, 807, 1145, 1159, 1259
- Conflit
- de droits absolus 414 ss
  - entre les proches 221 ss, 1143, 1275 ss, 1299
- Conjoint 173, 209, 224, 227, 232, 803, 894, 1005, 1113, 1143, 1159, 1233, 1260, 1275, 1303, 1355
- Conseil génétique 1111
- Consentement
- éclairé **256 ss**, 847, 849, 859, 888, 897 s.
  - exprès 750, 752, 754 ss, 771, 774, 837, 869, 897, 963 ss, 987, 989, 1008
  - hypothétique 265
  - libre 145, **254 ss**, 721, 846, 1111
  - présumé 7, 284, **751 ss**, 876, 878 s., 946, 966 ss, 1008
- Contrat
- de pompes funèbres 1158 ss
  - de prévoyance funéraire **1165 s.**, 1269
- Convoi funèbre 431, 461, 465, 1248
- Covid-19 844, 1231 ss
- Crémation 38, 201, 277, 514, 570 ss, 646, 686, 690, 725 ss, 1058, 1117 ss, 1133, 1143, 1147, 1196 s., **1200 ss**, 1210, **1225 ss**, 1230, 1240, 1244, 1260, 1275, 1290, 1322 s.
- Cryogénéisation 270, 275, 570, 904, **1211 ss**
- Curatelle 814
- ## D
- Décence 564, 569, 570, **572 ss**, 667, 981, 1140, 1152, **1155 ss**, 1226
- Décès *cf. mort*
- Décomposition *cf. thanatomorphose*
- Délai d'inhumation 574, 578, **1189 ss**, 1193 ss, 1218, 1240
- Devoir(s)
- des proches 240
  - d'information 259, 265, 284, 652, 753, 755, 779, 871, 879, 966, 1000, 1008
    - au sens large 966
    - au sens étroit 966
  - professionnels 960, **1152 ss**
- Discernement
- Capacité de discernement 244 ss, 248, 784 ss, 787, 791, 810, 864

- Incapacité de discernement 230, 248, 287

Discrétion 475, 1152 s., 1155

Dissection *cf. autopsie d'anatomie*

Don du corps 868, **988 ss**, 994, 997

Droit(s)

- à la vie 47, 52, 73, 124, 143, 282, 619, 649, 924
- cantonal 13, 267, 277, 356, 454, 566, 594, 647, 682, 729, 926, 1098, 1118, 1141, 1145, 1159, 1199, 1221, 1224, 1244, 1283, 1297, 1309, 1311, 1317
- communal 566, 584, 724, 1140, 1141, 1254
- de connaître ses origines 1084, 1088, 1127
- de propriété *cf. propriété*
- fondamental 74, 147, 189, **190 ss**, **196**, 278, 281 s., 521, **532 ss**, 539, 564, 590, 773, 933, 1311
- international privé 1285, 1297, 1317
- strictement personnels
  - strictement personnels absolus 247
  - strictement personnels proprement dit 246
- subjectif 160, 198, 541 s., 556, **557 ss**

## E

Échantillon(s) 876, 1022 s., 1036, 1045 s., 1057 s., 1058, 1062, 1069, 1075 s., 1083, 1090, 1092, 1094 s., 1099, 1116 ss, 1124 ss, 1312, 1318 s., 1322 s.

Élément(s) artificiel(s) 141, 466, 492, 512, 514, 675, 684 ss, 725, 1207

Embaumement *cf. thanatopraxie*

Embryon(s) 101, 328, 541, 606, 632, 656, 831 s., 885, 887, 891, 903 s., 1112, 1115, 1129

Enfant(s)

- mort-né(s) 279, 454, 486, 581, 583, 605, 628, 632 ss, 646 ss, 650 ss, 659, 662 ss, 732, 893 s., 1112 ss, 1129, 1169, 1192
- n'ayant pas acquis la personnalité 487, 580 ss, **620 ss**, 890

- né(s) sans vie 454, 583, 630 ss, 633, 636, 646, 668

Entreprise de pompes funèbres 366, 381, **1146 ss**, 1278

État civil 102 ss, 548, 608, 629, 634 ss, 640, 644, 646, 838, 930 ss, 1196

Euthanasie passive 117, 125

Examen(s)

- externe 933, 937 ss, 944, 974
- génétiques 471, 1011 ss

Exécuteur testamentaire 214, **218 ss**, 253

Exhumation

- extraordinaire **1259 ss**, 1295 ss
- judiciaire 1263 ss
- ordinaire 1255 ss

EXIT 926, 943

Expertise 285, 945, 952, 1069, 1085 s., 1086, 1094, 1271, 1318, 1320, 1324 s.

Exportation 262, 744, 896 ss

Exposition 6, 31, 386, **479 ss**, 692, 1291

Extracommercialité *cf. choses hors du commerce*

## F

Fausse couche *cf. avortement spontané*

Femme enceinte en état de mort cérébrale primaire 618 s.

Filiation 209, 635, 663, 894, 1024, 1027, 1040, 1043, 1078 s., 1080, 1082, 1084, 1265, 1312 s., 1316

Fœtus 101, 365, 486, 596, 605 ss, 611, 619, **626**, 632, 640, 644, 647, 649, 653, 655, **826 ss**, 834, 840, 855, **884 s.**, 896 ss, 900, 903, 906, 1026, 1097, 1112 ss, 1115, 1129

For *cf. compétence locale*

## G

Glacier 598, 691, 700, 713, 872, 1125

Gratuité 337, 363, 586, 742, 798, **825**, 904, 1182, 1243, 1244

## H

Humuration 236, 570, **1207 s.**

## I

Imagerie 660, 844, 919, 939

Implants chirurgicaux *cf. éléments artificiels*

Importation 744, 898

Information *cf. consentement éclairé*

Inhumation 471, 547, 579, 1092, 1118, 1185, 1196, 1243

– Délai d'inhumation 574, 578, **1189 ss**, 1193, 1195, 1218, 1240

– Période d'inhumation 455, 1253, **1255**

– Permis d'inhumation 1196

– Registre des inhumations 1252

Interdiction du commerce 337, 363, 1359

Interdiction du profit 337, **360 ss**, 420 ss, 481, 586, 680, 719 s.

Intérêt prépondérant 144, 404 ss, 783, 953

Interruption de grossesse **886 ss**, 1112 s.

## J

Justes motifs 1316

## L

Laissez-passer mortuaire 1172 s., **1174**

Levée de corps 99, 918, 932 ss, 937, 943, 944, 1053

Liberté de forme 249, 788

Lieu où repose un mort 448, **452 ss**, 458, 472

## M

Mémoire préventif 1296

Mesure(s)

– Mesures médicales préliminaires 616, **823 s.**, 834

– Mesures provisionnelles 1092, **1293 ss**, 1306, 1322, 1325

– Mesures superprovisionnelles 1296, 1306

Ministère public 396, 481, 505, 682, 812, 926, 928, 932, 936 s., 942 ss, 948, 954, 978, 1048, 1052, 1060, 1069

Momie(s) 484, 692, 695, **713 ss**, 872

Monopole 1149, 1153, **1164**, 1240

Monument funéraire 448, 453, 459, 724, 1160, 1243

Mort

– Cause de la mort 89 s., 92, 940, 943, 1003 s.

– Circonstances de la mort 37, 44, 52, 669, 923, 940

– Constat de la mort 44, **84 ss**, 103, 122, 741, 747, 832, 840, 861

– Critère de la mort 44, 48, **51 ss**, 84, 97, 101, 106 ss, 611, 748, 891

– Définition de la mort 44, **46**, 50, 53, 109, 112

Musée *cf. collections muséales*

## N

Naissance 127, 162, 539 ss, 582, **604**, 612, 620, 626, 628, 634 ss, 640, 650 s., 658 s., 663, 789, 831, 855, 884, 894, 1113, 1174, 1252, 1318

Nécrophilie 466

Nullité 270 s., **276 s.**, 373, 409, 703

## O

Occupation 315, 332, **391 ss**, 404 s., 408 ss, 424, 680, 703

Objet

– de droit 181 ss, 291 ss, 296 ss, 319 ss, 327, 332 ss, 339, 357, 377 ss, 680

– humain 334

Ordre public 200, 202, 266, 269, **273 ss**, 281, 482, 562, 1182

Outrage **475 ss**, 479, 485, 489 s.

## P

- Paix des morts 155, 161, 194, 285, 428 ss, 434, 438, 440, 960, 1087 s., 1259
- Parenté 204, 209 s., 212, 214 s., 1017, 1025, 1035, 1047, 1073, 1099, **1102**, 1107, 1110 ss, 1128
- Parents 204, 214, 228, 279, 584, 607, 632, 635, 640, 642 s., 645, 647, 651 s., 654, 659 s., 662 ss, 732, 803, 807, 831, 890, 894, 950, 972, 1026, 1080, 1102, 1104, 1106, 1113, 1182, 1233, 1248, 1275 s., 1303
- Parties détachées du corps humain 328, 330, 334, 336 s., 347, 377
- Patrimoine 243, 249, 287, 324, 393, 491 s., 512, 514, 517, 728, 776, 1289, 1291
- Patrimoine administratif 353 ss, 360
  - Patrimoine financier 354 s.
  - Patrimoine génétique 1021, 1031, 1041, 1043, 1096
- Personnalité
- acquisition de la personnalité **603 ss**, 633, 657
  - Fin de la personnalité 51, 82, 313, 439, 1050
  - Protection de la personnalité 142, 316, 851, 1283, 1288, 1293
    - Protection de la personnalité après la mort **148 ss**, 176, 178
- Personne
- de confiance 217, **230 ss**, 789, 807, 809, **820 s.**, 824, 837, **868 ss**, 871, 876 ss, 1354 ss
  - morale 133, 216, 560
  - physique 134, 139, 162, 216, 232, 311, 334, 347, 424, 540, 558, 600, 614, 620, 658, 730 s., 820, 840, 855, 1147, 1151, 1354
  - source 332 ss, 347, 363, 683
- Phénotypage 1022, 1035, 1047, 1052, 1074
- Pièce anatomique 6, 367, **717 ss**, **999**, 1279
- Piété *cf. sentiment de piété*
- Plastination 236, 386, 398, 484, 692, 718

- Police 396, 551, 562, 578, 624, 682, 805, 926, 928, 931 s., 935, 942 s., 978, 1034, 1048 s., 1060, 1164
- Pompes funèbres *cf. entreprise de pompes funèbres*
- Possession 331, 391 s., 395, 397, 403, 496
- Présomption 103, 210 ss, 224, 244, 635, 661, 663, 1318, 1355
- Prélèvement
- à cœur arrêté 114 s., 737
  - à cœur battant 736, 823
- Preuve à futur 1092, 1322 s., 1325
- Principe
- d'intangibilité du corps humain 141, 192
  - de proportionnalité **283 ss**, 1046, 1125
  - de subsidiarité 851, 880 ss, 1074, 1106
- Proche(s)
- le(s) plus étroitement lié(s) 153, **223 ss**, 231, 241, 277, 315, 407, 502, 619, 698, 810, 890, 1113, 1260, 1304, 1326
  - parents **209 ss**, 213, 1005, 1303
- Projet de recherche 617, 694, 856, 861 s., 864, 883, 900 s., 903 s.
- Promession 1204 s., 1210
- Proportionnalité *cf. principe de proportionnalité*
- Propriété 140, 173, 183 s., 294 s., 300, 315 s., 330 ss, 351 s., 373, **378 ss**, 383 ss, 391 ss, 403 ss, 413 ss, 423 ss, 459, 465, 704, 720
- Prothèse *cf. éléments artificiels*
- Publicité 797, 992, 1157

## Q

- Qualité pour agir 1278, 1314
- Qualité pour défendre 1278, 1315

## R

- Recours *cf. voies de droit*
- Registre national du don d'organes 760, 793, **795 s.**, 865

Religion 433, 442, 578, 799, 910, 1224  
 Représentation 167, 226, 247 s., 820, 864  
 Respiration artificielle 57, 60, 65, 84, 107, 861, 880 ss, 900  
 – Personne décédée placée sous respiration artificielle 614 ss, 880 ss, 900  
 Restes 453, 455 s., 598, 652, 689, 701, 899, 942, 1105, 1206, 1253, 1255, **1256 ss**, 1260, 1263, 1352  
 Révocation 271, **802**, 818  
 Rite(s) funéraire(s) 36, 235, 564, **576 ss**, 910, 1132

## S

Sentiment de piété 174, 203 s., 206, 311, 317, 400, 441, 443, 445, 450, 456 ss, 470, 476, 486 s., 521, 587 s., 655, 673, 679, 696, 705, 709, 715, 728, 731  
 Sépulture  
 – Mode de sépulture 570, 577, 1133, 1142 s., 1188, **1197 ss**, 1355  
 – Unité de la sépulture 1184 ss  
 Soins  
 – de conservation *cf. thanatopraxie*  
 – de restauration 1180  
 – mortuaires 1160, 1177  
 Soustraction 408, 472, 494, 501, 507 s., 510, 512, 515 ss, 655, 668, 680, 728, 835  
 Squelette 367, 598, 674, 695, **706 ss**, 715, 717, 948, 1023  
 Suicide 98, 163, 173, 478, 576, 926, 942 s., 958, 1068, 1250  
 Sujet de droit 129 s., 131, 135, 148, 152, 159, 165, 177 s., 180 s.

## T

Thanatopraxie 471, 690, 692, **716**, **1178 ss**, 1218  
 Thanatomorphose 688 s.

Tombe(s) 35, 451, 453, 455, 458 s., 461, 574, 578, 724, 1085, 1118, 1141, 1143, 1184, 1186 s., **1221 ss**, 1243, 1245, 1248 s., 1253, 1255 ss, 1259 ss, 1320  
 – à la ligne 574, 724, 1222, 1248  
 – Désaffectation d'une tombe *cf. exhumation ordinaire*  
 – familiales 1187

## U

Usages locaux **573 s.**, 1140

## V

Virtopsie 939  
 Voies de droit 172, 482, 950, 954 ss, **1057 s.**, 1063, 1075, 1286, 1292, 1296, 1298, 1305 ss, 1320 s., 1356  
 Volonté présumée 228, **235 ss**, 239, 243, 252, 407, 619, 750, 785 s., 801, **811 ss**, 821, 869, 1143 s., 1202, 1275