



**HAL**  
open science

**La mort nous prend là où nous sommes. Note sous C.  
cass civ. 1re, 19 sept. 2018, n°18-20.693**

Lisa Carayon

► **To cite this version:**

Lisa Carayon. La mort nous prend là où nous sommes. Note sous C. cass civ. 1re, 19 sept. 2018, n°18-20.693. Droit de la famille, 2018. hal-02096657

**HAL Id: hal-02096657**

**<https://hal.science/hal-02096657>**

Submitted on 8 Nov 2020

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

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

**La mort nous prend là où nous sommes.**  
**Commentaire sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 septembre 2018, n°18-20.693.**

**Lisa Carayon**

Maîtresse de conférences  
Université Paris Sorbonne Nord, laboratoire Iris.

**Publié dans *Droit de la famille* n° 12, décembre 2018, comm. 281**

La liberté de décider de ses funérailles est une liberté individuelle et non une question d'état des personnes. La loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles est en outre une loi de police qui s'applique à toute personne décédée en France quelle que soit sa nationalité.

Un décès et un conflit familial : le début de tout contentieux relatif aux funérailles. Ici le décès est celui d'un homme de nationalité marocaine, né et résidant en France. Le conflit est celui qui éclot immédiatement sur les modalités de ses funérailles. Sa compagne et ses enfants souhaitent qu'il soit procédé à une cérémonie religieuse catholique puis à une crémation. Mais la mère du défunt et ses frère et sœur s'opposent à la crémation, notamment pour des raisons religieuses, cette pratique étant proscrite en Islam. Le tribunal d'instance puis le premier président de la Cour d'appel de Limoges tranchent en faveur de la compagne et des enfants.

Les autres membres de la famille se pourvoient en cassation invoquant notamment un argument de droit international privé. Selon eux, les funérailles sont rattachables à l'état des personnes : les juges du fond auraient donc dû, conformément à la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes, faire application de la loi de nationalité du défunt, qui n'autorise pas la crémation.

La Cour de cassation rejette cet argument, considérant que la liberté d'organiser ses funérailles est une liberté publique et non une question d'état des personnes, écartant ainsi l'application de la convention. La Cour ajoute ensuite que la loi du 15 novembre 1887, qui encadre la liberté de choisir ses funérailles, est une loi de police applicable à toutes les personnes décédées en France. La première chambre civile aurait pu s'arrêter là, mais elle confirme en outre le choix de la cour d'appel de désigner la compagne et les enfants comme les meilleurs porteurs de la position du défunt, en l'absence de volonté exprimée par écrit.

Cette décision permet de rappeler le régime de la liberté des funérailles mais surtout de s'interroger sur les motivations de la Cour de cassation à utiliser ici les qualifications de « liberté publique » et de « loi de police ».

Avant la loi de 1887, la Cour de cassation considérait que le choix de ses funérailles ne pouvait se faire que sous la forme testamentaire, allant jusqu'à refuser la preuve testimoniale (Cass. civ., 31 mars 1886 : *D.* 1886.I.451). Quelques juridictions ont maintenu cette position après 1887, considérant qu'en l'absence d'écrit c'était à elles de désigner la personne digne de régler les funérailles ; position qui leur permettait parfois d'écarter, ici la concubine, là la veuve à la conduite indécente... La Cour de cassation a, depuis, clairement affirmé qu'en l'absence d'élément permettant d'établir la volonté expresse du défunt il s'agit de rechercher sa volonté *présumée*, y compris en désignant la personne qui serait la plus à même de l'exprimer. (ex. Cass. civ 1<sup>re</sup>, 14 avr. 2010, n° 09-65.720). L'affaire ici commentée n'apporte rien de nouveaux : la Cour de cassation confirme qu'en l'absence d'écrit il s'agit de reconstituer les intentions du défunt y compris en désignant la personne la mieux à même de

les exprimer. Il s'agissait ensuite d'une question de faits et la Cour de cassation renvoie ici à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Mais ce raisonnement n'était possible que si la Cour appliquait le droit français, ce qui nécessitait de régler le conflit de loi soulevé par les requérants. Car si la liberté de régler ses funérailles était rattaché à l'état des personnes, c'est bien le droit marocain qui aurait dû trouver à s'appliquer. Ce rattachement à l'état des personnes n'est pas totalement absurde : l'infraction pénale de non-respect des dernières volontés est bien une infraction d'atteinte à l'*état civil* (art. 433-21-1 C. pén.). Cependant, on perçoit facilement les raisons qui ont pu pousser la Cour à rejeter cette qualification. D'une part, admettre que puisse s'appliquer le droit étranger conduirait à complexifier les opérations funéraires : les prestataires devraient s'interroger sur le droit applicable aux défunt-es avant toute opération sur le corps, alors même que les funérailles doivent avoir lieu dans les sept jours après le décès. D'autre part, si le droit étranger trouvait à s'appliquer, écarter la norme étrangère nécessiterait de la considérer comme contraire à l'ordre public international (v. H. PEROZ, *JCP G.* 2018.1142). Or, les normes funéraires étant bien souvent d'inspiration religieuse – c'était le cas ici – on comprend l'inconfort des juges à s'engager sur cette voie. Le problème aurait été le même si la liberté funéraire avait été qualifiée de droit de la personnalité, ce qui est suggéré par certain-es auteur-es (ex. R. CHAABAN, « Le cadavre saisi par le droit international privé », *in Traité des nouveaux droits de la mort*, éd. l'Épilogue, Lextenso, 2014).

D'où, sans doute, la qualification de loi de liberté publique, qui répond d'ailleurs à la position de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a déjà pu rattacher l'organisation de ses propres funérailles au droit au respect de la vie privée (Comm. EDH, 10 mars 1981, *X c. RFA*, n° 8741/79). Passer par la liberté a un second avantage : la qualification permet d'éviter toute interrogation sur la prolongation de la personnalité juridique après la mort ! Cette liberté s'exerce bien avant la mort et, hors écrit clair, va en réalité se confondre avec celle de ses proches. Une qualification de *droit de la personnalité* pourrait suggérer, à l'inverse, une survie de la personnalité. La Cour de cassation a d'ailleurs refusé l'idée de droits de la personnalité *post mortem* (sur le droit à l'image : Civ 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2009, n° 0810.557).

La qualification de loi de police n'était pas pour autant évidente. Ce rattachement a été critiqué, considérant qu'il devrait être réservé aux règles fondamentales d'organisation de l'État (M. BOUTEILLE-BRIGANT, *Lexbase*, 18 oct. 2018). Cependant, une lecture historique de la loi sur la liberté des funérailles peut apporter des éléments dans ce sens. La loi de 1887 doit en effet se lire dans son contexte : texte précurseur de la loi de 1905 sur la séparation des églises et de l'État, elle vise surtout à l'époque à permettre aux personnes de choisir de cérémonies funéraires *non-confessionnelles*, dans le but de protéger les libres-penseurs. C'est sans doute pourquoi l'infraction d'atteinte aux dernières volontés était conçue – et est toujours formellement classée – comme une atteinte à l'autorité de l'État : donner à une personne des funérailles religieuses alors qu'elle ne le souhaitait pas était alors indubitablement une défiance envers la volonté étatique de restreindre la puissance des églises. Il est vrai que la conservation de cette classification semble aujourd'hui un peu désuète, tant la liberté des funérailles s'entend désormais bien plus largement que le seul choix de leur caractère religieux ou non ; mais cette histoire justifie en partie la qualification de loi de police.

Cette qualification, si elle a incontestablement le bénéfice de la simplicité – en harmonisant le droit applicable aux funérailles – à également celui de l'ouverture. Car finalement que dit la Cour de cassation ? Que l'on peut parfaitement choisir des funérailles conformes à un droit étranger : en demandant, en France, des funérailles conformes à des exigences étrangères ou en demandant l'exportation de son corps vers un autre pays. Pour autant, la liberté des personnes n'est pas illimitée et même strictement bornée si elles

souhaitent que leurs funérailles aient lieu en France. Rappelons que le droit français proscrit, par exemple, les carrés religieux, limitant ainsi, en particulier, la liberté funéraire des personnes musulmanes. Comme bien souvent une liberté à géométrie variable donc.