



HAL
open science

De l'émotion comme fondement du droit à l'émotion comme outil d'analyse du droit : l'exemple de l'acte d'enfant sans vie

Rébecca Demoule

► **To cite this version:**

Rébecca Demoule. De l'émotion comme fondement du droit à l'émotion comme outil d'analyse du droit : l'exemple de l'acte d'enfant sans vie. *Revue juridique de la Sorbonne / Sorbonne Law Review*, 2021, 4, pp.45-61. hal-03664585

HAL Id: hal-03664585

<https://hal.science/hal-03664585v1>

Submitted on 9 Jun 2022

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.

De l'émotion comme fondement du droit à l'émotion comme outil d'analyse du droit : l'exemple de l'acte d'enfant sans vie

Rébecca DEMOULE

Doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Deux mois avant notre contribution orale au séminaire « Droit et émotion » organisé par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, une proposition de loi sénatoriale, était enregistrée pour modifier le régime des actes d'enfant sans vie¹. Disposant que peuvent figurer sur les actes d'enfant sans vie, à la demande des père et mère, le ou les prénoms de l'enfant ainsi qu'un nom, le texte exclut expressément tout effet juridique de ces ajouts². La proposition de loi consiste ainsi à « accompagner le deuil des parents, sans pour autant accorder de droits supplémentaires »³. Définitivement adoptée par le Parlement au moment où nous relisons les épreuves de cet article – elle affirme ainsi sans détour le lien entre le droit encadrant l'acte d'enfant sans vie et les émotions. Cela confère à l'étude des actes d'enfant sans vie un intérêt tout particulier dans le cadre du cycle de séminaire « Droit et émotion ».

L'acte d'enfant sans vie a été créé pour des parents ayant perdu un enfant à la suite, notamment, d'une fausse couche tardive ou encore d'une interruption de grossesse pour motif médical. Dans ces cas, en effet, l'enfant naît non viable ou non vivant et ne bénéficie donc pas de la personnalité juridique. Il est ainsi différencié des enfants nés viables et vivants et décédés peu après leur naissance. Pour accompagner la douleur des parents⁴ et à défaut d'acte de naissance, le droit instaure cependant un dispositif de prise en compte par l'état civil de cette vie manquée : l'acte d'enfant sans vie.

Plusieurs chercheurs ont qualifié l'acte d'enfant sans vie de « compassionnel »⁵. La compassion pouvant être définie comme le « sentiment qui porte à prendre part à la

¹ Proposition de loi n° 189 (2020-2021) visant à nommer les enfants nés sans vie, de Mme Anne-Catherine LOISIER, enregistrée à la Présidence du Sénat le 7 décembre 2020.

² La proposition de loi déposée au Sénat ne prévoyait pas cela et cette précision a été intégrée au texte suite à un amendement présenté en commission au Sénat par la rapporteure du texte.

³ *Ibid.*, Exposé des motifs.

⁴ Pour des raisons de cohérence, nous ferons référence aux porteurs du projet parental de l'enfant né sans vie par l'expression « parents ». D'autres chercheurs ont parlé de « personnes concernées » (terminologie du rapport PERISENS) ou de « péri-parents » (Anne-Sophie Giraud).

⁵ V. par exemple X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public : Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. H. Roussillon, Paris : Dalloz, 2003, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 223 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris : Presses universitaires de France, 2011, coll. Thémis Droit, p. 9 s. ; v. également G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2008 n° 10, comm. 135.

douleur et aux souffrances d'autrui »⁶, l'acte d'enfant sans vie serait l'objet juridique d'un sentiment qui touche à des émotions.

La vérification de cette affirmation (I) conduira à utiliser l'émotion comme un outil d'analyse du droit régissant l'acte d'enfant sans vie (II).

I.- Les sources discrètes de l'émotion en droit

A.- La consécration progressive d'un acte émotionnel par des textes administratifs

Changement de fonction. À l'origine, l'acte d'enfant sans vie n'était pas orienté vers l'émotion des parents. Un décret du 4 juillet 1806 prévoyait que « lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il a été présenté sans vie (...) » (article 1) et que « cet acte sera inscrit à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non » (article 2). Selon Vincent Gourdon, historien, et Catherine Rollet, historienne et démographe, le décret de 1806 s'inscrit dans un contexte de questionnements autour de l'état civil de l'enfant mort-né, notamment au regard des enjeux en matière d'héritage⁷. Les considérations émotionnelles étaient encore loin. Qualifié en 1919 d'« acte d'enfant sans vie », après suppression de l'exigence de présentation de l'enfant à l'état civil⁸, cet acte était établi pour tous les enfants qui étaient décédés lors de la présentation à l'officier d'état civil, même s'ils étaient nés vivants et viables. Il ne comportait même pas le prénom de l'enfant.

La dimension « émotionnelle » de l'acte d'enfant sans vie a peu à peu pris les devants à partir des années 1990.

La législation au secours de la personnalité juridique. En 1993, l'acte d'enfant sans vie intègre le Code civil. La loi du 8 janvier 1993⁹ introduit ainsi une distinction au sein des décès périnataux entre les enfants nés vivants et viables, mais décédés avant la déclaration de leur naissance à l'officier d'état civil, et ceux qui ne sont pas nés vivants et viables. Les premiers, nés viables et vivants, voient leur personnalité juridique reconnue et l'officier d'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès (article 79-1, alinéa 1^{er} du Code civil). L'acte d'enfant sans vie n'est délivré qu'aux seconds (article

⁶ « Compassion », *Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition*. [en ligne]. [consulté le 30 avril 2021]. Disponible sur Internet : <http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3211>.

⁷ V. GOURDON, C. ROLLET, « Les mort-nés à Paris au XIX^e siècle : enjeux sociaux, juridiques et médicaux d'une catégorie statistique », *Population* 2009, vol. 64, n° 4, p. 687-722.

⁸ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, JO 28 juill., p. 11272, §461 a.

⁹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO 9 janv., p. 495, art. 6.

79-1, alinéa 2 du Code civil) – et sa délivrance est, à cette époque, obligatoire. Outre l'entrée de l'acte d'enfant sans vie dans le Code civil, l'appréciation par le droit des décès périnataux s'affine.

En distinguant les deux situations, la loi a pour objectif assumé de tenir compte de l'émotion des parents des enfants décédés peu après leur naissance. Il s'agit ainsi de prendre en considération « le souhait légitime des parents de voir, pour des raisons psychologiques, établir un acte de naissance lorsque l'enfant est né viable »¹⁰.

L'Administration au secours des enfants sans vie. La suite des années 1990 voit plusieurs textes administratifs « émotionnaliser » l'acte d'enfant sans vie, tel qu'introduit dans le Code civil en 1993. Un décret de 1997 prévoit ainsi que « l'indication d'enfant sans vie ainsi que la date et le lieu de l'accouchement peuvent être apposés sur le livret de famille, à la demande des parents, par l'officier de l'état civil qui a établi l'acte »¹¹.

C'est surtout l'Instruction générale relative à l'état civil de 1999 qui, en précisant matériellement les conditions et le régime de l'acte d'enfant sans vie, le recouvre d'une dimension émotionnelle. Elle détaille notamment le régime de l'acte d'enfant sans vie, en précisant d'abord qu'il ne répond pas aux délais imposés en matière d'acte de naissance¹², bénéficiant ainsi d'un régime plus souple, qui s'adapte à la situation des parents endeuillés. L'Instruction générale relative à l'état civil prévoit également que « l'enfant sans vie peut recevoir un ou des prénoms si les parents en expriment le désir »¹³. Ces deux dispositions sont emblématiques : c'est le « désir » des parents qui primera, malgré le caractère en principe impératif des actes d'état civil¹⁴. Par ailleurs, la possibilité de prénommer l'enfant, qui n'était pas prévue par la loi de 1993, symbolise son individualisation et son humanisation malgré l'absence de personnalité juridique.

Ce mouvement se poursuit avec la circulaire du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance. À l'occasion du traitement de la prise en charge du corps de l'enfant sans vie, elle insiste sur les émotions des parents, en prévoyant que « quelle que

¹⁰ Proposition de loi n° 447 (1990-1991) relative aux enfants déclarés sans vie à l'officier d'état civil, de M. André Rouvière et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 3 juillet 1991, p. 2 : « Or, pour des raisons psychologiques les parents se trouvant dans cette situation souhaiteraient que la société reconnaisse cette naissance, qu'un acte mentionnant la naissance suivi d'un acte mentionnant le décès soient dressés ». L'apport de cette justification, qui était formulée par la proposition de loi sur les enfants sans vie du 3 juillet 1991, à la loi du 8 janvier 1993 est expressément souligné par le rapport fait en première lecture au Sénat lors de l'examen de ce dernier texte (L.DEJOIE, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale*, déposé le 2 décembre 1992, p. 15-16).

¹¹ Décret n° 97-853 du 16 septembre 1997 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, JO 18 sept., p. 13550, art. 3.

¹² *Ibid.*, §466.

¹³ *Ibid.*, §467-2.

¹⁴ V. *infra*.

soit la décision prise par la famille en matière de prise en charge du corps, le personnel soignant veillera à proposer, sans imposer, un accompagnement facilitant le travail de deuil »¹⁵.

Le tournant de 2008 : l'irruption du juge. Cette dynamique se transforme en 2008 et 2009 à la suite d'une série d'arrêts de la Cour de cassation. Depuis la circulaire de 2001 et jusqu'en 2008, un acte d'enfant sans vie n'était délivré que dans le respect du seuil de viabilité prévu par l'Organisation mondiale de la Santé, soit vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids du fœtus de 500 grammes. Cela avait été le raisonnement des juges d'appel dans plusieurs arrêts, que la Cour de cassation, dans des arrêts du 6 février 2008, casse pour violation de la loi au visa de l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil. Elle estime que « l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel (...) a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas »¹⁶.

Tirant les conséquences de ces arrêts de la Cour de cassation, les pouvoirs publics prennent alors un décret, accompagné d'un arrêté, pour modifier les conditions de délivrance des actes d'enfant sans vie¹⁷. Désormais, le critère de délivrance est celui de l'accouchement : doit être présenté, pour établir l'acte d'enfant sans vie, un certificat médical d'accouchement, qui distingue, dans le formulaire mis à disposition, les différents termes de grossesse qui ouvrent, ou non, la délivrance d'un acte d'enfant sans vie. Or, le critère de l'accouchement n'est plus aussi objectif que les normes de l'Organisation mondiale de la Santé, en particulier concernant les fausses couches, et laisse une marge d'appréciation au médecin qui le rédige¹⁸. Il introduit donc de la souplesse dans la délivrance de l'acte d'enfant sans vie, ce qui constitue à nouveau une forme d'adaptation au ressenti des parents endeuillés.

Cela sera suivi par d'autres textes administratifs : décret généralisant la possibilité de délivrance d'un livret de famille aux parents d'un enfant sans vie¹⁹, circulaire de 2009 rendant facultative la délivrance d'un acte d'enfant sans vie²⁰. Au-delà de

¹⁵ Circulaire du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance, texte non paru au *Journal officiel*, NOR : MESH0130766C.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ, 6 févr. 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, publiés au bulletin.

¹⁷ Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil, JO 22 août, p. 13145 et arrêté 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, JO 22 août, p. 13165.

¹⁸ G. LOISEAU, *loc. cit.*

¹⁹ Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, JO 22 août, p. 13144 et arrêté du 20 août 2008 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille, JO 22 août, p. 13145.

²⁰ Circulaire interministérielle du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus, texte non paru au *Journal officiel*, NOR : IOCB0914736C.

l'accompagnement des parents au moment de l'accouchement, ou encore du devenir du corps, la circulaire s'attache à des éléments particuliers d'accompagnement de l'émotion des parents, que ce soit sur la mémoire de l'enfant (« les professionnels veilleront à assurer, dans la mesure du possible, la disponibilité de traces mémorielles de l'enfant, tels que le bracelet de naissance ou des photos qui auront été prises de l'enfant dont la présentation aura été soignée (nettoyage, habillage), ou encore les empreintes, mèches de cheveux ..., qui seront conservées dans le dossier médical ») ou sur l'objectif des funérailles (« l'expression des rituels funéraires, en tant qu'elle peut faciliter, pour les parents endeuillés, la prise de conscience de la réalité de la perte et enclencher le processus de deuil, devra être favorisée »)²¹.

Le discours institutionnel, forme de reconnaissance de l'émotion. Le discours ministériel dévoile, lui aussi, un rapport particulier à l'émotion. À plusieurs reprises dans des réponses ministérielles, en effet, des ministres ont eu recours à la même formulation : « le dispositif d'établissement des actes d'enfant sans vie procède d'un équilibre délicat et sensible entre, d'une part, la douleur des parents confrontés à la naissance d'un enfant sans vie et la reconnaissance symbolique du lien qui les unit à celui-ci et, d'autre part, nos principes de droit concernant la personnalité juridique »²². Cette expression montre la recherche d'une conciliation, par les autorités publiques, du droit avec la gestion de l'émotion des parents.

Ce souci d'équilibre se retrouve dans les textes administratifs. Ainsi, la circulaire précitée de 2009 est orientée vers le ressenti des membres de la famille. Il y est ainsi indiqué que le texte « tient compte, notamment, de l'évolution réglementaire résultant des décrets et arrêtés susmentionnés parus le 20 août 2008 qui contribuent à apporter une réponse aux souffrances des familles confrontées à un deuil »²³. La circulaire consacre d'ailleurs une partie et une annexe à l'accompagnement du deuil périnatal. Dans cette dernière, elle précise justement que « les situations de mort fœtale et périnatale peuvent avoir par conséquent un caractère particulièrement douloureux et des conséquences importantes sur l'équilibre de chacun des parents du couple et de la famille. Pour ces raisons, les familles touchées par cette épreuve doivent pouvoir bénéficier d'un accompagnement de qualité fondé sur le respect de la part des professionnels des établissements de santé (...) ».

En conclusion, des sources administratives prépondérantes. Il est emblématique que l'ensemble de la question soit traité par des textes administratifs (décret, arrêtés, circulaires, IGREC), à l'exception de la loi de 1993. Cela est d'autant plus

²¹ *Ibid.*, p. 11.

²² Rép. min. n° 15505 : JOAN, 1^{er} janv. 2009, p. 12461, Minot M. ; v. également Rép. min. n° 2823 : JOAN, 16 janv. 2018, p. 355, Mesnier T. ; Rép. min. n° 11312 : JOAN, 25 déc. 2018, p. 12201, Bonnavard E. ; formule également reprise par Adrien Taquet, secrétaire d'État chargé de la protection de l'enfant, lors de l'examen en séance publique au Sénat le 16 janvier 2020 d'un amendement additionnel sur les actes d'enfant sans vie à la proposition de loi relative à la déclaration de naissance auprès de l'officier d'état civil du lieu de résidence des parents (JO Sénat, 17 janv. 2020, p. 353).

²³ Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 2.

curieux qu'il résultait des arrêts de cassation de 2008 que la définition des critères de délivrance des actes d'enfant sans vie devait émaner de la loi. L'observation générale sur les sources a pu être expliquée de différentes façons.

D'une part, il a pu être soutenu que l'irruption de la source légale pour réglementer l'acte d'enfant sans vie aurait entraîné, par la dimension humanisante de l'enfant que comporte l'acte d'enfant sans vie, un débat sur la personnalité juridique de l'embryon et, partant, sur la question de l'interruption volontaire de grossesse. On imagine les pouvoirs publics souhaiter éviter un tel débat. Partant, ce contournement du débat est réalisé au « plus grand bénéfice des familles endeuillées »²⁴. Et, sur ce point, l'attention est encore une fois prêtée à l'émotion des parents endeuillés.

D'autre part, ce choix peut également relever du traitement, en pratique, de l'enfant sans vie : il s'agit principalement d'élaborer une réglementation quant aux pratiques des services hospitaliers et funéraires et de l'état civil, qui n'appelle pas nécessairement à un texte de loi, mais peut tout à fait être encadrée par des sources administratives.

Un basculement vers le législatif sous le signe de l'émotion. Ce mouvement s'infléchit toutefois avec l'adoption de la proposition de loi visant à nommer les enfants sans vie. Le texte consiste en effet à intégrer dans la loi la possibilité de donner un prénom, jusque-là prévue par une circulaire, et d'ajouter la possibilité d'attribuer un nom de famille à l'enfant, qui était expressément rejetée par la même circulaire. Le tout en refusant d'en tirer quelque conséquence juridique que ce soit, notamment sur le plan de la personnalité juridique. L'objectif de cette démarche est clair : « même si aucune contestation juridique n'a jamais eu lieu, il importe d'élever – au sens fort du terme – ces dispositions au rang législatif et, ce faisant, au rang symbolique »²⁵. Autrement dit, le transfert de l'administratif vers le législatif repose uniquement sur la prise en compte de l'émotion parentale. Ce constat n'est que renforcé par le contexte d'adoption du texte, à l'unanimité par les deux chambres²⁶, et les multiples références à la douleur des parents dans l'ensemble des travaux²⁷.

²⁴ P. MURAT, « Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie », *Dr. fam.* 2009, n° 10, comm. 123.

²⁵ Intervention du député P. GOSSELIN in B. DESCAMPS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, visant à nommer les enfants nés sans vie (n° 4241)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 novembre 2021, p. 21-22.

²⁶ Pour le Sénat, v. JO Sénat, n° 58, 11 juin 2021, p. 4716. Pour l'Assemblée nationale, le vote ayant eu lieu à main levée, cette donnée n'est pas disponible, mais un journaliste de la chaîne publique La Chaîne parlementaire l'affirme : J. Wiels, « Le Parlement unanime pour donner un nom aux enfants mort-nés », *La Chaîne parlementaire* [en ligne] 26 nov. 2021. [consulté le 3 déc. 2021]. Disponible sur internet : <<https://lcp.fr/actualites/le-parlement-unanime-pour-donner-un-nom-aux-enfants-mort-nes-91567>>.

²⁷ V. notamment M. MERCIER, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi visant à nommer les enfants nés sans vie*, enregistré à la Présidence du Sénat le 2 juin 2021 ; B. DESCAMPS, *op. cit.*

B.- La confirmation d'un acte émotionnel par la pratique médicale et parentale

L'explication des mutations du traitement de l'acte d'enfant sans vie décrites précédemment se trouve dans une appréhension nouvelle du fœtus, notamment de la part des parents et du personnel médical.

Le fœtus, objet des émotions parentales. La circulaire de 2009 présente les motifs de cette prise en charge nouvelle de l'acte d'enfant sans vie : ce mouvement se rattache au renouvellement de la place qu'occupent le fœtus et la naissance²⁸, notamment en raison de la forte diminution de la mortalité infantile, du développement de l'imagerie médicale²⁹ mais aussi de la transformation symbolique du projet parental³⁰. La planification de la grossesse est davantage permise (contraception, interruption volontaire de grossesse) et avec elle le désir de parentalité, « accentuant par là même l'investissement affectif de la famille sur l'enfant à naître »³¹.

L'ensemble de ces éléments contribue à établir que le ressenti des parents constitue, aujourd'hui, la *ratio legis* du dispositif. Ce n'est donc pas la reconnaissance en *elle-même* de l'enfant sans vie qui est visée : elle n'est qu'un moyen de répondre à l'émotion des parents.

D'ailleurs, il est remarqué que la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur le droit au respect de la vie privée et familiale du parent³². Ainsi, dans l'affaire *Znamenskaya c. Russie*³³, la requérante soulevait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme car les juridictions internes n'avaient pas examiné ses demandes d'établissement de la filiation de son enfant mort-né avec son partenaire décédé et de modification de son nom. La Cour européenne des droits de l'homme retient que l'article 8 s'applique, mais dans son volet « vie privée », et non « vie familiale ». La vie familiale au sens de l'article 8 relève en effet de l'existence, dans les faits, de liens personnels étroits. Or, dans cette affaire, de tels liens ne pouvaient s'être développés car l'enfant était mort-né et le père biologique était séparé de la requérante avant la naissance et décédé peu de temps après. Cependant, la Cour retient que des relations étroites qui ne sont pas qualifiées de « vie familiale » peuvent relever de la « vie privée » au sens de la convention. En l'espèce, la requérante avait développé un lien fort

²⁸ Sur l'ensemble de ces questions : P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *Administrer une question incertaine : Le cas des enfants sans vie. PERISENS – Périnatal, Statuts, Enregistrement, Statistiques*, CMW (UMR 5283), CNRS, Mission de recherche Droit et Justice, Fondation des SFVP sous l'égide de la fondation de France, 2019, 308 p., v. p. 9 s. ; A.-S. GIRAUD, « Les « péri-parents » : à la recherche d'un statut spécifique après une mort périnatale », *Recherches familiales* 2015, vol. 12, n° 1, p. 85-97.

²⁹ Sur le recours à l'imagerie médicale dans l'humanisation de l'embryon et du fœtus, v. C. SANGER, « Seeing and Believing: Mandatory Ultrasound and the Path to a Protected Choice. », *UCLA Law Review* 2008, vol. 56, n° 2, p. 351-408.

³⁰ D. MEMMI, *La seconde vie des bébés morts*, Paris : École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2011, coll. Cas de figure, p. 133 s. sur ces facteurs.

³¹ Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 11.

³² J.-P. MARGUÉNAUD, « Les funérailles de l'ange », *RTD civ.* 2008, p. 257.

³³ Cour européenne des droits de l'homme, 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, n° 77785/01.

avec l'embryon : elle avait presque mené à terme sa grossesse, et avait exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer. Ainsi, pour la Cour, « l'établissement de sa filiation a sans doute affecté sa "vie privée", dont le respect est également garanti par l'article 8 ». La Cour avait conclu à une violation de l'article 8.

De même, dans l'affaire Hadri-Vionnet c. Suisse³⁴, la requérante soulevait une atteinte à sa vie privée et familiale du fait des conditions d'enterrement de son enfant mort-né. La Cour européenne des droits de l'homme avait là encore retenu une violation de l'article 8, car l'ingérence n'était en l'espèce pas prévue par la loi nationale.

Les « entrepreneurs de normes³⁵ : les pratiques liées à la réglementation. C'est dans le contexte de la nouvelle place occupée par le fœtus au cours de la seconde moitié du XX^e siècle que les pratiques hospitalières se sont progressivement modifiées dans les années 1980 et 1990. Dominique Memmi, chercheuse en sciences sociales, montre ainsi³⁶ le développement nouveau d'un ensemble de pratiques, dont une en particulier : la présentation des corps des enfants nés sans vie aux parents dans les services hospitaliers, dans un souci d'accompagnement de leur souffrance. Ce sont des professionnels qui auraient ainsi impulsé ce mouvement de matérialisation du corps de l'enfant sans vie dans une perspective de reconnaissance, ce qui amène l'auteure à parler d'« entrepreneurs de normes ».

Plus généralement, plusieurs sociologues constatent que des pratiques des professionnels humanisant ces bébés, notamment en maternité, ont accompagné la naissance de tout le dispositif actuel³⁷, dans une démarche rencontrant les attentes des parents³⁸. C'est le cas de la présentation du corps habillé à la parturiente mais aussi, par exemple, de la création d'un bracelet en maternité avec le prénom de l'enfant sans vie, ou encore du vocabulaire employé à la naissance : « enfant », « parent ». On peut aussi mentionner le développement de l'accouchement de l'enfant sans vie à la maternité, plutôt qu'en service de gynécologie, et par voie basse, ou encore la demande, par les soignants, du prénom de l'enfant³⁹. Le rapport PERISENS – Périnatal, Statuts, Enregistrement, Statistiques (ci-après nommé « rapport PERISENS ») développe ainsi la question de l'« administration » des enfants sans vie par les professionnels⁴⁰.

II.- Les fonctions sous-jacentes du droit émotionnel

Le dispositif des actes d'enfant sans vie répond aujourd'hui à l'émotion des parents. Cette émotion peut jouer un rôle particulier du point de vue du chercheur : analyser la législation applicable en la matière.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 14 févr. 2008, Hadri-Vionnet c. Suisse, n° 55525/00.

³⁵ Dominique MEMMI, *op. cit.*

³⁶ *Ibid.* pour les développements qui suivent.

³⁷ A.-S. GIRAUD, *loc. cit.* ; P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*

³⁸ P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 36 s.

³⁹ A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

⁴⁰ Pour un développement sur ce point, v. P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 285.

En droit positif, il résulte en effet de l'article 79-1 aliéna 2 du Code civil et des textes réglementaires de 2008 et 2009 que l'enfant sans vie pourra bénéficier d'un acte d'enfant sans vie, dans le registre des décès. Cet acte enregistre notamment son prénom et l'identité des « père » et « mère ». L'enfant sans vie peut être inscrit dans un livret de famille et bénéficier de funérailles. En revanche, ni nom de famille ni filiation ne peuvent être établis. La proposition de loi sénatoriale propose d'introduire à l'article 79-1 l'attribution d'un nom de famille – mais également de faire entrer dans la loi la possibilité d'attribution d'un prénom, ce qui est aujourd'hui seulement prévu par des sources administratives.

D'un point de vue juridique, le problème le plus évident qui naît du traitement de l'acte d'enfant sans vie, et donc de l'interaction entre droit et émotion, est celui de la personnalité juridique. Mais il y est juridiquement répondu lorsque le droit refuse d'établir un acte de naissance pour les enfants qui ne sont pas nés vivants et viables.

De même, les critiques directes de la prise en compte de l'émotion par le droit dans le cas des actes d'enfant sans vie sont développées de manière claire. En résumé, Carol Sanger, professeure de droit aux États-Unis, se demande dans un article si, dans le droit américain, « les législatures des États devraient [...] faire des câlins à leurs citoyens »⁴¹. La chercheuse formule ainsi, dans un autre article, cinq préoccupations générales à l'égard des législations américaines sur l'enfant sans vie⁴² : d'un point de vue logique, le dispositif constituerait une fiction juridique ; il ferait un usage thérapeutique du droit ; il questionnerait sur une contrainte autour du deuil périnatal ; il interrogerait sur le plan des statistiques démographiques ; et enfin, en offrant une place à la vie avant la naissance, le droit de l'acte d'enfant sans vie aurait des répercussions sur le droit à l'avortement⁴³.

En réalité, nous pensons que les interrogations autour de la personnalité juridique et celles, plus larges, autour de la rencontre entre droit et émotion, occultent une autre réflexion possible sur la rencontre de l'émotion et du droit : se saisir de l'émotion comme un outil de recherche, permettant de comprendre des questionnements autour de la législation actuelle.

Nous proposons ainsi de défaire trois contradictions apparentes qui sont le résultat de la rencontre entre l'émotion et le droit dans l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. L'émotion, qui est un fondement de l'acte d'enfant sans vie, devient alors un outil

⁴¹ C. SANGER, « Legislating with Affect: Emotion and Legislative Law Making » *Nomos* 2013, vol. 53, p. 57 ; reprenant la formule d'un sénateur du Sénat californien.

⁴² Notons que si les droits des États américains présentent des nuances par rapport à la législation française, notamment car ils actent la « naissance » de l'enfant sans vie, les remarques de la chercheuse recourent largement les préoccupations françaises.

⁴³ C. SANGER, « The Birth of Death: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 291 s.

d'analyse : sur les fonctions de l'état civil (A), sur la notion de famille (B) et sur les termes de la grossesse (C).

A.- L'acte d'enfant sans vie et les fonctions de l'état des personnes

L'apparente contradiction. D'une part, depuis la circulaire de 2009, l'établissement d'un acte d'enfant sans vie est facultatif, car il repose sur la seule volonté des parents⁴⁴. Le texte prévoit ainsi qu'« il sera précisé aux parents, lors de la remise du document, que la déclaration éventuelle de l'enfant sans vie à l'état civil repose sur une démarche volontaire »⁴⁵. De même, la déclaration « n'est contrainte par aucun délai »⁴⁶.

D'autre part, ce régime peut surprendre au regard du caractère impératif de l'état civil : il existe une obligation de déclarer les naissances, dans un délai de 5 jours⁴⁷, au-delà duquel un jugement sera nécessaire pour inscrire la naissance sur les registres.

Cette apparente contradiction entre le régime des actes d'état civil des enfants sans vie et des enfants nés vivants et viables peut s'expliquer par la coïncidence dans le temps des fonctions de l'état civil et de l'acte d'enfant sans vie.

Réflexion. L'état civil est traditionnellement un outil étatique d'identification et d'individualisation des personnes physiques⁴⁸. En 1806, l'établissement des actes d'enfant sans vie visait à contrôler les naissances⁴⁹. Il s'inscrit donc parfaitement dans la fonction de contrôle de l'état civil ; d'autant plus que l'enfant sans vie n'étant par définition pas une personne juridique, l'État n'a pas besoin de l'identifier au cours de sa vie⁵⁰. Dès lors, les fonctions de l'état civil et de l'acte d'enfant sans vie coïncidaient.

Mais se développe aujourd'hui une nouvelle fonction de l'état civil, parallèlement à son rôle traditionnel : la reconnaissance étatique d'éléments de l'identité dite « subjective ». Cette « identité vécue » permettrait l'« épanouissement personnel », par un régime tourné vers la « liberté de la détermination »⁵¹. Sont notamment donnés

⁴⁴ V. G. LOISEAU, *loc. cit.*

⁴⁵ Circulaire du 19 juin 2009, précitée, p. 4.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ C. civ., art. 55, al. 1^{er} ; délai qui peut être porté à huit jours lorsque l'éloignement le justifie (C. civ., art. 55, al. 2).

⁴⁸ V. notamment G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses. Sciences sociales et histoire* 1993, vol. 13, n° 1, p. 3-28. ; I. ABOUT, V. DENIS, *Histoire de l'identification des personnes*, Paris : La Découverte, 2010, coll. Repères Histoire.

⁴⁹ V. *infra*.

⁵⁰ V. G. LOISEAU, *loc. cit.*

⁵¹ J. ROCHFELD, *op. cit.*

comme exemples les changements de prénom⁵², de nom⁵³, mais surtout, plus récemment, la modification de la mention du sexe à l'état civil⁵⁴.

Or, il n'est pas anodin que l'introduction de l'acte d'enfant sans vie dans le Code civil, qui distingue dès lors les différents décès périnataux, ait été réalisée dans la même loi que celle qui a libéralisé le changement de nom⁵⁵ et deux mois après l'ouverture, par la jurisprudence, du changement de sexe à l'état civil⁵⁶.

L'acte d'enfant sans vie sert, aujourd'hui, l'accompagnement d'un deuil pathologique en individualisant l'enfant qui n'a pas accédé à la qualification de personne. En permettant l'accompagnement de la souffrance des parents, par une mesure symbolique qui dépasse les fonctions traditionnelles de l'état civil, il rejoint cette fonction nouvelle de l'état civil⁵⁷. Une différence notable réside dans le sujet de l'acte : alors que la subjectivation de l'état civil était faite dans son propre acte et pour soi-même, elle conduit ici à la création d'un acte pour autrui (acte de l'enfant sans vie pour ses parents). Judith Rochfeld, reprenant les travaux de Xavier Bioy⁵⁸, parle ainsi de « personne "compassionnelle" »⁵⁹.

Plus spécifiquement, analysant les questions d'identité traduites par l'état civil, Anne-Marie Leroyer estime que le rôle symbolique de l'état civil « est aujourd'hui accentué et se double d'une fonction thérapeutique nouvelle », citant la déclaration de l'enfant sans vie, indifféremment de la durée de la gestation, à l'état civil⁶⁰. L'acte d'enfant sans vie s'inscrirait alors dans un mouvement particulier de la subjectivation de l'identité par l'état civil : le thérapeutique.

Comme l'explique Carol Sanger, l'idée d'une fonction thérapeutique du droit constitue un mouvement plus large, la « therapeutic jurisprudence ». Développée aux États-Unis par David B. Wexler et Bruce J. Winick, cette pensée étudie la relation entre le droit et ses effets thérapeutiques sur les personnes⁶¹. L'acte d'enfant sans vie, fondé sur l'émotion des parents, s'inscrit dans la même logique⁶². Cette double considération

⁵² C. civ., art. 60.

⁵³ C. civ., art. 61 s.

⁵⁴ C. civ., art. 61-5 s., introduits par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁵⁵ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, précitée, art. 4, v. F. LAROCHE-GISSEROT, « Nom – Prénom – Nom de famille » in *Répertoire de droit civil*, oct. 2020, n° 184.

⁵⁶ Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, publiés au bulletin ; arrêts qui faisaient suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 25 mars 1992, B. c/ France, n° 13343/87.

⁵⁷ V. également sur ce point J. HAUSER, « État civil : du rôle et de la signification de l'état civil », *RTD civ.* 2003, p. 475.

⁵⁸ X. BIOY, *op. cit.*, n° 421.

⁵⁹ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 246 s., en particulier p. 272-273.

⁶¹ V. par exemple D. B. WEXLER, B. J. WINICK, *Essays in therapeutic jurisprudence*, Durham: Carolina Academic Press, 1991.

⁶² C. SANGER, « "The Birth of Death": Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 296.

thérapeutique de l'enfant sans vie à la fois par le droit et par l'état civil va ainsi, comme l'affirme Carol Sanger, l'extraire du domaine privé des émotions parentales⁶³.

En conclusion, le traitement de l'émotion des parents par l'acte d'enfant sans vie représente moins une exception au régime de l'état civil qu'une illustration de sa double fonction. En en faisant une faculté, la circulaire de 2009 fait de l'acte d'enfant sans vie un exemple type de la subjectivation de l'identité par l'état civil.

Notons toutefois que cette modification de la réglementation pourrait également trouver une justification dans la modification des conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie : l'accouchement peut être caractérisé pour des naissances qui, auparavant, n'auraient pas intégré la catégorie des actes d'enfant sans vie, notamment du fait d'une grossesse plus courte ou d'un corps de l'enfant moins lourd. Dans ces hypothèses, il est envisageable que les parents ne trouvent pas opportun de demander la délivrance d'un acte d'enfant sans vie.

B.- L'acte d'enfant sans vie et la notion de « famille »

L'acte d'enfant sans vie et, plus généralement, la réglementation et les pratiques qui l'entourent, interrogent la notion de « famille ». Comme le note Carol Sanger, le sujet de l'acte est tout autant l'enfant que la relation parent-enfant, une des fonctions de l'acte étant ainsi d'« établir une identité parentale »⁶⁴.

L'apparente contradiction. Un paradoxe semble se dégager des textes et de la pratique. D'une part, le droit réglementaire refuse l'établissement d'un lien de filiation et l'attribution d'un nom de famille⁶⁵. Si le lien de filiation constitue le fondement de la famille pour le droit, alors l'enfant sans vie n'entre pas dans une famille.

Mais, d'autre part, une série d'éléments d'ordres différents semblent instituer une famille de fait. Comme l'avance le rapport PERISENS, « il ne s'agit pas à proprement parler d'une assignation à être parent, car l'ensemble des femmes et couples concernés peut faire le choix de ne pas entrer dans ce processus. Néanmoins, si en droit la latitude laissée aux acteurs est totale, (enregistrer ou pas l'enfant sans vie à l'état civil, le mentionner ou non sur le livret de famille, le prénommer ou non, etc.), l'accompagnement encourage dans un certain nombre de cas l'émergence de rôles

⁶³ Ibid., p. 298 : « Yet they remain private rites and private responses. It is the demand that law participate in these practices that causes uneasiness, because at that point a delicate but important line has been crossed regarding official complicity with private feelings, spiritual needs, and personal rituals. This uneasy juxtaposition of public and private reveals itself in the simple matter of vocabulary: what are “angels” doing in the title of public legislation? ».

⁶⁴ C. SANGER, « “The Birth of Death”: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law », *California Law Review* 2012, vol. 100, p. 288.

⁶⁵ Cette position est toutefois contestée par certains chercheurs, qui proposent de distinguer personnalité juridique et filiation, v. *infra*.

parentaux »⁶⁶. Cela irait donc au-delà de l'accompagnement du deuil par des pratiques symboliques.

D'abord, le vocabulaire employé tant dans les textes juridiques que par les professionnels relève du champ lexical de la famille : c'est la problématique du « nommer » identifiée dans le rapport PERISENS⁶⁷. L'article 79-1 du Code civil prévoit ainsi que l'acte d'enfant sans vie « énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère ». De même, la circulaire de 2009 a plusieurs fois recours à l'expression de « parents ». Inversement, le formulaire de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie⁶⁸ ne prévoit que l'indication du nom de la parturiente. Et, ici, il est malaisé de savoir si ce choix a été fait à dessein ou s'il relève simplement de la nature médicale du formulaire.

De la même manière, les professionnels ont eux aussi recours à un vocabulaire qui renvoie à la famille. Il est notamment observé que le mot majoritairement employé pour désigner l'enfant sans vie, parmi l'ensemble des professionnels, est celui d'« enfant »⁶⁹. Selon les auteurs du rapport PERISENS, cela « favorise un basculement d'une réalité administrative à une réalité sociale en mentionnant le terme "enfant" suivi de "sans vie", lequel processus est renforcé par le fait que les « personnes concernées » sont, quant à elles nommées, "parents", "famille", voire "mère" et "père" »⁷⁰.

Ensuite, certaines pratiques tendent à reconnaître une forme de famille. Certaines sont institutionnelles. C'est par exemple l'hypothèse de la délivrance d'un livret de famille pour les parents qui n'en avaient pas déjà un, qui a été permise par un décret de 2008⁷¹. Cette disposition paraît anodine, puisqu'elle se contenterait d'ouvrir à tous les parents d'enfants sans vie une possibilité qui existait déjà pour les autres. En réalité, elle revêt une grande valeur symbolique : dans le droit antérieur, seuls les couples mariés et les couples avec enfants avaient un livret de famille. En donner un à ceux non mariés, dont le seul enfant est né sans vie, est une manière d'acter qu'ils « font famille ».

C'est également le cas venant des acteurs sociaux. Certaines prestations familiales peuvent ainsi être perçues après la naissance d'un enfant sans vie. La prestation d'accueil du jeune enfant peut être versée par la Caisse d'allocations familiales si « l'accouchement (ou l'interruption de la grossesse) [de l'enfant sans vie] intervient à une date postérieure ou égale au 1^{er} jour du mois civil suivant le 5^e mois de grossesse (soit à compter du 6^e

⁶⁶ P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁷ *Ibid.*, Partie 3, p. 217 s.

⁶⁸ « Certificat médical d'accouchement pour faire établir un acte d'enfant sans vie (Formulaire 13773*02) », *Service-Public.fr* [en ligne], vérifié le 30 avril 2019. [consulté le 30 avril 2021]. Disponible sur Internet : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R19553> ; v. arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, précité.

⁶⁹ Ce qui inclut « enfant sans vie ».

⁷⁰ P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 236 ; v. également A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

⁷¹ Décret n° 2008-798 du 20 août 2008, précité.

mois de grossesse) »⁷². De même, si le décès intervient à compter de la vingtième semaine de grossesse, peut être attribuée l'allocation forfaitaire versée en cas de décès d'un enfant⁷³. Encore, les indemnités de congé maternité peuvent être perçues si l'enfant n'est pas né vivant⁷⁴, ce qui suppose qu'il soit né viable, conformément aux seuils de l'Organisation mondiale de la Santé⁷⁵. Enfin, la grossesse est prise en compte pour les congés maternités ultérieurs⁷⁶. Il est intéressant d'observer que la souplesse quant aux conditions de délivrance de l'acte d'enfant sans vie ne se retrouve pas s'agissant des prestations sociales, qui exigent des critères stricts quant à la durée de la grossesse notamment.

D'autres pratiques, notamment en maternité, visent à humaniser l'enfant, ce qui conduit à le traiter comme le fils ou la fille de la parturiente⁷⁷.

Enfin, et dans ce contexte, les entretiens menés par des sociologues montrent que pour une partie des intéressés, l'enfant sans vie est bien un « enfant » de personnes qui se nomment et se ressentent « parents ». Pour le rapport PERISENS, cette parentalité s'exprime dans trois dimensions : « statutaire (je suis identifiable comme “parent” car j'ai fait des démarches en ce sens auprès de l'institution de l'état civil notamment), de rôles (j'ai accompli des actions permettant d'affirmer et de renforcer mon rôle parental à l'égard de cet “enfant”), affinitaire (je me sens “parent” de cet “enfant”) »⁷⁸.

Selon Anne-Sophie Giraud, chercheuse en anthropologie, ce ressenti s'inscrit par ailleurs dans un processus délicat pour ces parents, car ils se trouvent précisément dans un « statut intermédiaire »⁷⁹, notamment les femmes qui n'ont pas eu d'enfant précédemment. Alors qu'elles ont entrepris des rituels de passage au statut de mère, ce processus s'interrompt brutalement sans être arrivé à terme. En particulier, la chercheuse soutient que si cette problématique est liée « au fait que les rites de naissance lors d'une mort périnatale sont incomplets, alors même que les soignants essaient dans une certaine mesure de les recréer », elle tient également du fait que « la mort périnatale autour de la naissance, requière désormais un statut spécifique pour ces femmes, entre mère et “non-mère”, qui n'existe pas. Aujourd'hui, même si la naissance est devenue le rite d'accueil d'une personne à part entière, nous voyons se multiplier les lieux et les temps de l'inscription sociale de l'enfant au sein de la famille conjugale, dans le cercle familial et amical proche, puis enfin dans celui des deux lignées alliées »⁸⁰. Naît ainsi une

⁷² CSS, art. R. 531-1, al. 4.

⁷³ CSS, art. L. 545-1 et art. D. 545-2. Cette allocation a été créée par la loi n° 020-692 du 8 juin 2020 visant à améliorer les droits des travailleurs et l'accompagnement des familles après le décès d'un enfant.

⁷⁴ CSS, art. R. 331-5.

⁷⁵ Lettre ministérielle du 28 mars 2011 afférente à l'impact sur les droits sociaux des trois arrêts de la Cour de cassation du 6 février 2008 relatifs à l'état civil des fœtus nés sans vie », *Legislation.cnaf.fr* [en ligne]. [consulté le 30 avr. 2021]. Disponible sur internet : https://www.legislation.cnaf.fr/Pages/texte.aspx?Nom=LE_MIN_28032011#c3>.

⁷⁶ CSS, art. L. 331-4 : « lorsque l'assurée a déjà mis au monde au moins deux enfants nés viables ».

⁷⁷ *V. supra*.

⁷⁸ P. CHARRIER, G. CLAVANDIER, M. GIRER, G. ROUSSET, *op. cit.*, p. 251.

⁷⁹ A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

⁸⁰ A.-S. GIRAUD, *loc. cit.*

demande de reconnaissance de la part de la famille et du milieu amical⁸¹. Cela rejoint notre réflexion sur la demande de reconnaissance à laquelle l'institution publique répond en instituant un acte d'enfant sans vie.

Ainsi, il ne semble pas y avoir de famille *juridique*. Mais dans les faits, il y a une famille désignée par la pratique institutionnelle, sociale et médicale, et une famille parfois vécue et intégrée par les parents.

Réflexion. Le premier dépassement de ce paradoxe est théorique : il consiste à distinguer la filiation de la personnalité juridique, et d'ainsi estimer que l'acte d'enfant sans vie institue un lien de filiation et, partant, une famille. Seule la circulaire de 2009 l'exclut, la loi ne posant pas de règle particulière à cet égard et mentionne au contraire les « père et mère » pour l'établissement de l'acte d'enfant sans vie. Il peut aussi être soutenu que l'enfant sans vie ne pouvait qu'être prénommé, et non nommé. Et la proposition de loi votée par le Parlement le 26 novembre 2021, si elle prévoit l'attribution d'un nom de famille, précise justement que « cette inscription de prénoms et nom n'emporte aucun effet juridique » : le législateur a ainsi exclu à dessein tant l'attribution de la personnalité juridique que d'un lien de filiation. Effets juridiques et effets symboliques sont, ici encore, à distinguer, et une députée estime à l'occasion de l'examen de la proposition de loi en commission qu'« en permettant de donner un nom à l'enfant né sans vie, [l'article] reconnaît symboliquement sa filiation »⁸².

Plusieurs chercheurs s'interrogeaient ainsi sur la possibilité d'établir la filiation des parents à l'égard de l'enfant sans vie⁸³. Au-delà des divers arguments employés pour soutenir l'une ou l'autre hypothèse et du lien, possible ou non, entre personnalité juridique et filiation, le débat juridique lui-même révèle, selon nous, une ambivalence certaine des chercheurs quant à ce qui fait famille.

Le second dépassement de la contradiction apparente se trouve ainsi dans les représentations de la famille auxquelles cette situation renvoie. On comprend que cette « famille » se retrouve aux marges de nos représentations conceptuelles. Si l'aspect d'engendrement de l'enfant est acquis, il peut être complexe de saisir les manifestations de parentalité dans ce cadre puisque l'enfant n'a pas été élevé par ces parents. Alors, peut-être que le ressenti de parentalité de la part des parents d'enfant sans vie renvoie aux tiers, et notamment aux parents d'enfants nés vivants et viables, la question de ce

⁸¹ Dont on pourrait voir une recherche sur les réseaux sociaux : J. ROUSSEL, « Mort-né, mais né quand même » : sur Instagram, des photos de bébés morts pour briser le silence du deuil périnatal », *Le Monde* [en ligne] 7 janv. 2021. Mise à jour le 11 janv. 2021. [consulté le 30 avr. 2021]. Disponible sur internet : <www.lemonde.fr/m-perso/article/2021/01/07/sur-instagram-un-cimetiere-numerique-pour-les-enfants-mort-nes_6065509_4497916.html>.

⁸² Intervention de la députée L. El Aaraje in B. DESCAMPS, *op cit.*, p. 23.

⁸³ V. P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451 ; J. MASSIP, « État civil : les actes d'enfant sans vie », *LPA* 2008, n° 132, p. 19 ; v. également sur l'état de la doctrine L. CARAYON, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS Éditions, 2019, Collection Thèse, p. 94 s.

qui constitue leur propre parentalité à l'égard de leurs enfants⁸⁴. C'est cela qui constituerait l'apparente contradiction.

C.- L'acte d'enfant sans vie et la catégorisation des termes de la grossesse

L'apparente contradiction. D'une part, en 2008, la Cour de cassation casse deux arrêts d'appel aux motifs que « l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel (...) a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas »⁸⁵. Il résulte de ces arrêts qu'il n'était pas possible de subordonner la délivrance d'un acte d'enfant sans vie à un seuil, en particulier au seuil de viabilité alors établi par l'OMS.

D'autre part, le certificat médical d'accouchement nécessaire pour établir l'acte d'enfant sans vie, prévu par un arrêté de 2008⁸⁶, prévoit deux cas possibles. D'un côté, les « situations ouvrant la possibilité d'un certificat d'accouchement » : l'accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale, dont l'interruption médicale de grossesse (IMG) ; de l'autre, les « situations n'ouvrant pas la possibilité d'un certificat d'accouchement » : l'interruption spontanée précoce de grossesse (fausse couche précoce) et l'interruption volontaire de grossesse (IVG).

Ainsi, alors même que cet arrêté fait suite à une décision de la Cour de cassation prohibant les distinctions, les pouvoirs publics distinguent entre les différentes situations.

Lisa Carayon⁸⁷, dans sa thèse, expose un système de « hiérarchisations multiples opérées par le droit »⁸⁸ : une première entre la maturité des embryons (différence entre l'accouchement spontané et l'interruption spontanée précoce de grossesse ou fausse couche précoce) et une seconde entre « les causes de la mort » (différence entre l'IMG et l'IVG)⁸⁹.

Réflexion. Une première explication de ces hiérarchisations pourrait être trouvée dans les termes de l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil, ce dernier disposant que l'acte

⁸⁴ De la même façon que le choix de ne pas vouloir d'enfant engage une réflexion sur la parentalité et renvoie à celles et ceux qui sont parents un questionnement sur leur propre choix et d'avoir un enfant et la justification de celui-ci. V. sur ce point C. DEBEST, « Quand les « sans-enfant volontaires » questionnent les rôles parentaux contemporains », *Annales de démographie historique* 2013, vol. 125, n° 1, p. 119-139 ; J. CANONNE, « Vivre sans enfant », *Sciences Humaines* 2019, vol. 316, n° 7, p. 11.

⁸⁵ 1^{re} civ, 6 févr. 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, publiés au bulletin.

⁸⁶ V. *supra*. arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, précité.

⁸⁷ Nous remercions Madame Carayon pour le temps qu'elle nous a accordé afin de discuter de ses travaux de recherche et de leur application au droit des actes d'enfant sans vie.

⁸⁸ L. CARAYON, *op. cit.*, p. 560 s. pour les développements qui suivent.

⁸⁹ La chercheuse ajoute une troisième distinction possible, entre embryons *in utero* et embryons *in vitro*, mais ces derniers ne sont pas envisagés par les textes sur l'acte d'enfant sans vie.

d'enfant sans vie « énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement ». Ainsi, seules certaines expulsions seraient qualifiables d'« accouchement ».

Peut-être, aussi, pouvons-nous penser que la délivrance d'un acte d'enfant sans vie dans le cadre d'une IVG pourrait être interprétée comme une personnification de l'embryon et, partant, faire craindre aux pouvoirs publics un débat sur une remise en cause du droit à l'avortement sur ce fondement.

La chercheuse, interrogeant les hiérarchisations qu'elle constate, rappelle que l'acte d'enfant sans vie a été établi pour des motifs compassionnels⁹⁰ : la cohérence des actes d'enfant sans vie serait donc constituée par le but de l'acte d'enfant sans vie (une mesure à l'égard de la souffrance des parents) plus que par une catégorisation des embryons et fœtus qualifiables d'enfants sans vie. Mais un tel constat amène à la réflexion suivante : « dès lors que l'on considère que l'acte d'enfant sans vie est un outil social de reconnaissance de la souffrance de ceux et celles qui ont vu s'interrompre une grossesse, alors conditionner l'accès à cet acte à la durée de celle-ci ou à la cause de l'interruption de la gestation conduit en réalité à hiérarchiser les détresses. Or, il est délicat de faire la distinction entre les désespoirs "acceptables" et les autres »⁹¹ - en particulier en ce qui concerne la souffrance de la femme ayant interrompu volontairement sa grossesse et les motifs qui l'y ont conduite⁹².

Posant les enjeux liés à la défense de l'IVG et la personnification de l'embryon par l'acte d'enfant sans vie, Lisa Carayon propose d'envisager les conditions de délivrance de l'acte d'enfant sans vie en liant ce dernier au droit au respect de la vie privée des parents. Ainsi, dans une vision large, l'acte serait délivré pour toute interruption de grossesse (ce qui supposerait financièrement d'établir des conditions différentes pour l'accès aux droits sociaux⁹³). Dans une vision restreinte, l'acte d'enfant sans vie serait délivré sur un critère de durée de la grossesse, plus objectif que celui des causes de son interruption – mais nous pouvons ici nous demander si un tel critère ne rejoindrait précisément pas les hypothèses ayant conduit aux arrêts de cassation de 2008 précités.

Dans le cas de l'enfant sans vie, la prise en compte de l'émotion par le droit semble perturber des catégories, et ainsi l'ordre juridique. L'analyse nous révèle qu'en introduisant une donnée non rationnelle dans la discussion, l'émotion permet d'aller au-delà d'une remise en cause, en interrogeant les fondements et la cohérence de ces catégories.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 668 ; v. notre première partie.

⁹¹ L. CARAYON, *op. cit.*, p. 669.

⁹² Sur la durée de la grossesse comme fondement de la distinction entre IVG et IMG dans le certificat médical d'accouchement, v. M. PICHARD, « A propos de l'acte d'enfant sans vie (Étude des décrets et arrêtés du 20 août 2008) », *LPA* 2008, n°236, p. 4.

⁹³ Mais nous avons vu que cela était déjà le cas, v. *supra*.