

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d' « acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge

Beague, Maïté

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2008

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Beague, M 2008, 'Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d' « acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge', *Journal des Tribunaux*, Numéro 24, p. 413-425.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## SOMMAIRE

- Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal? - Etat des lieux en matière d'« acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge, par M. Beague ..... 413
- Marchés publics - Recours efficace contre la décision d'attribution - Protection du secret des affaires - Principe du contradictoire - Mise en balance des intérêts.  
(C.J.C.E., 3<sup>e</sup> ch., 14 février 2008, observations de T. Bombois et C. Dubois) ..... 425
- Etat des personnes - Actes d'état civil - Enfant né sans vie - Conditions de l'établissement de l'acte (article 79-1, alinéa 2, C. civ. fr.) - Exigence de développement suffisant du fœtus (non).  
(Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 février 2008, note) ..... 431
- Conseil d'Etat - Contentieux - Recours - Accès au dossier administratif - Protection du secret des affaires - Principe du contradictoire - Mise en balance des intérêts.  
(Cour const., 19 septembre 2007, note) ..... 432
- Chronique judiciaire :  
Hommage au professeur Guy Keutgen - Echos - Deuils judiciaires - Coups de règle - Parallèlement - Colloques - Il y a ... ans.

## DOCTRINE

### Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal? Etat des lieux en matière d'« acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge

*« La vie du droit n'est pas la répétition sans fin des compositions passées. Grâce à l'imagination des juristes, elle connaît la création d'accords inédits. Elle s'enrichit même de sons nouveaux. De toutes ces notes d'hier, d'aujourd'hui, de demain, le droit est l'harmonie »<sup>1</sup>.*

**L**E 6 FÉVRIER 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation française a rendu trois arrêts en matière d'« acte de déclaration d'enfant sans vie » (ci-après, p. 431). Ces derniers n'ont pas manqué de susciter certaines réactions au sein de la société civile française. Entraînant des conséquences juridiques non négligeables pour les parents de l'enfant décédé, l'« acte de déclaration d'enfant sans vie » s'inscrit plus largement dans le cadre de la reconnaissance du deuil périnatal. Les réglementations française et belge diffèrent en ce qui concerne les conditions d'établissement de l'acte de déclaration d'enfant sans vie, même si, à l'origine, tant le droit belge que le droit français furent régis par le décret du 4 juillet 1806.

## 1

### Introduction

1. La perte d'un enfant non encore né ou l'accouchement d'un enfant mort à la naissance entraînent une douleur morale et nécessitent un travail de deuil. Ces douleurs sont trop souvent négligées par l'entourage, « tant l'idée est ancrée que ces morts-là ne sont "pas si graves" »<sup>2</sup>. Le droit a-t-il un rôle à jouer en matière de deuil périnatal<sup>3</sup>? Quelle fonction sommes-nous légi-

timeusement en droit d'attendre des actes de l'état civil? Sans qu'elle ait été imaginée, à l'origine, par les rédacteurs du Code civil, la possibilité de rédiger « un acte de déclaration d'enfant sans vie » est venue conférer à l'acte de l'état civil une fonction inédite et originale<sup>4</sup>. En effet,

La norme à l'écoute de son modèle - Du droit des personnes au droit de la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, pp. 200-201, n° 5. Au sens strict du terme, « la perte périnatale concerne la mort d'un enfant à la naissance (enfant mort-né avant et pendant le travail d'accouchement), et la mort néonatale, frappant des nourrissons de quelques jours ». Le deuil périnatal peut donc recouvrir l'accouchement forcé d'un enfant mort *in utero*, puisque la perte périnatale concerne l'« enfant mort-né avant le travail d'accouchement ». Au sens large, « la notion de deuil périnatal (...) s'ouvre à d'autres échecs de conception, soit : avortements spontanés ou fausses couches, les interruptions thérapeutiques ou eugéniques de grossesse au-delà de la douzième semaine de gestation, les interruptions de grossesse demandées, avant la douzième semaine de gestation, par la mère pour peu que, dans sa détresse, elle ait mal évalué les conséquences psychologiques de son choix, la mise au monde d'un enfant handicapé ou la renonciation au désir de descendance parfaite... ».

(1) J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens et droits », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, n° 15, p. 283; cité par S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain - A propos de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *Droit de la famille*, octobre 2001, pp. 9-15.

(2) M. FLIS-TREVIS, *Le deuil de maternité*, Plon, Paris, 2001, p. 18.

(3) Le deuil périnatal peut s'entendre au sens strict ou au sens large : M.-F. LAMPE, « A propos du deuil périnatal -



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

[www.larcier.com](http://www.larcier.com)

« il ne s'agit plus de fournir une preuve certaine de l'état d'une personne en constatant un fait ou acte juridique qui modifie cet état; il s'agit seulement de constater l'existence (ou plus exactement la non-existence) d'un être *qui est né*<sup>5</sup> mais qui n'a pas vécu (...). La puissance publique entend par là ne pas lui dénier le fait d'*avoir été*<sup>6</sup>, ceci dans le but d'aider les parents à faire leur deuil »<sup>7</sup>. En ouvrant la possibilité d'établir un acte de déclaration d'enfant sans vie, tant le Code civil français que le Code civil belge envisagent d'aider les parents dans leur travail de deuil. Les questions juridiques posées quant aux conditions d'établissement de cet acte, mais également quant aux effets de celui-ci, sont nombreuses, comme le soulignent trois arrêts rendus récemment en la matière par la première chambre civile de la Cour de cassation française<sup>8</sup>. Nous pensons que les parents méritent d'être accompagnés dans leur travail de deuil périnatal. Il faut toutefois se demander si tout « fœtus » ou « embryon » accouché prématurément doit pouvoir faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie. Si les arrêts présentement commentés ont l'avantage de mettre en lumière les imprécisions du Code civil en ce domaine, peut-être ont-ils (ou auront-ils) le désavantage d'entraîner certaines dérives, auxquelles nous ne pouvons, *a priori*, nous rallier<sup>9</sup>. Nous tenterons donc d'éclairer les juristes et les non-juristes sur les différentes questions que la reconnaissance du deuil périnatal soulève, questions auxquelles il est difficile de répondre, d'autant plus qu'elles s'analysent différemment par le juriste, le biologiste, le religieux ou le moraliste<sup>10</sup>. Que faut-il entendre par le mot « accouchement », par le terme « enfant né sans vie » ou « enfant mort-né » ? Une femme qui perd son « enfant » après un mois de grossesse doit-elle être admise à l'enregistrer dans un acte de l'état civil ?

2. Le rôle du droit et les limites que celui-ci est tenu d'imposer aux citoyens, aussi contraignantes qu'elles puissent paraître, nous obligent à réfléchir au sens et à la portée des règles édictées par le législateur. Les propositions de loi déposées récemment en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie suscitent le débat<sup>11</sup>.

(4) J. SOSSON, « Des actes de l'état civil - Livre I - Titre II », *J.T.*, 2004, pp. 251-252.

(5) Souligné par nous.

(6) Souligné par nous.

(7) J. SOSSON, « Des actes de l'état civil - Livre I - Titre II », *op. cit.*, p. 251. Nous percevons dès à présent les difficultés du langage devant lesquelles la problématique du deuil périnatal nous met. En effet, pouvons-nous vraiment parler d'un être qui est né et d'un être qui a été ? Si les termes ne nous paraissent pas des plus adéquats, il faut toutefois bien admettre qu'il n'est pas évident de trouver ceux qui pourraient qualifier la situation exacte des « enfants morts-nés ».

(8) Cass., 1<sup>re</sup> ch. civ., arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008, in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(9) Si les arrêts rendus par la Cour de cassation française mettent en lumière les imprécisions du Code civil français, ils sont l'occasion d'attirer notre attention sur le droit belge en la matière, qui, révèle, lui aussi, certaines limites. *Cfr infra*, n°s 18 et s.

(10) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation). Notez que A. Legoux ne souligne pas la catégorie du « moraliste » dans son avis relatif aux arrêts de la Cour de cassation française. Il nous semble pourtant que ce dernier analysera différemment du juriste, du biologiste ou du religieux, la question de la reconnaissance du deuil périnatal.

(11) *Cfr infra*, n°s 27 et s.

Afin de l'aborder, nous procéderons en deux points. Nous analyserons, dans un premier temps, la situation du droit français en la matière. Nous partirons des faits présentés à la Cour de cassation française en juin 2006<sup>12</sup>. Ceci nous permettra d'envisager la situation des « enfants morts-nés » tant du point de vue des conditions d'établissement des actes de déclaration d'enfant sans vie, que des effets de ces derniers. Cet acte entraîne des conséquences en droit civil, en droit social et en matière de droit funéraire. La distinction claire entre les effets civils des actes de déclaration d'enfants sans vie, d'une part, et les effets en matière d'organisation des funérailles, d'autre part, est essentielle afin d'appréhender justement la problématique et de répondre par conséquent adéquatement aux questions laissées en suspens par les arrêts de la Cour de cassation française. Nous nous pencherons, dans un second temps, et selon la même trame, sur les réglementations du droit belge en matière d'actes de déclaration d'enfants sans vie. Le point névralgique à la question de la reconnaissance du deuil périnatal n'est autre que le statut juridique de l'embryon ou du fœtus. Cette question a, de tout temps, nourri la plume des différents auteurs de doctrine. Les controverses furent nombreuses sur ce point, tant en droit belge qu'en droit français. S'il constitue le point sous-jacent à la reconnaissance du deuil périnatal, le statut juridique de l'embryon ou du fœtus ne sera abordé que de façon indirecte dans le présent article<sup>13</sup>.

## 2

## Les dispositions du droit français en ce qui concerne « les enfants morts-nés »<sup>14</sup>

### A. Les faits soumis à la Cour de cassation française en juin 2006

3. Les arrêts rendus par la Cour de cassation française en février 2008 sont l'occasion de se pencher en détail sur les règles juridiques entourant la perte d'un « enfant à naître » en droit français. Respectivement en 1996, 1999 et 2001, trois accouchements ont lieu dans la ville d'Avignon, ayant pour conséquence la mise au monde de trois fœtus après 21, à nouveau 21 et 18 semaines d'aménorrhée<sup>15</sup>. Les fœtus pesaient respectivement 400, 286 et enfin 155 grammes. Chacun des trois couples d'époux ayant eu l'espoir de voir naître leur enfant va in-

(12) Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008, in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation). Le pourvoi en cassation fut introduit en juin 2006.

(13) Nous nous y attacherons dans la mesure où la question du statut de l'embryon touche de près à la question de l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie. Le présent article n'a cependant pas pour objet de développer en détail le statut juridique de l'enfant à naître.

(14) Le terme « enfant mort-né » est assez mal choisi. Nous allons en effet nous pencher sur la reconnaissance du deuil d'enfant mort-né, mais également, dans certains cas, sur la perte d'un « fœtus » ou d'un « embryon » à un stade très précoce de son développement.

(15) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

roduire une requête devant le tribunal de grande instance d'Avignon aux fins qu'il soit ordonné à l'officier de l'état civil d'établir un acte d'enfant sans vie conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 79-1 du Code civil. Trois jugements du 9 décembre 2003 débouteront les demandeurs de leur demande tendant à l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, jugements qui seront confirmés par la cour d'appel de Nîmes le 17 mai 2005. Les demandeurs introduisirent alors un pourvoi en cassation invoquant un moyen unique articulé en deux branches :

« Il est fait grief aux arrêts attaqués d'avoir, par voie de confirmation, débouté les parents d'un enfant sans vie de leur demande tendant à l'établissement d'un acte le concernant;

» — alors que d'une part, l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil subordonne la délivrance d'un acte d'enfant sans vie aux seules conditions d'un décès de l'enfant avant la déclaration de sa naissance, et d'un défaut de certificat médical attestant à ce moment, de sa vie et de sa viabilité, et non de son poids ni de la durée de l'aménorrhée de sa mère;

» — alors, d'autre part, que l'article 16 du Code civil garantissant le respect de l'être humain, sous réserve des seules dispositions relatives à l'interruption de grossesse, sans que soit nécessaire la viabilité de l'enfant, un fœtus doit être respecté comme tout être humain ».

Rejetant la seconde branche du moyen unique introduit par les demandeurs, la Cour de cassation française va toutefois casser les arrêts rendus par la cour d'appel de Nîmes sur la base de la première branche de ce moyen<sup>16</sup>. En effet, la Cour estime que dans chacun de ses trois arrêts, la cour d'appel a violé l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil, en y ajoutant des conditions qu'il ne prévoit pas. Afin de saisir le raisonnement de la Cour de cassation et les conséquences des trois arrêts rendus en février 2008, penchons-nous sur la réglementation française en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie.

### B. Situation de « l'enfant mort-né » au regard des conditions d'établissement de l'acte de déclaration d'enfant sans vie

4. L'état civil d'une personne est « l'ensemble des qualités d'une personne qui lui assignent sa

(16) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation). Notez que, nous ralliant à l'analyse de la Cour de cassation, ainsi qu'à l'analyse dressée par Trapero, nous n'envisagerons pas la deuxième branche du moyen invoqué par les demandeurs dans le présent article. Voy. également à ce sujet : F. CHÉNEDE, « L'établissement d'un "acte d'enfant sans vie" n'est pas subordonné au respect du seuil de viabilité défini par l'O.M.S. », obs. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 février 2008, pourvois n° 06-16.498 (n° 128 FS-P+B+R+I), 06-16.499 (n° 129 FS-P+B+R+I), 06-16.500 (n° 130 FS-P+B+R+I), *Act. jur. famille*, n° 04/2008, pp. 165-166, spécialement p. 166. Concernant la dignité de l'embryon humain, voy. notamment : M.-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, 181 p.; F. DIESSE, « La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face », *R.G.D.*, 1999/2000, pp. 607-661, spécialement p. 620 et pp. 655-659; C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable? », *D.*, 2003, n° 13, pp. 841-846 et L. CASSIERS, « La dignité de l'embryon humain », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003/54, pp. 403-420.

place dans la société et qui déterminent ses droits civils »<sup>17</sup>. Il est « essentiellement fonction de la situation personnelle (qualité d'homme ou de femme; de mineur ou de majeur) et de la situation familiale (qualité d'époux ou de célibataire; de parent ou d'allié) »<sup>18</sup>. Les actes de l'état civil institutionnalisent l'existence des individus de la naissance à la mort<sup>19</sup> et constituent des actes authentiques destinés à fournir une preuve certaine de l'état des personnes<sup>20</sup>. Ces définitions doivent nous aider à réfléchir au bien-fondé des actes de déclaration d'enfant sans vie. Contrairement aux enfants qui naissent vivants et viables, pour lesquels un acte de naissance est d'office établi<sup>21</sup>, la mort de l'enfant « au moment de la naissance » ne dispense pas de déclarer l'accouchement mais une distinction s'impose alors, conformément à l'article 79-1 du Code civil français<sup>22</sup>. Cet article se divise en deux alinéas qui envisagent, chacun, une situation différente : « Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance<sup>23</sup> et un acte de décès<sup>24</sup> sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.

» A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie<sup>25</sup>. Cet acte est inscrit à sa date

sur les registres de décès et il énonce le jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question ».

5. Deux critères sont donc déterminants dans la question de savoir quel(s) acte(s) de l'état civil pourra ou pourront être établi(s) : la vie de l'enfant au moment de la déclaration et le fait qu'un certificat médical ait pu être dressé<sup>26</sup>.

Le premier alinéa de l'article 79-1 évoque le cas dans lequel un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'officier de l'état civil mais où un certificat médical a pu être dressé par un médecin, indiquant que l'enfant est né vivant et viable. Ces enfants se verront dresser un état civil complet, puisqu'ils bénéficieront d'un acte de naissance et d'un acte de décès<sup>27</sup>. Les travaux préparatoires de la loi du 8 janvier 1993 ayant introduit l'article 79-1 dans le Code civil français<sup>28</sup> ont voulu ainsi respecter les parents d'un enfant dont la vie fut brève, mais qui a bien vécu<sup>29</sup>. Nous comprenons donc que ces enfants fassent l'objet d'un acte de naissance qui vient constater la naissance<sup>30</sup>, et d'un acte de décès qui constate et fait preuve de la mort<sup>31</sup>.

6. Lorsqu'aucun certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable n'a pu être dressé, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie inscrit dans les registres de décès, sans que cet acte ne préjuge de savoir si l'enfant a vécu ou non. Les enfants morts-nés sans qu'un certificat médical ait pu être dressé constatant qu'ils sont nés vivants et viables, se voient donc dresser un acte spécifique. L'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie paraît plus adéquat que l'établissement d'un acte de naissance, même si cet acte spécifique nous interpelle sous l'angle de l'inadéquation du langage qu'il utilise, d'une part, et sous l'angle des conditions auxquelles il peut être dressé, d'autre part. Ces conditions ont pour conséquence que l'acte de l'état civil qui est dressé ne corresponde pas toujours à la « vérité biologique » et que certains « fœtus » accouchés en deçà d'un certain seuil soient laissés dans le vide juridique.

L'alinéa 2 de l'article 79-1 recouvre deux situations différentes. La première vise le cas où l'enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée, et où il est né vivant mais que aucun médecin n'a pu rédiger un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant. On parle dans ce cas de « faux mort-né » et il peut

être difficile pour des parents que celui-ci ne fasse l'objet que d'un « acte d'enfant sans vie »<sup>32</sup>. Ce dernier a en effet eu une courte vie qui ne sera pas reflétée dans un acte de naissance. Il sera seulement enregistré dans le registre des décès, dans un acte de déclaration d'enfant sans vie. L'alinéa 2 de l'article 79-1 du Code civil précise néanmoins que cet acte ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non, les parents pouvant saisir le tribunal de grande instance en vue de statuer sur la question. Il n'en reste pas moins que le « qualificatif sans vie appliqué à un enfant qui a pourtant brièvement vécu est particulièrement traumatisant pour des parents en deuil (...). La revendication des parents pour que l'état civil reflète exactement la situation de leur enfant, par des actes appropriés, traduit bien leur sentiment que les actes de l'état civil expriment la reconnaissance officielle par la société de l'existence de leur enfant, même brève, même simple "projet de vie"<sup>33</sup> »<sup>34</sup>. La deuxième vise toujours le cas où l'enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée, mais où l'enfant n'est pas né vivant. On pourrait ainsi le qualifier de « vrai mort-né ». Pour ces derniers, l'acte de déclaration d'enfant sans vie apparaît comme étant « vrai », puisque concrètement, l'enfant était sans vie au moment où il fut expulsé de l'utérus de sa mère.

7. Vu l'imprécision de l'article 79-1 du Code civil français, la question s'est posée de savoir s'il y a un seuil en dessous duquel il n'est pas possible de dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie. Cet article a laissé un large champ d'interprétation<sup>35</sup>. Différentes circulaires sont venues éclairer le droit en la matière, ainsi que des instructions adressées aux officiers de l'état civil car « on conçoit bien qu'il n'est pas question de déclarer comme accouchement toute grossesse qui prend fin à un stade précoce. Il y a nécessairement un seuil en deçà duquel la déclaration n'est pas obligatoire et ne donne lieu à aucun acte de l'état civil »<sup>36</sup>. Conformément à l'interprétation qui se dégage de la circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993, datée du 3 mars 1993<sup>37</sup>, l'instruction générale de l'état civil a entendu exclure qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé pour les enfants morts-nés après une gestation infé-

(17) P. DUPONT DELESTRAINT et P. COURBE, *Droit civil - Les personnes - La famille - Les incapables*, treizième édition, Paris, Dalloz, 1990, p. 16.

(18) *Ibidem*.

(19) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(20) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1925, cités par H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, « Les personnes », 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 258, n° 257, note 1.

(21) En vertu des articles 55 et 56 du Code civil français, les déclarations de naissance doivent être faites à l'officier de l'état civil dans les trois jours de l'accouchement par le père, ou à défaut du père, par les docteurs en médecine, les sages-femmes, les officiers de santé ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement.

(22) L'article 79-1 du Code civil français a été introduit par la loi du 8 janvier 1993 (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, *J.O.R.F.*, 9 janvier 1993, p. 495). Avant l'entrée en vigueur de l'article 79-1 du Code civil, le décret du 4 juillet 1806 était appliqué (décret du 4 juillet 1806, *Pasin.*, 1806, p. 2.). Ce dernier prévoyait qu'en cas de décès antérieur à la déclaration de naissance, on ne dressait ni un acte de naissance, ni un acte de décès, mais un acte se bornant à constater qu'un accouchement avait eu lieu et que l'enfant qui en était issu se trouvait sans vie au moment de sa présentation à l'officier de l'état civil. Pour un développement plus complet de ce décret, voy. notamment : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 298, n° 154; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 314, n° 319; M.-F. LAMPE, « A propos du deuil périnatal - La norme à l'écoute de son modèle - Du droit des personnes au droit de la famille », op. cit., p. 214; V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *D.*, 1999, 8<sup>e</sup> cahier, p. 82; étude rédigée par le secrétariat général de la C.I.E.C. avec les concours de F. GRANET, « État civil et décès périnatal dans les Etats de la C.I.E.C. », *J.C.P.*, n° 13, 31 mars 1999, p. 614, n° 2 et p. 616, n° 14; A. DE WOLF, « Rectification d'un acte de présentation d'un enfant sans vie en vue de lui attribuer un prénom », obs. sous Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999/24, pp. 1035-1038; A. JONCKHEERE, commentaire sous Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.D.J.*, septembre 1999, n° 187, p. 52.

(23) Souligné par nous.

(24) Souligné par nous.

(25) *Ibidem*.

(26) V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », op. cit., p. 82.

(27) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *Droit de la famille*, septembre 1997, p. 6.

(28) 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, op. cit.

(29) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », op. cit., p. 6.

(30) A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil - Les personnes - La famille, les incapacités*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1978, p. 115, n° 116-118.

(31) *Ibidem*, n° 120-122.

(32) V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », op. cit., p. 82; M. DUPONT et A. MACREZ (coord.), *Le décès à l'hôpital*, coll. « Les guides de l'A.P.-H.P. », éd. Dion et Lamarre, 1998, pp. 47 et s.; D. DUTRIEU, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *Rép. Defrénois*, n° 11/02, p. 720.

(33) J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », in « Le sujet de droit », *Arch. philo. droit*, t. 34, Sirey, 1989, p. 197, cité par V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », op. cit., p. 82, note 16.

(34) V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », op. cit., p. 82.

(35) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(36) V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », op. cit., p. 81. En cassant les arrêts rendus par la cour d'appel de Nîmes, la Cour de cassation a mis le doigt sur l'imprécision découlant du Code civil. *Quid des circulaires commentées ci-dessus? Les limites qui y sont posées sont-elles levées? La liberté des parents deviendrait-elle totale de faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie pour un fœtus accouché même « très précocement ».* Sur ces derniers points, *cf. infra*, n° 13-16.

(37) Circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993 du 3 mars 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *J.O.R.F.*, 24 mars, p. 4551, spécialement p. 4552, col. 2; *D. et A.L.D.* 1993, *lég.* p. 290.

rieure à 180 jours, et ce, « au nom de l'idée selon laquelle un être n'ayant pas atteint 180 jours de gestation ne mériterait pas la qualification "enfant", même "sans vie" »<sup>38</sup>. Cette circulaire établit donc un parallélisme entre le droit de la filiation et le droit de l'état civil dans la définition de l'enfant sans vie. L'article 311 du Code civil portant sur la période légale de conception dispose en effet dans son alinéa 1<sup>er</sup> que : « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance ». Une autre circulaire, adoptée le 22 juillet 1993<sup>39</sup>, ne retient pas les mêmes critères que celle du 3 mars 1993. Elle recommande aux médecins devant rédiger le certificat médical attestant que l'enfant est né vivant et viable de retenir (pour apprécier la viabilité), les critères objectifs établis par l'organisation mondiale de la santé. Autrement dit, il faut retenir « le terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids de 500 grammes, à l'exclusion de tout autre critère, en particulier les malformations »<sup>40</sup>.

Les circulaires des 3 mars et 22 juillet 1993 furent modifiées par la circulaire conjointe des ministres de l'Emploi et de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur du 30 novembre 2001<sup>41</sup>. Rompant avec le parallélisme peu compréhensible qui était établi entre le droit de la filiation et le droit de l'état civil dans la définition de l'enfant sans vie dans la circulaire du 3 mars 1993, la circulaire du 22 juillet 2001 donne une nouvelle définition de l'enfant mort-né<sup>42</sup>. L'article 1.2 de la circulaire énonce ainsi : « En l'absence de certificat médical attestant que l'enfant est né vivant et viable, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Il en est ainsi : — lorsque l'enfant est né vivant mais non viable;

— ou lorsque l'enfant est mort-né après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou ayant un poids de 500 grammes. Ces critères plus protecteurs et plus adaptés scientifiquement ont vocation à se substituer au délai de 180 jours

(38) T. REVET, « Législation française, instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 902. L'auteur souligne que l'instruction générale relative à l'état civil reprend les mêmes critères que la circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993 (autrement dit le seuil des 180 jours de gestation). Comme le souligne très justement cet auteur : « c'est pourtant aller contre la lettre de la loi qui ne distingue pas entre les "enfants" de plus ou moins de 180 jours de gestation, et contre l'esprit des récentes réformes en la matière, qui s'attachent à mieux tenir compte de la portée affective de la reconnaissance par l'état civil ».

(39) Circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveaux-nés décédés à l'état civil.

(40) Critères cités par V. BALESTRIERO, in V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*, p. 83, note 25 : O.M.S. : « Classification internationale des maladies - Révision 1975 », Genève, 1977. Constituant une notion extrêmement extensive de la viabilité, jusqu'alors définie par les juristes comme la capacité naturelle de vivre, les critères retenus par l'organisation mondiale de la santé ne sont pas à l'abri des critiques. Voy. C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, 4<sup>e</sup> cahier, pp. 30-32.

(41) Circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur n° 2001/576 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. Circulaire intégrée à l'instruction générale de l'état civil : version du 29 mars 2002, *J.O.R.F.*, 28 avril 2002, p. 7719 (reproduite en annexe de l'article de D. DUTRIEU, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *Rép. Defrénois*, n° 11/02, pp. 724-725).

(42) D. DUTRIEU, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *op. cit.*, pp. 724-725.

de gestation pour l'enregistrement à l'état civil des enfants morts-nés prévu dans l'instruction générale relative à l'état civil »<sup>43</sup>.

8. Aujourd'hui donc, les enfants mort-nés avant un terme de 22 semaines d'aménorrhée (soit 4 mois et demi de grossesse) ou ayant un poids de moins de 500 grammes ne font l'objet d'aucune déclaration à l'état civil. Le vide juridique dans lequel ces derniers sont laissés est quelque peu pallié, en France, par la tenue d'un « registre des embryons »<sup>44</sup>. L'article 462 de l'instruction générale sur l'état civil énonce que « les embryons dont la gestation a duré moins de 180 jours et qui n'ont pas vécu ne sont pas déclarés à l'état civil, mais doivent, dans la mesure où les circulaires préfectorales le prévoient, faire l'objet d'une déclaration administrative »<sup>45</sup>. Ce registre des embryons n'est pas un registre de l'état civil : « Il n'a que la seule valeur d'un livre de police, destiné à laisser trace des vérifications faites par le médecin de l'état civil et effectuées après les déclarations de personnes ayant assisté à l'expulsion »<sup>46</sup>. Il reste malgré tout que « l'enfant mort-né avant le terme de 22 semaines d'aménorrhée (soit 4 mois et demi de grossesse) ou ayant un poids de moins de 500 grammes ne fait l'objet d'aucune déclaration à l'état civil. Ce nouveau seuil n'est pas fixé par la loi et résulte d'une circulaire et d'une instruction à l'usage des officiers d'état civil et des parquets »<sup>47</sup>. Or, « L'Administration devrait s'abstenir de toute intrusion sur ce terrain, officiellement, comme officieusement, particulièrement dans les matières qui doivent rester du ressort effectif de la loi »<sup>48</sup>. Nous comprenons donc aisément le pourquoi en cassation qui a été introduit par les demandeurs en juin 2006<sup>49</sup>, en ce que l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil ne subordonne la délivrance d'un acte d'enfant sans vie, ni au poids du fœtus, ni à la durée de l'aménorrhée de sa mère. Les seules conditions fixées sont le décès de l'enfant avant sa déclaration de naissance et un défaut de certificat médical attestant à ce moment de sa vie et de sa viabilité. En cassant les arrêts de la cour d'appel de Nîmes, la Cour de cassation française attire l'attention du législateur français sur les imprécisions du Code civil. Si le seuil actuellement retenu en droit français ne paraît pas adéquat, toute fausse couche doit-elle pour autant donner lieu à une inscription dans les registres

(43) La circulaire conjointe du 30 novembre 2001 ne modifie donc pas, selon nous, la circulaire datant du 22 juillet 1993, puisque celle-ci recommandait déjà aux médecins de retenir, pour apprécier la viabilité, les critères objectifs établis par l'Organisation mondiale de la santé.

(44) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 305, n° 158.

(45) Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, *J.O.R.F.*, annexe au n° 172 du 28 juillet 1999, IEC 50003 à 50235. Voy. également T. REVET, « Législation française, instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *op. cit.*, p. 900.

(46) X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 102, cité par N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 305, n° 158.

(47) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(48) T. REVET, « Législation française, instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *op. cit.*, p. 902.

(49) Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008, in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

de l'état civil? L'analyse des effets produits par les actes de déclaration d'enfant sans vie devrait nous aider à réfléchir à cette question.

### C. Les effets de l'acte de déclaration d'enfant sans vie

#### 1. Au regard du droit civil et des droits sociaux<sup>50</sup>

9. L'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie emporte des effets importants même si beaucoup les estiment insuffisants<sup>51</sup>. Certains auteurs affirment que les effets civils attachés à l'acte d'enfant sans vie sont nuls, « faute pour une telle déclaration de donner un état civil au fœtus déclaré et même de constituer un état civil »<sup>52</sup>. Si les conséquences civiles de l'établissement d'un tel acte sont surtout symboliques<sup>53</sup>, elles n'en sont pas pour autant moins importantes.

L'établissement d'un acte d'enfant sans vie permet tout d'abord aux parents « de faire jouer à l'état civil son rôle symbolique »<sup>54</sup>, en portant une trace de l'existence de l'enfant, une individualisation de celui-ci<sup>55</sup>. Cet acte permet ensuite d'attribuer un ou plusieurs prénoms à l'enfant, si les parents le désirent<sup>56</sup>. L'établissement d'un acte d'enfant sans vie permet également d'inscrire « l'enfant sans vie » sur le livret de famille, si les parents le souhaitent<sup>57</sup>. L'enfant ne peut, par contre, recevoir un nom patronymique. Cet acte ne lui permet pas non plus d'établir juridiquement un lien de filiation à l'égard de ses parents<sup>58</sup>.

10. L'établissement d'un acte d'enfant sans vie a également des conséquences en matière de droits sociaux<sup>59</sup>. Si l'insertion de l'article 79-1

(50) Pour les effets liés au droit funéraire, *cf. infra*, n° 11 et 12.

(51) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(52) X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, pp. 104 et s., cité par P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *op. cit.*, p. 7.

(53) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *op. cit.*, p. 7.

(54) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(55) P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, juillet-septembre 1995, p. 451.

(56) Cela ne se déduit pas du texte du Code civil, mais de l'article 467, alinéa 2, de l'instruction générale relative à l'état civil (instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, *op. cit.*) et de la circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993 (du 3 mars 1993, *op. cit.*).

(57) Décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, *J.O.R.F.*, 18 mai 1974, p. 5349, modifié par le décret n° 97-853 du 16 septembre 1997, *J.O.R.F.*, 18 septembre 1997, p. 13550.

(58) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation). L'auteur souligne que « dans la conception traditionnelle, la filiation ne peut être établie que pour l'enfant qui a la personnalité juridique et qui est donc né vivant et viable. Cette conception est critiquée en doctrine ».

(59) D. DUTRIEU, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *op. cit.*, p. 721;

dans le Code civil français visait essentiellement à répondre à des préoccupations d'ordre psychologique<sup>60</sup>, J. Massip souligna que cette réforme ne serait pas sans incidence dans divers domaines du droit français<sup>61</sup> : « ainsi, cette nouvelle législation pourra avoir des conséquences en ce qui concerne les bonifications prévues par certains régimes de retraite ou d'assurance vie en fonction du nombre d'enfants nés; en ce qui concerne la possibilité, pour la mère, de faire valoir plus tôt ses droits à la retraite ou, au contraire, dans le sens d'une prolongation d'activités; en ce qui concerne également la durée du congé de maternité porté à six mois à compter du troisième enfant »<sup>62</sup>. Le droit de la sécurité sociale fait en effet des distinctions selon le « stade biologique » de l'enfant<sup>63</sup>. La date d'ouverture des droits à l'assurance vieillesse est fixée en fonction du nombre d'enfants élevés par le bénéficiaire<sup>64</sup>. La possibilité de bénéficier d'une majoration du montant de la prestation d'assurance vieillesse tient par contre compte des enfants que le bénéficiaire de la prestation a eus<sup>65</sup>. Comment faut-il comprendre ces textes? Impliquent-ils que l'on tienne compte des enfants morts-nés afin de déterminer les bénéficiaires de la majoration du montant de la prestation d'assurance vieillesse, mais non lorsqu'il s'agit de déterminer la date d'ouverture de ces droits? Un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1985 est venu préciser les conséquences des actes de l'état civil en matière de droits sociaux<sup>66</sup>. Faisant suite à cet arrêt, une lettre ministérielle fut rédigée, décidant qu'il importait peu, dans le cadre de l'article 351-12 du Code de la sécurité sociale, que l'enfant ait vécu ou qu'il ait été élevé par le requérant<sup>67</sup>. Par conséquent, « il faut tenir compte des enfants morts-nés et a fortiori des enfants nés vivants mais non viables; seuls les prématurés expulsés sans vie après une gestation inférieure à cent quatre-vingts jours seraient exclus du domaine de l'article L. 351-12 CSS »<sup>68</sup>. Il apparaît dès lors logique de donner

le même sens à l'article 331-4 CSS qui détermine les conditions d'obtention de la pension de réversion en se référant aux « enfants issus du mariage ».

L'établissement d'un acte d'enfant sans vie donne également accès au congé de maternité<sup>69</sup>. L'article L 331-4 du Code de la sécurité sociale prévoit une majoration de la durée du congé de maternité lorsque l'assuré a déjà mis au monde deux enfants nés viables. A la suite de l'introduction de l'article 79-1 dans le Code civil, les organismes de prestataires ont reçu une lettre émanant de la direction de la gestion du risque<sup>70</sup>. Celle-ci leur enjoint de « n'accorder la majoration du congé que si un acte de naissance de l'enfant est produit; si ce document n'est pas fourni, la mère peut malgré tout obtenir le prolongement de son congé si elle dispose d'un certificat médical attestant que l'enfant est né viable »<sup>71</sup>. Faut-il y lire que les parents ayant pu faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie sont obligés, s'ils veulent bénéficier d'une majoration du congé de maternité, d'introduire un recours devant le tribunal de grande instance? L'article 79-1, alinéa 2, du Code civil précise en effet que l'acte de déclaration d'enfant sans vie ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non. Les parents peuvent néanmoins saisir le tribunal de grande instance en vue de statuer sur cette question. Il semble donc que si la mère veut bénéficier de la majoration du congé de maternité, les parents devront saisir le tribunal de grande instance afin qu'il statue sur la question de savoir si l'enfant a vécu ou non<sup>72</sup>. L'acte de déclaration d'enfant sans vie donne également droit à la protection contre le licenciement pendant le congé de maternité et à la reprise du travail<sup>73</sup>.

Jusqu'à l'adoption d'un récent arrêté du 9 janvier 2008<sup>74</sup>, il n'était pas évident d'interpréter la législation sociale en ce qui concerne l'éventuel accès au congé de paternité qui découlerait de l'acte de déclaration d'enfant sans vie. L'article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001<sup>75</sup> prévoit en effet que le congé de paternité est accordé au père après « la naissance de son enfant » sans préciser si

l'événement visé est le fait de la naissance ou de la reconnaissance juridique de cette naissance. L'article D 331-4 du Code de la sécurité sociale apporte cependant une précision utile en stipulant que « l'assuré doit justifier auprès de la caisse primaire dont il relève de l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard ». Conformément à cet article, la production d'un certificat de naissance attestant de la filiation subordonne donc l'octroi du congé de paternité. L'acte de déclaration d'enfant sans vie n'établissant pas ce lien juridique de filiation, le père d'un enfant né sans vie à l'égard duquel cet acte a pu être dressé ne pouvait donc, a priori, bénéficier du congé de paternité<sup>76</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 9 janvier 2008 est toutefois venu apporter des précisions utiles en ce domaine puisqu'il énonce que « Pour l'application des dispositions prévues aux articles D. 331-4 (...) du Code de la sécurité sociale, l'assuré adresse à l'organisme de sécurité sociale dont il relève : (...) soit, le cas échéant, la copie de l'acte d'enfant sans vie et un certificat médical d'accouchement d'un enfant né mort et viable ». Cet article permet donc au père qui a pu faire établir un acte d'enfant sans vie de bénéficier du congé de paternité. Il doit néanmoins être en mesure de fournir la copie de cet acte ainsi qu'« un certificat médical d'accouchement d'un enfant né mort et viable »<sup>77</sup>. La rédaction de cet article et les conditions par conséquent émises, permettant au père d'un enfant « mort-né » de bénéficier du congé de paternité, ne manquent pas de surprendre. En effet, conformément à l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil, l'acte de déclaration d'enfant sans vie est établi par l'officier de l'état civil, à défaut de certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable. Les parents qui ont pu faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie ne sont donc pas nécessairement en mesure de fournir un certificat médical d'accouchement d'un enfant né mort et viable. Nous sommes donc en droit de nous demander si l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 9 janvier 2008 n'aurait pas pu se limiter à prévoir la seule copie de l'acte d'enfant sans vie comme condition d'application des dispositions prévues, notamment, à l'article D 331-4 du Code de la sécurité sociale<sup>78</sup>?

## 2. Au regard du droit funéraire

11. En présence d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, et en vertu du décret du 1<sup>er</sup> août 2006<sup>79</sup>, la famille dispose d'un véritable

(76) Le père d'un enfant mort peu de temps après sa naissance, mais dont l'enfant a pu bénéficier d'un état civil complet (cf. *supra*, n° 5), se voit, par contre, octroyer ce congé de paternité.

(77) Arrêté du 9 janvier 2008 fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité, *op. cit.*, article 1<sup>er</sup>.

(78) Notez que l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 9 janvier 2008 vise également l'application des dispositions prévues aux articles 613-10 du Code de la sécurité sociale, article à l'égard duquel nous ne nous attardons pas.

(79) Décret n° 2006-965 du 1<sup>er</sup> août 2006 relatif au décès des personnes hospitalisées et aux enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil dans les établissements publics de santé, *J.O.R.F.*, n° 178, 3 août 2006, p. 11572. Avant l'adoption du décret de 1<sup>er</sup> août 2006, le choix des parents (ayant pu faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie) de réclamer le corps de l'enfant était consacré dans la circulaire conjointe de 2001 (circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur n° 2001/576 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).

C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 29, note 6 et p. 30, note 35. F. CHÉNÉDÉ, « L'établissement d'un "acte d'enfant sans vie" n'est pas subordonné au respect du seuil de viabilité défini par l'O.M.S. », *op. cit.*, p. 165.

(60) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, n° 160, p. 309.

(61) J. MASSIP, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Rép. Defrénois*, 1993, article 35559, n° 13, pp. 618-619.

(62) J. MASSIP, cité par N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, n° 160, p. 309.

(63) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 32.

(64) Article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale.

(65) Article L. 351-12 du Code de la sécurité sociale.

(66) Cass. soc., 9 décembre 1985, *Bull. civ. V*, n° 589. Voy. V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*, p. 82, note 12.

(67) Lettre ministérielle (aff. séc. soc. bureau VI 275 A6-86, *Bull. jur.*, A.C.A.N.S.S., n° 40/86, 1a, 12 : C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 32, note 44).

(68) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 32. L'article de cet auteur datant de 1996, il faut considérer aujourd'hui que seuls les prématurés nés avant un délai de 22 semaines d'aménorrhée ou n'ayant pas atteint un poids de 500 grammes sont exclus de l'application de l'article 351-12 du Code de la sécurité sociale, puisque la circulaire conjointe de 2001, qui retient ces critères en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie, a été adoptée depuis (circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur n° 2001/576 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) *cf. supra*, n° 6.

(69) TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation). La mère d'un enfant mort-né qui rentre dans les conditions pour qu'il soit établi un acte de déclaration d'enfant sans vie bénéficie du congé de maternité. Sans acte de l'état civil, la mère bénéficiera toutefois d'un congé de maladie.

(70) Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés - Direction de la gestion du risque, 23 juin 1994, ann. 2, in C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 32, note 46.

(71) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 32.

(72) Si et seulement si le tribunal de grande instance a tranché la question qui lui était soumise dans un sens favorable. Notez que les différents articles concernant les conditions d'octroi au congé de maternité et de paternité (article L. 122-25 et s. du Code du travail), ainsi que les articles portant sur les conditions d'indemnisation du congé de maternité (article L. 331-4, L. 351-4 et L. 351-12) font référence à l'accouchement d'un enfant. Ils ne sont dès lors pas toujours clairs sur la question de savoir si l'accouchement d'un enfant mort-né donne accès au congé postnatal.

(73) Articles L. 122-25 et s. du Code du travail, plus spécialement article L. 122-26 du Code du travail.

(74) Arrêté du 9 janvier 2008 fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité, *J.O.R.F.*, 11 janvier 2008, p. 630.

(75) Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002 (rectificatif), *J.O.R.F.*, 19 juin 2003, p. 10243.

choix<sup>80</sup> d'organiser des funérailles pour « l'enfant mort-né », funérailles qui peuvent contribuer au travail de deuil des parents face à un enfant qu'ils ont désiré, conçu et attendu<sup>81</sup>. Les parents disposent d'un délai de dix jours au maximum suivant le décès pour réclamer le corps de l'enfant. Ils peuvent alors procéder, à leur charge, à l'inhumation ou à la crémation du corps<sup>82</sup>. S'ils décident, au contraire, de le laisser à l'établissement de santé, ou s'ils ne réclament pas le corps dans le délai qui leur est offert, c'est l'hôpital qui doit s'occuper du sort réservé au corps de l'enfant. A cet effet, l'hôpital peut soit inhumer le corps (sous réserve d'obtenir l'accord de la commune concernée) soit l'incinérer comme un déchet anatomique<sup>83</sup>.

Quel que soit le choix des parents en ce qui concerne l'organisation des funérailles, la circulaire conjointe du 30 novembre 2001 précise que le personnel soignant doit veiller à proposer, sans imposer, un accompagnement facilitant le travail de deuil<sup>84</sup>.

**12.** En l'absence d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, le sort du fœtus est régi par la réglementation relative aux déchets hospitaliers<sup>85</sup>. Concrètement, le corps est incinéré dans un crématorium, à la charge de l'établissement de santé. Il faut donc en déduire que, *a fortiori*, et jusqu'aux arrêts présentement commentés, les parents de fœtus « accouchés » avant 22 semaines d'aménorrhée ou n'ayant pas atteint un poids de 500 grammes ne peuvent organiser des funérailles, ne se situant pas dans les conditions pour se voir délivrer un acte de déclaration d'enfant sans vie. Plusieurs municipalités, sensibles à la difficulté de ces parents, ont toutefois autorisé que les parents puissent inhumer leur « enfant mort-né », sans qu'ils aient pourtant pu établir un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>86</sup>. Différentes circulaires préfectorales autorisent ainsi l'inhumation du corps des enfants pour lesquels il n'a pas pu être délivré un acte de déclaration d'enfant sans vie. Il reste que ces initiatives sont à la libre appréciation des municipalités, mais que l'on peut « se reconforter de constater que la pratique a su trouver dans une interprétation logique de la loi et de la jurisprudence des réponses aux parents qui attendent que la société considère que ce projet de vie qui n'a pas abouti (...) a bien constitué un être humain, digne d'être doté d'un état civil, même non fonction-

nel, et d'une sépulture plus honorable que la décharge publique »<sup>87</sup>.

#### D. Conclusions et perspectives d'avenir au vu des arrêts rendus par la Cour de cassation française le 6 février 2008

**13.** Nous avons ainsi dressé le statut des « enfants morts-nés » du point de vue de leur état civil et du point de vue du droit funéraire. Il faut à présent nous demander quelles sont les conséquences prévisibles des arrêts rendus le 6 février dernier par la première chambre civile de la Cour de cassation française. En cassant les arrêts rendus par la cour d'appel, au motif qu'elle avait ajouté à la loi des conditions qu'elle ne prévoit pas, la Cour de cassation a entendu indiquer que « l'article 79-1 du Code civil ne subordonnant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement pouvait être inscrit sur les registres de décès de l'état civil quel que soit son stade de développement »<sup>88</sup>. Faut-il dès lors y entendre que, à présent, en droit français, à la suite des précisions apportées par la Cour de cassation sur l'interprétation à donner de l'article 79-1 du Code civil (ou, en tout cas, sur l'interprétation à ne pas lui donner), un embryon expulsé du corps de sa mère après un mois de grossesse devrait pouvoir être inscrit dans un acte de déclaration d'enfant sans vie? Peut-on pourtant parler d'« accouchement » dans cette situation? *Le Petit Larousse illustré* de 2006 le définit comme l'« ensemble des phénomènes (contractions utérines, par exemple) qui aboutissent à l'expulsion du fœtus et du placenta, à la fin de la grossesse »<sup>89</sup>. L'accouchement prématuré est défini comme étant celui « qui a eu lieu trop tôt, avant le 270<sup>e</sup> jour d'absence de règles, mais après le 180<sup>e</sup> jour »<sup>90</sup>. Enfin, le *verbo* « accoucher », comme le fait de « mettre un enfant au monde »<sup>91</sup>.

Le tribunal de grande instance ayant eu à se prononcer en l'espèce, justifiait le rejet de la demande des parents de se voir dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie, par le fait, notamment, qu'en utilisant les mots « enfant » et « accouchement », l'article 79-1 du Code civil n'a pas voulu prescrire l'établissement d'un acte d'état civil pour chaque fausse couche, pour chaque grossesse qui ne va pas à son terme. Il avançait également qu'il n'y a accouchement d'un enfant que lorsque la femme met au monde un être humain qui a atteint un stade de développement tel qu'on puisse légitimement espérer qu'il vive<sup>92</sup>. La cour d'appel de Nîmes

a confirmé les jugements rendus par le tribunal de grande instance.

**14.** La Cour de cassation française, quant à elle, a renvoyé les différentes affaires devant la cour d'appel de Nîmes, puisqu'en statuant comme elle l'a fait, elle a violé l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil en y ajoutant des conditions qu'il ne prévoit pas. Cet article ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse. Dans son avis relatif aux différents pourvois en cassation datant du 6 février 2008<sup>93</sup>, A. Legoux s'interrogeait sur le rôle de la Cour de cassation eu égard à l'état du droit français en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie. Il précisait ainsi : « Si vous cassez les décisions qui vous sont déferées, vous écarterez la circulaire, mais dans le même temps, vous mettez en lumière l'imprécision du Code civil. La limite de 500 grammes étant levée, la liberté est totale et, selon le désir ou la conviction des familles il y aura toujours des demandes d'acte de déclaration d'enfant sans vie pour des fœtus morts-nés, mais également pour de simples embryons dans le même état, sans limite minimum, ni de poids, ni de durée de l'aménorrhée. (...) La jurisprudence a un rôle éminent dans l'actualisation, dans la nouvelle intelligibilité des problèmes conceptuels fondamentaux. Mais il me semble ici que ce n'est pas à elle de fixer la norme mais à la loi »<sup>94</sup>. Il appartient dès lors au législateur de se prononcer, s'il entend modifier le droit français actuel en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie, sur la question du seuil auquel il doit être possible de faire dresser cet acte. Une question aussi délicate que le seuil à partir duquel il doit être possible d'établir un acte de déclaration d'enfant sans vie ne peut être laissée à la libre appréciation de tout un chacun et il n'est plus prudent aujourd'hui de renvoyer cette question à la pratique ou aux circulaires administratives. T. Revet souligne à cet égard que le rôle des circulaires administratives n'est certainement pas d'interpréter la loi<sup>95</sup>. Le législateur français se retrouve donc devant différents choix, s'il décide tout au moins de modifier le droit actuel en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie, sachant que la seule façon d'avancer dans cette épineuse question est sans doute de se rappeler le bien-fondé des actes de l'état civil. Si l'établissement d'un acte d'enfant sans vie a été institué pour aider les parents à faire leur deuil, il ne faut pas perdre de vue que les actes de l'état civil ont pour effet d'institutionnaliser l'existence des individus de la naissance à la mort.

**15.** Au vu des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation française, le législateur est largement incité à fixer le

(80) A l'inverse du cas où un acte de décès est dressé, au vu duquel l'organisation de funérailles est obligatoire.

(81) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*, p. 31.

(82) Article 2.2., alinéa 2, de la circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur n° 2001/576 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, intégrée à l'instruction générale de l'état civil : version du 29 mars 2002, *J.O.R.F.*, 28 avril 2002, p. 7719 (circulaire reproduite en annexe de l'article de D. DUTRIEUX, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *op. cit.*, pp. 724-725).

(83) Conformément aux dispositions des articles R. 44-7 à R. 44-9-1 du Code de la santé publique. Sur l'assimilation de l'enfant mort-né aux déchets hospitaliers, voy. V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*, pp. 83-84.

(84) Circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur n° 2001/576 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, *op. cit.*, point III.

(85) Articles R. 44-7 à R. 44-9-1 du Code de la santé publique.

(86) V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*, pp. 83-84.

(87) *Ibidem*, p. 84. Si V. BALESTRIERO a raison de souligner l'apport considérable de la pratique en matière de deuil périnatal, nous nous demandons s'il ne serait pas plus juste d'inscrire que le projet de vie des parents qui n'a pas abouti a pourtant bien constitué un être humain « digne d'être doté d'un acte de l'état civil », plutôt que « digne d'être doté d'un état civil, même non fonctionnel ».

(88) « Communiqué relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », *in* [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(89) *Le Petit Larousse illustré*, 2006.

(90) *Ibidem*.

(91) *Le Petit Larousse illustré*, 2006.

(92) Le langage juridique ne définit pas systématiquement l'accouchement, et se réfère aux données de la néonatalogie en ce domaine. J. CARBONNIER précise : « Par

l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte ». J. CARBONNIER, *Droit civil - I. Les personnes*, 19<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1994, p. 27, n° 13.

(93) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », *in* [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(94) *Ibidem*.

(95) T. REVET, « Législation française, instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 902. La vision de T. Revet est discutable et il est tout au moins utile de souligner que l'interprétation administrative, classique en matière fiscale, n'a pas de force obligatoire pour les tribunaux, mais qu'elle constitue néanmoins une interprétation légitime de la loi... *Cfr infra*, n° 32.

seuil au-delà duquel il doit être possible de faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>96</sup>. En renvoyant les différentes affaires devant la cour d'appel de Nîmes, la Cour de cassation lui indique qu'elle a violé l'article 79-1 du Code civil, en y ajoutant des conditions qu'il ne prévoit pas. La Cour de cassation indique donc, *a priori*, qu'aucun seuil ne peut être fixé en ce qui concerne les conditions d'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie. Si la fixation d'un seuil peut paraître inadéquat ou discriminatoire, nous nous rallions pourtant utilement aux propos de I. Corpart qui considère qu'« il est légitime que les fœtus expulsés naturellement ou à la suite d'un avortement ne soient enregistrés qu'au-delà d'un certain seuil : il y a un risque pour la vie privée comme pour la fiabilité de l'état civil à vouloir trop inscrire, la difficulté réside seulement dans le choix d'un seuil en deçà duquel la déclaration n'est pas obligatoire »<sup>97</sup>.

Le législateur pourrait ainsi décider de « valider » la pratique actuelle en instaurant les seuils retenus par la circulaire conjointe du 30 novembre 2001, se référant elle-même aux définitions de l'Organisation mondiale de la santé<sup>98</sup>. Il pourrait, au contraire, décider d'abaisser le seuil retenu jusqu'à présent, estimant que la sensibilité humaine se doit de permettre de laisser une trace dans l'état civil des embryons accouchés avant une période de 22 semaines d'aménorrhée ou n'ayant pas atteint un poids de 500 grammes.

Quelle que soit l'option choisie par le législateur, celui-ci pourrait également prévoir que les « fœtus » « accouchés » avant le seuil prévu pour pouvoir faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie puissent être inscrits dans un registre des embryons<sup>99</sup>. Cette inscription, sans constituer un acte de l'état civil, permettrait sans doute aux parents d'être aidés dans leur processus de deuil périnatal. La question se pose toutefois de savoir si cette inscription doit devenir obligatoire ou non. Certains parents peuvent en effet préférer faire leur deuil sans que leur enfant conçu et attendu ne reçoive une quelconque inscription dans un registre des embryons. Peut-on laisser une liberté totale d'appréciation des parents en ce domaine? Étant donné que cette inscription dans un registre des embryons n'emporterait aucune conséquence juridique, il nous semblerait opportun de répondre par l'affirmative à cette question.

**16.** Parallèlement à ces différentes options, qui concernent la fixation du seuil conditionnant l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, le législateur français pourrait également prévoir que certains des effets d'un acte de déclaration d'enfant sans vie ne doivent pas nécessairement découler de ce dernier. Certains parents pourraient se reconforter du fait qu'ils n'entrent pas dans les conditions fixées par l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil,

(96) A. LEGOUX, « Avis relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation).

(97) I. CORPART, « Décès périnatal et qualification juridique du cadavre », *J.C.P.*, 28 septembre 2005, n° 39, p. 1743.

(98) *Cfr supra*, n° 7.

(99) En optant pour cette possibilité, le législateur ne ferait que valider la pratique actuelle. En effet, l'instruction générale de l'état civil prévoit déjà cette possibilité de simple déclaration administrative sur un « registre des embryons » tenus dans certains départements. *Cfr supra*, n° 8.

faisant plus facilement leur deuil si la perte de leur enfant ne reçoit pas une inscription dans les registres de l'état civil. A l'inverse, il serait sans doute légitime de reconnaître leur souffrance en leur permettant de bénéficier, notamment, d'un congé de maternité et d'un congé de paternité<sup>100</sup>. Si le législateur estime, au contraire, que l'ensemble des effets de l'acte de déclaration d'enfant sans vie doivent continuer à découler de ce dernier, il apparaîtrait alors opportun de modifier les articles 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001<sup>101</sup> et D 331-4 du Code de la sécurité sociale de manière à ce que l'acte de déclaration d'enfant sans vie donne accès au congé de paternité.

L'organisation de funérailles ne pourrait-elle pas également se distinguer de la possibilité d'établir un acte de déclaration d'enfant sans vie? Si l'on répond affirmativement à cette question, il faut néanmoins se demander s'il est légitime que tout « embryon » puisse faire l'objet de funérailles? Sans pouvoir faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie, certains parents sont déjà admis par certaines circulaires préfectorales à faire inscrire leur enfant dans un registre des enfants morts-nés, inscription dont va découler l'obtention d'une autorisation de fermeture de cercueil et une autorisation d'inhumation<sup>102</sup>. Quel que soit le choix du législateur, il serait tout au moins indispensable de s'assurer que ces parents puissent être soutenus et aidés par le personnel soignant de l'hôpital ou par le médecin les ayant accompagnés dans l'attente de leur enfant<sup>103</sup>.

**17.** En conclusion, les arrêts de la Cour de cassation française du 6 février 2008 ont soulevé plus de questions qu'ils n'ont apporté de réponses. La question qui est finalement renvoyée au législateur est celle de savoir « à partir de quel seuil la sensibilité contemporaine sur les débuts de la vie humaine pousse à conserver la trace d'un tout jeune être? »<sup>104</sup>.

(100) Nous concevons que les termes sont quelque peu inadéquats. Pourrait-on requalifier ces congés en « congé de deuil de maternité » ou « congé de deuil de paternité »?

(101) Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002 (rectificatif), *op. cit.*

(102) D. DUTRIEUX, « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *op. cit.*, p. 723.

(103) M. GAREL et H. LEGRAND, préface de M. TOURNAIRE, *L'attente et la perte du bébé à naître*, éd. Albin Michel, 2005, pp. 167-172.

(104) P. MURAT cité par TRAPERO, « Rapport relatif aux arrêts 06-16.498, n° 128, 06-16.499, n° 129 et 06-16.500, n° 130 du 6 février 2008 », in [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publication\\_documentation](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publication_documentation), note 31. Notez qu'une notion de plus en plus retenue aujourd'hui, en droit de la famille plus particulièrement mais en droit pénal également, est celle de « projet parental ». Il faudrait à présent pouvoir résoudre la question de la filiation, de la parentalité sociale, mais plus précisément dans ce qui nous occupe, du statut juridique de l'embryon (et donc, plus indirectement, des actes de déclaration d'enfant sans vie), en se référant à la notion de projet parental. Pourrait-on imaginer que lorsqu'un réel projet parental s'est mis en place, l'embryon devrait pouvoir faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie? Nous percevons bien que le raisonnement est court, beaucoup trop court même, mais il attire tout au moins l'attention sur la dimension humaine vers laquelle le droit souhaite toujours tendre. Voy. notamment : C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable? », *op. cit.*; J.-R. BINET, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Droit de la famille*, mars 2006, pp. 4-7, spécialement pp. 6 et 7; G. DELAISI DE PARSEVAL, « L'enfant en circulation dans les nouvelles configurations familiales : l'importance de sécuriser ses liens af-

## 3

## Les dispositions du droit belge en ce qui concerne les « enfants morts-nés »

### A. Situation de « l'enfant mort-né » au regard des conditions d'établissement de l'acte de déclaration d'enfant sans vie

**18.** L'instar du droit français, la rédaction d'un acte de déclaration d'enfant sans vie en droit belge fut régie par le décret du 4 juillet 1806<sup>105</sup>. Souhaitant « apporter une solution meilleure aux aspects humains et psychologiques de la problématique du deuil périnatal »<sup>106</sup>, le législateur belge a adopté la loi du 27 avril 1999<sup>107</sup> qui abroge le décret du 4 juillet 1806. En insérant un article 80bis dans le Code civil belge qui concerne les enfants « décédés au moment de leur naissance », la loi du 27 avril 1999 est venue modifier le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie. En juin 1999, une circulaire relative à l'introduction de l'article 80bis dans le Code civil fut rédigée<sup>108</sup>, précisant, notamment, que la loi du 27 avril n'a toutefois pas eu pour objectif de modifier en profondeur la réglementation contenue dans le décret du 4 juillet 1806<sup>109</sup>.

**19.** Conformément à l'article 55 du Code civil, la naissance d'un enfant doit faire l'objet d'une déclaration à l'officier de l'état civil du lieu de l'accouchement, dans les quinze jours de la naissance. L'obligation de déclaration prescrite par les articles 55 et suivants du Code civil « suppose une naissance, c'est-à-dire la venue au monde d'un être humain »<sup>110</sup>. Comme le souligne très justement N. Massager, la question qui se pose alors est de déterminer « le degré de développement à partir duquel le produit de l'accouchement pourra être considéré comme un être humain »<sup>111</sup>. La réponse se déduit de l'article 326 du Code civil qui énonce que l'enfant est présumé, sauf preuve contraire, avoir été conçu dans la période qui s'étend du 300<sup>e</sup> au 180<sup>e</sup> jour avant sa naissance. Deux situations doivent ainsi être distinguées.

fectifs avec les tiers », conférence-débat du 7 novembre 2007 à la Cour de cassation, gde ch., Paris : « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : Statut des tiers, statut du beau-parent? ».

(105) *Cfr supra*, n° 4, note 22.

(106) J. SOSSON, « Des actes de l'état civil, Livre I - Titre II », *op. cit.*, p. 251.

(107) Loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *M.B.*, 24 juin 1999.

(108) Circulaire du 10 juin 1999 relative à l'introduction dans le Code civil d'un article 80bis concernant l'acte de déclaration d'enfant sans vie, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 1999.

(109) S'il est vrai que l'insertion de l'article 80bis dans le Code civil n'a pas eu pour objectif de modifier en profondeur le décret du 4 juillet 1806, les termes utilisés dans l'article 80bis ont néanmoins, selon nous, apporté plus de changement que ce que ne l'a toujours affirmé le législateur au moment de l'adoption de la loi du 27 avril 1999. *Cfr infra*, n° 20.

(110) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 295, n° 152.

(111) *Ibidem*, n° 152.

La première vise le cas dans lequel le produit de l'accouchement n'accuse pas 180 jours de gestation. Le principe est qu'il n'y a pas lieu à déclaration<sup>112</sup>. Toutefois, « si le fœtus, bien qu'ayant moins de 180 jours de gestation, vient au monde vivant, la présomption de durée légale de grossesse la plus courte est *ipso facto* renversée, et la naissance doit, tout naturellement, faire l'objet d'une déclaration »<sup>113</sup>. Un acte de naissance sera ainsi dressé, « pour autant qu'au moment de la constatation, l'enfant soit encore en vie et ce même si l'enfant est non viable, parce que prématuré »<sup>114</sup>.

La deuxième situation vise les cas dans lesquels une déclaration est, en toute hypothèse, obligatoire, parce que le fœtus est accouché au-delà du 180<sup>e</sup> jour de la conception : « En toute hypothèse, au-delà du 180<sup>e</sup> jour de la conception, il y a toujours lieu à déclaration, que l'enfant ait vécu ou non, qu'il soit né viable ou non (...) ou qu'il s'agisse même d'un monstre, acéphale ou acardien »<sup>115</sup>. Toutefois, la « considération que l'enfant est venu au monde après 180 jours de gestation est né vivant ou est mort-né sera (...) de nature à modifier le type d'acte en cause (acte de naissance ou acte de déclaration de corps sans vie) »<sup>116</sup>. Deux éléments sont donc déterminants en ce qui concerne le type d'acte qui doit être dressé : la naissance en vie ou non de l'enfant, ainsi que le fait que cette naissance en vie ait pu être constatée par l'officier de l'état civil. En effet, si le nouveau-né vient au monde vivant et que cette naissance en vie a pu être constatée par le médecin ou l'accoucheuse agréés<sup>117</sup>, un acte de naissance sera dressé, même si l'enfant décède peu de temps après sa naissance. Les enfants qui sont nés vivants, et décédés par la suite, même peu de temps après leur naissance, mais dont celle-ci a pu être constatée par l'officier de l'état civil bénéficient donc d'un état civil complet conformément aux articles 55, 77, 78 et 79 du Code civil. Autrement dit, l'officier de l'état civil dressera un acte de naissance<sup>118</sup>,

parce qu'ils sont nés vivants, et un acte de décès, qui constate qu'ils ont vécu<sup>119</sup>. Les enfants morts-nés, ou nés vivants mais morts avant que le médecin agréé ait pu constater leur naissance se voient par contre dresser un acte d'état civil spécifique, tel que le précise l'article 80bis du Code civil.

**20.** L'article 80bis du Code civil est rédigé comme suit : « Lorsqu'un enfant est décédé au moment de la constatation de sa naissance par l'officier de l'état civil ou par le médecin ou l'accoucheuse diplômée agréés par lui, l'officier de l'état civil dresse un acte de déclaration d'enfant sans vie.

» L'acte de déclaration d'enfant sans vie énonce :

» 1<sup>o</sup> le jour, l'heure et lieu d'accouchement ainsi que le sexe de l'enfant;

» 2<sup>o</sup> l'année, le jour, le lieu de naissance, le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père;

» 3<sup>o</sup> le nom, les prénoms et le domicile du déclarant;

» 4<sup>o</sup> les prénoms de l'enfant, si leur mention est demandée.

» Cet acte est inscrit dans les registres des actes de décès ».

L'article 80bis du Code civil a ainsi permis de prendre « en considération le souhait de beaucoup de parents frappés par un décès périnatal d'imprimer une trace de la naissance de leur enfant dans les registres d'état civil »<sup>120</sup>. En se référant à l'« enfant décédé au moment de la constatation de sa naissance », l'article 80bis du Code civil aboutit toutefois, à l'instar de l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil français, à certaines difficultés d'interprétation. En effet, y a-t-il un seuil en dessous duquel on ne peut considérer qu'il s'agit d'un « enfant » qui est « décédé » « au moment de la constatation de sa naissance » ? Ce dernier ne fera-t-il alors l'objet d'aucune inscription dans les actes de l'état civil ? À l'inverse, tout enfant mort-né, même lors des premiers mois de grossesse, doit-il être inscrit dans un acte de déclaration d'enfant sans vie ?

Afin de répondre à ces questions, le droit belge s'en est référé au critère de viabilité indirectement fixé par la loi à 180 jours. La « règle des 180 jours » est fondée sur le principe que la durée minimale d'une grossesse nécessaire pour faire naître un être humain est de 180 jours. Ce principe découle de l'article 326 du Code civil auquel nous nous sommes référés ci-dessus<sup>121</sup>. Conformément à ce principe, qui définit en fait la « période légale de conception », on considérera que tout fœtus accouché avant 180 jours de grossesse ne peut faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, l'article 80bis ne le concernant pas<sup>122</sup>. Cette règle traditionnelle,

qui établit un parallélisme entre le droit de la filiation et le droit de l'état civil dans la définition de l'enfant sans vie<sup>123</sup>, était déjà inscrite dans des circulaires très anciennes<sup>124</sup> et sera reprise dans la circulaire du 10 juin 1999<sup>125</sup>. Cette dernière précise en effet : « Il convient de rappeler que l'acte de déclaration d'enfant sans vie n'est dressé que si la naissance a eu lieu plus de six mois après la conception (il s'agit ici de ce que l'on appelle communément la « règle des 180 jours »)<sup>126</sup>.

**21.** N. Massager souligne très justement qu'en matière d'état civil, « le système actuellement en vigueur quant à l'obligation de déclaration est donc intimement lié au seuil légal de viabilité tel qu'il se déduit de l'article 326 du Code civil »<sup>127</sup>. L'auteur poursuit en ces termes : « Il est ainsi paradoxal de constater que le concept de viabilité, qui n'est précisément pas une condition de déclaration de naissance — et bien plus, qui est expressément exclu du champ d'investigation tant de l'officier de l'état civil que du médecin délégué — est, en fait, l'élément déterminant qui engendre l'obligation de déclarer. Or, dans la mesure où la présomption légale de durée minimale de grossesse énoncée à l'article 326 du Code civil est, depuis la loi du 31 mars 1987, susceptible de preuve contraire, le régime de l'obligation de déclaration qui en résulte est, partant, affecté d'une certaine précarité. De surcroît, il échet de constater le caractère aléatoire et relatif par excellence de la règle des 180 jours de gestation, le point de départ du délai ne pouvant, d'une manière ou d'une autre, être fixé qu'approximativement car découlant d'un « secret d'alcôve »<sup>128</sup>. La « règle des 180 jours » est également critiquable en ce qu'elle laisse dans le vide juridique tout fœtus accouché avant ce seuil<sup>129</sup>. D'autant que comme Y.-H. Leleu le souligne, cette règle a surtout des implications sur le plan de la sépulture. Elle pourrait donc « être révisée compte tenu des progrès de la néonatalogie, en veillant à ne pas ébranler les équilibres ju-

par contre l'objet d'un acte de naissance, conformément à ce que nous avons expliqué ci-dessus. *Cf. supra*, n° 19. « En deçà de 180 jours de gestation, il n'y a pas lieu à déclaration, sous réserve toutefois de l'hypothèse où l'enfant serait mis au monde vivant, auquel cas sa naissance devra bien évidemment être déclarée et actée conformément aux règles applicables aux déclarations de naissance » : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 301, n° 156.

(123) Remarquez que ce parallélisme existait également en droit français, puisque la circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993 du 3 mars 1993 (relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, op. cit.) appliquait également la règle traditionnelle des 180 jours. *Cf. supra*, n° 7.

(124) Circulaires du 19 décembre 1848 et du 22 mars 1849, citées par J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *Rép. not.*, t. XIV, I. XII, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 55, n° 8.

(125) Circulaire du 10 juin 1999 relative à l'introduction dans le Code civil d'un article 80bis concernant l'acte de déclaration d'enfant sans vie, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 1999.

(126) *Ibidem*.

(127) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 301, n° 156.

(128) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 301, n° 156.

(129) Un fœtus décédé avant 180 jours de grossesse ne peut faire l'objet d'un acte de l'état civil. Le rapport rédigé le 3 mars 1999 mentionnait ainsi : « Un fœtus de 6 mois et 1 jour est considéré comme un enfant sans vie, alors que la naissance d'un fœtus de 6 mois moins 1 jour est qualifiée d'avortement spontané » (rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Delcourt-Pêtre, op. cit., p. 11. Y.-H. Leleu constate, à juste titre, que techniquement dans ce cas, l'article 80bis pourrait s'appliquer. Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 54, n° 48.

(112) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 312, n° 315.

(113) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 296, n° 152.

(114) *Ibidem*.

(115) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 312, n° 315.

(116) N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 296, n° 152.

(117) À cet égard, notez que depuis la loi du 30 mars 1984 (loi du 30 mars 1984 modifiant les articles 55, 56 et 57 du Code civil et 361 du Code pénal, *M.B.*, 22 décembre 1984), la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de la naissance n'est plus prévue par l'article 55 du Code civil. Il découle du nouveau système « que le moment déterminant pour savoir s'il convient de dresser un acte de naissance ou un acte de présentation d'enfant sans vie est celui où le médecin ou l'accoucheuse agréés, ou l'officier de l'état civil lui-même s'assure de la naissance de l'enfant ». Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Delcourt-Pêtre concernant la proposition de loi modifiant l'article 1<sup>er</sup> du décret de 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie (doc. Sénat, n° 1-623/1), la proposition de loi modifiant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie (doc. Sénat, n° 1-711/1) et la proposition de loi modifiant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie (doc. Sénat, n° 1-892/1), *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire, 1998-1999, 1-623/4, pp. 5-6.

(118) H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 307 et s., n° 309 à 323.

(119) J. SOSSON, « Des actes de l'état civil, Livre I - Titre II », op. cit., p. 251.

(120) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 53, n° 48. Notez toutefois que le décret du 4 juillet 1806 permettait déjà aux parents d'un enfant mort-né que ce dernier fasse l'objet d'une trace dans un acte de l'état civil, puisqu'il était prévu que l'officier de l'état civil auquel un « enfant sans vie » était présenté dressait un « acte de déclaration d'enfant sans vie ». L'article 80bis du Code civil a surtout apporté des modifications en ce qui concerne le contenu de l'acte de déclaration d'enfant sans vie. *Cf. infra*, n° 22.

(121) Article 326 du Code civil actuel reprenant l'article 312 du Code Napoléon. *Cf. supra*, n° 19.

(122) Si ce fœtus, accouché dans une période de conception n'ayant pas duré 180 jours, naît vivant, il fera

ridico-politiques concernant le statut de l'embryon et du fœtus. La référence à la présomption légale de l'article 326 est en tout cas inopportune en cette matière, cette disposition ayant d'autres finalités que l'état civil<sup>130</sup>. Si la « règle des 180 jours » est donc remise en question pour ces différentes raisons, il faut également souligner que l'article 80bis du Code civil a pour effet que même pour les enfants morts-nés qui peuvent bénéficier d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, cet acte ne correspondra pas toujours à la « réalité ». En effet, si l'enfant est né après une grossesse d'une durée supérieure à 180 jours et décédé avant la constatation de sa naissance par le médecin ou l'accoucheuse agréés, il sera inscrit dans un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>131</sup>, même s'il a vécu après l'accouchement. Cette courte période de vie n'apparaîtra pas dans les registres de l'état civil car celle-ci n'aura pu être constatée par le médecin ou par l'accoucheuse agréés<sup>132</sup>. Il peut être difficile, pour ces parents-là, que leur enfant qui a vécu, même une courte période, fasse l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, acte qui est inscrit dans le registre des décès<sup>133</sup>.

## B. Les effets de l'acte de déclaration d'enfants sans vie

### 1. Au regard du droit civil et des droits sociaux

22. Les effets de l'acte de déclaration d'enfant sans vie en droit civil sont comparables à ceux

(130) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 54, note 126. Concernant les effets de l'acte de déclaration d'enfant sans vie en matière de funérailles, *Cfr infra*, n° 24 et s.

(131) Notez que cet acte ne constate pas la naissance d'une personne mais la « présentation » d'un enfant à l'officier de l'état civil. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 54, n° 48.

(132) Il est donc intéressant de s'interroger sur le délai s'écoulant entre la naissance de l'enfant et la constatation de celle-ci par le médecin ou l'accoucheuse agréés puisque cela déterminera l'acte de l'état civil qui pourra être dressé. Si l'enfant naît vivant mais décède avant la constatation de sa naissance par le médecin ou l'accoucheuse agréés, il fera l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, alors qu'il a vécu. Selon les informations que nous avons pu recueillir auprès des cliniques Saint-Vincent (Rocourt), il n'est pas « possible » que cette hypothèse se réalise dans la pratique. En effet, « au moment de la naissance d'un enfant, deux formulaires sont remplis. L'un par le gynécologue ordinaire, l'autre par l'accoucheuse agréée. Ce dernier concerne la mention du prénom de l'enfant, du nom de l'enfant et du fait que l'enfant est né vivant. Autrement dit, c'est ce que faisait auparavant l'officier de l'état civil. Si l'enfant meurt par après, un autre formulaire est rempli, mentionnant le décès, l'heure du décès, etc. Les parents auront donc à se présenter avec les deux formulaires à la commune, afin de procéder à deux déclarations. L'une pour le bébé vivant et l'autre pour l'enfant mort. (...) C'est l'accoucheuse qui est agréée, au sein de notre hôpital en tout cas, pour mentionner que l'enfant est né vivant, et il n'y aura donc pas de décalage entre la naissance en vie et la constatation de la naissance ». Il s'avère donc *a priori* que si l'enfant naît vivant, sa naissance en vie sera constatée au moment même de cette naissance. Un acte de naissance sera donc dressé en conséquence. Il serait toutefois intéressant de faire une analyse approfondie de la pratique sur cette question.

(133) Il apparaît que lorsque l'article 80bis du Code civil s'applique, « l'enfant sera le plus souvent mort-né mais il peut se faire que l'enfant soit né vivant, alors qu'aucun médecin n'était présent, et qu'il soit décédé au moment où un médecin est arrivé. Il se peut aussi que l'enfant décède entre la naissance et la constatation faite par le médecin agréé, qui, souvent, ne sera pas le médecin ayant procédé à l'accouchement » : réponse du ministre de la Justice à une question parlementaire, *Questions et réponses*, Ch., 1983-1984, p. 448.

déoulant de l'acte de déclaration d'enfant sans vie établi en droit français<sup>134</sup>. Il permet en effet de faire jouer à l'état civil son rôle symbolique, en inscrivant l'enfant dans une histoire, en permettant de garder une trace de celui-ci. Il permet, ensuite, d'attribuer un ou plusieurs prénoms à l'enfant. Cette faculté de donner un ou plusieurs prénoms à l'enfant se déduit directement de l'article 80bis du Code civil, au contraire du droit français, dans lequel cette faculté découle de l'instruction générale de l'état civil et non directement du Code civil<sup>135</sup>. La faculté de donner un prénom à l'enfant est en réalité la principale modification apportée par la loi du 27 avril 1999 en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>136</sup>. La loi a souhaité aider les parents dans leur processus de deuil, tant le choix d'un prénom (à l'instar de la possibilité même d'inscrire l'enfant mort-né dans un acte de l'état civil) peut constituer un apaisement pour les parents et peut « donner au mort un rôle dans l'histoire familiale »<sup>137</sup>. Il reste qu'il s'agit bien d'une faculté laissée aux parents car si certains peuvent être aidés dans leur processus de deuil en donnant un prénom à l'enfant, d'autres pourraient au contraire le vivre plus difficilement du fait d'être obligés d'attribuer un prénom à leur enfant décédé<sup>138</sup>. L'enfant ne peut par contre porter de nom<sup>139</sup>. Différentes propositions de loi visant à adapter l'actuel article 80bis du Code civil estiment qu'il serait plus opportun de pouvoir donner un nom à l'enfant, nom qui serait inscrit dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>140</sup>. Enfin, il faut relever une légère différence existant entre l'acte de déclaration d'enfant sans vie établi en droit belge et celui établi en droit français, puisque seul le premier comporte la mention du sexe de l'enfant<sup>141</sup>.

(134) *Cfr supra*, n° 9 et s. Les effets de l'acte de déclaration d'enfant sans vie en matière de droit civil se confondent, en réalité, avec le contenu de l'acte de déclaration.

(135) *Cfr supra*, n° 9, note 56.

(136) Notez que le jugement rendu par le tribunal civil de Tournai en 1998 allait déjà en ce sens, en décidant que « pour donner un contenu utile à l'acte, lequel n'en a pas s'il ne contient pas la désignation de l'enfant notamment par son prénom, il convient d'accueillir la requête en rectification de l'acte aux fins de le compléter par la désignation de ses prénoms ». Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999/24, pp. 1035-1038, *J.D.J.*, septembre 1999, n° 187, pp. 50-52. Voy. également A. DE WOLF, « Rectification d'un acte de présentation d'un enfant sans vie en vue de lui attribuer un prénom », op. cit. et A. JONCKHEERE, op. cit.

(137) M. FLIS-TREVIS, *Le deuil de maternité*, op. cit., p. 30.

(138) Circulaire du 10 juin 1999 relative à l'introduction dans le Code civil d'un article 80bis concernant l'acte de déclaration d'enfant sans vie, op. cit. La circulaire a prévu une disposition transitoire permettant aux parents qui le souhaitent d'attribuer un prénom à leur enfant mort-né, pour lequel un acte de déclaration d'enfant sans vie a été dressé conformément au décret du 4 juillet 1806. Les parents étaient recevables à agir en ce sens dans l'année de l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 1999.

(139) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 54, note 124 : « L'enfant ne peut porter de nom, à défaut de filiation pouvant être établie, ne s'agissant pas d'une personne juridique ». C. CASTELET, « De naam van het perinataal overleden kind », *N.j.W.*, 2002, p. 408; A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s) », *R.W.*, 1998-1999, n° 7, 17 octobre 1998, n° 13-16.

(140) *Cfr infra*, n° 27 et s.

(141) Selon les données actuelles de la science et de la médecine (voy. notamment : B. DIXON, *Le corps humain*, Paris, éd. Club France Loisirs, 1989, p. 114) il n'est pas possible de connaître le sexe de l'enfant avant la douzième semaine de grossesse (soit 84 jours de grossesse). Il pourrait s'agir là d'un seuil découlant implicitement de

23. L'acte de déclaration d'enfant sans vie entraîne également des conséquences importantes en matière de droits sociaux. Certains droits sociaux découlent en effet explicitement de l'acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>142</sup>. D'autres droits sociaux, sans dépendre directement de l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, découlent de la limite de viabilité reprise par la « règle des 180 jours ». Pour pouvoir bénéficier de ces droits, il faut donc, indirectement, que les titulaires de ces droits aient pu faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>143</sup>. L'article 39 de la loi du 16 mars 1971<sup>144</sup> détermine les conditions d'octroi du congé de maternité<sup>145</sup>. De la lecture de cet article, il se déduit que la travailleuse enceinte a droit au congé de maternité pour un accouchement après une grossesse de 180 jours, même si l'enfant est mort-né. A l'inverse, le congé de maternité n'est pas accordé si la femme enceinte accouche avant un délai de 180 jours et que l'enfant est mort-né. L'acte de déclaration d'enfant sans vie apparaît donc *a priori* indispensable pour que la mère puisse bénéficier de son congé de maternité, et, étant donné que cet acte ne peut être établi que lorsque la grossesse a duré 180 jours, toute fausse-couche survenant avant ce délai ne pourra donner lieu à aucun congé de maternité. Concernant le congé de paternité, il faut déduire des différentes dispositions légales que, à l'instar du droit français, le père d'un enfant mort-né tel qu'on l'entend dans le cadre de l'article 80bis du Code civil ne peut en bénéficier<sup>146</sup>. L'article 30, § 2, de la loi du 3 juillet 1978<sup>147</sup> énonce en effet que « le travailleur a le droit de s'absenter de son travail à l'occasion de la naissance d'un enfant dont la filiation est établie à son égard, pendant dix jours, à choisir par lui dans les trente jours à dater du jour de l'accouchement. (...) ». Etant donné que l'acte de déclaration d'enfant sans vie n'a pas pour effet d'établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents<sup>148</sup>, le père titulaire de cet acte n'aura droit à aucun congé de paternité. Les parents d'un enfant mort-né ayant pu être inscrit dans un acte de déclaration d'enfant sans vie peuvent cependant bénéficier d'une allocation de naissance<sup>149</sup>. En principe, les parents bénéficient d'une allocation de naissance à l'occasion de la naissance de tout enfant bénéficiaire d'al-

l'article 80bis du Code civil en dessous duquel (si on envisageait du moins de modifier le seuil actuellement retenu de 180 jours de grossesse pour pouvoir dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie) on ne pourrait pas admettre d'enregistrer un fœtus dans un acte d'état civil.

(142) La législation sociale précisant que pour bénéficier du droit social en cause, il faut être en possession d'un acte de déclaration d'enfant sans vie.

(143) *Cfr supra*, n° 20.

(144) Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971, modifiée par la loi-programme du 9 juillet 2004, *M.B.*, 15 juillet 2004.

(145) W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social : droit du travail 2007-2008 - Contenant des annotations fiscales*, t. 1, Bruxelles, Kluwer, 2007, n° 2113-2115, t. 2, n° 3120.

(146) De même, *a fortiori*, que le père n'ayant pu faire dresser cet acte de déclaration d'enfant sans vie. Tant le père détenant un acte de déclaration d'enfant sans vie que le père n'ayant pu faire dresser cet acte, parce que son enfant est décédé avant le seuil permettant de l'établir, ne peuvent bénéficier du congé de paternité.

(147) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, *erratum*, *M.B.*, 30 août 1978. L'article 30, § 2, a été inséré par l'article 27 de la loi du 10 août 2001, *M.B.*, 15 septembre 2001.

(148) *Cfr supra*, note 139.

(149) Lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, *M.B.*, 22 décembre 1939, article 73bis.

locations familiales. L'allocation de naissance est cependant accordée s'il n'existe aucun droit aux allocations familiales « à condition qu'il s'agisse d'un enfant à propos duquel un acte de déclaration d'enfant sans vie a été établi par l'officier de l'état civil »<sup>150</sup>. Nous penchons plus spécifiquement sur les droits sociaux découlant de l'acte de déclaration d'enfant sans vie, soulignons néanmoins l'article 138 du Code des impôts sur les revenus. Ce dernier a été modifié en 2004 afin de tenir compte des enfants morts-nés pour la détermination des personnes à charge fiscalement<sup>151</sup>. En vertu de l'alinéa 2 de cet article, il faut désormais tenir compte de l'enfant mort-né ou perdu à l'occasion d'une fausse couche survenue après une grossesse d'au moins 180 jours (à condition toutefois que l'événement se soit produit durant la période imposable) pour déterminer les personnes « faisant partie du ménage du contribuable »<sup>152</sup>.

## 2. Au regard du droit funéraire

**24.** La réglementation concernant les funérailles est contenue principalement en droit belge dans la loi du 20 juillet 1971<sup>153</sup>. Cette loi régit les cimetières et les établissements de crémation, ainsi que les procédures d'inhumation ou d'incinération<sup>154</sup>. Il faut néanmoins tenir compte des modifications apportées par les dispositions émanant des collectivités fédérées<sup>155</sup>. L'ordonnance adoptée récemment par la Région de Bruxelles-capitale retiendra plus particulièrement notre attention, en ce qu'elle est venue modifier la loi du 20 juillet 1971 en vue de permettre aux fœtus nés sans vie d'être traités dignement<sup>156</sup>.

**25.** L'une des conséquences importante de l'acte de déclaration d'enfant sans vie est qu'il permet de doter l'enfant mort-né d'une sépulture<sup>157</sup>, ce qui peut contribuer au proces-

sus de deuil des parents de l'enfant. Dans la pratique, les administrations communales « tendent à conditionner la délivrance de l'autorisation d'inhumation ou de crémation à l'accomplissement de la formalité de déclaration de décès dans les formes du Code civil »<sup>158</sup>. Pour les enfants morts-nés, la délivrance du permis d'inhumer découlera de l'acte de déclaration d'enfant sans vie.

**26.** Les fœtus accouchés avant un terme de 180 jours de grossesse ne peuvent bénéficier d'une sépulture, étant donné qu'ils n'entrent pas dans les conditions requises pour pouvoir établir un acte de déclaration d'enfant sans vie, et que les parents de ces derniers ne pourront donc, du même coup, se voir délivrer une autorisation d'inhumation. Une circulaire ministérielle du 9 septembre 1991 a toutefois recommandé aux communes de ne pas refuser de délivrer une telle autorisation d'inhumation aux parents qui la sollicitent<sup>159</sup>. Les parents d'un fœtus accouché n'entrant pas dans les conditions d'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie sont donc admis à formuler une demande d'autorisation d'inhumation auprès de la commune. Dans ce cas, « une simple demande des parents ou l'intervention d'un médecin traitant suffit à cet égard mais le nom du fœtus ou celui de ses parents ne pourra être indiqué en aucune manière »<sup>160</sup>. Une modification importante vient d'être apportée en ce qui concerne l'inhumation des fœtus accouchés avant un terme de 180 jours de grossesse. Un article 15ter a en effet été inséré dans la loi du 20 juillet 1971 par l'ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale<sup>161</sup>. Les

parents d'un fœtus né sans vie, dont la naissance a eu lieu entre le 106<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour de grossesse, et qui souhaitent que ce dernier puisse faire l'objet de funérailles, peuvent désormais demander à la commune que le fœtus soit inhumé dans une parcelle des étoiles créée à cet effet. Ils peuvent également demander que le fœtus soit inhumé dans le cimetière d'inhumation. Ils peuvent enfin demander que le fœtus soit incinéré<sup>162</sup>. Il s'agit là d'une avancée importante en matière de prise en compte du deuil périnatal des parents<sup>163</sup> même si la circulaire ministérielle du 9 septembre 1991 recommandait aux communes de ne pas refuser les demandes émanant des parents souhaitant inhumer le fœtus n'ayant pu faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie.

## C. Les propositions de modifications législatives : évolution du droit belge en matière de reconnaissance du deuil périnatal?

**27.** Diverses propositions de loi ainsi qu'une proposition de décret du gouvernement wallon ont été déposées en droit belge, visant à adapter la législation actuelle en matière de reconnaissance du deuil périnatal.

**28.** Nous avons déjà pu relever quelques différences entre la réglementation du droit français et la réglementation du droit belge en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie, notamment en ce qui concerne le contenu de cet acte (possibilité de donner un prénom à l'enfant explicitement prévue dans le Code civil belge, mention du sexe de l'enfant dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie établi en droit belge)<sup>164</sup>. En ce qui concerne les conditions d'établissement de cet acte, il est intéressant de s'attarder plus en détail sur le seuil retenu pour pouvoir établir un acte de déclaration d'enfant sans vie. Ce dernier n'est pas identique en droit belge et en droit français. Ce dernier retient, comme seuil en dessous duquel il ne peut être établi un acte de déclaration d'enfant sans vie, un poids du fœtus de 500 grammes, ou une durée d'aménorrhée de la mère de 22 semaines, ce qui correspond à 154 jours de grossesse<sup>165</sup>. Le droit belge retient par contre un seuil de 180 jours, soit 26 semaines d'aménorrhée. Plusieurs propositions de loi sont déposées en droit belge, tendant, notamment, à abaisser « le seuil des 180 jours » pour être admis à faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>166</sup>. Les

(150) Un enfant mort-né ou perdu à l'occasion d'une fausse couche survenue après une grossesse d'au moins 180 jours ne donne pas droit aux allocations familiales mais il bénéficie de l'allocation de naissance si un acte de déclaration d'enfant sans vie a pu être dressé. R. ROSOUX, « La déclaration à l'impôt des personnes physiques pour l'exercice d'imposition 2007 », 27 avril 2007, A.P.C.H. Tournai, in <http://www.fpt-fva.be>.

(151) Loi du 6 juillet 2004 modifiant l'article 138 du Code des impôts sur les revenus 1992 pour tenir compte des enfants morts-nés pour la détermination des personnes à charge, *M.B.*, 5 août 2004, *Erratum*, *M.B.*, 23 août 2004, en vigueur à partir de l'exercice d'imposition 2006.

(152) Article 138, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus

(153) Loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures, *M.B.*, 3 août 1971, modifiée par la loi du 20 septembre 1998, *M.B.*, 28 octobre 1998.

(154) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 123, n° 128.

(155) L'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 a transmis la compétence en matière de funérailles et sépultures aux Régions (loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés, *M.B.*, 3 août 2001). Voy. notamment : décret du Parlement flamand du 16 janvier 2004 sur les funérailles et sépultures, *M.B.*, 10 février 2004; arrêté du gouvernement flamand du 14 mai 2004 portant organisation, aménagement et gestion des cimetières et établissements crématoires, *M.B.*, 28 juin 2004; ordonnance du 18 juillet 2002 portant diverses réformes en vertu de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, *M.B.*, 7 août 2002.

(156) Ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 décembre 2007 modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et les sépultures en vue d'un traitement digne des restes de fœtus nés sans vie, *M.B.*, 10 janvier 2008.

(157) J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *op. cit.*, p. 59, n° 16, c; L. HALLEUX-PETIT, *Le décès*, 4<sup>e</sup> éd., coll. Livres orange, n° 5, Bruges, Vanden Broele, 1999 (mise à jour 2002), n°s 74-87.

(158) J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *op. cit.*, p. 55, n° 8.

(159) Circulaire ministérielle du 9 septembre 1991, *M.B.*, 25 septembre 1991.

(160) J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *op. cit.*, p. 62, n° 20, b. Soulignons que la précision concernant le fait que le nom du fœtus ne peut apparaître sur la sépulture peut nous étonner, étant donné que de toute façon, le nom du fœtus ne peut, dans l'état actuel du droit belge, apparaître dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie.

(161) Cette disposition s'applique aux cimetières de la Région de Bruxelles-Capitale qui sont situés sur son territoire et ne dépassent pas les limites de ce territoire : article 2 de l'ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 décembre 2007 modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et les sépultures en vue d'un traitement digne des restes de fœtus nés sans vie, *M.B.*, 10 janvier 2008. En Belgique, chaque commune est tenue « d'accueillir dans son cimetière non seulement tout habitant de la commune, c'est-à-dire toute personne inscrite au registre de la population, mais aussi toute personne décédée sur son territoire. (...) Ce principe implique notamment pour la commune du lieu du décès la prise en charge de l'inhumation des indigents et des personnes sans domicile fixe, mais aussi des personnes inconnues ou décédées accidentellement ». J.-M. VAN BOL, « Les funérailles et les sépultures », *op. cit.*, p. 135, n° 107. Nous avons pu recueillir des informations intéressantes auprès de l'association pour l'inhumation et la crémation ainsi qu'auprès de la direction du crématorium d'Uccle en ce qui concerne le deuil périnatal pour un fœtus de moins de 180 jours. La direction du crématorium d'Uccle nous a indiqué que l'ordonnance du 13 décembre 2007 « est seulement venue officialiser ce qui se pratiquait déjà ». Le crématorium d'Uccle prenait en effet déjà en considération les « fœtus de moins de 180 jours ». Tous les parents (entendez par là, quelle que soit la commune dans laquelle ils sont domiciliés) qui souhaitent que « leur fœtus » soit incinéré sont admis gratuitement auprès du crématorium d'Uccle, s'ils sont en possession d'un certificat médical attestant qu'ils ont perdu un « fœtus de moins de

180 jours ». Les cendres de ce dernier peuvent être dispersées dans une parcelle spécifique dénommée « le jardin des quatre vents ».

(162) Les cendres peuvent alors être placées dans une urne (urne qui sera placée dans la parcelle des étoiles), dans le columbarium, ou dans un autre endroit que le cimetière. Elles peuvent aussi être dispersées sur une pelouse de dispersion aménagée dans la parcelle des étoiles ou à un autre endroit que le cimetière.

(163) Dans les limites du champ d'application de l'ordonnance (article 2). Voy. la note 161 ci-dessus.

(164) *Cf. supra*, n° 22.

(165) *Cf. supra*, n° 7.

(166) Proposition adaptant l'article 80bis du Code civil, déposée le 25 avril 2002, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, n° 1757/001; proposition de loi modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, déposée le 8 mai 2002, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2001-2002, n° 2-1145/1; proposition de loi modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, déposée le 20 octobre 2003, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2003-2004, n° 3-268/1; proposition de loi modifiant la

propositions de loi justifient cette modification par le souci de moderniser et d'humaniser la prise en compte du deuil périnatal, en retenant notamment un seuil inférieur à celui actuellement retenu, car « pour de nombreux futurs parents, une fausse couche à quatre ou cinq mois de grossesse est toutefois un événement aussi dramatique qu'après six mois. Cet enfant est attendu par ses parents, et souvent par les autres enfants de la famille. Si cet enfant est mort-né, il s'agit alors d'un drame pour toute la famille »<sup>167</sup>. De même « un bon encadrement des parents et la reconnaissance de leur chagrin, au moyen de règles juridiques appropriées, peuvent représenter un appui considérable ». La proposition de loi du 25 avril 2002 envisage ainsi que les parents qui le souhaitent et dont on peut présumer que l'enfant a été conçu entre 84 et 180 jours avant la naissance pourraient désormais faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie. Pour l'enfant conçu 180 jours ou plus avant sa naissance, l'officier de l'état civil resterait tenu d'établir un acte de déclaration d'enfant sans vie. La proposition de loi du 8 mai 2002 (dont le texte est repris dans la proposition de loi du 20 octobre 2003), de même que celle du 8 mars 2004 envisagent d'abaisser la limite légale de viabilité de 180 jours à 140 jours, ce qui correspond à 20 semaines après la conception ou 22 semaines d'âge postmenstruel. Cette limite serait inscrite à l'article 80bis du Code civil et entraînerait que tout enfant né sans vie à partir de 140 jours de gestation devra être déclaré à l'état civil<sup>168</sup>. La proposition de loi du 9 mars 2004 envisage enfin, à l'instar de la proposition de loi du 25 avril 2002, que si l'enfant naît après une durée de grossesse située entre 12 semaines entières et 26 semaines (autrement dit, si l'enfant naît après un minimum de 84 jours de grossesse), il peut faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie. Cela constituerait bien une faculté pour les parents concernés<sup>169</sup>. L'officier de l'état civil resterait par ailleurs tenu d'établir un acte de déclaration d'enfant sans vie pour les enfants morts-nés après une grossesse supérieure à 180 jours, comme c'est le cas dans l'état du droit belge actuel<sup>170</sup>.

## 29. Les différentes propositions de loi déposées en matière d'acte de déclaration d'enfant sans

réglementation concernant les enfants nés sans vie, déposée le 8 mars 2004, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 0879/001*; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne la déclaration d'enfant sans vie, déposée le 9 mars 2004, *Doc. parl., Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 0883/001*.

(167) Proposition adaptant l'article 80bis du Code civil, déposée le 25 avril 2002, *op. cit.*, « Développements », p. 3.

(168) Pour être précis, les propositions de loi envisagent d'insérer une définition de l'enfant mort-né dans l'article 80bis du Code civil, dont découle, logiquement, une modification du seuil auquel un enfant mort-né doit être déclaré à l'état civil.

(169) La proposition de loi du 9 mars 2004 estime en effet que « l'objectif ne pourrait être d'astreindre les parents à faire établir cette déclaration de l'enfant mort-né ». Elle confère donc « un caractère facultatif à l'établissement de cet acte de grossesse d'une durée de 12 à 26 semaines ». Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne la déclaration d'enfant sans vie, déposée le 9 mars 2004, *op. cit.*, « Développements », p. 6.

(170) Notez qu'outre le fait que le seuil retenu n'est pas identique en droit français et en droit belge, le droit français apparaît comme étant plus précis en ce qui concerne les conditions auxquelles un acte de déclaration d'enfant sans vie est dressé.

vie n'envisagent pas uniquement l'abaissement du seuil auquel il devrait désormais être admis de faire établir un acte de déclaration d'enfant sans vie. Les quatre propositions de loi visant à modifier le Code civil en ce qui concerne la déclaration d'enfant sans vie estiment qu'il faudrait désormais inscrire le nom de famille de l'enfant dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie. Cela avait déjà été envisagé dans les différentes propositions de loi ayant abouti à la loi du 27 avril 1999<sup>171</sup>, mais rejeté au motif que l'attribution du nom est une conséquence de la filiation. Les propositions de loi actuelles partent du principe qui avait déjà été souligné à l'époque, selon lequel l'inscription du nom de famille de l'enfant ne produirait aucun effet juridique et n'aurait qu'un effet purement psychologique<sup>172</sup>.

Les deux propositions de loi des 20 octobre 2003 et 8 mars 2004 envisagent également d'autres modifications à apporter à la réglementation concernant les enfants nés sans vie, outre l'abaissement du seuil auquel un acte devrait pouvoir être dressé et l'inscription du nom de famille de l'enfant. Elles prévoient en effet l'inscription de la définition de l'enfant mort-né à l'article 80bis du Code civil, le droit pour le père non marié de reconnaître son enfant mort-né<sup>173</sup> et le traitement digne des restes de fœtus nés avant la limite de viabilité<sup>174</sup>. Elles pré-

(171) Proposition de loi introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, déposée le 5 mai 1997, *Doc. parl., Sén., sess. ord., 1996-1997, n° 1623/1*.

(172) Rapport fait au nom de la commission de la justice concernant la proposition de loi introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, déposée le 5 mai 1997, *Doc. parl., Sénat, sess. ord., 1998-1999, n° 1623/2*.

(173) À cet égard, il faut noter que le souhait des propositions de loi a été rencontré depuis. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 (loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celles-ci, *M.B.*, 29 décembre 2006), la reconnaissance d'un enfant prédécédé n'était possible que si l'enfant avait laissé une postérité. Cette condition « empêchait (...) la reconnaissance désintéressée d'un enfant décédé, et surtout d'un enfant mort-né, c'est-à-dire décédé au moment de la constatation de la naissance par l'officier de l'état civil, le médecin ou l'infirmière accoucheuse agréée par lui. Il en était de même pour l'enfant qui était vivant au moment de sa naissance mais décédait postérieurement à la constatation de sa naissance par l'officier de l'état civil, et pour lequel un acte de naissance puis un acte de décès doivent être dressés. Ceci n'était assurément pas de nature à faciliter le deuil périnatal des parents éprouvés... ». (J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *J.T.*, 2007, p. 399, n° 48). La reconnaissance d'un enfant décédé sans laisser de postérité est dès lors possible si elle est faite dans l'année qui suit la naissance de l'enfant. L'article 80bis alinéa 2, 2<sup>o</sup>, du Code civil a été modifié en conséquence par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 afin de permettre l'inscription du nom du père non marié qui a reconnu son enfant mort-né dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie. Ainsi, il est « désormais possible pour le père non marié à la mère et qui aurait reconnu l'enfant avant sa naissance ou à sa demande et avec le consentement de la mère s'il ne l'a pas fait, de voir son nom inscrit dans cet acte conformément à l'alinéa 2, 2<sup>o</sup>, de l'article 80bis tel que modifié par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 » : G. MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2/2007, p. 365. Pour un développement complet de cette question, Voy. J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, n° 38bis, 39, 47 et 48.

(174) Sur ce point, nous renvoyons l'auteur à ce que nous avons développé sur la réglementation funéraire en matière d'enfants morts-nés. La récente ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 décembre 2007 a

voient enfin que la modification de la limite légale de viabilité à 140 jours<sup>175</sup> s'applique à toutes les dispositions pertinentes du Code civil et de la législation sociale. Autrement dit, l'ensemble des dispositions du Code civil ou de la législation sociale dans lesquelles on se réfère à « la règle des 180 jours » seraient modifiées pour prendre en considération l'évolution de la néonatalogie qui établit que la limite de viabilité est aujourd'hui de 20 semaines de grossesse, soit 140 jours à compter de la conception<sup>176</sup>. Nous percevons à quel point le critère de viabilité est important puisqu'il en découle toute une série de droits.

30. Relevons enfin qu'une proposition de décret a été déposée par le gouvernement wallon, visant à prévoir une parcelle spécifique dans les cimetières à l'attention « des fœtus décédés de moins de 180 jours »<sup>177</sup>. L'objectif du décret « n'est autre que de prendre en compte la douleur des parents qui ont perdu un enfant en cours de grossesse en leur donnant un endroit où ils peuvent se recueillir, en reconnaissant le vécu de la perte et en considérant avec respect le corps du fœtus »<sup>178</sup>. Eu égard à cet objectif, la proposition de décret souhaite imposer l'obligation aux communes et aux intercommunales d'organiser un espace d'inhumation ou de dispersion des cendres dans leur cimetière pour les fœtus accouchés avant un terme de 180 jours de grossesse. Même si la circulaire du ministère de l'Intérieur du 9 septembre 1991 recommande aux communes de ne pas refuser de délivrer, aux parents qui le souhaitent, une autorisation d'inhumation pour un fœtus accouché avant un délai de 180 jours, la proposition de décret vise à l'imposer « par la voie légale, et non plus par la voie circulaire »<sup>179</sup>. Parallèlement à l'obligation des communes d'organiser dans leur cimetière une parcelle d'inhumation spécifique, la proposition de décret reconnaît le droit des parents de faire inhumer ou incinérer les restes de fœtus accouchés avant un délai de 180 jours de grossesse à compter de la conception. Il est également prévu que les médecins ont le devoir d'informer les parents à ce sujet et que si ces derniers ne souhaitent pas faire procéder à l'inhumation ou à la crémation des restes du fœtus né sans vie,

en effet apporté des modifications en droit belge en ce qui concerne le traitement digne des restes de fœtus né sans vie. *Cf. supra*, n°s 24 et s. Notez également qu'une proposition de décret du gouvernement wallon a été rédigée en 2004, visant à traiter dignement les fœtus de moins de 180 jours à compter de leur conception. *Cf. infra*, n° 28.

(175) *Cf. supra*, n° 28.

(176) Il s'agit concrètement des articles 318, 320 et 326 du Code civil ainsi que des articles de la législation sociale sur lesquels nous avons attiré l'attention au n° 21 *Supra*.

(177) Proposition de décret du gouvernement wallon modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures en vue de prévoir une parcelle dans les cimetières pour les fœtus décédés de moins de 180 jours, déposée par C. Defraigne, session 2004-2005, doc. 87, n° 1. Comme nous l'avons relevé (*cf. supra*, n° 24), la loi spéciale du 13 juillet 2001 a transféré la compétence en matière de funérailles et sépultures aux Régions qui deviennent ainsi compétentes pour modifier ou non la loi du 20 juillet 1971. La Région wallonne, contrairement à la Région flamande et à la Région de Bruxelles-Capitale n'a pas encore adopté de décret en ce sens, la loi du 20 juillet 1971 y restant dès lors d'application.

(178) *Ibidem*, « Développements », p. 3.

(179) Proposition de décret du gouvernement wallon modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures en vue de prévoir une parcelle dans les cimetières pour les fœtus décédés de moins de 180 jours, *op. cit.*, « Développements », p. 3.

les hôpitaux ont alors l'obligation de faire procéder à la crémation des restes de ce fœtus. Cette proposition de décret wallon rejoint en grande partie la disposition contenue à l'article 15ter de la loi du 20 juillet 1971, inséré par l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 décembre 2007<sup>180</sup>.

**31.** Les propositions de modifications législatives s'inspirent toutes du souci d'humaniser les réglementations actuelles en matière de reconnaissance du deuil périnatal, tant elles laissent dans le vide juridique un nombre considérable de parents ayant à faire le deuil de leur enfant mort-né en deçà du seuil des « 180 jours ». De plus, l'évolution dans les domaines de la néonatalogie et de l'obstétrique permet d'affirmer que la limite juridique de viabilité fixée à 180 jours est totalement dépassée par les faits et qu'elle doit être fixée à 140 jours. De ces deux constatations découlent les modifications envisagées. Eu égard aux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation française, on peut s'attendre à ce que cette jurisprudence ait une influence sur le législateur belge, qui pourrait se pencher plus avant sur les différentes propositions de loi commentées ci-dessus.

## 4

## Conclusion

**32.** Les avancées qui pourraient être réalisées en matière de reconnaissance du deuil périnatal, en permettant notamment d'inscrire dans un acte de déclaration d'enfant sans vie des fœtus accouchés avant un délai de 180 jours de grossesse à compter de la conception, permettraient, sans aucun doute, d'aider les parents dans leur processus de deuil. Si les règles juridiques en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie ont évolué depuis le décret du 4 juillet 1806, régissant à l'origine tant le droit français que le droit belge en la matière, peut-on s'attendre à certaines évolutions en la matière, eu égard aux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation française? Nous avons relevé, tout au long du présent article, les limites découlant des articles 79-1 du Code civil français et 80bis du Code civil belge. Laissant dans le vide juridique les fœtus accouchés en deçà d'un certain seuil alors que les parents concernés peuvent être tout autant touchés et avoir tout autant besoin d'inscrire leur enfant mort-né que les parents entrant dans les conditions utiles pour le faire, les dispositions actuelles ne répondent que de façon inadéquate aux besoins des citoyens. Or, le droit ne se doit-il pas d'y répondre? « En d'autres termes, les règles consacrées aux personnes ne doivent-elles pas être, outre le miroir des mœurs, la reconnaissance sociale d'un vécu individuel estimable, demeuré jusqu'ores à l'état affectif? »<sup>181</sup>. Tant dans le droit français que

dans le droit belge actuel, les questions qui se posent en matière de reconnaissance du deuil périnatal sont trop souvent réglées par les circulaires adoptées en la matière. Rappelons que « même quand elles sont fondées, les opinions administratives demeurent contestables dans leur principe : n'étant chargée d'aucune mission d'interprétation du droit positif, l'Administration devrait s'abstenir de toute intrusion sur ce terrain, officiellement comme officieusement, particulièrement dans les matières qui doivent rester du ressort effectif de la loi »<sup>182</sup>. On ne peut, toutefois, se passer des circulaires qui viennent apporter les précisions nécessaires à l'officier de l'état civil lorsque le droit législatif ne peut être directement opérationnel<sup>183</sup>.

**33.** Si une meilleure reconnaissance du deuil périnatal paraît devoir s'imposer, les différentes propositions de loi commentées ci-dessus<sup>184</sup> précisent qu'elles n'entendent pas pour autant remettre en cause le statut juridique des enfants morts-nés. La proposition de décret du gouvernement wallon précise ainsi qu'elle « n'entend nullement remettre en cause le statut des fœtus concernés. Ceux-ci, en conformité avec les principes du Code civil, n'ont pas eu d'existence légale et ne sont dotés d'aucun nom et prénom. L'auteur pense néanmoins que, sans être des personnes au sens juridique du terme, ces fœtus de moins de 180 jours, méritent assurément respect et dignité »<sup>185</sup>. Si nous n'avons pas développé en détail les règles juridiques régissant le statut juridique de l'enfant à naître, c'est parce que selon nous, la reconnaissance du deuil périnatal et le statut juridique de l'enfant à naître sont deux questions distinctes, bien qu'intimement liées. Pour pouvoir avancer dans le débat qui a été soumis à la Cour de cassation française, il faut pouvoir les appréhender séparément<sup>186</sup>. A l'instar de différents

nes au droit de la famille », *op. cit.*, p. 200, n° 2. C'est une conception du droit très discutable qui lui fait abandonner sa position de « tiers ». Cette conception a néanmoins le mérite d'attirer notre attention sur la dimension humaine dans laquelle doivent s'inscrire les réglementations juridiques.

(182) T. REVET, « Législation française, instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 », *op. cit.*, p. 902.

(183) *Cfr supra*, n° 14, note 95.

(184) *Cfr supra*, n°s 27 et s.

(185) Proposition de décret du gouvernement wallon modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures en vue de prévoir une parcelle dans les cimetières pour les fœtus décédés de moins de 180 jours, *op. cit.*, « Développements », p. 3.

(186) Le droit positif qualifie de « personne », le « sujet de droit », c'est-à-dire le titulaire juridique de droits et d'obligations, patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Le principe est que tous les êtres humains sont dotés de la personnalité juridique, à une limitation près. En effet, la personnalité « suppose un minimum d'existence physique, c'est pourquoi il n'a pas été estimé pertinent d'octroyer la personnalité juridique à ceux qui ne sont pas nés vivants et viables » (N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 3, n° 2). Tout individu accède à la personnalité juridique à l'instant où il naît, sous réserve de naître vivant et viable. L'enfant à naître n'est donc pas doté de la personnalité juridique sous réserve de l'application de l'adage *Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, qui signifie que l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts. Pour un exposé complet du statut juridique de l'enfant à naître, voy. notamment : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, spécialement pp. 1-47, n°s 1-30, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 31-34, n°s 14-18. A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 15-46. Voy. également en droit français : G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. pal.*, vendredi 23, samedi 24 avril 1993, pp. 7-12; P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être

humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *op. cit.*; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *R.T.D. civ.*, janvier-mars 2000, pp. 65-78; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain - A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *op. cit.*, pp. 9-15.

(187) C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *op. cit.*; P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *op. cit.*; A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s) », *op. cit.*; V. BALESTRIERO, « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain - A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *op. cit.*

(188) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *op. cit.*, p. 4.

(189) Etude rédigée par le secrétariat général de la C.I.E.C. avec le concours de F. GRANET, « État civil et décès périnatal dans les Etats de la C.I.E.C. », *op. cit.*, p. 616, n° 16.

**34.** Il faut néanmoins souligner les limites de la discipline juridique en matière de reconnaissance du deuil périnatal. Si le droit doit être constitué en un corps de règles adapté le plus possible aux « besoins » des êtres humains, il ne peut pas pour autant répondre à l'ensemble de ces derniers. D'autres moyens que le recours au droit sont tout aussi efficaces afin d'aider les parents dans leur processus de deuil d'un « enfant » qui n'a pu arriver, ou qui n'est arrivé qu'au seuil de la vie. Nous n'imaginons en effet pas que tout fœtus puisse faire l'objet d'un acte de déclaration d'enfant sans vie. D'autres mesures existent aujourd'hui et permettent d'aider les parents dans leur processus de deuil. En droit français, en dessous du seuil nécessaire pour pouvoir faire inscrire un enfant mort-né, un registre des embryons est parfois prévu, à

(180) Ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 décembre 2007 modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et les sépultures en vue d'un traitement digne des restes de fœtus nés sans vie, *op. cit.* *Cfr supra*, n° 24.

(181) M.-F. LAMPE, « A propos du deuil périnatal - La norme à l'écoute de son modèle - Du droit des person-

l'initiative de certaines administrations communales, permettant d'y inscrire les fœtus accouchés sans vie ne répondant pas aux conditions nécessaires pour pouvoir faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie<sup>190</sup>. Parallèlement à cette mesure spécifique, dont pourrait utilement s'inspirer le droit belge, la démarche adoptée par certains hôpitaux permet également de soutenir les parents dans leur processus de deuil. En effet, les hôpitaux, confrontés au vide juridique dans lequel se trouvent les fœtus de moins de 180 jours, développent des projets de qualité concernant la prise en charge globale de l'accompagnement du deuil. « Éu égard à la loi, les fœtus de moins de 180 jours n'ont pas d'existence légale, c'est-à-dire pas de noms dans les registres de population, pas de date de naissance ni de décès. Pourtant, pour les parents, lorsque la grossesse s'arrête, à la suite d'une fausse couche tardive ou à une mort *in utero*, il y a eu vie, source de rêves et d'espoir. Face à ce vide entre la loi et la réalité, le deuil s'avère difficile à traverser »<sup>191</sup>. Ainsi, les parents se voient proposer, mais pas imposer, la possibilité de se recueillir auprès du corps (qui constitue « la stèle du tout petit ») la possibilité, avec l'aide du personnel soignant, d'élaborer une « carte souvenir » de l'enfant jointe au dossier médical de ce dernier. L'accompagnement vise aussi le soutien de la fratrie, cette dernière se voyant offrir une valisette de l'hôpital contenant des livres à dessiner et à colorier afin d'imager le décès<sup>192</sup>.

35. Autant de démarches émanant de la pratique et comblant le vide juridique ou les limites découlant des réglementations juridiques. Si ces démarches sont honorables à plus d'un titre, il faudra sans doute que les législateurs français et belge se penchent à nouveau sur la question de la reconnaissance du deuil périnatal même s'ils l'ont déjà fait à plusieurs reprises<sup>193 194</sup>...

Maité BEAGUE

Assistante au Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'U.C.L.  
Juriste au sein de l'équipe S.O.S. Enfants-Famille des Cliniques universitaires Saint-Luc

(190) Cfr *supra*, n° 8.

(191) Article de presse : « Inauguration de la stèle "A nos tout-petits" réalisée dans le cadre du projet "Deuil périnatal" de la clinique Saint-Vincent à Rocourt », communiqué de presse du 24 juin 2005, contact presse M. Lebrun. Article disponible en ligne sur le site de la clinique Saint-Vincent, rubrique presse, <http://www.chc.be>.

(192) Article de presse : « Inauguration de la stèle "A nos tout-petits" réalisée dans le cadre du projet "Deuil périnatal" de la clinique Saint-Vincent à Rocourt », communiqué de presse du 24 juin 2005, contact presse M. Lebrun. Article disponible en ligne sur le site de la clinique Saint-Vincent, rubrique presse. <http://www.chc.be>.

(193) Par l'adoption respective, en droit français et en droit belge, de la loi du 8 janvier 1993 ayant inséré l'article 79-1 du Code civil français (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, *op. cit.*) et de la loi du 27 avril 1999 ayant introduit l'article 80bis dans le Code civil belge (loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *op. cit.*).

(194) Nous tenons à remercier Jean-Louis Renchon pour les précieuses remarques qu'il a pu formuler à l'égard de la présente contribution.

**MARCHÉS PUBLICS. —  
Recours efficace  
contre la décision d'attribution. —  
Protection du secret des affaires. —  
Principe du contradictoire. —  
Mise en balance des intérêts.**

C.J.C.E. (3<sup>e</sup> ch.), 14 février 2008

Siég. : A. Rosas (prés. ch.), J.N. Cunha Rodrigues (rapp.), J. Klucka, P. Lindh et M.A. Arabadjev.

Min. publ. : E. Sharpston (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> J. Bourtembourg, C. Molitor, N. Cahen, A. Hubert (agent gov. belge), M. Fruhmann (agent gov. autrichien), B. Stromsky et D. Kukovec (agents Commission).

(arrêt n° C-450/06 - Varec).

*L'instance responsable du recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.*



(Extraits)

31. La directive 89/665 ne contient aucune disposition qui règle explicitement la question de la protection des informations confidentielles. A cet égard, il est nécessaire de se reporter aux dispositions générales de cette directive, et notamment à son article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>.

32. Cette dernière disposition prévoit que les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application notamment de la directive 93/36, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

33. La directive 89/665 ayant pour objet d'assurer le respect du droit communautaire en matière de marchés publics, il y a lieu d'interpréter son article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, à la lumière tant des dispositions de la directive 93/36 que des autres dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics.

34. L'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics comprend l'ouverture à la concurrence non faussée dans

tous les États membres (voy., en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, *Rec.*, p. I-1, point 44).

35. Pour atteindre cet objectif, il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence, soit dans une procédure de passation en cours, soit dans des procédures de passation ultérieures.

36. En outre, tant par leur nature que selon le système de la réglementation communautaire en la matière, les procédures de passation de marchés publics sont fondées sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques qui participent à celles-ci. Ces derniers doivent pouvoir communiquer à ces pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs.

37. Pour ces raisons, l'article 15, § 2, de la directive 93/36 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs.

38. Dans le cadre spécifique de la communication à un candidat ou à un soumissionnaire écarté des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que dans celui de la publication de l'avis d'attribution d'un marché, les articles 7, § 1<sup>er</sup>, et 9, § 3, de ladite directive reconnaissent aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de ne pas communiquer certaines informations lorsque leur divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

39. Certes, ces dispositions visent la conduite des pouvoirs adjudicateurs. Il convient néanmoins de reconnaître que leur effet utile serait gravement compromis si, lors d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, l'ensemble des informations relatives à cette procédure de passation devaient, sans aucune limitation, être mis à la disposition de l'auteur de ce recours, voire même d'autres personnes telles que des parties intervenantes.

40. Dans une telle hypothèse, la simple introduction d'un recours donnerait accès à des informations qui pourraient être utilisées pour fausser la concurrence ou pour nuire aux intérêts légitimes d'opérateurs économiques ayant participé à la procédure de passation du marché public en cause. Une telle possibilité pourrait même inciter des opérateurs économiques à former des recours dans le seul but d'accéder aux secrets d'affaires de leurs concurrents.

41. Dans un tel recours, le défendeur est le pouvoir adjudicateur, l'opérateur économique dont les intérêts risquent d'être lésés n'étant pas nécessairement partie au litige ni appelé à la cause pour défendre ceux-ci. Pour cette raison, il est d'autant plus important de prévoir des mé-