

## Minorité légale ou incapacité réelle ? Le statut des enfants

Christine Delphy

---

### Citer ce document / Cite this document :

Delphy Christine. Minorité légale ou incapacité réelle ? Le statut des enfants. In: Cahiers du GEDISST (Groupe d'étude sur la division sociale et sexuelle du travail), N°11, 1994. Division du travail. Rapports sociaux de sexe et de pouvoir. Séminaire 1993-1994. pp. 9-22;

[https://www.persee.fr/doc/genre\\_1165-3558\\_1994\\_num\\_11\\_1\\_945](https://www.persee.fr/doc/genre_1165-3558_1994_num_11_1_945)

---

Fichier pdf généré le 21/02/2020

## MINORITE LEGALE OU INCAPACITE REELLE? LE STATUT DES ENFANTS

Christine Delphy

"Philosophie politique, économique et sociale"

CNRS -

La présentation qui suit est fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'invocation de la nature indique, dans notre société, *la suspension du droit commun* dans une sphère de l'interaction sociale. Cette suspension est ce qui caractérise le plus, du point de vue du droit, la sphère que l'on appelle : "le privé".

La notion de "privé", sans s'y réduire (puisque son référent général est "la nature"), englobe et a pour centre une institution sociale, la famille, là où sont les femmes et les enfants. Comme la famille n'est pas vraiment un lieu géographique - le foyer l'est, mais pas la famille - dire que les femmes et les enfants y "sont", c'est dire que leurs vies sont bien plus que celles des hommes, réglées par cette institution. La famille a pour caractéristique d'être considérée comme une "semi-institution" : mi-naturelle, mi-sociale.

Nous examinerons ici le statut des enfants, et la façon dont ils sont traités comme des propriétés privées. Nous examinerons ensuite les résultats des efforts déployés depuis de nombreuses années pour protéger les enfants, en particulier des abus et sévices parentaux.

On constate que bien qu'ayant abouti à la ratification de la Convention internationale dite de New York par de nombreux états, y compris la France, et l'adoption de lois nationales conformes à cette convention, ces efforts n'ont pas fondamentalement modifié le statut de "mineur".

On s'interrogera ensuite sur l'existence de fondements sociologiques à ce statut de "mineur", réputé être fondé en "nature", pour arriver à la conclusion qu'il n'est pas le reflet d'une réalité biologique ou naturelle extra-juridique, mais constitué par le droit lui-même.

La vie des enfants en particulier est entièrement réglée par la famille, ce qui n'empêche pas beaucoup de protagonistes de se disputer le pouvoir sur eux : les mères et les pères, par milliers chaque année, en raison des évolutions du mariage qui font que les divorces sont de plus en plus fréquents. Mais aussi les parents -ici solidaires- et l'Etat. Cependant, dans ces deux types de conflits, les disputes les plus âpres se déroulent sans que ce statut des enfants, qui les apparente plus à des choses qu'à des êtres humains, soit jamais mis en cause.

Et l'Etat est, en France, toujours prêt à privilégier le principe de la puissance parentale par rapport aux intérêts des enfants : c'est même la sacralité de la famille - nous entendons par là quelque chose que l'on pourrait appeler de manière métaphorique la propriété privée des enfants - qui est opposée aux demandes de protection efficace pour les enfants contre les sévices de tous ordres qui ne soit pas seulement de principe,.

L'Etat français va très loin dans cette voie. La DASS (l'ancienne "Assistance Publique") encourage les parents qui abandonnent leurs enfants à "garder leurs droits parentaux" : à refuser de les rendre adoptables. Et ces "droits" créés par la filiation biologique ne sont compensés par aucun devoir. Qu'on en juge : il suffit aux parents naturels de renouveler leur opposition à l'adoption une fois par an, autant d'années qu'ils le désirent, sans aucune autre preuve d'intérêt, pour conserver leurs droits parentaux, et continuer ainsi d'empêcher l'adoption de ces enfants. Une minorité de ces parents décide d'élever leurs enfants, parfois au bout de plusieurs années, mais la majorité ne le fait pas et "leurs" enfants restent des enfants de la DASS et passent toute leur vie jusqu'à dix-huit ans dans des institutions ou chez des parents nourriciers.

Et pour décider ainsi du sort d'êtres humains, il suffit de s'être donné la peine de les procréer et de signer un papier une fois par an. On ne voit pas quel bénéfice direct l'Etat en retire; en revanche les enfants -ainsi que les adopteurs potentiels- sont gravement lésés.

On doit en conclure que tous ces coûts humains sont infligés à seule fin d'affirmer deux principes : 1) Les enfants sont sous certains aspects assimilables à des propriétés, les droits détenus sur eux étant semblables à ceux que l'on peut avoir sur des objets ou des animaux, et le droit d'abuser -y compris de rendre malheureux un enfant pour lequel on n'assume aucune responsabilité-, fait partie de ces droits. 2) Ces droits extravagants -qui sont contraires aux libertés inscrites dans la déclaration des droits de la personne -sont *ouverts* par la seule procréation.

De toute façon, il est clair que les enfants ne sont pas soumis au même droit que les adultes et que la question des droits spécifiques se pose donc à leur sujet, comme elle se pose au sujet des femmes.

Le rapprochement entre les femmes et les enfants, du point de vue sociologique comme du point de vue juridique, est ancien ; le Code Napoléon, comme le droit romain, faisait un parallèle explicite entre la situation de "*la femme et celle de l'enfant*". Et le Code Civil, il y a encore quelques années stipulait que "*sont privés de droits les mineurs, les malades mentaux et les femmes mariées*" (Collomp, 1982) L'explication culturellement admise de cette restriction de droits invoque pour les "*éternelles mineures*", les mêmes raisons que celles invoquées à propos des mineurs passagers que sont les *vrais* mineurs. Des raisons de *débilité*-de faiblesse constitutionnelle, physique et psychique- qui les rendent incapables de mener leur vie par elles-mêmes. Ce que les femmes ont découvert et contre quoi elles ont lutté, depuis plus d'un siècle, arrachant réforme après réforme, c'est que leur incapacité était d'abord et avant tout fabriquée juridiquement : que le législateur, tenant la plume de main de maître, les avait enserrées dans un rets d'interdictions qui les empêchait en effet de bouger ni pied ni patte.

Mais il semble que les femmes l'ont découvert et dénoncé pour elles seulement ; que dans la phrase *éternelle mineure* ce soit au qualificatif *éternelle* qu'elles se soient opposées ; que leur grief principal n'ait pas été la privation de droits en elle-même, mais la légitimité de leur appliquer ce statut, à elles qui n'étaient plus des enfants. Par exemple, en Grande-Bretagne, une féministe historique, Cobbe,

*"was content that children, criminals and lunatics should continue to be 'disqualified'; rather she wished the privileges of 'qualification' to be extended to women"* (Smart, 1989:141).

En effet, la question du statut sociologique de l'enfance n'est jamais posée. Elle est considérée comme une catégorie sociale naturelle : une catégorie naturelle à effets sociaux. Ceci pose problème. Il n'y a pas si longtemps, et pour beaucoup de nos collègues aujourd'hui encore, c'est ainsi que la question de la "féminité" était envisagée : une catégorie naturelle à effets sociaux. La problématique du genre, i.e. de la création sociale des sexes commence à peine à émerger en France. Or, si l'on examine le statut des enfants sous l'angle juridique, il correspond de façon frappante à une privation de droits, du même type que celle dont les femmes étaient victimes dans ce pays jusque bien avant dans la seconde moitié du vingtième siècle.

Des arguments de type biologiste -la faiblesse "naturelle" des enfants- continuent donc d'être invoqués pour justifier l'absence de droits des enfants, et les

droits que d'autres ont, en contrepartie, sur eux. Et des arguments du même type, c'est à dire naturalistes, sont invoqués dans la discussion à propos de qui doit posséder ces droits. Ainsi, c'est au nom d'un "pouvoir naturel" des femmes que certaines revendiquent, pour les mères, des droits supérieurs à ceux des pères. Cette argumentation du type "droit naturel" pose un double problème à la sociologie, car la problématique du droit naturel se propose à la fois comme explication et comme prescription (cf. supra.).

Il est grand temps que le débat de fond soit posé, celui du statut juridique des enfants. Or, la plupart des associations qui militent pour les "droits des enfants" refusent de poser ce problème, arguant, selon la tradition, de leur "différence biologique": de leur faiblesse physique et mentale, et réduisent leurs droits à leur besoin de protection.. C'est la position la plus courante en France, et les couplets sur le droit à l'irresponsabilité ou le droit à l'enfance, ou encore le droit à la *protection* -perçus comme antinomiques du droit aux droits-, sont trop nombreux pour être cités, qu'ils émanent de personnalités politiques comme le Premier ministre ou le Président de la république, ou d'essayistes. La phrase de Mme Rubellin-Devichi, juriste spécialiste du droit des enfants, résume bien cette position dominante : "*Ne lui (à l'enfant) reconnaissons pas trop de droits : nous lui volerions son enfance*" (Rubellin-Devichi, 1989). Le propos de cet article n'est pas de retracer un débat qui a préparé la rédaction de la Convention internationale des droits de l'enfant et qui a été relancé par le passage et la ratification de cette Convention par un grand nombre de pays. Il ne s'agit pas non plus de commenter la dite Convention; encore moins d'analyser les couples d'opposition conceptuelle dont on a donné un échantillon plus haut et qui, rassemblés, créent un univers sémantique spécieux, et spécial au sujet, ceci sera fait dans un travail ultérieur.

En ce qui concerne le débat nord-américain, on se reportera avec intérêt au travail de Bruno Théoret (Théoret, 1991) et en ce qui concerne le débat français, au travail de synthèse réalisé par Jean-Pierre Rosenczveig (Rosenczveig, 1990), alors directeur de l'Institut de l'enfance et de la famille à Paris. Il apparaît néanmoins que le débat français est en retard sur le débat nord-américain : la position des *libérationnistes*- demandant tout simplement des droits égaux pour les enfants- d'une part, n'est pas représentée en France ; d'autre part, ce sont les adversaires des droits des enfants qui ont dicté les termes du débat. Ces adversaires ont identifié toute perte de pouvoir des parents à une attaque contre *La famille*, ce qui pousse les défenseurs d'une capacité civile accrue pour les enfants à nier que cela se fera au détriment des droits parentaux. C'est une position intenable, comme toute position

défensive, qui de surcroît leur interdit de mettre en cause, à l'instar de leurs homologues américains, les notions de base qui justifient le déni de droit dont les mineurs sont victimes. Une position qui les force à n'opposer aux adversaires des droits des enfants que des arguments d'opportunité. Enfin les défenseurs partagent avec les adversaires une définition floue et même ad hoc des *droits*, quand ceux-ci s'appliquent aux enfants -un flou et une spécificité que l'on retrouve dans la Convention- une définition qui permet de parler du fait de vivre dans une famille, ou encore de l'obligation scolaire, comme de *droits*. On confond allègrement, pour donner l'impression que les mineurs ont beaucoup de droits, "le droit de et le droit à...(qui est) assorti.... d'un certain nombre de conditions...qui va en faire beaucoup plus un ensemble de devoirs, de contraintes, d'obligations que de droits proprement dits" (Berger, 1982).

Comme on l'a dit, le fond n'est pas abordé dans ce débat, et le fond en la matière est l'argument biologique.

L'argument *biologique* pose deux questions : 1) La population concernée est-elle effectivement dans cet état de faiblesse et d'incapacité, a-t-elle une unité naturelle? 2) Si c'était le cas, ou dans la mesure où cela le serait, la faiblesse est-elle, moralement ou juridiquement, une raison valable de réserver à une partie de la population un statut spécial, inférieur, et non conforme au statut de la personne humaine ?

1 - Il apparaît de toute évidence que le premier postulat implicite de cet argument : l'homogénéité de la population des enfants par rapport à une caractéristique physique et mentale, n'est tout simplement pas défendable. On ne peut parler *des enfants* en ces termes que si l'on accepte la fiction consistant à considérer le nouveau-né qui ne peut se nourrir comme le prototype de l'enfant. Or le statut de l'enfant se poursuit jusqu'à dix-huit ans et s'applique à des populations ayant des niveaux d'autonomie très divers; il s'applique notamment à toute une population d'adolescents qui sont non seulement en possession de tous leurs moyens, mais en possession de plus de moyens, physiques et intellectuels, que la population d'adultes qui les "garde" (on sait que l'acmé physiologique se situe précisément à dix-huit ans, ce que confirme l'âge moyen des athlètes dans de nombreuses disciplines sportives).

2 - Les femmes pouvaient avoir recours aux tribunaux en matière civile, même quand elles étaient des incapables et elles étaient des pleins sujets de droit pénal. Or, même quand les enfants arrivent à alerter la justice sur les sévices parentaux (ce qui est extrêmement rare, puisqu'ils sont dans l'illégalité dès qu'ils

sortent de chez eux sans autorisation) leurs droits sur le plan pénal sont extrêmement limités; ils n'ont, par exemple, pas le droit à un conseil juridique. Dans les cas d'inceste qui viennent devant les tribunaux français, le violeur a un avocat, sa victime -qui est sa fille ou son fils- n'en a pas. Mieux, la victime était censée être représentée par l'avocat de l'offenseur jusqu'en 1990, date à laquelle la loi française a pris acte de la Convention internationale des droits de l'enfant. Encore faut-il remarquer que le droit de l'enfant à être entendu "*sur toute question l'intéressant*" est limité aux enfants "*capables de discernement*" - ce sont les tribunaux qui décident de cette capacité- et le droit de l'enfant à avoir un avocat propre et non celui des ses "*représentants légaux*" (les parents), n'était pas établi jusqu'en 1993.

En l'absence d'une loi nationale établissant clairement et précisément les conditions d'une représentation autonome de l'enfant, la Convention internationale était interprétée de façon très divergente et souvent très restrictive.

La Convention, dans son article 12 -celui qui entrerait en conflit avec la loi française, en particulier avec l'article 290 paragraphe 3 du Code Civil traitant des conditions d'audition de l'enfant- donne à "*l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant...de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale*". Certaines cours d'appel favorisaient la Convention et donc de larges possibilités d'audition de l'enfant (Lyon, 28/11/1991), tandis que d'autres considérant que la loi nationale l'emportait attribuaient des conditions d'audition de l'enfant restreintes .

Le débat tourne notamment sur l'interprétation de l'article 12 de la Convention : permet-il au mineur d'être représenté comme un adulte? Son audition, restreinte (comme dans la loi française avant 1993,) ou large est-elle suffisante ? La loi du 9 janvier 1993 tranche : elle va clairement dans le sens du progrès, sans innover, puisqu'elle ne va pas au delà de la Convention, en donnant à l'audition du mineur un caractère de droit : le juge qui refuserait d'entendre le mineur devra motiver sa décision. De l'autre côté, cette loi tranche le débat sur le sens qu'on peut donner en France, à la Convention et au droit d'être entendu : c'est strictement un droit d'être entendu, nullement un droit d'être partie dans le conflit, même si celui-ci le concerne au premier chef, que ce conflit soit civil ou pénal. "*Un mineur n'a pas la capacité d'ester en justice*" (Juris-data, recherche N° 25, 01/03/93, Cour d'appel de Paris, 30/09/92).

Ainsi on peut dire qu'une attention croissante est portée à la protection des enfants et par les dispositions de la loi de 1993 et par le fait qu'elle regroupe entre

les mains d'un seul et nouveau juge aux affaires familiales les attributions de plusieurs juridictions auparavant distinctes et souvent appelées à intervenir dans la même juridiction; un juge qui de plus se voit confiée comme mission spéciale de *"veiller à la sauvegarde des intérêts de l'enfant mineur"* (Chombeau, Le Monde, 27 février 1993). Déjà, en 1991 un avocat se félicitait qu'avec la Convention internationale, *"l'enfant n'est désormais plus considéré comme un seul être familial mais également un être scolaire, social, civil, ayant...le droit d'agir par lui-même et de participer"* (Bret, 1991).

Il faut néanmoins tempérer cette interprétation optimiste des évolutions du droit. D'une part la loi de 1993 n'est pas appliquée. Dans le procès retentissant -parce que la femme accusée de non-présentation d'enfant à son père biologique a fait de la prison- qui a eu lieu en Novembre 1993 en France, la Cour a refusé d'entendre l'enfant de sept ans objet du litige et opposée au droit de visite de ce père qu'elle n'a jamais vu (par opposition au mari de sa mère qui l'élève); le Pr Minkowski, pédiatre réputé et l'un des défenseurs de la Convention des droits de l'enfant, appelé comme témoin par la défense, estime que ce refus d'audition est un déni d'application de la Convention des droits de l'enfant ratifiée par la France. De plus ces évolutions du droit confirment que le mineur est un incapable. Les conséquences de ce fait restent sa vulnérabilité à la maltraitante quand celle-ci vient de ses parents. En effet, ses parents sont ses représentants légaux : ils ont la personnalité juridique qui est refusée au mineur, à la place du mineur. Il est impossible de prétendre, comme le font trop souvent certains défenseurs que l'accroissement des droits des enfants peut se faire sans toucher aux droits des parents : l'incapacité générale du mineur, *"qui intéresse à la fois ses biens et sa personne"* est directement reliée au fait qu'il est soumis à la *"puissance paternelle"* (maintenant *autorité parentale*) ou à la *tutelle* (Vouin et Robino). Tout accroissement des droits propres de l'enfant est ipso facto un dépérissement de l'autorité parentale.

La loi essaie de prendre acte de la situation créée par les sévices parentaux: quand les représentants légaux d'une personne, ceux qui ont vocation à défendre ses intérêts et sont les seuls à pouvoir le faire devant les tribunaux, ne vont de toute évidence, sauf à se dénoncer eux-mêmes, pas le faire. C'est en somme la recherche de la quadrature du cercle. La solution choisie est d'augmenter, d'année en année (que ce soit par la jurisprudence, la Convention internationale ou la loi nationale) les pouvoirs de saisine du juge et ses pouvoirs d'audition du mineur. Les associations de défense, comme en France *"Enfance et Partage"*, qui ont la personnalité juridique, peuvent se porter partie civile et parler pour l'enfant, alors que l'enfant ne



peut toujours pas parler. La loi de 1993 l'a non seulement réaffirmé, mais l'a conforté en refusant que seuls les avocats puissent assister l'enfant en justice, afin d'éviter que la rencontre entre le juge et le mineur n'ait un caractère décisif, que l'assistance par un avocat ne se transforme en représentation, et que de "représenté", le mineur ne devienne partie. Il s'agit d'éviter que l'inexistence juridique de l'enfant ne soit remise en cause par la pratique judiciaire.

Même ces pratiques timides sont souvent jugées excessives et parfois ce jugement vient de lieux idéologiques inattendus. Ainsi Carol Smart semble déplorer que :

*"As children were identified as a special category of great importance to the regulation of populations so law extended its "protection" of children by introducing legislation on the age of consent, procurement, incest, and so on. So we can see a form...by which law extends its influence into more and more "personal" or "private" areas of life" (Smart, 1989:17).*

Selon Stevi Jackson, qui suit en cela la tradition d'historiciser la famille créée par Philippe Ariès, les enfants comme les femmes, bien que subordonnés sous l'Ancien régime, n'étaient pour autant pas considérés comme de *fragiles incompetents*, et comme les femmes *"were expected to work for their living, even among the upper classes"* (Jackson, 1982: 167). Il faut donc distinguer dans la protection qui leur est donnée à l'époque contemporaine celle qui limite les droits des parents sur eux (des droits qui n'ont pas changé depuis le Moyen-Age), et les idées modernes sur la *nature* des enfants, au nom desquelles on leur dénie l'acquisition de savoirs et de compétences. C'est un déni qui les rend dépendants non seulement légalement mais aussi dans la vie quotidienne, c'est ce qu'on pourrait appeler l'infantilisation toujours plus poussée des jeunes :

*"a great deal of effort is spent in keeping children childish; they are kept dependent for much longer than is necessary" (Jackson, 1982:27).*

Quelle est -même après la ratification de la Convention de New York par la France- **la situation réelle des mineurs dans la pratique judiciaire** ? Sachant que lorsque se pose la question de savoir où va vivre un enfant après un divorce, et qu'en droit français cette question concerne ses parents, ses grands-parents, le juge des enfants, le juge aux affaires matrimoniales, l'Aide sociale à l'enfance, les experts nommés par le tribunal ou appelés par l'une ou l'autre des parties et son frère, bref tout le monde est concerné sauf l'enfant ? Sachant que

parents et grand-parents, certaines associations peuvent être parties mais que l'enfant ne peut pas l'être ? Qu'un tribunal peut même refuser de l'entendre en arguant que *"le législateur n'a pas entendu compter le mineur au nombre des personnes intéressées et membres de la famille"* (jugement du JAM de Lille des 14 mai -18 juillet 1991, cité par Allaix,1991) ?

On doit donc reconnaître que :

-le statut d'enfant, réputé être fondé sur une communauté de faiblesse, est fondé en réalité sur une convention juridique : que la minorité est créée par l'institution -politique et juridique- de la majorité. La majorité est l'accès au statut de citoyen, mais aussi à celui de sujet de droit civil (liberté de contracter), et de plein sujet de droit pénal. Or, il n'existe pas, à ma connaissance, de discussion sur la légitimité de ce principe discriminant fondé sur l'âge. Cette discrimination n'est pas interdite comme d'autres qui sont nommément bannies dans la Constitution, mais elle n'est pas non plus mentionnée.

-c'est implicitement que les droits constitutionnels sont réservés aux majeurs, et cet implicite évite d'avoir à justifier ce qui est une discrimination. Ainsi la notion de minorité, quoiqu'elle implique une privation politique de droits, est renvoyée au seul univers juridique; mais là, elle est définie de façon purement technique, comme un statut qui préexiste au droit à proprement parler, et ne peut donc faire l'objet d'aucun débat dans son principe.

Devant le silence du politique et du juridique, on ne dispose, pour justifier l'existence d'un tel statut, que des rationalisations du sens commun, qui parlent de l'incapacité de s'occuper de soi-même.

Or, on l'a vu :

- cet argument ne peut s'appliquer qu'au petit nombre d'individus composant la catégorie des mineurs.

- cette rationalisation n'est utilisée d'une part, qu'en ce qui concerne ce groupe socio-juridique des enfants, et elle n'est pas une notion en *droit*, d'autre part.

Quand on pense à d'autres catégories de personnes aussi physiquement dépendantes que les petits enfants - les grands vieillards, les handicapés par exemple -, on s'aperçoit que cette dépendance n'entraîne pas la déchéance civique et l'incapacité civile. Or, déchéance civique, incapacité civile et moindre capacité pénale sont le lot des enfants ; ce sont les traits qui caractérisent et unifient cette population par ailleurs si diverse.

En effet, on peut rassembler, en trois grandes classes : selon Danielle Laberge (communication orale) les types d'incapacités présumées des enfants et qui sont utilisées pour justifier leur statut spécial,

- l'incapacité de gagner sa vie ; or cette incapacité est partagée par les personnes au chômage et le handicapés adultes.

- l'incapacité de se donner des soins à soi-même; or, elle est partagée par les personnes âgées et malades.

- l'incapacité de "pensée formelle", elle aussi, partagée par les personnes déficientes mentales.

Il faudrait distinguer d'ailleurs, dans ces incapacités, celles qui sont réellement dues à l'âge ou au degré de développement; celles qui sont statutaires, comme l'interdiction légale de gagner sa vie; celles qui sont socialement créées par l'éducation à l'incompétence (cf. supra) et qui font que, comme le dit Stevi Jackson:

*"Children are frequently sent to school unable to dress themselves at an age when, in other societies and in earlier days of our own, they would be beginning to make a real contribution to the life and work of their community"* (Jackson, 1982: 27).

On voit de toutes façons que : d'une part, aucune de ces *classes* d'incapacités n'est particulière aux enfants ou aux mineurs; et que d'autre part, aucune d'elle prise séparément, ou ajoutée aux autres, ne donne lieu à une déchéance de droits. Il n'y a pas, en résumé, de fondement exclusif à la caractérisation de la catégorie "enfants", et pas non plus de fondement juridique à la déchéance de droits dont cette catégorie est victime. Enfin, l'absence de cohérence dans le principe de l'incapacité vaut la peine d'être notée. A l'exception de certains pays qui, comme la Belgique, tâchent d'être cohérents dans le principe, la fiction- de l'incapacité réelle (par opposition à l'incapacité légale qui, elle, est réelle) des mineurs, et exonèrent ceux-ci de toute responsabilité pénale. Les autres pays, la France par exemple, les tiennent pour adultes au pénal, et encore, seulement, quand ils sont perpétrateurs -et non victimes- de crimes. Un mineur devient responsable à partir de 13 ans. Il doit répondre de ses actes devant une juridiction ordinaire, il est passible de condamnations tout comme un adulte, et de sanctions soit spécifiques, soit générales (la prison). Mais cet "âge de raison" qui est invoqué pour juger et punir des enfants de sept à huit ans qui ont commis des délits cesse d'exister dès lors que le même enfant voudrait donner son avis sur la personne avec qui il/elle préférerait vivre. (Aux Etats-Unis, en Septembre 1992, Gregory, douze ans, prétend avoir son mot à dire sur la question de savoir où et avec qui il va vivre. Que sa mère

biologique et que ses parents potentiellement adoptifs aient engagé des avocats pour défendre leurs intérêts ne suffirait pas pour que cette affaire banale fasse la Une des journaux : ce qui choque et divise l'opinion, c'est que le mineur ait engagé un avocat pour défendre les siens -d'intérêts- et que le tribunal le lui ait permis).

De même, alors que tous les mineurs, et indépendamment en théorie de leurs actes ou de leurs aptitudes, sont réputés incapables, les tribunaux distinguent des mineurs capables de discernement, et donc susceptibles d'être entendus, d'autres qui ne le sont pas. Le principe d'opportunité -l'opportunité des poursuites qui permet de laisser un délit impuni si le représentant de la Justice l'estime préférable- atteint ici les définitions mêmes de la loi : les définitions des catégories fondatrices du droit tant civil que pénal. L'incapacité des mineurs, censée être due à l'âge, est en réalité à géométrie variable, selon les juridictions et les juges. Et si l'on essaie de dégager quel critère d'application permettra à un mineur d'être doué de discernement, tandis qu'un autre ou le même dans d'autres circonstances le privera de tout discernement, on se rend compte que ce critère n'est pas la capacité de discernement objectivement mesurée de l'individu, mais la juridiction à laquelle il a affaire. Lorsque sa parole ou ses intérêts pourraient aller à l'encontre des intérêts de ses parents -lorsqu'il est victime des actes de ceux-ci ou concerné par leurs décisions de divorce par exemples, les juges tendent à considérer que le mineur n'a pas à être entendu- n'est pas capable de discernement. En revanche lorsque, le mineur étant délinquant, le bien de l'Etat exige qu'on l'enferme, le mineur est considéré comme responsable pour devenir l'objet de poursuites pénales, -il est donc doué de discernement- plus tôt et plus fréquemment, cette fois sans égards pour l'avis des parents qui sont alors complètement dépossédés de leur "autorité". Le maintien de l'autorité parentale est le principe régissant la découverte de la capacité de discernement, et ce principe n'est battu en brèche que par les intérêts de l'Etat, jamais par ceux des enfants eux-mêmes.

Ceci nous amène à aborder une autre question, qui n'a pas été liée aux deux premières car elle n'a pas le même statut méthodologique. Il s'agit d'une interrogation plus générale sur la nature des incapacités des mineurs ? Jusqu'à présent, on a conservé la fiction qu'elles étaient naturelles, i.e. physiques, même si elles ne justifiaient pas le statut juridique de mineur. Il faut cependant ici remarquer que les incapacités majeures des mineurs n'ont rien de physique et sont des empêchements sociaux reposant sur des interdictions légales. Ainsi en va-t-il de leur incapacité à gagner leur vie : les mineurs n'ont pas le droit de travailler -de vendre leur force de travail- ou toute autre chose d'ailleurs. L'interdiction de contracter et

plus généralement de disposer de soi, est ici aussi la clé de voûte du système des interdictions soutenu par la force publique. Les mineurs n'ont même pas le droit de se déplacer -la gendarmerie ramène le mineur *en fugue* de force, sur simple demande de ses parents (après 18 ans il est simplement " en voyage", comme tout le monde); l'obligation scolaire le force à aller en classe jusqu'à seize ans : comment, enserré dans un tel filet d'interdictions et d'obligations, pourrait-il "gagner sa vie" ?

Enfin, il faut remarquer que la "majorité" elle-même est à géométrie variable ; que les différentes majorités ne se recoupent pas à l'intérieur d'un même pays, puisque la majorité sexuelle par exemple est plus précoce que majorité civile, et la majorité pénale plus précoce que la majorité sexuelle ; et que les âges de ces différentes majorités ou libertés d'agir en son nom propre diffèrent selon les pays, ce qui ne contribue pas peu à mettre en doute la justification de l'*incapacité* de jugement par le niveau de développement physiologique, lui-même lié à l'âge.

On peut donc avancer encore plus loin et faire l'hypothèse que le couple majorité/ minorité n'a aucun fondement naturel, et n'est pas la "traduction juridique" de regroupements ayant leur principe ailleurs. Ce qui est au principe de la privation de droits des enfants, c'est la majorité qui crée, dans un système d'opposition classique, la minorité : une situation purement juridique, qui n'a aucun rapport avec une mesure quelconque des aptitudes des personnes.

Ce statut des enfants rend la position des "défenseurs de la vie" (euphémisme désignant en Amérique du Nord les adversaires de l'avortement) particulièrement paradoxale. En effet les droits qu'ils envisagent de donner aux foetus excèdent les droits qu'ont les enfants vivants. On peut se demander s'ils envisagent, en cas de victoire, d'étendre les droits des foetus aux enfants vivants; on peut aussi en douter, tant l'idée que les enfants doivent bénéficier d'une protection égale de la loi (en général et en particulier) contre leurs propres parents, est étrangère à notre culture." (Delphy 1990b)

Ainsi, en Mai 1990, une manifestation à Paris, composée en partie de parents d'enfants assassinés par des personnes étrangères, demandait la "peine de mort pour les assassins d'enfants". Il est difficile de croire que dans l'esprit des manifestants, cette sanction devait s'appliquer y compris quand les assassins sont les parents eux-mêmes . Pourtant c'est, dans l'immense majorité des cas, par leurs propres parents que les enfants sont tués. Il est vrai qu'il est rare que ces meurtres, (l'extrémité) bout du continuum des sévices adultes contre les enfants, reçoivent la même qualification -soient qualifiés d'assassinats, soit par le public, soit par les magistrats- quand ils sont le fait des parents. Comme l'énonçait un tract lors du procès d'un meurtrier d'enfant que la foule voulait lyncher, "*ce n'était pas à Patrick*

*Henry de tuer Philippe Bertrand qui n'était même pas son fils... le vrai crime de Patrick Henry est d'avoir tué un enfant qui ne lui appartenait pas.*" (Groupe d'information "Mercurochrome", Libération, 18.01.1977). Carol Smart remarque que l'histoire des sévices sexuels aux enfants *"is a history of both consternation and complacency, with the consternation over child/stranger abuse oddly nourishing the complacency over abuse by fathers"*(Smart, 1989:52). Cependant, on se doit de diverger d'avec elle quand elle dit que *"the problem of child abuse is, for feminism, the problem of masculine sexuality"*: pas plus que la violence conjugale, l'inceste n'existe principalement parce qu'il est physiquement possible ou désirable par ses perpétrateurs -qui d'ailleurs ne sont pas que des hommes, bien qu'ils soient la majorité- mais parce que ceux-ci ont une garantie d'impunité lorsqu'ils sont les parents de la victime de sévices sexuels.

Le problème fondamental est le suivant : comment justifier sur le fond que des sociétés qui ont aboli l'esclavage, et qui n'admettent pas l'esclavage même volontaire, traitent des êtres humains, pour des raisons que le droit n'explicite jamais et dont la version au sens commun n'est guère convaincante à beaucoup d'égards, comme la propriété d'autres êtres humains ? Ceci est d'autant moins compréhensible que ces mêmes sociétés ont trouvé, avec la tutelle et ses formes dérivées comme la curatelle, des façons de tenir compte de la faiblesse des individus, de confier les intérêts de personnes dépendantes à d'autres personnes, sans pour autant retirer aux premières la protection de la loi. L'institution juridique, incarnée par le juge des tutelles, exerce cette surveillance que l'Etat doit à la protection des droits garantis par la Constitution et les conventions internationales.

Par ailleurs, ces tutelles (et curatelles) sont décidées cas par cas, et au vu d'incapacités réelles et dûment constatées; elles ne sont pas, et ne sauraient être, appliquées arbitrairement à des catégories entières de population rassemblées par un critère formel comme celui de l'âge.

Il serait temps de procéder à une définition sociologique des classes d'âge, de la même façon qu'on tente depuis vingt ans de procéder à une définition sociologique des catégories de sexe (Mathieu 1971).

Dans un premier temps, on peut avancer les hypothèses suivantes :

- Le groupe *"les enfants"* n'a pas de réalité, "d'unité" autre; que celle de son statut juridique.
- La base de ce statut est une privation de droits (encore plus extrême que celle des femmes mariées avant les réformes du Code Civil).

- Enfin, de la façon la plus paradoxale qui soit, c'est au nom du *besoin de protection* que les enfants sont laissés à l'arbitraire d'autres personnes privées et que l'égle protection de la loi, c'est à dire la protection de la collectivité, leur est refusée.

Le statut des enfants en France, la notion même de *mineur* - et donc de *majeur*- sont des exemples et probablement les plus complets, de la façon dont le droit construit et fabrique de toutes pièces une sphère du privé qu'il prétend ensuite trouver déjà faite dans une réalité qui lui serait extérieure et même antérieure. Cette sphère du privé n'est pas uniquement juridique : mais dans cette construction sociale, la loi joue un rôle tout à fait actif, et la délimitation des sphères du privé et du public n'est pas seulement ni principalement affaire de coutume ou de pratique sociale. Enfin, beaucoup des traits proprement sociologiques du privé -par exemple certaines des incapacités réelles des mineurs dont la loi prétend *tenir compte*- sont dans la pratique induites par un traitement social qui s'appuie sur des injonctions légales.