

« Quand on parle de la famille, ou des femmes ou de n'importe quelle autre catégorie, je pense qu'il faut laisser de côté le fait qu'on a un groupe préconstitué, et qu'ensuite des pratiques s'appliquent à lui. Par exemple, il y a des règles qui s'appliquent aux enfants. Je dirais que les enfants sont d'abord des gens à qui s'appliquent ces règles-là, et ces règles les rendent enfants. Qu'est-ce qu'un enfant ? C'est, entre autres choses, quelqu'un qui va à l'école et qui appartient à des parents. Ensuite, on peut le rationaliser en disant : "il faut que ce soit comme ça, parce qu'un enfant n'a pas suffisamment de compétences, etc.". Mais il est d'abord défini par toutes les interdictions et les contraintes qui s'appliquent à lui et par le fait qu'il est un mineur. Et si on regarde le sens de "mineur", cela signifie tout simplement : qui n'est pas un sujet de droit. Les enfants ne sont pas des citoyens, c'est la première chose qui les définit. Ils n'ont pas droit aux protections usuelles de la loi. » (Extrait d'une interview de Christine Delphy dans la revue *No pasaran* n°6, février 2002.)

L'état d'exception : La dérogation au droit commun comme fondement de la sphère privée

précédé d'un extrait de la préface du recueil *Penser le genre*, Christine Delphy, Les éditions de la tomate, décembre 2007.

Christine Delphy est sociologue, chercheuse au CNRS depuis 1970. Elle a participé dès 1968 à la construction de l'un des groupes fondateurs du Mouvement de Libération des Femmes.

Elle a fondé avec Simone de Beauvoir la revue *Questions Féministes*, puis *Nouvelles Questions Féministes*.

L'Ennemi principal, un ensemble important de ses articles datant de 1970 à 1996, a été publié en deux tomes aux éditions Syllepse : *Économie politique du patriarcat* (1998) et *Penser le genre* (2001).

Le présent article, paru pour la première fois en 1995 dans *Nouvelles Questions Féministes*, Vol 16, n°4, est publié actuellement dans *Penser le genre*.

Extrait de la préface

J'ai écrit "L'État d'exception" comme une suite à "Libération des femmes ou droits corporatistes des mères" [autre article publié dans *Penser le genre*]. Je souhaitais, entre autres, poursuivre la réflexion sur le statut des enfants, puisqu'ils sont l'enjeu de tant de luttes entre femmes et hommes.

Montrer et dénoncer ce statut a été très difficile. Personne ne voulait l'entendre. Je l'ai fait lire à plusieurs spécialistes du droit ; je n'ai eu que des rebuffades. Écrire que les enfants n'ont aucun droit, dans une culture de plus en plus droits-de-l'homme, était mal vu. Un "défenseur des enfants" m'a écrit que je disais des bêtises : "Les enfants ont des droits ; simplement ils ne peuvent pas les exercer." J'étais en effet bien bête de considérer que des droits qu'on ne peut pas exercer sont très proches de l'inexistence. Dans une société qui prétend se préoccuper presque avant tout du bien-être des enfants, il ne faut pas dire que les enfants sont traités comme des possessions. Il avait déjà été difficile d'écrire l'article précédent dont une première version était intitulée "La revendication maternelle". La première fois que j'ai dit lors d'une réunion féministe informelle ce qui me semblait aller de soi : que les enfants sont un groupe opprimé, l'une de mes amies a fondu en larmes en protestant qu'elle n'opprimait pas ses enfants. Cela me rappelait l'attitude des premiers hommes confrontés au mouvement féministe, qui se mettaient presque à pleurer en disant qu'ils n'avaient jamais fait de mal à personne. En prétendant être attaqués personnellement, ils mettaient un terme à la discussion. Je n'avais pas cédé à ce chantage-ci, mais je cédai à ce chantage-là. Après tout, c'étaient mes camarades de lutte. Il m'a fallu dix ans, et la circonstance d'être à l'étranger, pour oser écrire ce

texte. En ce qui concerne le suivant, j'en présentai une partie à un colloque sociologique sur l'enfance.

J'ai lu la publication qui accompagnait ce colloque. Ces spécialistes, des collègues, étaient de très bonne volonté : ni conservateurs, ni incompetents. Tous les sujets étaient abordés : l'école, la famille, etc., avec la plus grande attention pour le bien des enfants. Les enfants étaient traités comme ils le sont par la société : comme une espèce à part, qu'il faut étudier pour mieux la comprendre et répondre à ses besoins spécifiques. Pas une contribution ne mentionnait leur statut juridique ; le mot "mineur" n'apparaissait même pas. Ce statut était donc en dehors du domaine des sociologues ? Mais comment est-ce possible ? Est-ce que le statut de mineur n'est pas un trait fondamental de la condition d'enfant ? Est-ce que mes collègues considéraient ce trait comme allant tellement de soi, et tellement inébranlable, au contraire d'autres aspects, qu'il n'était même pas utile de l'aborder ? Ou est-ce qu'il considéraient que la minorité des enfants n'était que le reflet légal de leur condition sociale, elle-même due à d'autres facteurs ?

On a ici un très bon exemple de naturalisation. Les choses sont mises cul par-dessus tête ; la dichotomie légale – ou coutumière, peu importe – qui décrète que telle personne est un enfant, et telle autre un adulte, dichotomie qui régira les différences dans le traitement et donc dans le comportement des deux groupes, cet acte fondateur est passé sous silence. Une fois que les groupes sont constitués, on ne se demande plus comment ils ont été constitués. On se demande en quoi ils diffèrent, comme si l'opération par laquelle ils ont été nommés différents, puis traités différemment, était sans rapport avec leurs différences actuelles.

Mieux encore, la dichotomie légale est traitée comme un reflet de leurs différences "réelles" (naturelles), qui deviennent ontologiques. Il sont différents ; la loi est bien obligée d'en tenir compte ; et c'est si anodin que cela ne mérite même pas d'être mentionné.

Les féministes, dans les trente dernières années ont dénoncé les violences faites aux enfants, et en particulier l'inceste. Lever le voile sur ce "secret le mieux gardé" (Rush, 1983), gardé en particulier par les molosses de l'ordre patriarcal, les psychanalystes, cela n'a pas été sans mal. En France, les résistances à financer des recherches à ce sujet sont toujours très fortes ; elles le sont moins aux États-Unis et au Royaume-Uni. Grâce à l'action des militantes qui ont fait connaître les recherches féministes anglo-américaines, la chape de silence a commencé à se fissurer et tout le monde peut entrevoir une réalité qui change tout ce qu'on croyait savoir de notre société – mêmes les féministes en 1970 étaient loin de se douter de la prévalence de l'inceste. Cela change la vision que l'on a de la famille, des parents, des enfants, de ce qu'on appelle la sexualité, de ce qu'on appelle la violence. Qui aurait pu dire il y a vingt ans que sa maison est l'endroit le plus dangereux pour une femme, que c'est dans sa chambre, par un père, un oncle ou un ami de la famille qu'une petite fille risque le plus d'être violée, qui aurait imaginé qu'une petite fille sur six (un petit garçon sur dix) est victime de violences sexuelles ?

Dans le même temps, il me semble que la pensée féministe n'a pas encore été assez loin. Lors du plus grand congrès européen sur la violence contre les femmes, à Brighton en 1997, jamais non plus le statut des mineurs n'a été évoqué à propos de l'inceste. La "vulnérabilité" des enfants aux agressions adultes, en particulier de leurs parents, était implicitement considérée comme un fait de nature. Ce que j'ai voulu montrer, c'est que c'est un fait, mais un fait de loi.

L'état d'exception

La dérogation au droit commun comme fondement de la sphère privée

La question des droits spécifiques – qu'il s'agisse des droits spécifiques des femmes ou des droits spécifiques des enfants – est souvent liée à celle des "capacités naturelles" : par exemple, "capacité naturelle" des femmes à mettre au monde et à élever des enfants, "incapacité naturelle" des enfants à s'occuper d'eux-mêmes.

La question des droits spécifiques a un autre aspect : par définition, les droits spécifiques sont opposés au droit dit "commun" en France, c'est-à-dire au droit censé s'appliquer à tout le monde. Les

droits spécifiques sont en majorité des droits qui s'appliquent à des populations ou à des situations définies par référence à l'institution de la famille. Et celle-ci constitue l'essentiel de ce qu'on appelle en sociologie la "sphère du privé".

Celle-ci est à son tour délimitée par l'opposition "public-privé". Il y a donc un parallélisme frappant entre l'opposition "droit commun-droits spécifiques" et l'opposition "public-privé". De plus ces deux dichotomies font appel à la notion de "nature". La thèse soutenue ici est que c'est en fait le droit lui-même qui fonde et construit des droits spécifiques, par exception à la loi commune ; que les droits spécifiques – loin de refléter la catégorie "naturelle" du privé – en réalité l'instituent. Les droits spécifiques, exception au droit de tous, sont préjudiciables aux catégories qu'ils prétendent "protéger" ; et le privé n'est pas un domaine naturel que la loi ne ferait que respecter, mais la création, à côté d'un droit général égalitaire, d'un droit caractérisé par l'inégalité et la privation des protections ordinaires de la loi. Le caractère "d'ordre public" de cette exception au droit commun que représente le "privé" laisse entrevoir l'existence d'un méta-droit dont cette contradiction – l'exception à la règle comme règle – est constitutive.

J'emploie ici "droit commun" dans le sens de "loi générale", loi qui s'applique à tout le monde. Par "privé", j'entends la "sphère du privé" ou la "vie privée" : utilisées par le sens commun comme par les spécialistes de sciences humaines, ces notions n'ont pas de définitions précises et ne sont pas juridiques. Elles ne recoupent nullement ce qu'on appelle le "droit privé" en droit français. En effet, dans ce dernier, la notion de "droit privé" n'existe que par opposition à un domaine juridique spécifiquement français, le "droit public" ou droit de l'État. Ces spécificités françaises peuvent introduire des ambiguïtés pour les juristes : elles sont maintenant levées.

Beaucoup de femmes – et d'hommes – estiment que les femmes doivent avoir le "droit de garde" des enfants de préférence aux hommes (à ne pas confondre avec la garde effective, généralement effectuée par des femmes) : des droits qui seraient donc spécifiques.

Ces droits revendiqués par les parents – qu'ils soient femmes ou hommes – sont à leur tour fondés sur le fait que les enfants ne possèdent pas de droits sur eux-mêmes.

Dans les deux cas – qu'il s'agisse de la "revendication maternelle" sur les enfants (Delphy 1990a) ou de l'absence de droits de ceux-ci – , les argumentations sont basées sur les "capacités" ou "incapacités" "naturelles" : capacité naturelle à l'élevage des enfants pour les femmes, incapacité à prendre soin de soi-même pour les enfants.

Ce sont donc des "capacités naturelles" qui sont considérées, dans cette argumentation, comme étant ou devant être la fondation de "droits spécifiques". Cette argumentation soulève d'abord deux questions, qui sont hétérogènes : les "droits spécifiques"¹ sont-ils, pour les femmes ou pour d'autres populations, une chose désirable ? Peut-on fonder le droit, qu'il soit spécifique ou commun, sur des "capacités" – ou d'ailleurs des "incapacités" – réputées "naturelles" ?

Ces questions renvoient en amont à une autre interrogation : qu'en est-il, en réalité, de ces "capacités" ou "incapacités" naturelles qui en effet fondent des droits – ou des non-droits ? Sont-elles réellement "naturelles", ou sont-elles des créations sociales, et plus particulièrement juridiques ? Le droit s'appuie-t-il dessus ou les invente-t-il ?

Mais la question des droits spécifiques renvoie à son tour à celle du droit commun, auquel les premiers font exception, par définition. Or, quand on regarde de près ces droits spécifiques qui sont des exceptions au droit commun, on s'aperçoit que cette dichotomie "droit commun-droits

¹ Par "droits spécifiques" j'entends des droits qui ne concernent qu'une partie de la population : il peut s'agir de "droits communautaires" – par exemple le "statut personnel" qui introduit dans le même pays des législations différentes pour les individus selon leur appartenance ethnico- religieuse (cas des pays coloniaux, comme l'Algérie avant l'indépendance, cas actuel de l'Inde, où les communautés musulmanes et hindoues ne sont pas traitées de la même façon, en particulier en ce qui concerne le mariage, le divorce, la filiation, etc.) ; il peut s'agir aussi dans les pays occidentaux de droits spécifiques à des catégories de la population : les femmes, les enfants, etc. Ainsi par exemple les "congés maternité", les "protections spéciales" dont "jouissent les femmes", etc.

spécifiques", recoupe la dichotomie "public-privé", elle-même souvent synonyme, par exemple chez les auteurs de "grande" théorie sociologique, à commencer par Engels, de la dichotomie "social-privé".

Ceci donne une indication intéressante sur le statut épistémologique de cette dichotomie qui est une catégorie de la perception commune.

Cette opposition est considérée comme appartenant à la "nature des choses". Sans avoir un statut ni un fondement scientifiques, elle est cependant utilisée comme si elle était un concept scientifique par la plupart des spécialistes de sciences sociales qui catégorisent les groupes. Pour la plupart de ces auteurs, dont G. Murdock est un bon exemple contemporain, la famille est un groupement qui n'est qu'à moitié social, son autre moitié étant "privée". Cette notion de "sphère" ou "domaine" du privé est utilisée de façon routinière

tant par les systèmes normatifs et administratifs de notre société, et notamment par les institutions juridiques, judiciaires, et pénales, que par les philosophes, sociologues, et juristes.

Or, pour un regard sociologique, aucune catégorie cognitive n'est "dans la nature des choses" : elle est nécessairement construite par la société, et par les systèmes, dont le droit, qui l'utilisent.

Les deux séries de questions ont donc un point commun : la référence à la "nature". La notion de "capacités naturelles" renvoie à une logique de "droit naturel", de même que la dichotomie privé/public semble appartenir au réel – à la nature elle-même.

J'examinerai cette référence à la "nature", et j'essaierai de montrer qu'elle recouvre et masque en réalité une construction sociale, en étudiant les rapports entre les droits spécifiques et le "privé".

Cet examen sera illustré par des discussions : des "capacités naturelles" supposées être l'apanage – et le fondement – de droits spéciaux pour l'un ou l'autre sexe ; du statut des enfants ; des "droits spécifiques" pour les femmes.

Tout au long de ces discussions, j'essaierai de démontrer que les capacités ou incapacités réputées "naturelles" sont soit permises, soit créées de toutes pièces par des statuts sociaux qui possèdent en dernier ressort une base juridique ; que ces statuts sont consubstantiels de la sphère du privé ; que cette sphère et les statuts qui la constituent sont dérogoires au droit commun ; que toute dérogation au droit commun est préjudiciable aux catégories explicitement visées, mais en même temps, bénéficie à d'autres catégories, non nommées, d'acteurs sociaux.

Il faut souligner, car cela va sans dire mais mieux en le disant, qu'il s'agit ici d'une analyse sociologique : qui se déroule dans la synchronie et qui prend pour prémisses épistémologiques que la société forme, à tous moments, un ensemble dont les éléments font sens les uns par rapport aux autres. C'est dans ce cadre épistémologique que l'on peut parler de "privation de droits" ou "d'exclusion du droit" de catégories de personnes, sans impliquer pour autant que tel a été le processus historique : sans préjuger de la question de savoir si ces catégories ont, à un moment historique, possédé ces droits, et si la privation actuelle résulte ou non d'une action positive.

Les prémisses théoriques de la réflexion qui suit sont celles du constructivisme social. Celui-ci n'est pas ici traité comme une thèse particulière d'un domaine particulier – la sociologie par exemple – mais comme paradigme global de l'ensemble des sciences humaines ; et il apparaîtra, on l'espère, au cours de cette réflexion, qu'il existe un rapport nécessairement conflictuel entre ce paradigme et toutes les thèses qui procèdent peu ou prou, consciemment ou non, de prémisses essentialistes.

Certaines et certains, en prêchant pour le mélange entre prémisses constructivistes et prémisses essentialistes, se présentent en champions de la "bonne conduite" intellectuelle par opposition au "sectarisme" de mauvais genre. Mais ce genre de positions, qui confond tolérance morale avec éclectisme intellectuel, ne fait qu'empêcher les progrès du paradigme d'avenir : délimitant à l'avance des "terrains" pour chaque approche, elle interdit que l'on empiète sur les chasses gardées de l'autre.

Au contraire, on soutient ici qu'il faut en finir avec un éclectisme méthodologique qui a laissé jusqu'ici subsister côte à côte des démarches aussi épistémologiquement incompatibles que l'essentialisme et le constructivisme.

Pouvoirs, "impouvoirs" naturels : critique de la théorie du droit naturel

J'examine ici la pertinence d'une analyse de l'organisation sociale en termes de pouvoirs ou d'"impouvoirs" naturels. Pour ce faire, j'utilise deux exemples symétriques et opposés : l'un est celui de la "capacité des hommes à imposer leur volonté par la force", capacité toujours invoquée dans les débats sur la violence conjugale, capacité réputée "naturelle" mais jugée mauvaise. L'autre est le "pouvoir des femmes de procréer", capacité réputée "naturelle" mais jugée bonne. La juxtaposition de ces deux exemples est très éclairante en ce qu'elle montre l'invalidité de la problématique du droit naturel, tant dans l'ordre de l'explication que dans celui de la prescription : 1. les capacités physiques n'expliquent en rien les pouvoirs réels. En effet, dans le premier cas, un réel pouvoir correspond à une capacité naturelle, mais dans l'autre, non. 2. la problématique du droit naturel mène à des contradictions dans l'ordre de la prescription : elle est utilisée aussi bien pour prescrire l'imitation de la nature (dans le cas du "pouvoir" de procréer) que la correction de la même nature (dans le cas du "pouvoir" de blesser).

Le débat sur le droit de garde des enfants qui fait rage en ce moment dans le monde occidental et oppose les mères aux pères se résume le plus souvent, de façon significative, à la question : "Qui possède légitimement les enfants ?" ; sans qu'on se demande s'il est légitime que les enfants soient possédés. Et dans ce débat, les arguments employés font appel, sans le dire, à une conception du droit qui ressortit de la théorie du droit naturel selon laquelle les droits et devoirs reconnus aux êtres humains devraient dériver de droits naturels. En effet, la querelle entre ceux qui pensent qu'il n'existe rien au-dessus du droit positif (de l'ensemble donné des lois), les "positivistes", et ceux qui pensent qu'au-dessus de ce droit positif il existerait un "Droit naturel, découlant de la nature humaine" (Vouin et Robino 1963), "justice idéale, toujours poursuivie, jamais atteinte" (Carbonnier 1988), est loin d'être résolue ; selon Carbonnier, l'École du droit de la nature et des gens, qu'on fait remonter au XVIème siècle (Grotius), "a déterminé le climat de philosophie juridique où se sont élaborés les textes de la Révolution (Française) aussi bien que le Code Civil" ; selon Vouin et Robino, le Droit naturel est "invoqué plus ou moins par tout le monde, pour condamner certaines lois injustes".

Parfois le sens commun et son identité avec une théorie implicite du "droit naturel" va plus loin : il considère que les droits et les devoirs des êtres humains non seulement devraient dériver, mais dérivent effectivement de la nature. Par exemple on parle souvent du "pouvoir" de la gestation.

Et cependant, en même temps, il est clair que tel n'est pas le cas, puisque ce "pouvoir de gestation" est efficacement contrôlé par la société. On peut alors se poser la question : Qu'est-ce qu'un pouvoir qui n'en est pas un ? C'est deux choses, l'une dans l'ordre de l'analyse, l'autre dans l'ordre de l'argumentaire.

Dans l'ordre de l'analyse, il faut redire que la théorie du droit naturel est difficilement compatible avec la méthode sociologique. Pour la sociologie un pouvoir qui n'en est pas un... n'en est pas un !

"Le fait que les femmes assurent la plus grande partie de la reproduction (la gestation) constitue en soi un pouvoir" affirment par exemple Garon et Quéniart (1990). Mais le fait est aussi – et c'est peut-être ce fait-là qui compte le plus en dernière analyse – que ce "pouvoir en soi" n'a aucun effet dans la réalité.

C'est la société qui confère des pouvoirs, et qu'elle les justifie par des "pouvoirs naturels" (les dons des individus, le mérite ou le démerite de certaines catégories, etc...) ne devrait pas abuser des sociologues. On tourne ce problème en disant par exemple que ce serait justement pour "occulter ce pouvoir" que la domination masculine est née, mais ce faisant, on ne fait que reconduire le même problème sous une forme inversée. Car cela revient à affirmer qu'il existe des pouvoirs non sociaux ; que la société applique ses pouvoirs sociaux à les corriger. Avant même de parler de la conclusion morale, qui repose sur le présupposé que c'est la nature et non la société qui devrait avoir le dernier mot, cela me semble une vision non-sociologique.

Pourtant, aujourd'hui encore, beaucoup de spécialistes des sciences humaines semblent considérer que la société n'intervient, à tort ou à raison, que pour corriger un ordre régissant les rapports des humains entre eux – donc social – et pourtant considéré comme pré-social. On connaît la thèse très

répandue selon laquelle la société corrige les inégalités naturelles (que l'on pense par ailleurs que c'est une bonne ou une mauvaise chose). Mais la thèse inverse, selon laquelle la société crée des inégalités là où régnait l'égalité, suppose, elle aussi, un ordre pré-social. Cette thèse est présente, souvent de façon implicite, dans de nombreuses déclarations des droits humains, et, à mon sens, les affaiblit.

En effet, il n'y a pas d'avant la société, ni d'en-dehors de la société ; un état pré-social ou a-social de l'humanité étant une contradiction dans les termes, les raisonnements sur l'égalité ou l'inégalité naturelle sont tous caducs, par principe, et indépendamment de leur contenu idéologique. Quand [sic] à celui-ci, il est constitué par les "projets de société", les utopies : les rapports sociaux jugés souhaitables. Ce contenu idéologique devrait être apprécié d'après des critères proprement idéologiques, c'est-à-dire politiques et moraux. Une déclaration morale ne doit pas prétendre à expliquer la réalité. Une déclaration morale exprime ce qui est désirable, et ne peut donc être jugée d'après un "contenu de vérité" qu'elle ne peut avoir, puisque par définition elle ne traite pas de ce qui est mais de ce qui devrait être.

Beaucoup continuent d'invoquer la "force physique supérieure des mâles" comme facteur de la sujétion des femmes. Comme les auteur(e)s qui invoquent le "pouvoir de gestation" des femmes, ils considèrent que certains traits physiques "constituent des pouvoirs en soi", et donc des pouvoirs réels à moins que la société n'intervienne pour contrarier cette hiérarchie naturelle. Mais il est remarquable que cette vision du rôle de la force individuelle soit utilisée en ce qui concerne les rapports entre les sexes, et ne soit utilisée que là, et pas dans l'explication des rapports entre colonisateurs et colonisés, Blancs et Noirs, patrons et employés, etc. Cette "explication" naturaliste et individualiste revient à nier que les rapports entre les sexes sont des rapports entre les groupes. Or la force physique n'intervient pas – même pas comme "pouvoir en soi" – dans les rapports entre les groupes. Les Américains ont été battus au Vietnam par un peuple fait d'individus dont aucun n'aurait résisté dans un combat singulier (et ceci n'est qu'un exemple parmi des milliers). Encore eût-il fallu que la société permette ce combat singulier, qu'elle l'organise.

On évoque souvent ces différences de force entre femmes et hommes pour expliquer les violences conjugales, qui se passent entre deux personnes et non entre deux groupes. Mais, ce faisant, on oublie tout simplement que la société est autre chose qu'un rassemblement physique, et que le groupe, dans son aspect abstrait de société, d'ensemble de codes, n'est jamais absent, d'aucun lieu et d'aucun rapport. Penser – ou faire à toutes fins pratiques comme si l'on pensait – que la société est moins présente, dans les rapports interindividuels que dans les rapports collectifs, est une vue naïve et pré-sociologique. Au contraire, la société crée (cf. infra) ces rapports interindividuels, comme elle crée tous les rapports.

De même, c'est la société, et elle seule, qui décide de ce qui peut être réglé par l'exercice de la force individuelle, et donc crée la force individuelle.

La force individuelle peut bien préexister en tant que trait physique : tant qu'elle n'a pas de reconnaissance sociale, et donc d'efficacité dans les rapports humains, à toutes fins utiles, elle n'existe pas. Elle n'existe pas dans les rapports internes au groupe dominant : celui des hommes – que ces rapports soient politiques ou civils. Ce n'est tout simplement pas admis comme légitime, et de ce fait cela ne joue aucun rôle : si la force physique individuelle est mise en scène dans les sports de combat, c'est non parce qu'elle serait efficace dans la vie "réelle", mais précisément parce qu'elle ne l'est pas. On montre ce qui étant du jeu est en même temps et du même coup "hors-jeu" social.

On peut faire l'hypothèse que si la force peut être employée contre les femmes dans les familles, ce n'est pas que les femmes soient moins fortes que les hommes : alors on verrait les hommes régler leurs conflits – d'affaires, par exemple – de cette façon, et les plus forts seraient les plus riches. Or ce n'est pas ce qui se passe. Certes, on peut toujours "casser la gueule" à quelqu'un. Mais cela ne procure pas d'ascendant sur cette personne ; tout au plus peut-on la voler, mais une fois seulement ; et d'ailleurs le milieu criminel n'utilise pas plus la force physique individuelle que le reste de la société ; on ne peut prendre à quelqu'un par la force ni ses revenus, ni son emploi, ni sa position sociale, ni son prestige, ni son pouvoir politique ou moral. L'exercice de la force par les individus (on n'effleure pas ici la question de la violence dite justement "légitime", celle de l'État) ne peut susciter aucun

bénéfice durable, et donc aucune hiérarchie interpersonnelle ou inter-catégorielle. En clair les différences de force physique entre les hommes et les femmes – entre les individus en général – n'expliquent rien.

Ce qui explique les violences conjugales, c'est la conjugalité : c'est que la société crée une catégorie sociale – le "privé". Les règles qui s'appliquent partout ailleurs, qui régissent les rapports de tous avec tous, bannissent l'usage de la force, ce qui a pour résultat que même quand elle est employée, elle est inopérante, hormis dans des situations qui sont considérées, précisément en raison de l'opérationnalité de la force individuelle, comme des situations de non-droit et d'anomie nécessairement passagères.

Dans le "privé", ces règles, qu'on appelle le droit commun, sont suspendues, ou plus exactement remplacées par d'autres qui déclarent légitime l'usage de la force. Un homme "étranger" à une femme (qui n'est ni son mari ni un membre de sa famille) ne peut guère la gifler – ou plutôt : pourquoi le ferait-il puisqu'il en retirera probablement des ennuis et certainement aucun bénéfice durable ? La seule motivation qu'il puisse avoir est l'affirmation symbolique de la supériorité masculine – motivation qu'il ne faut bien sûr pas sous-estimer. En revanche, la femme mariée est soustraite à la protection de la loi, tandis que l'homme marié est soustrait aux sanctions de la loi – c'est ce que signifie l'euphémisme des policiers : "il s'agit d'une affaire privée", quand ils refusent de protéger une femme contre les agressions de son mari. Cependant l'usage de la force physique est admis, dans certains cas, contre une personne non-familière : par exemple dans le viol. Comme dans la violence conjugale ou familiale, cette admission ne signifie pas que la violence est opérationnelle en tant que telle, mais au contraire que la société fait des dérogations à l'interdit sur la violence physique ; ces dérogations ne sont pas déclarées comme telles, mais constituées par des constructions juridiques précises et particulières. Ces constructions – statut de la preuve dans le seul cas du viol, création d'une notion juridique de "consentement", présomption de "culpabilité" des victimes – sont étudiées depuis peu. La non-intervention policière ou judiciaire par exemple peut être vue comme une non-régulation. Mais, comme l'analyse du viol marital le montre, et comme on y reviendra à propos d'autres aspects du mariage, l'absence de sanction peut être vue comme une mesure positive – en ce cas permettant positivement le viol : "le fait que de nombreuses juridictions refusent d'inculper pour viol les hommes mariés avec leur victime est généralement vu comme de la non-régulation. Mais ce fait révèle une vision de la relation de mariage qui est ainsi inscrite positivement dans le droit" (Lacey 1993).

Qu'il s'agisse de violences conjugales ou familiales ou du viol "de rue", l'exercice de la force est donc constitué en recours possible pour influencer autrui dans certaines circonstances créées par la pratique policière et judiciaire. Or nous considérons ici le droit au sens large – contrairement aux juristes qui l'estiment restreint à la lettre de la loi – , comme composé de la somme des textes, de leurs applications ou non-applications, et donc des pratiques en aval du texte, c'est-à-dire les pratiques policières et judiciaires. Le droit, pris dans le sens large défini plus haut – le seul important d'un point de vue sociologique – ayant ainsi créé une raison d'exercer la force, le fait se met à exister.

Si cette démonstration semble régler le sort du droit naturel comme explication de l'existence du domaine du "privé", on peut se demander cependant à quoi le droit naturel (la doctrine du) sert dans l'ordre de l'argumentation, quand cette argumentation ne vise pas à maintenir le statu quo, mais à le changer.

Au-delà de la critique de la théorie du "droit naturel", dont on a vu qu'il conduit à des contradictions insurmontables ou à des apories tant en ce qui concerne l'explication de ce qui existe que les bases pour imaginer ce qui pourrait être, il faut ajouter que, sur un plan philosophique, on voit mal comment la nature pourrait nous dire le droit sur ces notions humaines que sont la justice et l'équité (que je n'entends pas ici au nouveau sens que lui a donné la droite (Delphy 1995)). Et si elle ne le peut pas, comment alors pourrait-elle nous éclairer sur ce qui est un partage juste des responsabilités, une répartition équitable des pouvoirs entre les groupes ou les individus ?

Minorité légale ou incapacité réelle ? Le statut des enfants

De la discussion précédente, il se dégage, d'une part, que la "nature" ne saurait constituer ni un exemple à suivre ni un excès à corriger, d'autre part, que l'invocation de la nature indique, dans notre société, la suspension du droit commun dans une sphère de l'interaction sociale, sphère que l'on appelle : "le privé". Comme on l'a vu plus haut, 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 qu'ils y "sont", c'est dire que leurs vies sont particulièrement, plus que celles des hommes, réglées par cette institution qui a pour caractéristique d'être considérée comme une "semi-institution" : mi-naturelle, mi-sociale, ce qui, après ce que nous venons de dire, n'est pas pour étonner.

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 droit les mineurs, les malades mentaux et les femmes mariées" (Collomp 1982). Et l'explication culturellement admise de cette restriction de droit invoque, pour les "éternelles mineures", les mêmes raisons de "débilité" – de faiblesse constitutionnelle, physique et psychique – les rendant incapables de mener leur vie elles-mêmes, qu'on invoque à propos des mineurs passagers que sont les "vrais" mineurs . 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 rêt d'interdictions qui les empêchait en effet de bouger ni pied ni patte.

Mais il semble que les femmes l'aient 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 du 19^{ème} siècle, Cobbe, "se satisfaisait que les enfants, les criminels et les fous continuent d'être "disqualifiés" ; plutôt souhaitait que les privilèges de la "qualification" soient étendus aux femmes" (Smart 1989 : 141).

La vie des enfants en particulier est entièrement réglée par la famille, puisqu'ils ne sont pas sujets de droit mais "représentés" par leurs parents – l'intervention de l'État vis-à-vis d'eux ne se fait pas directement mais au travers des parents, les "représentants légaux". Beaucoup de protagonistes néanmoins se disputent 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 (Combes et Devereux 1994). Mais aussi les parents – ici les pères et mères sont solidaires – et l'État. 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'État 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 – entendons par là quelque chose que l'on pourrait appeler de manière métaphorique la propriété privée des enfants – qui est opposée aux demandes que les enfants soient efficacement (et non pas seulement en principe), protégés des sévices de tous ordres.

L'État 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 au(x) parent(s) naturel(s) 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 décident 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'État 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 : 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 ; ces droits exorbitants – qui sont contraires aux libertés inscrites dans les déclarations des droits de la personne – sont "ouverts" par la seule procréation.

Dans un article remarquable au titre révélateur : "L'enfant, la famille, qui protéger ?", Alain Grevot (1995) montre les résultats d'une enquête très fine comparant les pratiques et les principes qui inspirent les travailleurs sociaux en charge des enfants en danger dans deux pays : la France et l'Angleterre. Il ressort de ce travail que depuis quelques années, l'État anglais, qui avant menait la même politique que l'État français, en a changé : les travailleurs cherchent en priorité à retirer les enfants des situations dangereuses et à leur assurer une vie stable – ce qui pour eux implique une famille stable – en favorisant des formes simples d'adoption, tandis que leurs homologues français continuent de privilégier les "droits" des géniteurs, quitte à placer l'enfant en institution pour de longues années, ou à lui laisser courir des dangers en le maintenant dans une famille violente. Les résultats sont là : le 2 août 1992, une petite fille meurt sous les coups de ses parents, alors que les services sociaux étaient au courant depuis dix mois des sévices qu'elle subissait, et qu'elle avait été hospitalisée six mois auparavant pendant un mois, ne parlant plus et ne pouvant plus se tenir debout. Peut-on, comme le fait *Le Monde* (11 fév. 1995), parler de "dysfonctionnements" des institutions ? Le "dysfonctionnement" sous-entend l'accident ou l'exceptionnalité : or, entre un et deux enfants sont tués dans des circonstances similaires en France chaque jour (selon l'association "Enfance et Partage") ; il est donc statistiquement normal que cette mort annoncée n'ait pas été évitée, ce qui implique que le fonctionnement des institutions ayant permis cette mort est, lui aussi, normal. D'autre part, quand on analyse de près le déroulement de ce cas particulier², cette déduction statistique est confirmée : rien d'exceptionnel n'a été fait. On est obligé de voir dans ces chiffres le résultat de la politique de protection de l'enfance en France : ces deux morts par jour sont le prix de la préférence pour le maintien des liens entre l'enfant et ses géniteurs biologiques (Dekeuwer-Défossez 1993:111).

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. 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, c'est à dire de la création sociale des sexes commence à peine à poindre 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" – par exemple la plus active, "Enfance et

² Après son séjour à l'hôpital, Laurence Cuzin a été renvoyée dans sa famille. Les médecins disent qu'il y avait "désaccords amicaux entre eux quant au diagnostic". Aucun des autres intervenants nombreux, et qui pensaient qu'il y avait sévices, n'a insisté pour que le doute bénéficie à l'enfant, le temps que les médecins règlent leurs "désaccords amicaux". Selon Grevot, les travailleurs sociaux anglais sont stupéfaits des risques que les Français sont prêts à accepter... pour l'enfant.

Partage" – 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". Ce souci les conduit d'ailleurs à remettre en cause certains des éléments du statut du mineur – comme le non droit à une représentation légale – mais uniquement de façon pragmatique et ponctuelle. 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" – vu comme antinomique du droit aux droits – , qu'ils émanent de personnalités politiques comme le premier ministre ou le président de la république, ou d'essayistes, sont trop nombreux pour être cités. La phrase de Mme Rubellin-Divichi, 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). Qu'il suffise de dire ici que lors du débat sur l'adoption par la France de la Convention Internationale sur les droits des enfants, sont apparues avec force des oppositions conceptuelles : par exemple l'opposition entre "droits" et "protection" ou entre "droits" et "enfance", qui mériteraient d'être étudiées.

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 – n'est pas représentée en France, d'une part ; d'autre part, ce sont les adversaires des droits des enfants qui ont dicté les termes du débat ; ils ont identifié toute perte de pouvoir des parents à une attaque contre "la famille". Les défenseurs des droits des enfants, pour des raisons inconnues sauf d'eux, se contentent de dénier cette "accusation" : ils affirment que l'accroissement des droits des enfants ne se ferait pas au détriment des droits parentaux, ce qui est de toute évidence faux et intenable – comme l'étude déjà citée de Grevot le montre. Ils se sont interdit la seule démarche efficace, celle de leurs homologues américains : mettre en cause les notions de base qui justifient le déni de droit dont les mineurs sont victimes. Le choix de cette position défensive – à l'intérieur du consensus sur la sacralité de la famille et des droits parentaux – les force à n'opposer aux adversaires des droits des enfants que des arguments d'opportunité et non des arguments de principe.

Enfin, ils partagent avec ces derniers, une définition floue et même ad hoc des "droits", quand ceux-ci s'appliquent aux enfants. On retrouve d'ailleurs ce flou et cette spécificité dans la Convention : une définition des droits 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 incapacité naturelle ? 2) si elle l'était, ou dans la mesure où elle l'est, 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 ?

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).

Les femmes pouvaient avoir recours aux tribunaux en matière civile, même quand elles étaient des incapables, et étaient des pleins sujets de droit pénal. Or, quand même 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 est 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" – et ce sont les tribunaux qui décident de cette capacité – et que le droit de l'enfant à avoir un avocat propre – et non celui de ses "représentants légaux" (les parents) – n'était pas établi jusqu'en 1993.

Y a-t-il un progrès des droits des enfants ?

L'interprétation française de la Convention internationale

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 façons très divergentes et souvent très restrictives.

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 des possibilités larges d'audition de l'enfant (Lyon, 28/11/1991), tandis que d'autres considéraient que la loi nationale l'emporte, et favorisaient donc des conditions restreintes d'audition de l'enfant.

Le débat tourne donc principalement sur l'interprétation de l'article 12 de la Convention : permet-il au mineur d'être représenté comme un adulte, ou 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 au conflit, même si celui-ci le concerne au premier chef, que le conflit soit civil ou pénal. "Un mineur n'a pas 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 devant la même ; juge qui de plus se voit confier 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 appliquée³. D'autre part, ces évolutions du droit confirment que le mineur est un incapable. Et les conséquences de ce fait restent sa vulnérabilité à la maltraitance quand celle-ci vient des 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 les "défenseurs" des enfants que l'accroissement des droits des enfants peut se faire sans que les droits des parents soient touchés. 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.

Cependant, 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 pourvoir 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, elles, la personnalité juridique, et peuvent se porter partie civile, parlent pour l'enfant. Mais l'enfant n'a toujours pas le droit de parler en son nom propre – il ne peut qu'être entendu au mieux, c'est-à-dire traité comme un témoin, même dans des affaires qui le concernent au premier chef. La loi de 1993 l'a non seulement réaffirmé, mais l'a conforté en refusant que les seuls avocats puissent assister l'enfant en justice, pour éviter que la rencontre entre le juge et le mineur ait un caractère décisif : que l'assistance par un avocat ne se transforme en représentation, et que le "représenté", le mineur ne devienne partie : pour éviter que l'inexistence juridique de l'enfant ne soit mise en cause par la pratique judiciaire.

Selon Stevi Jackson les enfants, comme les femmes, bien que subordonnés sous l'Ancien régime, n'étaient pour autant pas vus comme de "fragiles incompetents" et comme les femmes "devaient travailler pour vivre, même dans les classes supérieures" (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, droits qui n'ont pas changé depuis le Moyen-Age, et les idées modernes sur la "nature" des enfants au nom desquelles on limite au contraire la liberté des enfants en leur déniaient l'acquisition de savoirs et de compétences, déni qui les rend dans la vie quotidienne pratiquement – et non seulement légalement – dépendants. On pourrait parler d'un processus d'infantilisation toujours plus poussé des jeunes : "on dépense beaucoup d'énergie à garder les enfants puérils ; on les garde dépendants pendant beaucoup plus longtemps qu'il n'est nécessaire" (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 ?

Pour ne donner qu'un exemple : sur la question de savoir où va vivre un enfant après un divorce, 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, bref tout le monde et son frère, sauf l'enfant. Ses parents et ses grands-parents, des associations peuvent être partie à ce débat mais l'enfant ne peut pas l'être. 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).

³ Dans le procès retentissant – parce que la femme accusée de non-présentation d'enfant à son père biologique a fait de la prison – qui eut lieu en novembre 1993 en France, la Cour a refusé d'entendre l'enfant de sept ans qui était l'objet du litige et qui s'opposait 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.

Quelle est la base du statut de "mineur" ?

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 : 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 de 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'à un petit nombre des individus composant la catégorie "mineurs" ; cette rationalisation n'est utilisée qu'en ce qui concerne ce groupe socio-juridique des enfants, d'une part, et 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, selon la criminologue québécoise Danielle Laberge (communication orale) les types d'incapacités présumées des enfants, et utilisées pour justifier leur statut spécial, en trois grandes classes :

- l'incapacité à gagner sa vie ; or cette incapacité est partagée par les personnes au chômage et les 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, est 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 dit Stevi Jackson : "On envoie à l'école des enfants incapables de s'habiller eux-mêmes à un âge où, dans d'autres sociétés et dans la nôtre auparavant, ils auraient commencé à contribuer de façon substantielle à la vie et au travail de leur communauté" (Jackson 1982 : 27).

On voit de toutes façons que : d'une part, aucune de ces "classes" d'incapacité n'est particulière aux enfants, ou aux mineurs ; d'autre part, qu'aucune, soit prise séparément, soit 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, il vaut la peine de noter que, à 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 : doit répondre de ses actes devant une juridiction ordinaire, et il est passible de condamnations tout comme un adulte, et

de sanctions soit spécifiques, soit générales (la prison) à partir de 13 ans⁴. 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 États-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 (cf. "l'affaire" Juppé, octobre 1995) – 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 est le critère dont l'application permet à un mineur d'être doué de discernement, tandis qu'un autre ou le même dans d'autres circonstances est dénué de tout discernement, on se rend compte que ce critère n'est pas les capacités de discernement objectivement mesurées de l'individu, mais la juridiction à laquelle il a à faire. 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 exemple, 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'État exige qu'on l'enferme, le mineur, pour être l'objet de poursuites pénales, est considéré comme responsable – donc doué de discernement – plus tôt et plus fréquemment, cette fois sans égards pour l'avis des parents, 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'État, jamais par ceux des enfants eux-mêmes.

Ceci nous amène à aborder une autre question, qui n'a pas été jointe aux deux premières car elle n'a pas le même statut méthodologique, et à nous demander plus généralement : de quelle nature sont les incapacités des mineurs ? Jusqu'à présent, on a conservé la fiction qu'elles étaient "naturelles", c'est à dire 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 ; le concept même de "fugue", qui est inapplicable aux majeurs sauf s'ils sont des criminels incarcérés, est révélateur du caractère de "prisonnier" du mineur, 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 la 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 diffèrent selon les pays, ce qui

⁴ Le 13 octobre 1995, le parquet requiert 12 ans d'emprisonnement pour Leïla, quatorze ans, qui a tué une de ses camarades. Jugée dans un tribunal pour enfants, elle est néanmoins jugée à la même aune que les adultes : "l'excuse de minorité" ne fait que diviser la peine par deux (*Le Monde*, 14 octobre 1995). Une semaine plus tard elle est condamnée à 9 ans d'emprisonnement, qu'elle effectuera dans une prison où il n'y a que des femmes adultes.

ne contribue pas peu à mettre en doute l'explication par une "incapacité" de jugement qui serait due à un niveau de développement physiologique 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 : il n'est pas, comme le prétendent les juristes, 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 d'aptitude des personnes.

Le problème fondamental qui est posé est le suivant : comment justifier, sur le fond, que des sociétés qui ont aboli l'esclavage, et qui n'admettent même pas l'esclavage volontaire, traitent des êtres humains, pour des raisons que le droit n'explique jamais et dont la version de sens commun n'est guère convaincante, à beaucoup d'égards comme les propriétés 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 des 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'État doit à la protection des droits garantis aux personnes 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 populations 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 classes 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 la réforme du Code Civil).
- enfin, de la façon la plus paradoxale qui soit, c'est au nom du "besoin de protection" des enfants qu'ils sont laissés à l'arbitraire d'autres personnes privées et que l'égale protection de la loi, c'est-à-dire la protection de la collectivité, leur est refusée, en particulier la protection contre leurs "représentants légaux", c'est à dire leurs parents⁵.

⁵ 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. En moyenne deux enfants par jour en France meurent de sévices parentaux – un chiffre incomparable avec celui des crimes "d'étrangers" largement médiatisés cependant, tandis que les premiers ne sont même pas signalés par des entrefilets. Il est vrai qu'il est rare que ces meurtres, 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, 18.01.77). Carol Smart, criminologue féministe britannique, remarque que l'histoire des sévices sexuels aux enfants "est une histoire à la fois de consternation et d'inaction, la consternation devant les sévices infligés par les "étrangers" nourrissant de façon bizarre l'inaction vis-à-vis des abus sexuels commis par les pères" (Smart 1989 : 52). Cependant, on se doit de diverger d'avec elle quand elle dit que "le problème des sévices sexuels sur les enfants est le problème de la sexualité masculine" : 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.

Droits spécifiques ou droits communs ?

La question des droits spécifiques se pose, en ce moment, particulièrement par rapport à l'avortement sous la forme d'un questionnement sur l'opportunité de légiférer en cette matière : Garon et Quéniart par exemple suggèrent que la loi soit "en dehors du code criminel". C'est ce qu'avaient proposé certaines en France : que l'avortement soit objet de réglementation et de convention avec la Sécurité Sociale, et sorte ainsi du domaine de la loi pénale, en tous les cas d'une loi spécifique ; qu'il soit assimilé à un problème de santé comme un autre. A l'époque du passage de la loi Veil, G. Halimi (entre autres) était contre cette solution, arguant que la loi protège les faibles. Elle n'avait pas tort, ce qui n'empêche pas Garon et Quéniart d'avoir raison : tout dépend en effet du rapport des forces dans une société donnée, à un moment donné.

Il faut remarquer que d'autres féministes maintiennent que certaines lois spécifiques, telles que l'interdiction du travail de nuit, sont réellement protectrices des femmes et surtout qu'elles doivent être conservées parce qu'elles préfigurent des progrès pour tous les salariés (Gossez et Abauzit 1986). Ce n'est pas l'avis de la plupart des féministes des États-Unis. Cependant, sur un autre point des législations particulières, comme les congés maternels, aussi bien Heidi Hartmann (Hartmann 1988) que Nancy Dowd (Dowd 1989), pour ne citer que ces deux-là, considèrent que l'Europe est "en avance" sur les États-Unis, et souhaitent voir se généraliser les législations (rares aux États-Unis) prenant en compte le fait que les femmes portent des enfants, et garantissant notamment le maintien dans l'emploi. On peut se demander cependant si, pour obtenir de telles garanties, il faut nécessairement, comme on le voit de plus en plus préconisé dans la littérature américaine, abandonner l'idée d'une législation "gender-neutral" (neutre quant au sexe) ? Pourquoi, pour protéger les femmes, a-t-on besoin de les spécifier, de les rendre particulières ?

C'est sans doute parce que le sujet de droit est, de fait, un sujet masculin. C'est la position de Krieger et de Cooney qui voient par exemple la grossesse comme un risque "supplémentaire" encouru par les seules femmes, incomparable à tout autre risque "commun" aux deux sexes. Dans ces conditions, adopter des lois qui soient communes aux deux sexes, c'est ne pas prendre en compte ce risque spécifique et donc faire peser sur les femmes un handicap, disent les avocates des lois spécifiques (c'est à dire reconnaissant la différence des sexes). Mais la seule façon de combattre ce handicap est-elle d'élaborer deux droits ? En effet on peut prévoir qu'ils ne seront jamais équivalents, puisqu'il restera un droit "commun", qui s'appliquera aux femmes là où la différence des sexes n'est pas censée jouer. Et ce droit "commun" continuera de présupposer un sujet de sexe masculin.

Une telle solution prend parti sur ce qu'est la différence des sexes d'une part ; d'autre part elle considère comme découlant du biologique ce qui est social, par exemple le fait que ce soient les femmes qui s'occupent des nouveau-nés. En revanche, elle accepte le mythe, la fiction légale – appuyée sur une analyse biologisante de la différence des sexes – que là où la maternité n'est plus directement en jeu, la différence de sexes ne joue plus, ce qui est totalement faux. La division en genres de l'humanité – que certains continuent d'appeler à tort la "différence sexuelle" – joue et se joue dans tous les domaines de l'existence individuelle et de la société.

Enfin, une telle solution, limitée et insuffisante, ne revient-elle pas à renoncer à modifier la représentation du commun, à renoncer à mettre en cause une définition de l'universel qui constitue en norme une moitié de l'humanité, et en exception l'autre moitié ?

Certaines féministes anglo-saxonnes, comme Dowd aux États-Unis ou Lacey en Grande-Bretagne, se disent déçues par les politiques qui se fondent sur l'idée de discrimination : celle-ci est difficile ou impossible à prouver, la situation des femmes n'est pas analysable en ces termes. Certes : mais justement les lois antidiscriminatoires se fondent sur le droit commun. Il n'est pas étonnant, si l'on admet ce qui a été dit plus haut, que même lorsqu'il est appliqué de façon stricte, le droit commun désavantage encore les femmes. Alors, est-ce l'approche en termes de discrimination qu'il faut mettre en cause, ou bien plutôt en amont, le contenu de ce droit abusivement appelé commun et fondé en réalité sur un sujet mâle ? Comme le note la regrettée Mary Joe Frug, ce n'est pas la notion de discrimination qui est ou devrait être en cause, mais "l'interprétation restrictive des lois antidiscriminatoires" (Frug 192 : 1062).

Wendy Williams, répondant à l'argumentation de Krieger et Cooney (Krieger & Cooney 1983), estime que le "traitement légal" (par opposition au "traitement spécial"), en matière d'assurance-maladie, peut parfaitement répondre aux problèmes d'incapacité temporaire créés par la grossesse, à condition que celle-ci n'ait pas été exclue des clauses d'assurance. Or la philosophie sous-jacente aux demandes de protection spéciale assume que les hommes et les femmes sont par nature différents et peut aussi conduire précisément à ce type de discrimination (Williams 1982). Le problème, écrit-elle dans un article ultérieur, est de "surmonter la définition du travailleur-type comme mâle" (Williams 1984-85). Lise Vogel, synthétisant ce débat (1990), remarque que la position de Taub et Williams (1987), qui rejette la vision catégorielle implicite dans le traitement spécial – vision qui implique qu'il n'y a que deux groupes d'individus et que chaque groupe est homogène – dépasse aussi l'égalitarisme formel : un pas a été franchi, qui amène à traiter tous les travailleurs comme "ayant des besoins particuliers", et finalement à laisser la place aux individualités. Dorothy Stetson (1991) dans *Women's Rights in the U.S.A.*, montre que depuis le début du siècle, des groupes de pression ont fait pencher la balance tantôt en faveur des lois antidiscriminatoires – donc non-protectrices –, tantôt en faveur de lois protectrices, que ce soit dans le domaine de l'emploi, du travail, de la famille, de la participation politique, et ce qui est encore plus éclairant, que tous ces groupes comprenaient des féministes quand ils n'étaient pas entièrement composés de féministes. Bien que je ne puisse poursuivre cette voie ici, je ferai l'hypothèse suivante : ces divergences entre féministes expriment non pas tant des interprétations différentes de ce qui constituerait un "intérêt" intemporel de femmes elles-mêmes intemporelles, que des choix en faveur du court ou du long terme ; les partisans des lois protectrices tenant compte de la situation présente – à tout moment – des femmes, tandis que les avocates des lois antidiscriminatoires visent à créer les conditions favorables à un changement de cette situation.

En effet, les lois protectrices rendent la vie des femmes plus facile, étant donné les conditions concrètes où elles sont à un moment donné ; mais elles figent ces conditions. Les lois antidiscriminatoires peuvent avoir l'effet de rendre la vie de certaines femmes plus difficile dans l'immédiat, puisque les femmes ne sont pas socialement à parité avec les hommes, mais elles suppriment les excuses à cette inégalité sociale et créent les conditions législatives et formelles favorables au développement de l'égalité concrète. La question "Égalité ou différence" a été traitée par beaucoup d'auteurs. On ne peut s'y attarder ici. Il faut cependant dire que l'opposition entre les deux est bizarre, et réservée aux relations entre les sexes. En effet, l'antonyme d'égalité n'est pas "différence" mais inégalité. Il devrait donc être difficile de s'opposer à l'égalité. Cela n'est fait que parce que l'égalité est conçue comme ne permettant pas une véritable libération des femmes : c'est en somme l'opposition entre justice et équité. Mais cela provient, à mon sens, de ce que l'égalité continue d'être conçue de façon restrictive, comme égalisation des conditions des femmes et des hommes dans la loi telle qu'elle est. Mais la loi telle qu'elle est présuppose un sujet qui bénéficie en réalité des privilèges des hommes. Or, non seulement les femmes n'ont pas ces privilèges, mais c'est sur leur dos que les hommes gagnent leurs privilèges. Dans ces conditions, dire que l'égalité favorise les hommes – ou défavorise les femmes – (Smart 1989 : 83) est quasiment une tautologie. S'il faut dire et répéter que l'universalisme de la loi est, comme les autres universalismes, un faux universalisme, on peut se demander pourquoi les auteurs qui le dénoncent renoncent pour autant à rechercher les conditions d'un véritable universalisme ; et comment elles peuvent soutenir dans le même temps qu'aucune loi n'est neutre par rapport au genre (gender neutral), ce qui va dans le sens d'affirmer que le sujet de droit est toujours, même quand le sexe n'est pas mentionné, de sexe mâle, et dans le même temps plaider pour des lois spécifiques dans certains domaines seulement, ce qui aboutirait à conforter la masculinité de la loi dans tous les autres domaines ?

Le mariage comme dérogation au droit commun

En France, O. Dhavernas (1988) soutient, sur la base de l'expérience européenne des codes civils, qu'on ne sort les femmes du droit commun que pour les opprimer, mais son point de départ est, non les "spécificités" physiologiques des sexes – spécificités qui ne sont vues comme telles que pour le sexe féminin – mais l'évolution du droit civil et particulièrement du droit familial dans les pays européens. L'étude des "codes de la famille" et autres "codes de statut personnel" qui sont, dans

cette décennie, en train d'être passés dans de nombreux pays musulmans, confirme cette hypothèse (Hélie-Lucas 1991). L'exemple qu'elle prend est celui du mariage. Elle montre que le mariage crée entre les conjoints, en France, des rapports dérogoires au droit commun, et cette dérogation bénéficie au mari. Je ne parle pas des règles les plus connues : la direction du ménage, la gestion de toutes les ressources dévolues au seul mari jusqu'en 1972, ou de l'incapacité civile de la femme mariée, persistant jusqu'en 1939. Il s'agit de certaines caractéristiques moins connues du mariage : celles qui interdisaient aux conjoints de contracter ensemble et donc leur interdisait tout rapport de travail au sens légal du terme. Cette interdiction était redoublée par l'interprétation des liens du mariage et de leurs règles comme s'appliquant à tous les rapports entre les conjoints, y compris aux rapports qui, entre deux personnes non mariées, auraient été vus comme relevant du droit du travail ou du droit commercial. Ainsi, les contrats entre conjoints étaient soit explicitement interdits, soit considérés comme nuls étant de nature privée, et donc inférieurs en qualité juridique au "contrat" de mariage. Bien que la plupart des interdictions de contracter entre conjoints soient en train d'être contestées, le mariage demeure un handicap pour des personnes désireuses de travailler ensemble – ou d'ailleurs séparément – comme les études de Lagrave et Caniou et de arthez sur les femmes agricultrices le prouvent (Lagrave et Caniou 1987, Barthez 1982).

On voit que :

1. Le mariage peut difficilement être conçu comme un contrat, puisque sa loi non-seulement l'emporte sur les dispositions des parties contractantes, mais qu'elle peut interdire le contrat. De ce point de vue, le mariage est bien une dérogation au droit commun. Or on peut considérer la liberté de contracter comme la pierre de touche non seulement de notre droit, mais des libertés essentielles garanties par les constitutions démocratiques. C'est en effet cette liberté de contracter qui permet l'indépendance économique – l'indépendance réelle sans laquelle les autres droits ne sont que de vains mots. Sous la formule abstraite de "liberté de contracter" se cache en effet le droit de vendre son travail, qui implique qu'on le possède soi-même : qu'il ne soit pas déjà approprié par autrui. La liberté de contracter, c'est d'abord et avant tout la propriété de son propre corps, du travail qu'il peut produire. Le mariage est donc une dérogation grave au droit commun, puisque c'est l'esprit des lois qui ont aboli le servage et l'esclavage que cette dérogation trahit.
2. Cette dérogation au droit commun a permis de justifier la non-rétribution du travail des épouses (Dhavernas 1985). On peut aussi considérer, comme je l'ai fait en 1974, le mariage comme un "contrat de travail" d'un genre spécial : précisément parce qu'il est en dehors du droit du travail et même du droit contractuel, il permet l'appropriation gratuite du travail de l'épouse (Delphy 1974). Le mariage occidental peut être tenu pour une loi spécifique aussi dérogoire au droit commun et aussi préjudiciable à celles qu'il en excepte – les femmes – que les codes de la famille et autres codes du statut personnel si vigoureusement attaqués par les défenseurs des libertés dans les pays musulmans.

“Privé”, “public”, exceptions normales et méta-droit

L'exception fondatrice de la règle

Pour Dhavernas, le domaine ainsi créé est “hors-droit”, parce que, dit-elle, le travail entre époux par exemple, n'est pas “reconnu juridiquement”, “est un pur fait sociologique”. On lui rétorquera que d'un point de vue sociologique, il est difficile d'imaginer un “hors-droit”. D'autre part, la non-régulation peut être considérée comme un type de régulation (Lacey 1993). Enfin il n'existe pas de “fait sociologique” (ni même de “fait” tout court) indépendamment des conceptualisations d'une société donnée. Le travail ne peut être substantialisé : c'est un rapport, et pour qu'il existe sociologiquement, il faut qu'il ait une existence sociale, donc juridique.

On ne peut pas dire que le travail n'est pas “reconnu”, comme si l'objet “travail” existait en-dehors de sa conceptualisation. On peut seulement remarquer que ce qui ne peut pas se vendre n'est pas considéré comme du travail, de même que ce qui ne peut pas se vendre n'est pas considéré comme un bien.

En revanche, on peut avancer les hypothèses suivantes. Il est juste de parler de la création, par la loi, d'une enclave. La loi crée publiquement son antonyme, crée de toutes pièces et par décret, un domaine où elle s'interdit d'intervenir : un domaine qui échappe au droit commun. Il n'échappe pas pour autant à tout droit. Il est muni de son droit propre, précisément le droit du mariage, dont les principes sont contraires à ceux du droit commun.

On a noté la nature de l'intervention qui crée le “privé” (le mariage, la famille) : elle est proprement juridique ; elle ne laisse pas subsister un domaine “naturel” et naturellement séparé des autres domaines de l'interaction sociale ; elle le crée. Mais de surcroît, cette exception à la loi générale a elle-même un caractère de loi supérieure (l'ordre public). Le privé se présente donc comme un double paradoxe. Le “privé” connote, pour les non-juristes, une idée de spontanéité, et de liberté des parties.

Or non seulement le mariage interdit entre les époux ces arrangements d'ordre privé, que le droit commun permet et protège : les contrats, mais il est moins respectueux de la volonté “privée” que le droit commun. Cette interdiction est elle-même “d'ordre public”. Si d'aventure les conjoints, se prévalant du droit commun, avaient passé des contrats privés entre eux, le mariage est opposé (par les juges) à ces contrats, les rend nuls et non avenue, parce que le mariage est “d'ordre public”, tandis que les contrats privés du droit commun ne le sont pas.

Ainsi, d'une part l'exception au droit commun a préséance sur ce dernier, et d'autre part le “privé” par excellence que constitue le mariage est une partie de l'ordre public.

On peut donc d'ores et déjà avancer l'hypothèse plus hardie que c'est cet ordre public, et non le seul droit commun, que l'on doit considérer comme la source du méta-droit auquel je faisais allusion au début de cet article et par lequel j'entends la somme du droit commun et des dérogations à ce droit commun, qu'elles soient légales – inscrites dans le droit positif comme le droit du mariage – ou constituées par de pures pratiques, policières, judiciaires et juridiques.

La notion d'“ordre public” est particulièrement fascinante parce qu'elle fait découvrir que le droit n'est pas le socle ultime de la loi, donc de l'État de droit : sous la loi qui repose sur lui, on trouve “l'ordre public”. Qu'est-ce que c'est ? “Certaines lois, dites impératives, ont une autorité particulière... soit que la loi le dise expressément, soit que cette force particulière doive lui être reconnue, *dans le silence du texte légal* (c'est moi qui souligne), pour la raison que ses dispositions intéressent l'ordre public, c'est-à-dire touchent à ce qui est considéré comme strictement indispensable au bon fonctionnement des institutions et au bon ordre de la société” (Vouin & Robino 1963 : 29). Ainsi le substrat de la loi est-il une règle non seulement non-écrite, mais sans contenu ; en tous les cas sans contenu autre – puisqu'elle n'est jamais définie, contrairement à la loi qui est par essence, bien que sujette à interprétations, précise et qualifiée – que celui que les tribunaux y mettent : sous les pavés des lois positives, le sable mouvant... C'est une règle dont on ne pourrait découvrir le contenu qu'en étudiant une à une les décisions qui font appel à cette notion, et les lois qui sont “impératives”. Le mariage, cette affaire que les citoyen(ne)s croient indûment une histoire “privée” dans le sens que lui

donne la langue populaire, est donc, bien au contraire, l'une de ces institutions qui "touchent au bon ordre de la société".

Le "privé" ou la privation de droits

On a fait plus haut l'hypothèse que le domaine du "privé" est un construit juridique qui n'existe que dans un système d'opposition avec le domaine "public". Le contenu de cette opposition peut être caractérisé, dans un premier temps, comme on l'a vu lors de la discussion du mariage, par deux traits : le droit commun ne s'applique plus à ce domaine ; le principe même du droit commun, l'égalité devant la loi, ne s'applique plus non plus.

A la différence du droit commun, qui s'applique au domaine sociologique du "public", le droit qui s'applique au domaine sociologique du "privé", est un droit différentiel et inégalitaire, qui crée, dans chaque situation définie comme privée, deux catégories d'acteurs.

On peut maintenant compléter cette hypothèse centrale par les sous-hypothèses suivantes. Le domaine du privé est celui de la privation de droits pour une catégorie d'acteurs. Ces droits ne sont cependant pas purement et simplement supprimés ; ils sont transférés sur une autre catégorie de personnes. Les droits que les enfants n'ont pas sur eux-mêmes sont transférés à leurs parents. On pourrait formuler la même chose de façon inverse et symétrique et dire que c'est parce que les droits sur eux sont déjà détenus par leurs parents que les enfants ne peuvent pas les avoir sur eux-mêmes. Si la privation de droits est, dans le même temps, un transfert explicite de droits, transfert effectué de jure, un transfert de droits de facto a lieu, par le fait que ni les protections ni les sanctions du droit commun ne s'appliquent. Ainsi, alors que les maris n'ont pas le droit juridiquement de battre leurs femmes, ni les parents leurs enfants, la non-application du droit commun permet que les actes de violence se commettent en toute impunité, et constituent donc un droit de fait.

Ainsi le "privé" est-il une double exception au droit commun : il est une privation de droits pour certaines catégories, et un surcroît de droits (tant de jure que de facto), acquis sur les premières, pour les catégories complémentaires – ou antagonistes.

Le "privé" n'est pas une catégorie naturelle de rapports que la société se contenterait d'entériner. C'est une catégorie de rapports créés par la société, et qui peut se caractériser du point de vue juridique, tant sur le plan civil (Delphy 1969, Delphy 1974, Dhavernas 1985), que sur le plan pénal, par l'exception au droit commun.

Cette exception réalise, pour les maris et les parents *ès qualités*: l'acquisition d'un surcroît de droits, plus précisément l'acquisition de droits sur d'autres personnes ; une exemption des sanctions de la loi, exemption qui leur confère de facto des droits sur les personnes des épouses et des enfants.

Cette même exception réalise, du point de vue des enfants et des épouses *ès qualités*: la privation de certains droits sur eux-mêmes de jure ; la privation de facto de droits qu'ils détiennent juridiquement par l'absence de protections et de sanctions.

Cette exception constitue donc, au niveau juridique, c'est à dire le plus légalement du monde, des catégories antagonistes et complémentaires de dominants et de dominés. Ces catégories ne sont pas substantielles, ou plus exactement, ne recoupent pas les catégories usuelles, et en particulier pas les catégories de genre. Le domaine du privé ne constitue pas les hommes, mais les seuls maris, en catégorie dominante ; ce qui n'empêche pas que la catégorie "hommes" soit globalement dominante, parce que leur prééminence en tant que maris, puis que pères, dans le domaine du privé, est cohérente avec leur position dominante dans la "sphère publique". En revanche, cette exception met les femmes, dominées de façon homogène dans la sphère du "public", dans une situation hétérogène dans le domaine "privé" : dans la catégorie des dominés en tant qu'elles sont épouses, mais en revanche dans la catégorie des dominants en tant qu'elles sont parents (quoique pas sur le même pied que les pères (Combes et Devereux 1994)).

Le droit naturel apparaît ici comme une idéologie ayant pour fonction de masquer le caractère de construction sociale et juridique de l'opposition "public"- "privé". Ce masquage est à la fois juridique (car il fait partie de la doctrine), et culturel (puisqu'il fait partie de la "sagesse populaire" et des évidences du sens commun).

En conclusion, cette "sphère du privé" n'est pas une sphère existant dans la nature des choses ; non seulement elle est sociale, comme beaucoup d'auteurs l'ont fait remarquer, car le privé ne peut exister qu'en opposition au public ; mais de surcroît, cette construction sociale repose – comme probablement en définitive toute construction sociale – sur une base juridique, c'est-à-dire à la fois conventionnelle, arbitraire, et ayant force de loi. La sphère du privé est une construction doublement juridique : elle a son droit propre, dans le même sens qu'elle est constituée par exception, dérogation et opposition au droit commun. On peut donc dire qu'au-dessus de la sphère sociologique du public, qui est le domaine juridique du droit commun, il existe un méta-droit qui organise à la fois l'opposition privé-public et la dérogation non seulement normale, ordinaire, réglementée, mais normative, c'est-à-dire fondatrice de la règle elle-même, au droit dit "commun".

Références

- ALLAIX, Michel (1991). "Audition et défense de l'enfant en justice : premières applications de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant", *Droit de l'enfance et de la famille*, N°33, 1991/2, Vauresson.
- BARTHEZ, Alice (1982). *Famille, travail et agriculture*, Paris : Economica.
- BERGER, Gaston (1982). *L'Enfant et ses droits*, Toulouse : érès.
- BRET, Jean-Marc (1991). "La Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant", *Gazette du Palais*, 8/10 déc.
- CARBONNIER, Jean (1988). *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, Paris : Presses Universitaires de France.
- CHOMBEAU, Christiane (1993). "Le développement des droits de l'enfant en France", *Le Monde*, 27 fév.
- COLLOMP, Jean-Paul (1982). "Les droits de l'enfant et les pratiques judiciaires", *L'Enfant et ses droits*, Toulouse : érès.
- DHAVERNAS, Odile (1985). "Le partage professionnel dans l'entreprise conjugale : travail des femmes et discours juridique" (563 pages). Rapport pour l'Action thématique programmée du CNRS "Recherches sur les femmes et recherches féministes".
- DHAVERNAS, Odile (1988). "L'inscription des femmes dans le droit : enjeux et perspectives", *Le féminisme et ses enjeux*, F.E.N., Paris : Edilig.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise (1993). *Les Droits de l'enfant*, Paris : P.U.F.
- DELPHY, Christine (1969). "Le patrimoine ou la double circulation des biens dans l'espace économique et le temps social", *Revue Française de Sociologie*, numéro spécial sur les faits économiques.
- DELPHY, Christine (1974). "Mariage et divorce : l'impasse à double face", *Les Temps Modernes*, numéro spécial.
- DELPHY, Christine (1990a). "La revendication maternelle", in DELPHY, Christine (1990b). "Contribution au débat sur l'avortement", *Déviance et Société*, Vol 14, n°4.
- DELPHY, Christine (1991). "Libération des femmes ou droits corporatistes de mères ?", *Nouvelles Questions Féministes*, n°s 16-17-18.
- DOWD, Nancy, (1989). "Envisioning Work and Family : a Critical Perspective on International Models", *Harvard Journal of Legislation*, Vol. 26, n°2.
- FRUG, Mary Joe (1992). "Commentary : a postmodern feminist legal manifesto (an unfinished draft)", *Harvard Law Review*, Vol. 105, n° 5, mars.
- GARON, Suzanne et QUENIART, Anne (1990). "Les positions sur l'avortement : au-delà d'une éthique religieuse, une vision du monde", *Déviance et Société*, Vol 14, n°4.
- GOSSEZ, Catherine, et ABAUZIT, Richard (1986). "La nuit en rose", *Nouvelles Questions Féministes*, n°13, Printemps.
- GREVOT, Alain (1995). "L'enfant, la famille, qui protéger ? Comparaison France-Angleterre", *Recherches et Previsions*, n°41, septembre.
- HARTMANN, Heidi (1988). "Unnecessary Losses : Costs to American of the lack of family and Medical Leave". Report published by the Institute for Women's Policy Research.
- HELIE-LUCAS, Marie Aimée (1991). "Stratégies des femmes vis à vis de l'intégrisme dans le monde musulman", *Nouvelles Questions Féministes* n°s 16-17-18.
- JAKSON, Stevi (1982). *Childhood and Sexuality*, Basil Blackwell, London.
- KRIEGER, Linda J. and COONEY, Patricia N. (1983). "The Miller Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action, and the Meaning of Women's Equality", *Golden Gate University Law Review* 13, été : 513-72.

- LAGRAVE, Rose Marie, et CANIOU, Juliette (1987). "Un statut mis à l'index", *Celles de la terre*, éd. R. M. Lagrave, Paris : E.H.E.S.S.
- LACEY, Nicola (1993). "Theory into Practice. Pornography and the Public/Private Dichotomy", *Journal of Law and Society*.
- MATHIEU, Nicole-Claude (1971). "Notes pour une définition sociologique des catégories de sexe", *Epistémologie sociologique*, premier semestre.
- ROSENCZVEIG, Jean-Pierre (1990). *Les droits des enfants en France*, Paris : Institut de l'enfance et de la famille.
- RUBELLIN-DEVICHI (1989). *Les droits de l'enfant et de la famille dans le droit positif français de 1989*, ANPASE, Tarbes.
- SMART, Carol (1989). *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London & New York.
- STETSON, Dorothy McBride (1991). *Women's Rights in the U.S.A.*, Pacific Grove (California) : Brooks/Cole.
- TAUB, Nadine, and WILLIAMS, Wendy W. (1987). "Will Equality Require More than Assimilation, Accomodation, or Separation from the Existing Social Structure?", *Rutgers Law Review* 37 : 825-44.
- THEORET, Bruno (1991). "Le droit des jeunes : principes et fondements. Etudes des normes juridiques applicables aux mineurs dans la common law au Canada et aux États-Unis depuis 1970". Ronéoté. Département de sociologie. Université du Québec à Montréal.
- VOGEL, Lise (1990). "Debating Difference : Feminism, Pregnancy, and the Workplace", *Feminist Studies* (Spring) : 9-33.
- VOUIN, Robert et ROBINO, Pi erre (1963) *Droit privé*, Paris : Presses Universitaires de France.
- WILLIAMS, Wendy W. (1982). "The Equality Crisis : Some Reflexions on Culture, Courts, and Feminism", *Women's Rights Law Reporter* 7 (Spring) : 175-200.
- WILLIAMS, Wendy W. (1985). "Equality's Riddle : Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate", *New York University Review of Law and Social Change* 13 : 325-80.