

<http://www.philosophiedudroit.org>

*Mise en ligne le 12 octobre 2014*

---

**Intérêt supérieur de l'enfant et critique de la notion de discernement  
dans une approche morale générique de l'éducation à la sexualité**  
*Éléments de réflexion en marge d'une recommandation cadre  
pour l'éducation à la santé ; texte référence émanant de l'OMS*

**par Sabine Kadem (\*)**

*Le passage de l'âge de l'enfance à celui de l'adulte ne semble pas si évident que peut l'affirmer en droit positif une approche générique divisant distinctement l'état du mineur de celui, majeur, de la mutation de l'incapable au capable. L'éducation est en ce sens un long processus dont les conceptions morales sont indéniablement discutables dès lors qu'elles entrent dans le cadre de politiques de santé publique, tel que peut être le cas d'une politique d'éducation à la sexualité. Au point de basculement d'un état juridique à l'autre, pour lequel l'état moral ne saurait en tout point converger, réside la très controversée notion de discernement.*

Par nature vulnérable et dénué de la pleine capacité juridique, l'enfant est avant tout celui qui « ne parle pas ». Cet être humain soumis à la volonté de ceux qui en sont les garants,

possède toutefois l'ensemble des droits inhérents à tout sujet de droit détenteur de la jouissance de la personnalité juridique. Inscrit dans un temps défini, le droit n'en définit pas exactement les contours par une approche uniforme. C'est dans l'articulation des droits touchant l'enfance, courant de la naissance jusqu'à l'acquisition de la majorité<sup>1</sup> que, dans son intérêt, il doit être représenté dans toutes les décisions qui le concernent<sup>2</sup>, et bénéficier des mêmes égards que toute personne capable<sup>3</sup>. Le plus souvent, dans son intérêt, et dans la mesure du possible, il s'agit du rôle des parents<sup>4</sup>. Ainsi, toute action entreprise en vue de disposer de l'enfant, de lui garantir la pleine jouissance d'un droit ou encore de lui permettre l'égal accès à un droit, et enfin de le protéger des actions des tiers, se doit de l'être dans son intérêt.

Sa vulnérabilité intrinsèque a conduit à dégager le concept d'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits<sup>5</sup> lui a confié pour mission de « défendre et de promouvoir non seulement les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France »<sup>6</sup> mais également son intérêt supérieur. Ceci représente une évolution juridique majeure dans la mesure où le législateur introduit en droit positif interne un concept premièrement doctrinal<sup>7</sup> puis jurisprudentiel<sup>8</sup>, au commencement inspiré par la Convention de New-York de 1989<sup>9</sup>. C'est parce que les contours du concept demeurent flous qu'à ce jour, encore, l'enfant est au cœur du contentieux des juridictions civiles et pénales, et des réformes

<sup>1</sup> Il s'agit de la définition classique du mineur, en droit interne, tirée de l'article 388 du Code civil.

<sup>2</sup> Article 1384 du Code civil quant à la responsabilité civile des parents.

<sup>3</sup> L'article 122-8 du Code pénal pose le principe de l'irresponsabilité pénale absolue du mineur de moins de treize ans.

<sup>4</sup> Article 389 du Code civil.

<sup>5</sup> Loi n°2000-196 du 6 mars 2000 *instituant un Défenseur des enfants*.

<sup>6</sup> Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*.

<sup>7</sup> Il s'agit d'une notion exempte de définition et devant « guider les actions et les décisions des autorités concernant les enfants (par exemple, l'article 375-1, alinéa 2 du code civil qui énonce que le juge des enfants doit « se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant »). Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant », République française, le Défenseur des droits, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, HF/MS, 9 nov. 2011, p. 3.

<sup>8</sup> Si en 1993 la Cour de cassation refusait l'application directe de l'article 3§1 CIDE, deux arrêts de la première chambre vont imposer un important revirement de jurisprudence ; voir C. cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *Dr. famille* 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J. Massip ; *JCP* 2005, II, n° 10115, concl. C. Petit et note C. Chabert, et C. cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 juin 2005, *Bull.* 2005, I, n° 245, pourvoi n° 04-16.942 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 679, note D. Bureau ; *JDI* 2005, p. 1131, note C. Chalas . S'agissant du Conseil d'Etat, celui-ci a su considérer notamment en matière de mesures d'éloignements d'étrangers en situation irrégulière que « l'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui est titulaire à son égard de l'autorité parentale » : CE 24 août 2011, n° 338015.

<sup>9</sup> « Son article 3§1 énonce que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». » Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant », *ibid*, p. 2.

attenantes. Le plus souvent, l'incertitude persiste lorsqu'il s'agit d'accorder à l'enfant une part « responsable » à la procédure. A cet effet, c'est dans l'idée de discernement que se retrouve le critère de participation. Afin de ne plus être *acteur*, personne juridique passive, mais *auteur*<sup>10</sup>, sujet de droit actif de ses intérêts, l'enfant est convié à faire preuve de sa capacité à percevoir ses droits. Le discernement est à géométrie variable, puisque d'une matière à l'autre, au regard de sa définition toujours attachée à un critère fondé sur l'âge, de « raison » juridique, il ne concernera pas les mêmes phases de l'enfance<sup>11</sup>. Le risque est alors de créer une difficulté supplémentaire dans la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant. Plus particulièrement lorsqu'un thème touche à la fois des domaines civil, pénal, et, en « sous-jacence »<sup>12</sup>, éducatif. La dimension morale que revêt le discernement est éminemment complexe à manipuler dans l'ordre du droit positif, ce qui rend particulièrement difficile de garantir un droit dont l'approche est polymorphe<sup>13</sup>. Ainsi en est-il, dans le cadre d'une démarche vouée à éduquer l'enfant quant à sa sexualité, ayant toute à la fois vocation à lui permettre de se connaître, mais aussi de prévenir de comportements à risque, de comportements déviant à son encontre, ou de son propre fait. Entre droit civil et droit pénal, les critères de juridicité du discernement sont divergents et offrent une problématique dont le législateur doit savoir éclairer ceux qui en seront en pratique les acteurs.

Dans le cadre de leurs politiques de santé publiques, les Etats membre de l'UE, et plus largement ceux cosignataires des différentes conventions et chartes relatives aux droits de l'enfant<sup>14</sup>, se doivent de souscrire à des démarches de protection des intérêts de l'enfant dans son éducation. En ce sens, la France, sur les recommandations expresses émanant de l'OMS<sup>15</sup>, s'est engagée depuis une vingtaine d'année<sup>16</sup> dans un processus à caractère éducatif et moral de la sexualité, normé par le biais d'une série de directives ministérielles, à caractère

---

<sup>10</sup> Voir en ce sens l'idée sous-jacente dans la définition de la personne se « réappropriant » son existence chez J.-M. Trigeaud, *Personne, droit, existence*, Bière, Bordeaux, 2009, pp. 79 s.

<sup>11</sup> Voir en ce sens J. Piaget Bärbel Inhelder, *La psychologie de l'enfant*, PUF, Paris, 1975, *passim*, voir plus spéc. pp. 34 s. sur les périodes et stades de développement de la psychologie vers l'âge cognitif. Voir dans le même sens quant aux différentes phases psychologiques invitant à la plus grande prudence quant au discernement, J. Château, *L'intelligence ou les intelligences ?*, Pierre Madraga éd., Liège, Belgique, 1983, pp. 163 s. notamment.

<sup>12</sup> Etat de ce qui est incontestablement de nature sous-jacente.

<sup>13</sup> Voir en ce sens sur la notion de discernement et sa poly-dimensionnalité J.-F. Lavigne, *Michel Henry : pensée de la vie et culture contemporaine : actes du colloque international de Montpellier*, éd. Beauchesne, 2006, pp. 141-142.

<sup>14</sup> Sur fond d'une lente évolution des mœurs et légale il peut être retenu l'interdiction du travail, en Angleterre dès 1833 avec le *Factory Act*, en France dès 1874, par la loi.

<sup>15</sup> OMS, Bureau Régional pour l'Europe et BZgA, *Standards pour l'éducation sexuelle en Europe. Un cadre de référence pour les décideurs politiques, les autorités compétentes en matière d'éducation et de santé et les spécialistes*, Version originale, Centre fédéral allemand pour l'éducation à la santé BZgA, Cologne 2010 ; Version française, Santé Sexuelle, Suisse, Lausanne, 2013.

<sup>16</sup> Les spécifications se retrouvent le plus souvent dans les approches pénales de la répression des violences sexuelles faites aux mineurs : art. 227-25 et suivant du Code pénal.

principalement réglementaire, en complément d'une législation éparse<sup>17</sup>. L'OMS n'entend pas préconiser une éducation à la sexualité, mais s'appuie sur le droit à l'éducation tiré de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, afin de justifier un droit à l'éducation sexuelle<sup>18</sup>.

C'est une forme de droit moral qui souscrit à une théorisation de genre, divisant artificiellement l'espèce humaine en catégories sexuelles<sup>19</sup> (I.). Une approche holistique de l'être humain engendrerait alors une scission selon l'appartenance naturelle de « genre »<sup>20</sup>, conduisant à une théorisation de la construction identitaire autour d'une éducation, normée dès lors quant à elle également, et orientée vers la production d'une altérité des individus « au particulier », contre toute singularité *ab initio*, dans le respect de toute universalité première<sup>21</sup> (II.).

I. Politique de santé publique et morale du discernement dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

C'est notamment dans le cadre de leurs politiques de santé publique que les Etats défenseurs des droits de l'enfant s'engagent à garantir ceux-ci<sup>22</sup>. Il s'agit d'une démarche morale, obéissant à une normativisation des comportements de discernement<sup>23</sup>, considérés comme opérant dans l'éducation sexuelle des plus jeunes nourrissons jusqu'aux adolescents (A.). La classification nécessaire à une telle démarche normative se subdivise en catégories d'âges, mais aussi et peut-être plus originalement à l'heure de « l'égalité des sexes », par appartenance de genre<sup>24</sup> (B.).

#### A. Normer la morale

---

<sup>17</sup> Voir notamment en ce sens: Circulaire 98-237 du 24 novembre 1998 *relative aux orientations pour l'éducation à la santé à l'école et au collège* ; Circulaire n°2003-027 du 17 février 2003 *relative à l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées*.

<sup>18</sup> Voir rapport OMS, *ibid*, pp. 10 s.

<sup>19</sup> Voir rapport OMS, *ibid*, p. 27 s.

<sup>20</sup> Voir à ce sujet J.-M. Trigeaud, *La personne et la théorie du genre ou le mélange des genres*, [www.acadarc.org.ar](http://www.acadarc.org.ar).

<sup>21</sup> Il faut comprendre une universalité relevant d'un droit premier, ayant pour outils d'applications un ensemble de droits premiers.

<sup>22</sup> Dans la perspective des recommandations de l'OMS pré citées.

<sup>23</sup> Il s'agit en réalité de la clé de voûte de l'ordre normatif proposé : c'est au regard de l'appréciation du discernement que les classifications se dessinent.

<sup>24</sup> Voir par exemple en ce sens A. Giami, B. Spencer, *Les objets techniques de la sexualité et l'organisation des rapports de genre dans l'activité sexuelle : contraceptifs oraux, préservatifs et traitement des troubles sexuels*, Revue d'épidémiologie et de santé publique, Vol. 52, Issue 4, sept. 2004, pp. 377-387.

Au cœur du thème se trouve avant tout une curieuse démarche morale, voir même moralisante. En voulant aborder un aspect particulièrement sensible de l'éducation des phases les plus jeunes de la vie de l'être humain, participant de sa construction identitaire<sup>25</sup>, mais plus encore personnelle, les politiques de santé publique semblent vouloir rompre avec la sécularisation des usages culturels<sup>26</sup>. Dès lors, c'est par le biais de politiques de santé publiques que la question de l'intérêt supérieur de l'enfant à connaître de son éducation à la sexualité se résout (1.), en obéissant à des classifications, ainsi qu'à de véritables objectifs de moyens, si ce n'est de résultats quant à la capacité de discernement dudit intérêt (2.).

### 1. Les étapes d'une politique de santé publique en matière de sexualité de l'enfant

C'est en suivant notamment la guidance des recommandations émanant de l'OMS<sup>27</sup> que le Ministère de l'éducation nationale ne cesse de réactualiser ses politiques en matière d'éducation à la sexualité<sup>28</sup>. Une seule circulaire ministérielle de 2003<sup>29</sup> donne à charge pour les établissements garants de l'enseignement et de l'instruction des élèves, d'assumer l'éducation à la sexualité, via des ateliers, des rencontres, des débats. C'est par le biais d'une forme de volontariat, adaptant *in situ* les directives ministérielles, qu'une politique de grande ampleur, ayant une indéniable dimension morale, se met en application. Ce sont donc les acteurs de l'éducation scolaires qui se retrouvent garant de trouver voir même d'être eux-mêmes les représentant de l'éducation à la sexualité<sup>30</sup>. En l'espèce, il est donc clair qu'outre les classifications faites, les objectifs à atteindre, fondés sur l'application volontaire en premier, obéissent tout de même à de grandes lignes directrices.

### 2. Les classifications et objectifs à l'aune du discernement

---

<sup>25</sup> Voir à ce sujet F. Vouillot, *Construction et affirmation de l'identité sexuée et sexuelle : éléments d'analyse de la division sexuée de l'orientation*, in *L'orientation scolaire et professionnelle*, 31/4 | 2002, 485-494.

<sup>26</sup> Voir en ce sens M. Gauchet, *Essai de psychologie contemporaine, I : Le nouvel âge de la personnalité* in *Le Débat*, n° 99, 1998 ; II : *L'inconscient en redéfinition*, n° 100, 1998.

<sup>27</sup> OMS, *ibid.*

<sup>28</sup> Sur la question par exemple de la contraception d'urgence en milieu éducatif, voir un Hors-série du Bulletin Officiel : BO, H-S n°1 du 6 janvier 2000, Protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements publics locaux d'enseignement (EPLÉ).

<sup>29</sup> Circulaire n°2003-027 du 17 février 2003 ; circulaire 2006-204 du 11 décembre 2006.

<sup>30</sup> L'ensemble des textes *sus* cités est expressément adressé aux rectrices et recteurs d'académie et à l'ensemble des acteurs du système éducatif, sanitaire et social.

C'est en suivant des classifications que les éducateurs à la sexualité sont invités à poursuivre le protocole politique<sup>31</sup>. En outre, les catégories dégagées par âge s'inscrivent dans une matrice thématique qui impose une approche uniforme du discernement requis<sup>32</sup>. A cet effet, si les modalités d'application sont bien entendu distinctes, les thématiques ne sont quant à elles pas propres à une catégorie d'âge, et ainsi se doivent d'être adaptées aux différents groupes d'âges. Selon les différences de dotation des établissements, la gestion des budgets, les connaissances des personnels, leur volonté, et la participation de tiers, recommandée également par les textes émanant de l'OMS<sup>33</sup>, et permettant une réelle économie d'échelle, les récipiendaires enfants et adolescent seront soumis à une réelle diversité des approches, sur fondement pourtant, *a priori*, d'un socle commun. Ici donc, c'est dans un échange que l'éducation se fera, mais le discernement de l'enfant est *a priori* déterminé comme suffisant pour recevoir les informations pré-déterminées à la catégorie à laquelle il appartient.

D'ailleurs, les plus récentes démarches relatives à la théorisation des individus par appartenance de genre semblent coïncider avec une théorisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, derrière la protection des droits de ceux-ci se dissimule sans aucun doute une approche utilitariste, usant de l'étendard « intérêt supérieur de l'enfant », comme moyen d'aboutir à un nivellement éducatif de nature morale.

## B. L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de la théorie du genre

L'intérêt supérieur de l'enfant est une expression relevant bien souvent d'une injonction générale. C'est au nom d'un principe général<sup>34</sup> que nombre des droits de l'enfant parviennent soit à être préservés, soit garantis, soit encore créés, ou tout au moins dégagés d'interprétations issues en réalité du corps même des droits de l'Homme<sup>35</sup>. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, qui est majoritairement au profit de la protection des droits fondamentaux de l'enfant, peut se révéler parfois être aux services d'intérêts plus politisés, dont le droit devient un outil qui a pour enjeu de garantir une forme d'alignement des

<sup>31</sup> Il existe en ce sens six groupes : 0-4 ; 4-6 ; 6-9 ; 9-12 ; 12-15 et 15 ans et plus voir rapport OMS *op. cit.*

<sup>32</sup> Les catégories thématiques *sus* visées sont : «Corps humain et développement», «Fertilité et reproduction», «Sexualité», «Emotions», «Relations et styles de vie», «Sexualité, santé et bien-être», «Sexualité et droits», «Déterminants sociaux et culturels de la sexualité».

<sup>33</sup> Voir OMS, *op. cit.*, pp. 28 s.

<sup>34</sup> A valeur en réalité universelle, au sens premier du terme.

<sup>35</sup> Les droits de l'enfant ne semblent en effet n'être rien de moins qu'une spécification des droits de l'homme ; voir en ce sens Y. Benhamou, *La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants- Regard critique*, Rev. trim. dr. h., 1996, pp. 23-34.

politiques publiques étatiques, sur fond d'une théorie génériciste<sup>36</sup> (1.). C'est le cas plus particulier de la théorie du genre, outil de morale éducative à destination de l'intérêt supérieur de l'enfant, et spécialement en matière d'éducation sexuelle (2.).

### 1. L'outil malléable de l'intérêt supérieur de l'enfant

A l'usage de l'enfant, lorsqu'il s'agit de la défense du droit à l'accès à ses origines<sup>37</sup>, du droit à connaître une vie familiale paisible<sup>38</sup>, de l'interdiction du travail<sup>39</sup>, de la protection contre les violences<sup>40</sup>, sexuelles en particulier<sup>41</sup>, l'intérêt supérieur de l'enfant a connu son heure de gloire.

Tourné avant tout vers l'enfance, dans ce qu'elle a de plus fragile, désormais, l'intérêt personnel de ceux qui sont en lien, de filiation, ou encore patrimonial avec l'enfant peut se révéler prévaloir, au nom et pour le compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ce qui a semblé transparaître dans les revendications ayant motivé l'égal accès à tous dans la jouissance du droit au mariage, lorsqu'il fut avancé l'argument selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant serait de résider dans l'égal accès à une vie familiale. En l'espèce, il n'est pas démontré que l'enfant a un intérêt majeur à partager sa vie dans tout modèle familial, quel qu'en soit le genre, mais bien de revendiquer l'égal accès à tous à pouvoir fonder une famille. L'épicentre de cette revendication ne réside donc pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant mais dans un droit satellitaire qui est celui du droit à la vie familiale<sup>42</sup>.

C'est en conscience des dérives liées à des formes de comportements d'abandon d'aspects répondant à un code éthique universel premier<sup>43</sup>, que les politiques gouvernementales répondent en arguant l'intérêt supérieur de l'enfant. Autrement dit, c'est en observant des risques accrus pour l'enfance que les politiques de santé publiques répondent par des législations et réglementations spécifiques. C'est le cas lorsqu'il s'agit de prévoir une

<sup>36</sup> Il s'agit d'une forme de démarche hégémonique : voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et hégémonie*, pp. 292 s.

<sup>37</sup> Voir art. 7 convention de New-York de 1989 ; art. 30 de la convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 ; CrEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/Royaume-Uni*.

<sup>38</sup> Voir notamment art. 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

<sup>39</sup> Voir notamment art. 32 de la Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

<sup>40</sup> Voir notamment art. 19 de la Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Notion elle-même quelque peu ambiguë, dégagée par la jurisprudence de la CEDH. Voir S. Kadem-Tomc, *Le droit du plus faible comme principe d'interprétation judiciaire en droit civil de la personne*, Thèse, Université de Bordeaux, 9 juillet 2014, pp. 532 s.

<sup>43</sup> Entendu au sens de « droits premiers » comme employés par le professeur Trigeaud.

politique de santé publique face aux risques liés aux comportements sexuels à risque<sup>44</sup>. C'est en réalité la banalisation de ceux-ci qui explique de telles réponses ; toutefois, c'est sur l'autel de l'intérêt supérieur de l'enfant que l'on argue pareilles réponses.

Le processus est considéré comme normal. Découvrir son genre, par l'expérience, sexuelle même est encadré dans l'espace éducatif, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, en préconisant de l'anticiper. Le sens même de la question du discernement n'est pas réellement débattu puisqu'il est présumé que l'enfant est à même de savoir, à partir du socle de connaissances proposé, de se déterminer dans ses comportements identitaires.

## 2. La théorie du genre, nouvel outil de morale sexuelle

La théorie du genre se fonde avant tout sur une vérité qui la dépasse, à savoir l'égalité des sexes<sup>46</sup>. En réalité, c'est dans l'altérité qu'une telle égalité se partage<sup>47</sup> ; mais en l'espèce, le fond semble quant à lui quelque peu travesti dès lors que l'égalité se résume horizontalement à une observation des droits de l'homme et de la femme à jouir des mêmes prérogatives selon une approche sociale et culturelle du genre.

Car d'égalité il ne demeure ici qu'une égalité distributive, par équivalence, et tout ce qui relève d'un genre doit être indistinctement transposable à l'autre. Ceci permet d'expliquer comment le droit à la vie familiale ne saurait être réservé à la rencontre de l'altérité sexuelle, mais aussi à celle de l'identité sexuelle puisque l'égalité horizontale doit permettre de protéger toutes les associations de genre. Il convient d'éduquer au respect d'un droit de l'homme : à considérer que le droit à la vie familiale est un droit fondamental de l'homme garanti par la CEDH<sup>48</sup>, par l'intercession de la CEDH, alors, la théorie du genre entre dans le pré carré des droits de l'homme<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Dont on sait qu'ils sont le plus souvent liés aux collèges dans nombres d'établissements, voire même accueillent des classes de collège en leurs bâtiments.

<sup>45</sup> Circulaire n° 2011-206 du 2 décembre 2011, *Politique éducative de santé dans les territoires académiques*.

<sup>46</sup> L'Institut du Genre est un Groupement d'Intérêt Scientifique dédié aux recherches françaises sur le genre et les sexualités, dirigé par A.-E. Berger, professeur de littérature.

<sup>47</sup> Dès 2007, la Commission juridique de la CNAFC entendait alerter sur les évolutions possibles dues à l'introduction dans les débats sociaux relatifs à la famille d'une véritable théorie du genre. Voir également J.-M. Trigeaud, *La personne et sa représentation, ou l'illégitimité de son double*, in Thèmes, Revue de la BPC, V/2011, 10 octobre 2011.

<sup>48</sup> Art. 8 de la CEDH telle qu'amendée par les protocoles 11 et 14, en vigueur au 1 juin 2010.

<sup>49</sup> Voir en ce sens CEDH, *Identité de genre, De l'affaire Rees à l'affaire Christine Goodwin*, Unité de la presse, juillet 2014.



C'est une raison majeure expliquant que cette approche soit une justification nouvelle à éduquer les mœurs, au nom d'une égalité considérée bafouée jusqu'alors<sup>50</sup>. Il est désormais préconisé d'enseigner que l'altérité se vit avant tout dans l'ordre social<sup>51</sup>, puisqu'il n'existe aucun pré déterminisme établi<sup>52</sup>.

Il s'agit d'une inversion puisqu'est avancé un argument isolant l'identité individuelle, pour lui permettre de se construire dans une approche purement génériciste de son existence, de l'un à l'autre, et non de l'un avec l'autre.

## II. Critique d'une *normativisation* de l'éducation morale

Droit et morale ne semblent pas réellement faire bon ménage dès lors que l'ordre des choses est perturbé<sup>53</sup>. Autrement dit, dès lors que le droit entend imposer un ordre moral, la normativisation qui s'en dégage se révèle dangereuse par le fait même d'imposer à tous une approche ne correspondant plus en rien à une culture commune, sur fond d'éthique universelle<sup>54</sup>. Certes, l'éducation ne saurait ignorer tous les aspects de la construction identitaire de l'individu, et les droits personnels se doivent d'être indéniablement associés à la protection des contours sexuels de l'identité des personnes. En ce sens, il est du rôle d'un modèle éducatif d'inculquer des valeurs à l'enfant afin de se construire des repères, lui permettant de se reconnaître en tant qu'être humain appartenant à une identité, et de construire son esprit critique au moyen de son discernement, quant à l'altérité naturelle à laquelle il appartient.

Pourtant, normer l'universel constitue un évident danger dès lors que des notions qui ne sauraient s'inscrire dans une approche strictement horizontale, mais bien plus onto-axiologique, se retrouvent résumées à un nivellement égalitaire axiologique strict (A.). Il en est ainsi de l'altérité, par le fait de la négation de la singularité, au bénéfice de particularismes de genre. De telles critiques invitent sans aucun doute à remonter aux principes premiers qui demeurent (B.).

---

<sup>50</sup> C'est en substance ce qu'entend reconnaître pour la première fois la CEDH ayant conclu à la violation de l'article 8 : CEDH, Grde ch., 11 juillet 2002 Ch. *Goodwin c/ Royaume-Uni*.

<sup>51</sup> Seule une véritable éducation sexuelle sociale et culturelle le permettrait. Voir en ce sens les garanties acquises par le biais de la jurisprudence de la CEDH sur différents postes assurant une large couverture dans la jouissance de droits inspirés par l'ordre moral et social : CEDH, *Orientation sexuelle*, Unité de la presse, juillet 2014.

<sup>52</sup> Voir OMS, *ibid*, *passim*.

<sup>53</sup> Sur la confusion entre un manque de droit et la nécessité d'en appeler à des références de nature morale, voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et hégémonie*, *ibid*, pp. 35 s.

<sup>54</sup> *Ibid*. Voir également S. Cotta, *Le droit dans l'existence*, Bière, Bordeaux, 1996, pp. 167 s.

## A. Normer l'universel ou le risque génériciste

Il y a là une contradiction évidente car l'universel est déjà une norme à lui seul<sup>55</sup>. Il ne saurait donc être possible de donner un autre gainage à un tout cohérent, dont la logique pré-existe à toute raison humaine<sup>56</sup>. La diffusion d'une morale éducative sur la sexualité ne saurait satisfaire toutes les personnes. En effet, donner des critères *a priori* se révèle être parfaitement attentatoire de la singularité de chacun (1.). L'altérité naturelle ne saurait, au nom même de la norme universelle être niée par une telle approche, puisqu'en réalité ce qui l'anime est bien le respect des libertés personnelles. Le droit se fait alors en ce sens le garant des droits de tous à jouir équitablement des droits de chacun (2.).

### 1. Dégager des critères au détriment de la singularité

Dès lors qu'il existe des critères, la notion même de singularité est mise à mal. L'incompatibilité de ces deux notions réside dans le fait que les critères sont essentiellement entendus axiologiquement, d'un point de vue du droit positif. Ce qui est singulier doit être entendu d'un point de vue onto-axiologique, considérant que n'est « entier » que celui qui est en quelque sorte aspiré par le Haut, mais aussi s'incarne dans l'espace qui l'entoure et lui ressemble.

Or, les critères se révèlent être nécessairement des *a priori*, au sens kantien, c'est-à-dire une approche limitative de ce qu'est le réel, au détriment d'un tout qui les dépasse<sup>57</sup>. Cette mise en *epochè* idéaliste<sup>58</sup> s'applique dès lors que des critères politiques font abstraction d'un tout bien plus égalitaire que prétendu.

Car en réalité, la singularité est une égalité dont la loi, dans la nécessité d'encadrer l'esprit des enfants, n'a pas à donner les limites. Toutefois, c'est dans la transgression de règles élémentaires d'une éthique universelle première, qu'il serait opportun de réactualiser ce

---

<sup>55</sup> Il s'agit d'un « universel singulier », singulier en ce sens qu'il n'a nul autre pareil. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bière, Bordeaux, 1995, pp. 391 s.

<sup>56</sup> Voir S. Cotta, *ibid.*, pp. 139 s. sur la fonction du droit, comme vecteur d'une « moralité ».

<sup>57</sup> Il s'agit d'un point central de la théorie philosophique critique d'une approche phénoménologique et idéaliste développée par le professeur Trigeaud : J.-M. Trigeaud, *Nature, personne, et droits premiers selon l'ordre des pensées*, Thèmes, BPC, II/2005, avril 2005.

<sup>58</sup> Il est fait référence ici à l'époque heideggerienne : voir à cet effet notamment le concept de « l'oubli de l'être » chez E. Ganty, *Penser la modernité : essai sur Heidegger, Habermas et Eric Weil*, PUN, Namur, Belgique, 1997, p. 371.

que l'on doit entendre par altérité, sans nier que celle-ci peut se révéler être socialement également<sup>59</sup>, au détriment de son essence naturelle.

## 2. Abstractions de genre au détriment de l'altérité

L'altérité peut être entendue sous deux acceptions en l'espèce : l'une positive et idéaliste, considérant la relation de personne au regard de critères sociaux et politiques. L'autre objective et éthique, confondue à un tout indissociable de la dimension universelle de l'être, dans son dépôt existentiel, et ne regardant donc la relation de l'un à l'autre qu'en fonction de critères métaphysiques et éthiques. L'une et l'autre acception doivent se compléter dans une approche réaliste ayant pour premier objectif de garantir les droits de l'homme, et les libertés individuelles.

Une approche de l'éducation à la sexualité se focalisant avant tout sur des critères purement génériques, comme prenant pour base de réflexion des éléments axiologiques tirés d'une interprétation du réel à travers la lunette théorique de la théorie du genre, ne saurait envisager que partiellement et partialement l'altérité commandant le réel de l'existant de l'enfant. Toute règle de droit, sans un pré établi de nature philosophique se retrouve en quelque sorte vide de sens et de valeur, et enjoint ainsi même à des contradictions<sup>60</sup>. Il s'agit de retenir pour exemple qu'avec la plus récente réforme pénale, l'enfant sous un certain seuil ne saurait être tenu pour justiciable au titre de sa responsabilité pénale<sup>61</sup>, eu égard l'absence de discernement retenu par le législateur<sup>62</sup>, quand dans un autre sens, au regard de critères psychologiques, son discernement est considéré comme suffisant pour laisser place à une mesure éducative, à la sexualité par exemple. D'aucuns diront que les champs de connaissance ne sont pas les mêmes. Toutefois, d'une part c'est bien cette parcellisation de l'être qui est visée par la présente critique, et d'autre part, il est évident que ces deux parcelles de la psychologie infantine peuvent parfaitement se retrouver dès lors qu'une violence qualifiable pénalement pourra avoir pour fait générateur un comportement à caractère sexuel déviant.

Une approche tronquant le réel, et ne retenant pour réel que la partie aux dépens du tout, ne peut espérer servir les intérêts de l'enfance à long terme.

---

<sup>59</sup> L'ordre onto-axiologique signifie que sans application pratique, normée, toute essence ne reste que pure spéculation. Voir en ce sens S. Cotta, *op. cit.*, *ibid*, *passim*.

<sup>60</sup> Voir S. Cotta, *op. cit.*, *ibid*, pp. 103 s.

<sup>61</sup> Art. 122-8 du Code pénal.

<sup>62</sup> Voir V. Malabat, *Responsabilité et irresponsabilité pénale*, in Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 26, Dossier : *La Constitution et le droit pénal*, août 2009.

## B. Du général au particulier d'une morale du discernement biaisée

En partant d'une norme la plus générale qui soit pour aller vers l'ordre particulier des spécificités individuelles, une démarche holistique semble pouvoir être limitée dans ses effets les plus critiquables<sup>63</sup>, par classifications abusives des produits de l'être<sup>64</sup> (1.). En réponse devient-il possible de rendre effectif un apprentissage d'un réel universellement commun, en adéquation à une moralité du discernement, prenant sa source au fondement d'une éthique première (2.).

### 1. Une approche holistique au risque d'un nivellement par le bas.

Le holisme est une théorie considérant l'objet comme constitutif d'un tout<sup>65</sup>. Appliqué en matière de psychologie infantine, une telle démarche théorique comporte un risque évident de limiter ce qui est, réellement, à une vision partielle de l'enfance<sup>66</sup>. Afin de comprendre un état d'être, il ne saurait être fait une addition de différents états d'être considérés les uns et les autres comme des tout indépendant les uns des autres<sup>67</sup>, et que seule une relation d'altérité pourrait réunir<sup>68</sup>.

Contrairement à ce qui pourrait être observé chez deux enfants de même âge, le niveau de développement plus souvent visé comme maturité, est dans une approche holistique considéré comme identique. A cet effet, l'éducation à la sexualité qui résultera d'une telle démarche devra réviser ses conceptions pour recevoir *in concreto* les particularismes de l'individualité, faute de quoi pourrait apparaître un risque de constituer une atteinte à l'intégrité de l'enfant, quand le but prétendu en était *a priori* la préservation de son intérêt supérieur.

---

<sup>63</sup> Voir en ce sens P. Dubouchet, *Droit et philosophie : une critique des sciences humaines*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 233 s. Voir en ce sens sur la tradition thomiste, M. Duvauchel, *L'esthétique oubliée de Jacques Maritain : un chemin de poésie et de raison*, Publibook éd., Sciences humaines et sociales, Philosophie, Paris, 2009, pp. 25 s.

<sup>64</sup> Démarche idéaliste phénoménologique.

<sup>65</sup> Indistinctement selon la matière d'application.

<sup>66</sup> Considérer que tous les enfants de quatre ans ont le même degré de connaissances pratiques, et de discernement.

<sup>67</sup> Démarche phénoménologique.

<sup>68</sup> Voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, *passim*.

Car il est logique que lorsqu'une approche globalisante tente de rendre effet d'un réel partiellement considéré, elle ne le fasse que par érosion des « sommets »<sup>69</sup>, rendant spécifique une individualité. Il ne s'agit plus en aucun cas de garantir un droit personnel en l'espèce, mais bien plus un droit collectif, réducteur quant à la liberté de s'interroger. L'éloignement d'une morale prenant sa source aux fondements d'une éthique première renforce donc une solution idéaliste quant à la capacité de discernement. Or il n'existe pas de définition dogmatique et pré-constituée de la notion de discernement<sup>70</sup>. C'est la raison pour laquelle elle peut être opposée comme fondement dès lors qu'il s'agit d'en faire un outil de réception d'informations jugées *a priori* bénéfiques. C'est parce que les objets de l'éducation à la sexualité sont jugés comme bons, que le discernement qui en est présumé l'est également en ce sens. Toutefois, il apparaît une inversion des modalités d'interprétation puisque ce qui est le plus général, une morale populaire et d'opinion<sup>71</sup>, impose un carcan plus sévère que ce qui est singulier et relevant de la connaissance<sup>72</sup>, ce qui n'entre que dans le champ singulier de la qualité de l'éveil à soi.

## 2. Retour aux approches de l'universel singulier: la morale au service de l'éthique première du discernement

En considérant une démarche onto-axiologique, le holisme politique d'une éducation à la sexualité doit trouver ses fondements dans l'aire de l'universel singulier.

Autrement dit c'est en relevant de l'universel le plus irréductible que la singularité de l'enfant semble pouvoir être respectée. C'est de cette singularité là que le discernement le plus irréductible et personnel peut voir le jour, en correspondant à une norme générale, dénuée de généricisme, puisqu'il s'incarne spécifiquement en chacun. La liberté semble demeurer ici encore le maître mot, tant en réalité l'ensemble des acteurs visés devraient pouvoir envisager la participation mesurée des enfants. Passé les aspects purement biologiques relatifs à la reproduction des êtres humains, il ne saurait être généralisé d'enseignement sur les aspects

---

<sup>69</sup> Il faut comprendre des spécificités de chacun, indécélables le plus souvent, et au demeurant impossibles à répertorier dans leur intégralité par le truchement de grilles de lecture.

<sup>70</sup> En droit, le discernement est une notion à géométrie variable. Ainsi peut-on être considéré comme majeur sexuellement quand on ne l'est pas civilement, ou encore capable de discernement dans une éducation sexuelle quand on ne l'est pas encore pénalement.

<sup>71</sup> Il s'agit de la *doxa* platonicienne, mère de tous les maux en particulier en démocratie : voir en ce sens R. Gélibert, *Philosophie de la croyance*, Bière, Bordeaux, 2012, pp. 121 s. ; voir encore Platon, *Phédon*, Œuvres complètes, t. V, 2<sup>ème</sup> partie, trad. Léon Robin, Les Belles Lettres, Paris, 1957.

<sup>72</sup> Ce qui sort de l'opinion étant jugé faux *a priori*, a contrario de la théorie platonicienne de la *doxa* : voir en ce sens Y. Lafrance, *La théorie platonicienne de la doxa*, Ed. Bellarmin, Paris, 1981, pp. 19 s.

plus « sentimentaux » ou encore psychologiques, la liberté d'interroger semblant plus adaptée au respect du discernement de l'enfant, nourrissant sa propre curiosité. Le discernement entendu au sens réaliste ne saurait être un ordre commun général, dont la mesure pratique serait *a priori* dessinée, mais un ordre universel personnalisable, dont la mesure pratique se révélerait par l'écoute des attentes de l'enfant.

Il sera certes opposé qu'en pratique il parait peu probable de parvenir à accorder tant d'attention singulièrement. Cependant, le risque d'opérer des basculements psychiques majeurs<sup>73</sup> devrait conduire à la plus grande prudence, et surtout à la plus grande retenue quant à toute démarche systématisante tel un programme scolaire. Si ce dernier peut résister en quelque sorte aux objections idéologiques, et l'esprit critique s'armer contre toute dérive de cette nature, en matière d'éducation à la sexualité, les dommages paraissent bien plus irréparables.

\* Docteur, Centre de philosophie du droit, Université de Bordeaux

---

© THÈMES revue de la B.P.C. mise en ligne le 12 octobre 2014

---

<sup>73</sup> Nombres d'études psychanalytiques indiquent que l'enfance est une phase déterminante quant à la construction identitaire et qu'en ce sens une éducation systémique peut constituer un danger impliquant des disjonctions entre un modèle et la singularité individuelle de chacun ; voir en ce sens notamment R. Coutanceau, J. Smith, S. Lemitre, *Trauma et résilience : victimes et auteurs*, Dunod, Paris, 2012, pp. 160 s. sur les approches de la psychologie analytique de Carl Gustav Jung.