

**LA CIRCONCISION RITUELLE EN EUROPE :
VERS UNE TENSION ENTRE LA LIBERTÉ
DE RELIGION DES PARENTS ET L'INTÉGRITÉ
PHYSIQUE DE L'ENFANT ?**

Xavier DELGRANGE

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État de Belgique

Chargé d'enseignement

Université Saint-Louis – Bruxelles, Université libre de Bruxelles

Hélène LEROUXEL

Juriste au Conseil d'État de Belgique

Chargée d'enseignement

Université Saint-Louis – Bruxelles¹

La circoncision se pratique pour des raisons médicale, hygiénique, esthétique ou rituelle². Seule la circoncision rituelle sera ici envisagée³. Qui observe ce rite ? Que traduit-il, l'expression d'une croyance religieuse ou la simple observation d'une tradition⁴ ? Chez les juifs, il s'agit sans conteste d'une obligation religieuse et d'ailleurs le rite fondateur de loin le plus observé. La

¹ Ce texte a bénéficié des débats enflammés durant et autour du colloque. Nos remerciements vont plus particulièrement à Louis-Léon Christians et Vincente Fortier qui ont en outre eu la délicatesse de nous communiquer leurs écrits auxquels nous nous référons dans les pages qui suivent. Nos remerciements vont aussi à M^{me} Irene Briones pour son éclairage sur l'état du droit espagnol.

² Sur les différentes justifications de circoncision, voy. M. CHEBEL, *Histoire de la circoncision des origines à nos jours*, Paris, Balland, 1992.

³ Étymologiquement, le terme « circoncision » veut dire « couper autour ». Il ne désigne pas spécifiquement l'ablation du prépuce et peut donc tout autant désigner d'autres atteintes portées à l'intégrité physique comme la mutilation des organes génitaux féminins. De la même manière, l'« excision », qui est l'ablation au moyen d'un instrument tranchant d'un fragment peu volumineux d'organe ou de tissu, pourrait viser la circoncision masculine. Par souci de clarté, il convient dès l'introduction de cet exposé de préciser que nous désignerons, dans l'ensemble de notre contribution, par circoncision l'ablation du prépuce et par excision l'ensemble des mutilations génitales féminines.

⁴ I. RIASSETTO, « Circoncision – droit français », in F. MESSNER (dir), *Dictionnaire de droit des religions*, Paris, CNRS, 2010, pp. 143-145.

circumcision se pratique lors d'une cérémonie religieuse, la *Brit milah*, au 8^e jour de l'enfant. Elle est l'apanage du *mohel*, qui n'est pas nécessairement médecin, la qualité religieuse primant sur l'appartenance au corps médical. Elle ne se fait donc pas nécessairement dans les règles de l'art de guérir⁵. Absente du Coran, la circoncision ne figure pas parmi les conditions premières d'islamité, son caractère obligatoire ne fait pas l'unanimité et ses interprétations sociales divergent. En pratique, elle est néanmoins bien enracinée⁶. Concrètement, si aucun moment précis ni cérémonial n'est imposé, le jeune garçon est généralement circoncis avant la puberté et de plus en plus souvent en milieu hospitalier⁷.

Foin d'exégèse théologique, cependant. Le constat sociologique d'une conviction partagée par un nombre significatif de personnes suffit pour que, d'un point de vue juridique, ce comportement soit qualifié de rite et bénéficie, à ce titre, de la liberté religieuse garantie par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸. La Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé à propos du port du voile islamique ou de la burqa⁹. Pareille assertion doit valoir pour la circoncision rituelle. Ainsi, les juridictions anglaises considèrent-elles que le droit du père de faire circoncire son enfant se déduit directement de l'article 9.1. de la Convention EDH, selon lequel « ce droit implique ... la liberté de manifester sa religion ... par ... l'accomplissement des rites ». En revanche, conformément à l'article 9.2., selon lequel « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique que pour autant que cette ingérence est prévue par la

⁵ Pour une analyse contemporaine de l'importance de la circoncision dans la religion juive, voy. D. MEYER, « Lorsque l'éthique de l'occident interroge le judaïsme : perspectives rabbiniques sur la question de la circoncision en Europe », in R. BURNET et D. LUCIANI (dir.), *La circoncision aujourd'hui*, Paris, éd. Feuilles, 2014, pp. 15-34.

⁶ A. BELHAJ, « Le pur et l'impur : la circoncision en islam », in R. BURNET et D. LUCIANI, *La circoncision aujourd'hui*, op. cit., pp. 35 à 43.

⁷ Notre étude porte exclusivement sur la circoncision rituelle pratiquée chez les juifs et les musulmans. D'une part, ces deux religions font de la circoncision un rite ou du moins une pratique généralisée indépendamment des différents courants religieux qui les composent. D'autre part, ces deux religions sont suffisamment représentées et organisées en Europe pour que nous disposions d'une documentation exploitable. D'autres traditions, cultes, cultures ou religions la pratiquent, notamment certains évangélistes et beaucoup d'animistes. Néanmoins, le caractère rituel, conventionnel et systématique ne l'accompagne pas nécessairement.

⁸ Ci-après Convention EDH.

⁹ Voy. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 540 et s. ; X. DELGRANGE, « Quand la burqa passe à l'ouest, la Belgique perd-elle le nord ? », in D. KOUSSENS et O. ROY (dir.), *Quand la burqa passe à l'ouest, enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, pp. 199 et s.

loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire... à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits d'autrui », des restrictions peuvent être apportées afin de garantir les droits de la mère et surtout de l'enfant¹⁰. Dès lors, sa réglementation – une interdiction ou l'imposition de conditions sanitaires, notamment – s'analyse comme une restriction à la liberté et doit donc satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité, qui requiert notamment que les moyens utilisés pour atteindre l'objectif poursuivi soient les moins attentatoires possible aux droits faisant l'objet de la restriction¹¹.

Qu'est-ce que la circoncision ? Techniquement, c'est à n'en pas douter une mutilation : « l'ablation définitive d'un élément corporel, fût-il d'une utilité dérisoire, peut difficilement recevoir une autre qualification. Ce qui caractérise la mutilation, c'est l'atteinte corporelle irréversible, dans la mesure où ce qui est enlevé est insusceptible de régénération »¹². Qu'est-ce que la circoncision rituelle ? La marque d'une identité, celle de l'appartenance à une communauté, mais aussi celle d'une particularité distinctive au sein de la société. Comment le droit l'appréhende-t-il ? La considère-t-il dans toute sa complexité ? La connaît-il seulement ?

Jusqu'il y a peu, la circoncision rituelle était parvenue à se faire oublier du droit (I). La décision d'un tribunal allemand l'a propulsée en pleine lumière. Le droit ne peut désormais plus l'ignorer. Mais comment doit-il la traiter (II) ?

¹⁰ Décision d'un tribunal, Re « J » (child's religious upbringing and circumcision) [1999] 2 FCR 34, disponible au www.cirp.org/library/legal/Re_J/, confirmée par la Cour d'appel, Re J. 20001 I FCR 307. Voy. P. W. EDGE, « Male circumcision after the Human Rights Act 1998 », *Journal of Civil Liberties*, vol. 5, issue 3 (2000), pp. 320 à 337 ; M. SWATEK-EVENSTEIN « Limits of Enlightenment and the Law – On the Legality of Ritual Male Circumcision in Europe Today », *Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, vol. 29, n° 77, p. 47, disponible sur www.merkourios.org.

¹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 2001, pp. 224 à 423.

¹² R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, pp. 2044 et s. Voy. déjà en ce sens V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2008, n° 38, p. 399.

SECTION 1. – LA CIRCONCISION, UN RITUEL HORS LA LOI

La circoncision rituelle est hors la loi¹³. Dans un premier temps et un premier sens, l'on pourrait en effet considérer qu'elle est pénalement répréhensible (A). À la réflexion, dans un second temps et un second sens, elle apparaît « alégale ». En effet, c'est une pratique admise, parfois encadrée mais pour autant jamais pénalement appréhendée (B).

A. *La circoncision, une mutilation pénalement répréhensible ?*

Selon les principes cardinaux du droit pénal, communs notamment à tous les États membres du Conseil de l'Europe, il n'y a de crime et de peine qui ne soient prévus par une loi, laquelle doit en plus être claire et précise¹⁴. Les différentes législations pénales européennes protègent les personnes de manière générale, et plus particulièrement leur droit à la vie et à l'intégrité physique. Mutilation, la circoncision tombe en principe sous le coup des dispositions pénales réprimant l'atteinte à l'intégrité physique des personnes¹⁵, sauf bien évidemment lorsqu'elle bénéficie d'une dérogation, comme en Suède et en Allemagne¹⁶. La qualification possible est néanmoins « confrontée à des textes pénaux dont les formules précises varient d'État à État et offrent dès lors des cadres interprétatifs souvent différents »¹⁷. À titre d'illustration, la France réprime les violences ayant entraîné une mutilation d'une peine pouvant aller jusqu'à dix ans de prison¹⁸. Quant

¹³ V. FORTIER, « Circoncision/Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in V. FORTIER et F. VIALLA, *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2013, p. 236 ; du même auteur, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *Revue Droit & Santé*, n° spécial (50), 2013, p. 186.

¹⁴ Art. 7 de la Convention EDH.

¹⁵ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 33, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2014-1-page-23.htm>

¹⁶ Voy. ci-après, n° 11.

¹⁷ L.-L. CHRISTIANS, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », in R. BURNET et D. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 72 et 73.

¹⁸ Art. 222-9 C. pén. fr. En punissant les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente notamment de dix ans d'emprisonnement, la législation française pourrait considérer que la circoncision est un crime, passible comme tel de la Cour d'assises. Sur le fait que la circoncision rentre dans cette qualification ; R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, p. 16 et plus particulièrement la note n° 33, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2014-1-page-9.htm>

à l'Espagne, elle ne peut voir dans la circoncision qu'une lésion punie tout au plus de trois ans d'emprisonnement¹⁹. En Belgique, fort différemment, si la circoncision peut être qualifiée de coups et blessures volontaires²⁰ encourageant notamment un emprisonnement de six mois, il ne semble pas possible qu'elle puisse être considérée comme une mutilation laquelle, pour être condamnée pénalement, doit être « grave »²¹. Au demeurant, ces différentes législations ne permettent pas d'exclure avec certitude la circoncision du champ de la répression pénale sauf à rejoindre le débat qui a eu lieu à propos de l'opportunité d'incriminer spécifiquement l'excision : un traitement différencié par rapport aux autres atteintes à l'intégrité corporelle en ferait un nouveau « délit culturel »²².

Des circonstances aggravantes peuvent surgir, notamment lorsque des complications s'ensuivent, une infection, une hémorragie, une nécrose, voire un décès. La qualification en tiendra compte et la peine s'en trouvera alourdie. Par ailleurs, la circonstance que la personne qui subit la circoncision, alors « victime » au regard du droit pénal, soit mineure d'âge est toujours de nature à aggraver la peine encourue.

Il est toutefois des cas où une mutilation est autorisée, voire requise. Un chirurgien ne risque pas une condamnation à chaque coup de bistouri. Son intervention doit cependant répondre à deux conditions : poursuivre un but thérapeutique ou une nécessité médicale²³, d'une part ; avoir été acceptée par l'intéressé, d'autre part. Le Code civil français s'est ainsi doté, au sein d'un chapitre relatif au respect du corps humain²⁴, d'un article 16-3 selon lequel « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en

¹⁹ Art. 147 C. pén. esp. L'article 149 du Code pénal espagnol incrimine bien « la perte ou l'inutilité d'un organe » en lui attachant une peine de 6 à 12 ans. Mais pour l'appliquer à la circoncision, encore faudrait-il qualifier le prépuce d'organe, ce que nulle doctrine d'aucune discipline ne fait.

²⁰ Art. 398 C. pén. b.

²¹ Art. 400 C. pén. b. Il résulte en effet tant des travaux préparatoires du Code pénal, que de la doctrine et de la jurisprudence, que l'exigence du caractère grave de la mutilation a pour effet notamment de ne pas considérer comme une mutilation grave la perte d'une phalange ou d'un doigt. La perte du prépuce pourrait donc difficilement être qualifiée de grave. Voy. sur ce point not., H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER (dir.), Ouvrage à préciser car jamais cité avant, *op. cit.*, p. 304.

²² Voy. not. sur cette question, M.-C. FOBLETS, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et culture*, n° 35, 1998/1, pp. 211 et 212 ; C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *op. cit.*, p. 26.

²³ Les termes peuvent varier d'un état à l'autre.

²⁴ Il s'agit du chapitre II du Titre I^{er} du Livre I^{er} du Code civil français.

cas de nécessité médicale pour la personne [...]. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »²⁵. Une fois revêtu de ces deux qualités, l'acte médical doit encore respecter les règles de l'art, à savoir être pratiquée dans les meilleures conditions sanitaires.

La notion d'acte médical est questionnée par le respect toujours plus grand que l'on accorde à notre corps mais aussi, et cela peut paraître paradoxal, par notre soif toujours plus grande d'en corriger les défauts et de le maîtriser y compris jusque dans la mort. Des législations ont été prises un peu partout pour encadrer le rôle du médecin, qui n'est plus à strictement parler thérapeute lorsqu'il intervient dans l'accompagnement de la fin de vie, la chirurgie esthétique, le don d'organes... Ces aménagements passent, non sans tâtonnements, par la redéfinition de l'acte médical. À titre d'exemple, la récente loi belge du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique, étend la notion d'acte médical, à « tout acte technique médical, comportant un passage à travers la peau ou les muqueuses, et visant principalement à modifier l'apparence corporelle du patient à des fins esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur »²⁶. D'abord très large, son champ d'application a été restreint par une nouvelle disposition introduite l'année suivante venant à la rescousse des bijoutiers, tatoueurs et autres épilateurs :

Sont seuls habilités à poser des actes relevant de la chirurgie esthétique ou de la médecine esthétique non chirurgicale les professionnels visés dans la présente loi et dans la seule mesure de l'habilitation fixée dans la présente loi. Ne tombent pas sous l'application de la présente loi les tatouages, les piercings et les techniques d'épilation²⁷.

Formellement, la circoncision rituelle n'est pas un acte médical, ni au sens traditionnel du terme, puisqu'elle ne poursuit pas de but thérapeutique, ni dans sa nouvelle acception, puisqu'elle n'a

²⁵ Voy. R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 2045 ; V. FORTIER, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, pp. 180 et 181.

²⁶ Cette définition est déduite du nouvel alinéa figurant à l'article 2 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, qui incrimine l'exercice illégal de la médecine, tel que modifié par la loi du 23 mai 2013.

²⁷ Art. 2, § 2, A.R. n° 78, inséré par la loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de santé.

pas de motivation esthétique²⁸. Elle n'est donc pas visée par la législation relative à l'acte de guérir. En revanche, la circoncision médicalement justifiée et la circoncision justifiée par des visées esthétiques tombent sous l'empire de cette législation. Il s'agit pourtant du même acte technique. Seule leur raison d'être diffère. Expliquer pour quelles raisons le législateur s'est préoccupé du sort des tatoueurs et autres épileuses et a continué d'ignorer celui des circonciseurs rituels est malaisé. La circoncision rituelle ne bénéficie pas de la dérogation qu'apporte cette loi de 2014 à l'interdiction pénale d'attenter à l'intégrité physique.

B. La circoncision, une pratique admise et parfois réglementée

Mutilation ne bénéficiant d'aucune dérogation à l'interdit pénal, acte objectivement médical souvent pratiqué par un non-médecin, la circoncision présente tous les éléments constitutifs de l'infraction. Cette pratique ne doit toutefois pas se dissimuler dans la clandestinité pour être tolérée et le corps médical y prête généralement volontiers son concours²⁹.

Le Conseil d'État de France, dans son rapport de 2004 sur « un siècle de laïcité », la qualifie de « pratique religieuse admise »³⁰.

Faut-il alors y voir une coutume *contra legem*, figure juridique paradoxale³¹ qui devient difficilement imaginable lorsqu'elle est confrontée au droit pénal³² ? Flotte-t-elle plutôt dans un

²⁸ Voy. R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 2045.

²⁹ Voy. C. CHOAIN, note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, pp. 226-229.

³⁰ Conseil d'État, *Rapport public 2004, Un siècle de laïcité*, Paris, La documentation française, 2004, pp. 331 et 332, disponible sur www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000121/0000.pdf.

³¹ D'autres coutumes ont pu être qualifiées de *contra legem*, la corrida, le combat de coq, la correction manuelle des enfants. Voy. sur ce point, C. CHOAIN, Note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 228. L'auteur note leur caractère « bien anodin en regard de l'excision et de la circoncision ». *Adde* C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *op. cit.*, p. 30.

³² Voy. à cet égard X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice », in I. RORIVE et E. BRIBOSIA (dir.), *L'Accommodement raisonnable de la religion en Belgique et au Canada. Comparaison des contextes juridiques, sociaux et politiques*, actes de la conférence internationale tenue à l'ULB les 26-27 avril 2011, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, n° 20 ; V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *op. cit.*, p. 399 ; M. BENILLOUCHE, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution... », *RDLF*, 2014, chron. n° 6, www.revuedlf.com ; C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *op. cit.*, p. 33.

« entre-deux non juridique que l'on nomme la tolérance »³³ ? « L'idée de ce rituel ancestral mis en œuvre par des peuplades intégrées 'ne choque pas les valeurs protégées par le droit pénal'. C'est donc l'idée que la circoncision est pratiquée sur nos continents depuis des temps immémoriaux qui justifierait cette tolérance »³⁴. Une décision française de 1900 qualifiait déjà la circoncision rituelle de « louable tolérance »³⁵, d'autres y voyant une tolérance « d'ordre coutumier »³⁶.

Pour échapper à cet insoluble exercice de qualification³⁷, il suffit de constater que les autorités publiques de toutes sortes étaient convaincues que la loi pénale ne s'appliquait pas à la circoncision.

Ainsi, lorsqu'en 1998, le législateur belge entend incriminer spécifiquement l'excision, le Conseil d'État attire son attention sur le fait que les mots retenus, « mutilation des organes génitaux », « risquent de donner lieu à des interprétations fort divergentes. Ceux qui défendent de telles pratiques, au nom de la religion notamment, n'y voient pas une mutilation. Pour d'autres, de telles pratiques ne sont que des atteintes à l'intégrité sexuelle des femmes »³⁸. Le texte est alors précisé de manière à ne pas viser la circoncision³⁹.

³³ Sur la fragilité d'un tel fondement, voy. V. FORTIER, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, pp. 184 et 185.

³⁴ E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén.*, 2003/4, p. 483 ; L.-L. CHRISTIANS, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », *op. cit.*, pp. 79 et 80.

³⁵ Bordeaux, 6 février 1900, *D.*, 1900.2.470, cité par C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *op. cit.*, p. 33. Sur l'emploi de l'expression « louable tolérance » par la doctrine, voy. C. DUVERT, note sous CA Paris (1^{re} Ch), 29 septembre 2000, *D.*, 2001, pp. 1585 à 1587. Plus généralement, pour la France, voy. not. I. DE GAULMYN, « Le délicat débat juridique sur la circoncision en Europe », *La Croix*, 8 août 2012, disponible sur http://www.la-croix.com/Religion/Actualite/Le-delicat-debat-juridique-sur-la-circoncision-en-Europe_NG_-2012-08-08-840483

³⁶ Voy. C. CHOAIN, note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 227. L'auteur note que c'est ce qui distinguerait la circoncision de l'excision.

³⁷ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse de doctorat, 1993, pp. 118 à 121, disponible sur www.lexeeek.com.

³⁸ Avis n° 27.996/2 du 22 octobre 1998 sur un avant-projet devenu la du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 1907/1, p. 71.

³⁹ Les travaux préparatoires précisent en effet : « Par mutilation, il y a lieu d'entendre l'ablation partielle ou totale d'un organe. Sont visées en particulier les pratiques de l'excision ou de l'infibulation. [...] Ne sont visés que les actes qui touchent aux organes génitaux des personnes de sexe féminin ; ce sont en effet ces cas qui justifient une réaction du législateur, par l'effet qu'ils ont sur le développement psychique et la santé des personnes qui en sont victimes », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 1907/1, pp. 15 à 16. Ainsi, l'article 409, § 1^{er}, du Code pénal belge dispose-t-il : « Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute

Puisque le législateur pénal n'a jamais entendu la réprimer, la circoncision rituelle ne doit-elle pas être vue comme une simple coutume, non comme une coutume *contra legem* ? En ce sens, en Belgique, la cour d'appel de Liège a considéré au début des années 1980 que la « circoncision ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge, même si, en dehors de certains États, elle ne repose que sur une tradition religieuse ou une coutume culturelle »⁴⁰. D'autres y voient une illustration de la théorie allemande de l'« adéquation sociale » en vertu de laquelle certains comportements, quoique remplissant les conditions de fait de la loi pénale, sont acceptés socialement parce qu'ils sont généralement approuvés, socialement habituels et s'ancrent dans l'histoire...⁴¹ À moins qu'il ne s'agisse tout simplement d'un choix de ne pas poursuivre dans le cadre d'une politique criminelle, comme cela s'est pratiqué en matière d'avortement, préalablement à sa législation⁴².

Néanmoins, à mesure que le législateur est amené à préciser la notion de soins médicaux, notamment en encadrant la chirurgie esthétique, son silence à l'égard de la circoncision est de moins en moins justifiable. Ne pouvant plus échapper à la définition technique de l'acte médical, la circoncision peut de plus en plus difficilement être regardée comme un rite *alégal* et se mue petit à petit en coutume *contra legem*.

Pourtant, laissant de côté le catalogue des infractions pénales, la circoncision rituelle est connue du droit. Si elle pénètre les prétoires, sa validité n'est pas contestée en son principe. En effet, seules des questions connexes, essentiellement relatives à des contestations en matière d'autorité parentale ou de responsabilité lorsque des complications médicales surgissent sont soumises au juge⁴³. Comme le relève Vincente Fortier, « par l'effet de sa judiciarisation, la circoncision rituelle entre dans le champ du droit. En posant les conditions de sa réalisation, le juge civil signifie

forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans. [...] ». D'autres législations ont incriminé l'excision mais n'ont pas nécessairement veillé à la même précision. C'est notamment le cas de l'article 149, § 2, du Code pénal espagnol qui incrimine toute « mutilation génitale » et donc peut laisser place à une plus grande interprétation.

⁴⁰ Liège (ch. Jeune), 9 avril 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 331.

⁴¹ Pour une vision plus détaillée de cette théorie appliquée à la circoncision, voy. V. FORTIER, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, p. 185 et 186.

⁴² C. CHOAIN, Note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 228.

⁴³ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *op. cit.*, p. 32.

par là même dans quelles conditions elle peut valablement être effectuée »⁴⁴. N'envisageant que les complications médicales que la circoncision rituelle peut occasionner sans interroger son principe, le juge se cantonne dans une simple analyse de responsabilité⁴⁵. En revanche, le contentieux civil lié à l'exercice de l'autorité parentale traite de la place du rite dans l'éducation d'un enfant. Longtemps considérée comme un acte usuel permettant aux tiers de bonne foi de présumer l'accord de l'autre parent, la circoncision devient désormais, à la faveur de l'avènement de l'enfant en tant que sujet de droit à part entière, un acte suffisamment grave pour que le juge civil exige l'accord exprès des deux parents⁴⁶.

Outre-manche, la Grande-Bretagne organise la circoncision rituelle de longue date. Depuis 250 ans, tout *mohel*⁴⁷ est en effet formé puis enregistré auprès de l'Initiation Society et assuré auprès d'une assurance médicale indépendante ou de l'Initiation society elle-même⁴⁸.

Sur le continent, au XIX^e siècle, concomitamment à l'érection des Codes pénaux incriminant les coups et blessures et autres atteintes à l'intégrité physique, des règlements étaient adoptés

⁴⁴ V. FORTIER, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, p. 191.

⁴⁵ Voy. C. CHOAIN, Note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 227. Pour un cas de responsabilité professionnelle d'un médecin stomatologue et *mohel*, CA Paris (1^{re} ch.), 12 février 1992, *D.* 1993, p. 27, Obs. J. PENNEAU ; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 6 décembre 1994, *D.*, 1995, p. 38.

⁴⁶ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, pp. 226-229, note C. CHOAIN ; CA Paris (1^{re} ch), 29 septembre 2000, *D.*, 2001, pp. 1585-1587, note C. DUVERT ; CA Lyon (2^e civ.), 25 juillet 2007, *JCP*, 2007.IV. 1028, et note J. HAUSER, *RTD civ.*, 2008, pp. 99-100.

⁴⁷ L'on peut lire sur le site de l'Initiation society : « Please note that mohelim not listed below are not members of the Initiation Society and not insured with the Society. A small number of our members do not wish to have their details listed, if you have an enquiry about a particular Mohel who does not appear on the list, please contact the secretary of the Society » (<http://www.initiationsociety.org.uk/mohel.htm>). La liste des *mohels* est accessible sur internet même s'il leur est permis de choisir de ne pas y figurer. L'initiation society se fait dans ce cas fort de renseigner toute demande sur l'identité d'une personne se disant *mohel*.

⁴⁸ Disponible sur http://www.initiationsociety.org.uk/_index.htm : « The Initiation Society is the oldest Anglo-Jewish organisation. Founded over 250 years ago, it has existed to ensure the highest medical and religious standards for bris milah (circumcision) amongst our mohelim (practitioners). The Initiation society works in close contact with the London Beth Din and all of our mohelim have undergone formal training in the medical and halachic (religious) aspects of bris milah. Every registered mohel is insured either with the Initiation Society or with an independent medical indemnity organisation ». La liste des mohels est accessible sur internet même s'il leur est permis de choisir de ne pas y figurer.

à la demande du Consistoire de l'époque, pour garantir la sécurité notamment sanitaire de la circoncision pratiquée selon le rite juif⁴⁹.

Ainsi, un arrêté royal du 20 juin 1820 approuvant le règlement relatif aux personnes chargées de la circoncision a-t-il été pris par Guillaume d'Orange, pour l'ensemble de son royaume, qui correspond aux frontières actuelles du Bénélux (Belgique, Pays-Bas, Luxembourg). La commission centrale pour les affaires du culte israélite avait sollicité l'adoption d'un règlement sur l'examen et l'admission des personnes chargées de la circoncision dans les communautés juives, afin « de prévenir les malheurs qu'occasionnent fréquemment l'ignorance et l'impéritie des opérateurs »⁵⁰. Des conditions d'âge et de réussite à un examen d'aptitude sont posées, un diplôme est délivré par des commissions de surveillance dûment habilitées et réparties par ressort de synagogue. Le souci d'encadrer la tradition par des garanties sanitaires et médicales est l'objet même du texte au point que les personnes incompetentes qui exerceraient la profession de circonciseur sont punissables des peines établies par la loi du 12 mars 1818 relative à l'exercice de l'art de guérir⁵¹.

Dans le même esprit, en France, un décret du 29 août 1862 modifiant l'organisation du culte israélite, toujours en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, interdit à quiconque d'exercer les fonctions de *mohel*, non seulement s'il n'a obtenu une autorisation spéciale du consistoire de la circonscription, accordée sur l'avis conforme du grand rabbin, mais aussi s'il n'est détenteur d'un certificat délivré par un docteur en médecine ou chirurgie désignée par le préfet attestant de ses compétences⁵². Là encore, le souci sanitaire est prédominant.

Même si, de nos jours, leur nature réglementaire titille le principe de légalité en matière pénale, ces deux textes n'auraient

⁴⁹ Voy. L.-L. CHRISTIANS, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », *op. cit.*, pp. 84-85.

⁵⁰ Voy. v° « circoncision », in MM. C. DE BROUCKERE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. V, Bruxelles, 1838, pp. 61-63 ; *Pas.*, 1820, R771.

⁵¹ Art. 6 A.R.

⁵² Voy. art. 10. Pour consulter le texte du décret : <http://www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article 438>. Ce texte renvoie à l'article 19, alinéa 5, de l'Ordonnance du roi du 25 mai 1844 modifiée portant règlement pour l'organisation du culte israélite et selon lequel : « Il nomme le mohel et le schohet pour le chef-lieu consistorial, sur l'avis du grand rabbin, et, pour les autres communes, sur le certificat du rabbin du ressort, confirmé par le grand rabbin ».

certainement pas pu être adoptés si la circoncision contrevenait à l'ordre public de l'époque, hiérarchie des normes oblige... N'ayant pas été abrogés, leur maintien dans le droit positif rend malaisée la lecture répressive que certains font aujourd'hui de la circoncision.

Autre indice d'absence de caractère infractionnel, dans certains pays, la sécurité sociale rembourse l'opération. En France, assumer le remboursement d'un acte médical pratiqué pour un motif religieux est difficilement compatible avec le principe de laïcité⁵³. Le voile pudique de l'indication thérapeutique est alors tendu pour la pratiquer en milieu hospitalier avec intervention de la sécurité sociale⁵⁴. Cela suppose cependant que le médecin pratique de petits arrangements avec sa conscience. En Belgique, le remboursement intervient sans que l'on exige la raison de l'acte⁵⁵, favorisant le

⁵³ Constatant que « l'évolution démographique et sociologique de notre pays pose la question de la place de cet acte chirurgical en termes de santé publique, de coût pour l'assurance maladie et de laïcité », la députée Valérie Boyer estimait qu'« entre la prise en charge complète par l'assurance maladie ou par les familles de cet acte, une troisième voie serait envisageable impliquant la création d'un contrat d'assurance circoncision proposé à la naissance des enfants mâles et destiné à prendre en charge les frais de réalisation de l'acte chirurgical. Il pourrait être, en outre, envisagé sous certaines conditions préservant le principe de laïcité, une participation limitée de l'assurance maladie ». La réponse de la ministre de la Santé fut une fin de non-recevoir, notamment au motif qu'il « ne peut être envisagé, en tout état de cause, la participation de l'assurance maladie à un dispositif de cette nature » (13^e législature. Question n° 30856 de M^{me} Valérie Boyer, *J.O.*, 30 juin 2009, p. 6716, disponible sur <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-30856QE.htm>) ; le rapport de la Société Française d'Anesthésie et de Réanimation, « Circoncision chez l'enfant – Une simple question d'organisation des soins ou un enjeu éthique ? », 2011, p. 5, www.sfar.org ; V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *op. cit.*, p. 399 ; de la même auteure, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, p. 195 ; M.-J. THIEL, « La circoncision, un débat impossible », *Esprit*, janvier 2014, pp. 90-91.

⁵⁴ Selon le Conseil d'État de France, « dans la pratique, la circoncision est très largement médicalisée, c'est-à-dire effectuée par des médecins et le plus souvent en milieu hospitalier. Aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, le principe de la responsabilité sans faute du service public hospitalier s'étend à une circoncision rituelle, alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique. La circoncision ne fait pas l'objet d'un remboursement par la sécurité sociale, sauf motivation thérapeutique » (Conseil d'État, *Rapport public 2004, Un siècle de laïcité, op. cit.*, p. 332). Dans le même sens, Réponse de la France au questionnaire adressé par le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, « Comments made by delegations on legal situation regarding male circumcision », 13 décembre 2013, DH-BIO/INF, 2013, 9 Final, pp. 6-8, disponible sur www.coe.int/bioethics

⁵⁵ Réponse de la Belgique au questionnaire cité dans la note précédente, p. 3. Répondant à une question d'un député d'extrême droite sur le poids de la circoncision dans le budget de la sécurité sociale, la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique a répondu que la circoncision en tant qu'acte médical est totalement remboursée mais que l'on ne peut identifier le nombre de circoncision rituelles puisqu'aucune indication n'est inscrite dans la nomenclature à ce sujet (Réponse du 11 juin 2013 à la question n° 892, Questions et réponses écrites, 2012-2013, n° 53-117, p. 229, (www.lachambre.be)). Répondant à une autre question portant sur l'excision, la ministre a encore précisé que « la circoncision masculine est pratiquée dans les hôpitaux et remboursée car elle n'est pas considérée par l'OMS comme une mutilation.

recours aux services médicaux et ainsi assurer les meilleures conditions d'hygiène. Cette ignorance volontaire permet en outre d'éviter de s'interroger sur le respect du principe de la neutralité de l'État.

L'encadrement d'une pratique vaut-elle reconnaissance de sa validité ? Sans doute pas mais il en complique assurément la critique.

À ce jour, deux pays européens ont réglementé la circoncision, la Suède en 2001 et l'Allemagne en 2012. À chaque fois, le législateur a entendu réagir à une décision de justice et au désordre social qui en a découlé⁵⁶.

En 1997, la Cour suprême suédoise considère non punissable une circoncision rituelle pourtant pratiquée dans des conditions d'hygiène déplorables et ayant provoqué de graves infections. La population s'en émeut et le législateur réagit non par un interdit mais par un encadrement du rite. Une loi de 2001 exige que lorsqu'elle est pratiquée par un non-médecin, ce soit à l'égard d'un enfant de moins de deux mois, par une personne agréée et en présence d'un médecin⁵⁷.

Sur la base d'une affaire en tous points opposés, en 2012, le Tribunal de Grande Instance de Cologne⁵⁸ considère que la circoncision rituelle pratiquée sur un enfant incapable d'y consentir méconnaît ses droits, quand bien même elle serait pratiquée par un médecin en hôpital et avec l'accord des deux parents⁵⁹. Cette décision

Cette pratique consiste en l'enlèvement du prépuce qui est un morceau de peau et non un organe. Excision et circoncision ne sont donc pas comparables. De plus, la circoncision masculine est recommandée par l'OMS dans les pays à forte prévalence du VIH pour en diminuer les risques de transmission » (Réponse du 25 juin 2013 à la question n° 866, Questions et réponses écrites, 2012-2013, n° 53-117, p. 150, disponible sur www.lachambre.be).

⁵⁶ En Finlande, la Cour suprême a également suscité un débat politique en validant, par une décision de 2008, la circoncision rituelle pour autant qu'elle soit pratiquée par une personne disposant des compétences médicales nécessaires. Le Gouvernement a adopté un projet de loi de réglementation mais celui-ci n'a pas été adopté. Voy. J. SCHIRATZKI, « Bannin God's law in the name of the Holy Body – the Nordic position on ritual male circumcision », *The Family in Law*, 2011, vol. 5, p. 39, disponible sur <http://din-online.info/pdf/fam5-3.pdf>.

⁵⁷ L.-L. CHRISTIANS, « La circoncision rituelle face aux droits contemporains », *op. cit.*, pp. 81-83 ; J. SCHIRATZKI, *op. cit.*, p. 37-39.

⁵⁸ Première chambre pénale.

⁵⁹ Une traduction de cette décision peut être consultée dans R.-M. KIESOW, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », *Grief, revue sur les mondes du droit*, Dalloz-éd. EHESS, 2014/1, p. 48-61, disponible sur http://blogs.sciences-po.fr/intensive-doctoral-week/files/2014/05/grief_no1_rmk_schnapper.pdf Pour un commentaire, outre celui german de R.-M. KIESOW, voy. B. FATEH-MOGHADAM, « Criminalizing male circumcision? », *German Law Journal*, 2012, vol. 13 n° 9, pp. 1131-1145, disponible sur www.germanlaw-

secoue l'Allemagne, le président du Conseil central des Juifs allant jusqu'à redouter « la fin de l'existence de la communauté juive en Allemagne »⁶⁰. Elle aurait pourtant pu rester discrète, et pour deux raisons. D'abord, elle est rendue par une juridiction d'un *Lander* et n'a donc pas vocation à faire jurisprudence. Ensuite, le Tribunal n'est absolument pas péremptoire, reconnaissant que la position qu'il adopte est contestable et contestée. Le médecin est d'ailleurs relaxé pour erreur inévitable car convaincu d'avoir le droit de pratiquer la circoncision demandée par les parents⁶¹. Il ne saurait même pas lui être reproché de ne pas avoir sollicité un conseil juridique puisque celui-ci n'aurait pas débouché sur une solution sans équivoque. C'est un professeur de droit pénal allemand, Holm Putzke, qui alerte différents journaux sur son contenu, ce qui lui permet de trouver une tribune personnelle pour la défense de ses propres travaux scientifiques⁶² qui s'emploient à dénoncer ce rite et invitent tout procureur à déclencher les poursuites à son encontre.

C'est donc surpris par le petit juge et contraint par le rythme effréné de la réplique politique, que le législateur allemand réagit dans l'année pour adopter, dès décembre 2012, une loi légalisant la circoncision rituelle et permettant même à des non-médecins d'intervenir sur des enfants de moins de six mois, pour autant qu'ils soient désignés par une communauté religieuse et qu'ils aient été formés à cette fin⁶³.

journal.com; C. FERCOT, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 juillet 2012, disponible sur <http://revdh.org> V. FORTIER, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *op. cit.*, pp. 178-186 ; C. GROSSHOLZ, « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *Rfda*, 2012, pp. 843-848 ; R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 2044 et s. ; M. SWATEK-EVENSTEIN, « Limits of Enlightenment and the Law – On the Legality of Ritual Male Circumcision in Europe Today », *op. cit.*, pp. 46-49.

⁶⁰ Propos confirmés par la Conférence des rabbins européens, par la voix de leur président, le rabbin de Moscou Pinchas Goldschmidt », selon qui, si cette décision est confirmée, elle « ne donnera plus aucun avenir aux Juifs en Allemagne ». Et de rappeler que le nazisme a commencé par des interdits rituels avant d'arriver à l'Holocauste « Condamnation de la circoncision, les rabbins européens en colère », *Courrier international*, 13 juillet 2012, disponible sur www.courrierinternational.com

⁶¹ À propos de la notion d'erreur inévitable face à la pratique de la circoncision, l'idée a été également avancée dans le même contexte par la doctrine française. C. CHOAIN, note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 228.

⁶² Ces travaux sont fortement inspirés par *Plaidoyer pour la libération de l'homme musulman* de la sociologue allemande d'origine turque Necla Kelek. Voy. not. « Criminal Relevance of Circumcising Boys » qui peut être consulté sur le site du Professeur Putzke : www.holmputzke.de

⁶³ Sur le contexte politique de l'adoption de cette loi, voy. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « Circoncision, question politique », *Politique, revue de débats*, mars-avril 2015, n° 89, pp. 54-60. Pour un commentaire critique de la loi, voy. R. MERKEL et J. PUTZKE, « After

Dans ces deux cas, face à des décisions de justice qui ont traqué la circoncision hors des pénombres du droit, le législateur est intervenu pour la légaliser et en encadrer la pratique, dans la ligne des textes des siècles passés. L'œuvre du *mohel* est validée. Une question se pose toutefois. Ces textes datent d'une époque où seule la communauté juive pratiquait la circoncision rituelle en Europe. La communauté musulmane, qui s'est implantée plus récemment en Europe, y trouve-t-elle son compte ? En Suède, la loi de 2001 qui interdit désormais à un non-médecin de pratiquer la circoncision lorsque le garçon a plus de deux mois a fait l'objet d'une évaluation par l'Office National de la santé et du bien-être social. Sur 3000 garçons musulmans circoncis chaque année, les deux-tiers le seraient soit à l'étranger, soit dans la clandestinité par un non-médecin⁶⁴.

SECTION 2. – LA CIRCONCISION, UN RITUEL EN QUÊTE DE STABILITÉ JURIDIQUE

Certains signes, dont le plus visible est manifestement le jugement de Cologne, semblent conduire à une interdiction de la circoncision, qu'elle soit l'œuvre du législateur ou du juge (A). Cette évolution est-elle inéluctable ou y a-t-il place pour une conciliation de la liberté religieuse des parents avec l'intérêt de l'enfant (B) ?

A. *Les signes avant-coureurs d'une interdiction*

Selon le jugement de Cologne, « dans la conciliation des droits fondamentaux concernés, il faut respecter le principe de proportionnalité. L'atteinte à l'intégrité corporelle que représente la circoncision dans un but d'éducation religieuse, quand bien même elle serait nécessaire, est de toute façon inappropriée [...]. De surcroît, par la circoncision, le corps de l'enfant est changé durablement et irréparablement. Ce changement va à l'encontre de l'intérêt qu'a l'enfant de pouvoir décider lui-même plus tard de son appartenance religieuse. À l'inverse, le droit d'éducation des parents n'est pas entravé de façon inacceptable s'ils sont tenus d'attendre que

Cologne: male Circumcision and the Law – Parental right, religious liberty, or criminal assault? », *Journal of Medical Ethics (JME)*, 2013, pp. 4 et 6, <http://jme.bmj.com>.

⁶⁴ J. SCHIRATZKI, « Bannin God's law in the name of the Holy Body – the Nordic position on ritual male circumcision », *op. cit.*, pp. 38 et 39.

le garçon décide lui-même plus tard, quand il sera majeur, de procéder ou non à la circoncision comme marque visible de l'appartenance à l'Islam »⁶⁵. Cette décision s'inscrit nous semble-t-il dans une double perspective. D'une part, le vaste mouvement vers l'autonomisation des droits de l'enfant. D'autre part, celui de l'importance donnée au consentement de la personne face à un acte qui parce qu'il porte atteinte à son intégrité physique épouse sinon le but du moins les caractéristiques techniques de l'acte médical.

À l'échelle internationale, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989 marque le début de l'avènement des droits individuels de l'enfant en érigeant notamment en principe cardinal « l'intérêt supérieur » de celui-ci. Elle oblige à reconsidérer les conceptions traditionnelles de l'autorité parentale. L'article 24, § 3, de la Convention requiert des États-parties qu'ils « prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants ». Pris dans la foulée de la Conférence de Nairobi sur les droits de la femme, ce texte avait comme objectif précis de lutter contre l'excision. Même si les débats n'ont effectivement porté que sur ce rite pratiqué sur les petites filles ou jeunes femmes⁶⁶, la disposition finale est rédigée en termes suffisamment larges pour que la circoncision puisse être visée. Elle pourrait rendre contestable l'infliction par des parents de toute intervention chirurgicale à leur enfant sans nécessité médicale. Et de fait, des *ombudsmen* pour enfant dans les pays nordiques, dont la Suède, appellent de leurs vœux une loi d'interdiction de la circoncision⁶⁷. Une partie de la société civile et du monde médical se mobilise aussi en contestant le caractère inoffensif de la circoncision. Dans le même esprit, la France, en transposant la Convention du 11 mai 2011 du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes⁶⁸, suit de près l'objectif visé par la Convention « d'apporter aux mineurs une protection particulière allant plus loin que celle accordée aux femmes adultes⁶⁹ ». Elle punit désormais le fait d'inciter un mineur à se soumettre à une mutilation

⁶⁵ Traduction de R. M. KIESOW, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », *op. cit.*, p. 52.

⁶⁶ Voy. not. C. CHOAIN, note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 26 janvier 1994, *D.*, 1995, p. 227.

⁶⁷ « Let the boys decide on circumcision », Joint statement from the Nordic Ombudsmen for Children and pediatric experts, disponible sur www.crin.org/docs/English-statement-.pdf

⁶⁸ Voy. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, ... », *op. cit.*, n° 19.

⁶⁹ Voy. Rapport de l'Assemblée nationale, 13^e législature, 27 mars 2013, n° 840, p. 149-151.

sexuelle et celui d'inciter une personne à réaliser une mutilation sexuelle sur un mineur. Le texte précise que ces incriminations valent lorsque la mutilation n'est pas réalisée⁷⁰. Ce qui n'est pas précisé, en revanche, contrairement au droit positif belge⁷¹, et de manière délibérée, c'est que cette mutilation ne concerne que les petites filles. La France, « pour ne pas introduire de rupture d'égalité entre les mineurs⁷² », incrimine toute incitation à la réalisation d'une mutilation génitale chez un mineur. La question de la circoncision a été soulevée lors des débats devant le Sénat, la réponse laissant apparaître sans ambiguïté que le champ d'application de la loi avait été bien réfléchi⁷³. Voilà un flou qui conforte l'idée d'une interdiction de la circoncision rituelle par la France et qui continue d'alimenter le débat⁷⁴...

Revenons à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989. Son article 14, § 2, renforce la thèse de la perte de substance de l'autorité parentale : « Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». En bénéficiant du seul droit de « guider » leur enfant, les parents sont de simples passeurs de relais et leurs options éducatives sont exercées dans le cadre toujours plus contrôlé de leur autorité parentale, le regard scrutateur de l'état et du droit international rivé sur eux.

Dans cette ligne, le Comité des droits de l'enfant s'est déclaré « préoccupé par les complications à court et à long terme qu'entraîneraient certaines pratiques traditionnelles de circoncision » en Israël⁷⁵.

⁷⁰ Art. 227-24-1, al. 1 et 2, C. pén. introduit par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. Voy. R. PARIZOT, *op. cit.*, p. 16.

⁷¹ Ci-avant, n° 4.

⁷² Voy. Rapport de l'Assemblée nationale, 13^e législature, 27 mars 2013, n° 840, p. 150, disponible sur www.assemblee-nationale.fr

⁷³ Voy. Rapport du Sénat de France, sess. 2012-2013, n° 596, p. 170, disponible sur www.senat.fr

⁷⁴ M. BENILLOUCHE, « L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution... », *op. cit.*

⁷⁵ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques d'Israël soumis en un seul document », 4 juillet 2013, CRC/C/ISR/CO/2-4, p. 11, disponible sur www2.ohchr.org

Parfaite illustration de cette pensée, la décision allemande fait écrire à ses commentateurs que :

Ce bien être de l'enfant n'est plus, au stade du déploiement des droits individuels, soumis à l'autorité parentale d'autrefois. On peut déplorer que nous, les parents, ne puissions plus décider tout à la place de nos enfants, sans contrôle étatique, alors même que nous pensons bien faire. [...] C'est de cette évolution de la société que le jugement de Cologne est une des marques⁷⁶.

Dès lors, les parents peuvent-ils encore faire triompher leurs convictions religieuses en les marquant à jamais dans la chair de leur fils, sans laisser la possibilité à celui-ci, devenu autonome, d'en effacer les stigmates ?

La décision allemande doit également être placée dans une seconde perspective, celle de l'exigence croissante du consentement du patient. La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine⁷⁷, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1997, exige le consentement libre et éclairé de la personne qui va subir une intervention dans le domaine de la santé⁷⁸. Cette Convention n'a certes été ratifiée que par quelques États, dont quand même la France, l'Espagne et la Turquie. Elle est néanmoins en vigueur depuis le 1^{er} avril 2012. Ce n'est pas la proclamation du principe du consentement, qui fait l'unanimité, mais son approche trop restrictive de la génétique qui a conduit des États comme la Belgique, l'Allemagne ou la Grande-Bretagne à la délaisser. Les conditions entourant le consentement qu'elle impose sont particulièrement détaillées. Selon son article 6, s'agissant d'une personne n'ayant pas la capacité de consentir, l'intervention ne peut avoir pour but que « son bénéfice direct » et nécessite l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi. En outre, l'« avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité »⁷⁹.

Le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe s'interroge actuellement sur la compatibilité de la circoncision rituelle et la

⁷⁶ R. M. KIESOW, « Le jugement du tribunal de grande instance de Cologne de 2012 », *op. cit.*, p. 59.

⁷⁷ Ci-après : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

⁷⁸ Art. 5 de la Convention.

⁷⁹ Art. 6.3. de la Convention.

Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, puisque l'intervention chirurgicale sur l'enfant ne peut être pratiquée qu'en vue de « son bénéfice direct ». Selon le rapport explicatif relatif à cet article 6, « dans certaines hypothèses, qui tiennent compte de la nature et de la gravité de l'intervention ainsi que de l'âge et du discernement du mineur, l'avis de celui-ci devra peser de plus en plus dans la décision finale. Cela pourrait même mener à la conclusion que le consentement d'un mineur devrait être nécessaire, voire suffisant, pour certaines interventions ». Et d'ajouter que « la disposition du deuxième alinéa du paragraphe 2 est en harmonie avec l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui dispose que "les États Parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité" ». Fort logiquement, plus le droit des enfants s'autonomise, moins leur incapacité à consentir peut être admise pour laisser le champ totalement libre à la volonté parentale. Le jugement de Cologne s'inscrit dans la stricte ligne de ces deux textes internationaux.

Dans la foulée de la décision allemande, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris attitude sur « le droit des enfants à l'intégrité physique ». Le Rapport introductif à la Résolution en projet a été confié à la députée allemande sociale démocrate Marlene Rupperecht, par ailleurs spécialisée dans les droits de l'enfant. Cette dernière, reprenant l'avis qu'elle avait opposé à la loi allemande de décembre 2012, y défend une position particulièrement hostile à la circoncision du jeune garçon notamment lorsqu'elle n'est pas médicalement justifiée. Après avoir passé en revue les arguments émanant du corps médical mais aussi ceux de certains milieux religieux s'opposant à la circoncision rituelle, elle conclut en deux temps⁸⁰. D'abord, la circoncision est critiquable et sa pratique doit être encadrée. À ce titre, elle dénonce la récente loi allemande en ce qu'elle permet la circoncision en dehors du système médical. Elle rappelle la proposition alternative qu'elle avait déposée, « recommandant qu'avant l'opération l'enfant ait atteint l'âge de 14 ans, donné son consentement et que la circoncision soit toujours effectuée par un chirurgien pédiatrique ou un

⁸⁰ Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, Doc. 13297, 6 septembre 2013, nos 28 et 29, disponible sur www.assembly.coe.int.

urologue ». Pareille proposition revient pourtant à condamner dès à présent le rite juif. Dans un second temps, « la société doit lancer de nouveaux projets de recherche sur la nécessité de la circoncision en tant qu'intervention médicale, et engager un réel dialogue avec les communautés religieuses pour sensibiliser à ce que signifie vraiment la circoncision pour l'intégrité physique et la vie des garçons et des hommes, ainsi que pour favoriser le développement d'alternatives qui, dans bien des cas et des contextes, existent bel et bien ». En d'autres termes, à suivre la logique de la députée allemande, après une période d'éducation nécessaire, la circoncision doit être interdite.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adopte sa Résolution 1952 le 1^{er} octobre 2013. Elle se dit particulièrement préoccupée par les atteintes à l'intégrité physique des enfants justifiées notamment par des motifs religieux tels que la circoncision et l'excision⁸¹, excision qu'elle condamne par ailleurs sans concession⁸². Les termes malheureusement ambigus du texte traduisent les antagonismes qui ont inévitablement dû être conciliés. Sur les sept amendements déposés, cinq le sont par un groupe de parlementaires à majorité turque⁸³. Ils poursuivent un double objectif : d'un côté, immuniser la circoncision du fait de son caractère religieux et ne pas en revoir la pratique⁸⁴, et d'un autre côté la distinguer du reste des atteintes à l'intégrité physique des enfants en valorisant ses vertus médicales⁸⁵. Aucun n'a été adopté. En revanche,

⁸¹ Résolution 1952 (2013) adoptée le 1^{er} octobre 2013, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », considérant n° 2, disponible sur www.assembly.coe.int.

⁸² Résolution 1952, n° 7.5.1.

⁸³ Voy. Amendements au projet de résolution 1952, disponible sur <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-AMDetails-FR.asp?fileid=20057&amid=20092&lang=FR>. Seul l'amendement n° 2, déposé par la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, ne porte pas sur la circoncision ou sur une pratique religieuse.

⁸⁴ Amendements n°s 3, 4 et 7 au projet de résolution 1952. Selon la note explicative : « Le Conseil de l'Europe n'a pas pour vocation de mettre en débat des croyances et des pratiques ; une telle approche serait considérée comme une provocation » (n° 4) ; « Conformément à la Déclaration des Nations unies sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, les parents de l'enfant ont le droit d'organiser la vie au sein de la famille conformément à leur religion ou leur conviction et en tenant compte de l'éducation morale conformément à laquelle ils estiment que l'enfant doit être élevé » (n° 7).

⁸⁵ Amendements n°s 5 et 6 au projet de résolution 1952. Selon la note explicative : « Il ne serait pas opportun que des politiques interviennent à propos de pratiques religieuses observées par des millions de musulmans et de juifs depuis des millénaires. De nombreuses conclusions scientifiques recommandent la circoncision des garçons, notamment l'Académie américaine de pédiatrie et l'Organisation mondiale de la santé » (n° 5) ; « La circoncision des garçons est en fait recommandée par l'Académie américaine de pédiatrie (AAP) et par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Elle doit être pratiquée par des experts dans

un amendement déposé par sept députés du Royaume-uni, dont six membres du Labour, proposant que l'incise « trouver un équilibre entre les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part et les droits et les libertés religieuses des parents et des familles d'autre part »⁸⁶ soit supprimée, obtient l'adhésion des votants.

Dans la Recommandation 2023 (2013) datée du même jour et qui renvoie à la résolution 1952, l'Assemblée parlementaire souligne « qu'une catégorie particulière de violations des droits humains contre les enfants n'est pas encore expressément visée par les politiques ou instruments juridiques européens et internationaux, à savoir les violations médicalement non justifiées de l'intégrité physique des enfants telles que décrites dans la Résolution 1952 (2013) »⁸⁷. Elle invite le Comité des Ministres⁸⁸ d'une part, à intégrer le « droit des enfants à l'intégrité physique lors de l'élaboration et de l'adoption de sa nouvelle stratégie sur les droits de l'enfant en vue de sa mise en œuvre à partir de 2015 », et d'autre part, à consacrer le droit des enfants « de participer à toute décision les concernant ». La recommandation se distingue ainsi de la résolution en accordant une attention toute particulière à la parole de l'enfant dont l'intégrité est en jeu.

Perçues comme condamnant la circoncision rituelle au nom du droit de l'enfant à son intégrité physique, ces deux initiatives de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sont vertement critiquées. L'État d'Israël fustige la Résolution⁸⁹, laquelle est adoptée, comme le déplore la Conférence des Rabbins européens, sans auditions préalables.

Le dispositif de la Résolution, qui développe une position modérée et conciliatrice, risque ainsi d'être emporté par la tempête suscitée par les excès d'un considérant malheureux. Il serait pourtant dommage que demeure lettre morte l'invitation faite aux États membres à définir clairement les conditions sanitaires et autres à respecter s'agissant des pratiques rituelles, telle la circoncision⁹⁰,

des conditions sanitaires ainsi que le rappelle le début du paragraphe. Mais il est faux de la qualifier de pratique « médicalement non justifiée » (n° 6).

⁸⁶ Amendement n° 1 au projet de résolution 1952.

⁸⁷ Recommandation 2023 (2013) adoptée le 1^{er} octobre 2013, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », considérant n° 3, disponible sur www.assembly.coe.int

⁸⁸ Recommandation 2023, 4.1 et 4.2.

⁸⁹ « Circoncision religieuse : Israël condamne une résolution du Conseil de l'Europe », *Le Monde*, 4 octobre 2013.

⁹⁰ Résolution 1952, n° 7.5.2.

ainsi que l'exhortation à engager en un débat public un dialogue interreligieux aussi bien qu'interdisciplinaire⁹¹.

Pour tenter d'éviter que le bébé ne soit emporté avec l'eau du bain, le Conseil de l'Europe est contraint de réagir. Au niveau de l'Assemblée parlementaire, des auditions se tiennent début 2014. Dans la foulée, le 24 mars 2014, le Comité des ministres publie une « réponse à la recommandation 2023 » qui clarifie trois points⁹². D'abord, il prend ses distances avec la recommandation en réfutant tout amalgame entre les mutilations génitales féminines et la circoncision rituelle. Le Comité estime que « le libellé de ce texte risque de prêter à confusion ». Ensuite, selon lui, « la protection des enfants contre les risques des opérations et interventions non justifiées médicalement est prévue par des instruments internationaux existants, qui traitent notamment de la participation des enfants aux décisions concernant leur bien-être, et du rôle de leurs parents ». Et d'en déduire « inutile pour l'instant toute activité normative supplémentaire ». Enfin, le Comité des ministres attire l'attention sur les travaux du Comité de bioéthique du même Conseil de l'Europe, dont il résulte « que de nombreux pays font particulièrement attention aux conditions dans lesquelles se déroulent de telles interventions afin de limiter tout risque pour la santé et le bien-être de l'enfant ». Ce communiqué pare certes aux critiques dont ont fait l'objet la résolution et la recommandation. Mais en prônant une sorte de *statu quo* normatif vis-à-vis de la circoncision rituelle, il fait l'aveu d'un malaise et laisse la plaie ouverte...

Au même moment, une proposition de Résolution portée par une centaine de députés, intitulée « La liberté de religion et les pratiques religieuses », invite à ce que la résolution 1952 soit corrigée : « les anciennes religions telles que le Judaïsme et l'Islam ont pratiqué la circoncision depuis des siècles et ce jusqu'à nos jours. Ce rite religieux ne présente pas de risque pour l'enfant et devrait être respecté en tant que tradition religieuse ancestrale »⁹³. La proposition rappelle que la liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, est « promue et défendue par l'Assemblée qui a toujours recommandé la tolérance

⁹¹ Résolution 1952, n° 7.4 et n° 7.6.

⁹² Comité des Ministres, « Réponse à la Recommandation 2023 (2013) », Doc. 13463, 24 mars 2014, disponible sur <http://assembly.coe.int>

⁹³ Proposition de résolution, « La liberté de religion et les pratiques religieuses », Doc. 13364, 11 décembre 2013, disponible sur <http://assembly.coe.int>.

religieuse dans plusieurs de ses textes ». À ce jour, cette proposition n'a cependant pas été examinée par l'Assemblée.

Ces remous médiaticojuridiques révèlent que le courant hostile à la circoncision rituelle prend de l'ampleur et fait bouger les lignes. Les tenants du maintien de sa pratique peinent à préserver le *statu quo* juridique actuel. Une telle situation laisse le juge seul arbitre d'une question complexe. Le politique ne doit-il pas prendre ses responsabilités et chercher à réconcilier les différentes valeurs en conflit et ainsi offrir une réponse univoque propre à apaiser les clivages actuels ?

B. Comment (ré)concilier les valeurs en présence ?

Certes, la circoncision rituelle doit faire face à de sérieux éléments à charge. Une lecture dépassionnée de la décision de Cologne ne ferme peut-être pas tant que cela la porte à une conciliation des valeurs en balance. Le tribunal annonce une application rigoureuse du principe de proportionnalité. Mais celle-ci ne vient jamais puisque l'intérêt supérieur de l'enfant, selon le juge, ne tolère aucune restriction. Pareille démarche n'est pas sans rappeler les arrêts des cours constitutionnelles française et belge qui, pour valider l'interdiction de la burqa, n'ont pratiqué qu'un contrôle de proportionnalité de façade⁹⁴. Pourtant, l'arrêt n'est pas péremptoire, précise que la position adoptée est contestable et contestée, et sur cette base, relaxe finalement le médecin. Cette attitude peut s'expliquer par une double série d'arguments, formel et substantiel.

Sur le plan formel, la 1^{re} chambre pénale du tribunal régional de Cologne, simple juridiction de *Lander*, n'a pas pour vocation de donner le la de la jurisprudence allemande. Dans cette affaire, elle est composée d'un seul magistrat, le Président Beenken, et de deux assesseurs non professionnels, en l'occurrence des fonctionnaires de la poste. Quant au jugement, il s'inspire, comme nous l'avons déjà souligné, des travaux du professeur Holm Putzke⁹⁵ pour rejeter la théorie très en vogue en Allemagne de l'« adéquation

⁹⁴ Pour une étude récente et comparatives des décisions des juridictions constitutionnelles française et belge, voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Pour vivre ensemble, vivons déviagés : le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français », *R.T.D.H.*, 2014, pp. 639-665.

⁹⁵ *Supra*, note n° 59.

sociale »⁹⁶. L'arrêt passe d'abord inaperçu, jusqu'à ce que Holm Putzke lui-même donne l'alerte médiatique. En tant qu'auteur de doctrine, il suffit donc de convaincre une seule personne pour générer une décision de justice qui contraindra le législateur à intervenir et mettra le Conseil de l'Europe en émoi. Cependant si le maître n'hésite pas devant un propos véhément, le disciple soigne son argumentation en la modérant, sans doute conscient des controverses doctrinales suscitées par les assertions du premier⁹⁷. Cette prudence dans la motivation annonce peut-être la possibilité d'un rapprochement des valeurs présentées *prima facie* comme inconciliables.

En effet, sur un plan substantiel, si telles que présentées dans le jugement de Cologne, la protection de l'intégrité physique de l'enfant et la protection de la liberté religieuse de ses parents, semblent incompatibles, une application rigoureuse du principe de proportionnalité pourrait permettre de réconcilier ces deux valeurs. Cologne juge aussi que ces libertés seraient mieux conciliées si la circoncision était décidée par l'enfant à sa majorité. Et de fait, en redéfinissant les deux valeurs mises en balance, nous verrons qu'elles peuvent se concilier plus plutôt que s'opposer.

D'abord, la liberté de religion des parents entre en résonance avec le droit de l'enfant à une éducation dans le respect de ses racines. En effet, le Préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant, insiste sur « l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ».

⁹⁶ *Supra*, n° 6.

⁹⁷ Voy. not. les commentaires du pénaliste allemand M. Swatek-Evenstein (« Limits of Enlightenment and the Law – On the Legality of Ritual Male Circumcision in Europe Today », *op. cit.*, pp. 42-50) et du spécialiste du droit des religions B. Fateh-Moghadam (« Criminalizing male circumcision? », *op. cit.*). Mark Swatek-Evenstein poursuit : « *The judgement cites other writers as well (and more frequently), but the prevailing view in German media is that Professor Putzke made this decision possible.*39 *Putzke has discussed the (il)legality of ritual male circumcision under German (criminal) law in a number of articles since 2008,40 and he is an outspoken critic of the new law, even considering it “unconstitutional”.*41 *He arrives at his position through a very specific reading of German legal history* » (M. SWATEK-EVENSTEIN, « Limits of Enlightenment and the Law – On the Legality of Ritual Male Circumcision in Europe Today », *op. cit.*, pp. 42-50). Dans le même sens, J. LEICHT, « German court bans circumcision on religious grounds », World Socialist Web Site, 6 août 2012, disponible sur www.wsws.org; F. FUREDI, « The bigotry of the anti-circumcision zealots », *Spiked*, 2 juillet 2012, www.spiked-online.com. Adde C. FERCOT, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », *op. cit.* ; J.-F. MAYER, « La circoncision religieuse après le jugement de Cologne », 25 juillet 2012, *Religioscope*, disponible sur www.religion.info

À cet égard, le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, autre organe du Conseil de l'Europe, encourage les autorités à rechercher des solutions pragmatiques aux débats sur la circoncision, « en prenant pleinement en compte la santé des enfants, et à veiller à ce que l'issue du débat ne porte pas indûment atteinte au droit des communautés concernées de pratiquer leurs traditions religieuses ». Le Comité « convient que certaines conditions imposées à la circoncision dans l'intérêt de la santé des enfants peuvent légitimement être introduites dans la loi aussi longtemps qu'elles sont proportionnées à leur objectif »⁹⁸.

Selon qu'ils sont chargés de la dimension individuelle ou collective des droits de l'homme, les organes du Conseil de l'Europe adoptent donc une attitude différente à l'égard de la circoncision. Cela permet à tout le moins de nuancer les clivages...

Le droit pour l'enfant d'être inscrit et éduqué dans sa tradition n'emporte aucunement l'obligation de rester enfermé dans son identité. L'enfant jouit à titre personnel du droit à la liberté de religion et donc d'en changer. On ne peut toutefois raisonnablement soutenir qu'il est entravé par un stigmate corporel tel que l'ablation du prépuce. La population mondiale masculine circoncise est d'environ 30 %, selon l'OMS. Un chiffre d'une telle importance ne saurait enfermer un individu dans une identité religieuse figée, d'autant plus que plusieurs religions et coutumes la pratiquent et qu'on lui reconnaît par ailleurs des vertus thérapeutiques ou esthétiques. Peut-on dès lors affirmer que l'enfant circoncis se voit atteint de manière irréversible dans sa liberté religieuse ? La décision allemande manque de nuance en affirmant que « cette modification est contraire aux intérêts de l'enfant, qui réside dans la possibilité de décider lui-même plus tard, de son appartenance religieuse ». La circoncision ne saurait marquer aucun choix clair ou définitif. » À ce compte, on pourrait aussi bien interdire le baptême des nouveau-nés, au motif que l'onction place l'enfant dans les rangs d'une Église sans requérir son consentement préalable »⁹⁹. Ce parallèle présente d'autant plus d'intérêt que, tout récemment,

⁹⁸ « Troisième Avis sur la Finlande », 14 octobre 2010, ACFC/OP/III(2010)007, p. 23, www.coe.int

⁹⁹ R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 2044 et s.

la Cour de cassation de France a rejeté une demande d'effacement des registres de baptême¹⁰⁰ estimant que :

les représentants légaux de M. X... avaient pris l'initiative de le faire baptiser et, par là-même, donné leur consentement à la relation de cet événement sur le registre des baptêmes et constate qu'à la demande de l'intéressé, la mention « a renié son baptême par lettre datée du 31 mai 2001 » a été inscrite sur ce registre le 6 juin 2001 en regard de son nom ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a justement retenu que, dès le jour de son administration et en dépit de son reniement, le baptême constituait un fait dont la réalité historique ne pouvait être contestée, a décidé, à bon droit, qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner l'effacement de sa mention du registre¹⁰¹.

La vérité historique traduit l'option philosophique des parents et l'ancrage culturel de l'enfant. Si la liberté de religion permet à l'enfant d'en changer, elle ne peut bien évidemment en garantir la rétroactivité. Le marquage religieux du baptême ne serait-il finalement pas plus indélébile que la circoncision, le premier étant consigné de manière inaltérable dans un registre¹⁰², le second étant certes marqué dans la chair mais sans indication quant à son origine ?

En outre, les conventions internationales doivent être interprétées de bonne foi. Or, il est certain que les États signataires de la Convention relative aux droits de l'enfant comme de la Convention de biomédecine n'imaginaient pas que leur adhésion pourrait les contraindre à interdire la circoncision rituelle.

¹⁰⁰ Cass. fr., 1^{re} (ch. civ.), 19 novembre 2014, n° 13-25156, publié au bulletin, *D.*, 2014, p. 2407 ; *Gaz. Palais*, disponible sur http://www.gazettedupalais.com/services/actualites/actu_jur/e-docs/00/00/27/F9/document_actu_jur.phtml ; <http://www.la-croix.com/Archives/2014-11-20/Une-demande-d-effacement-des-registres-de-bapteme-rejetee-en-cassation-2014-11-20-1267585>

¹⁰¹ Le recours se composait de deux moyens. Sur le premier, pris de la violation de la vie privée, la Cour de cassation a jugé le moyen non fondé au motif : « qu'après avoir relevé que la consultation du registre qui portait mention du baptême n'était ouverte, l'intéressé mis à part, qu'aux ministres du culte, eux-mêmes tenus au secret, et que la seule publicité donnée à cet événement et à son reniement émanait de M. X..., la cour d'appel a pu retenir que ce dernier ne pouvait invoquer aucune atteinte au droit au respect de sa vie privée ».

¹⁰² Pour un commentaire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel, arrêté qui fait l'objet du pourvoi n° 13-25156, voy. R. LIBCHABER, « Limitation et auto-limitation du droit étatique, à propos de la radication d'une mention de baptême », *D.*, 2013, pp. 2611-2616. Selon l'auteur la décision, confirmée par la suite par la Cour de cassation, de ne pas effacer du registre paroissial la mention d'un baptême « s'explique d'ailleurs par la logique inhérente à tous les registres, qu'ils soient paroissiaux ou civils : elle prescrit de n'en jamais rien retrancher, mais de procéder par ajout d'informations, rectificatives ou complémentaires. Il est en effet essentiel qu'une chaîne relie les inscriptions successives les unes aux autres, de manière à pouvoir suivre l'évolution d'un individu ou d'un bien » (p. 2613).

D'ailleurs, dans sa réponse à la recommandation 2023¹⁰³, le Comité des Ministres insiste sur le fait que circoncision et excision ne sont absolument pas comparables, l'excision étant considérée comme un acte de torture par le droit international tandis que la circoncision religieuse des jeunes garçons « ne fait pas l'objet de dispositions juridiques analogues »¹⁰⁴.

La deuxième valeur mise en exergue par le juge de Cologne est celle de l'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant, qui par essence, ne peut y consentir.

La communauté scientifique s'accorde au moins pour exiger que la circoncision soit réalisée par une personne spécialement formée, dans un environnement sanitaire irréprochable, et dans le souci de traiter la douleur occasionnée par l'acte.

Si les musulmans s'accommodent d'une circoncision pratiquée en milieu hospitalier par un médecin et se plient donc aux contraintes sanitaires souhaitées par la société pour préserver la pratique de leur rite, il n'en va pas de même pour la communauté juive qui ne conçoit pas que ce rite soit pratiqué par un médecin qui ne serait pas aussi un *mohel*. La communauté juive d'Europe a toutefois le souci de respecter les prescriptions sanitaires. La conférence des rabbins européens, unique représentant officiel du judaïsme en Europe auprès des institutions européennes¹⁰⁵ et du Conseil de l'Europe¹⁰⁶, s'est tenue en avril 2014 au Conseil de l'Europe à Strasbourg¹⁰⁷. Réagissant à la Résolution 1952¹⁰⁸, elle entend rassurer « sur la qualité et les conditions d'hygiène de la circoncision ». C'est dans cet esprit qu'est créée l'Union des *mohalim* européens, qui a pour mission de publier des « normes claires » tant pour organiser le rite même de la circoncision que pour certifier ceux qui la pratiquent, en s'aidant de l'organisation anglaise, éla-

¹⁰³ Ci-avant, n° 15.

¹⁰⁴ Comité des Ministres, « Réponse à la Recommandation 2023 (2013) », *op. cit.*, 2.

¹⁰⁵ Disponible sur http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/archives/activities/dialogue_religions_humanisms/list_fr.htm

¹⁰⁶ Disponible sur http://www.coe.int/en/web/secretary-general/speeches-2013/-/asset_publisher/gFMv10SKOUrv/content/plenary-convention-of-the-conference-of-european-rabbis-gala-dinner?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fsecretary-general%2Fspeeches-2013%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_gFMv10SKOUrv%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2

¹⁰⁷ Disponible sur <http://www.la-croix.com/Religion/Actualite/Circoncision-les-rabbins-europeens-s-engagent-a-reguler-leur-pratique-2014-05-01-1144282>

¹⁰⁸ Ci-avant, n° 17.

borée voilà 250 ans par l'Initiation Society en Grande-Bretagne¹⁰⁹. À ce jour, même si les protocoles ne sont pas encore tout à fait élaborés¹¹⁰, la volonté de sécuriser la pratique de la circoncision est une réelle préoccupation de la communauté juive, de même que celle de communiquer avec le reste de la société sur le sujet. Afin de préserver l'intimité de sa relation entre l'homme et Dieu, la religion juive accepte de donner des gages à la société.

Ainsi le *mohel* devra-t-il avoir reçu une formation technique et sanitaire et contracté une assurance, au même titre qu'un médecin, pour parer aux conséquences malheureuses inhérentes à l'acte de circoncire. De telles démarches devraient être de nature à contrer les arguments hygiénistes.

Le contenu des normes encadrant la circoncision fait cependant débat. Faut-il par exemple exiger qu'elle soit pratiquée sous anesthésie ? Peut-on, pour un bébé, se contenter d'une anesthésie locale administrée en dehors du milieu hospitalier ? Les pratiques et opinions divergent d'un pays à l'autre¹¹¹.

Très concrètement, la circoncision, pratiquée à domicile ou en milieu hospitalier, a un coût que les familles ne peuvent pas toujours affronter. En mai 2014, une sordide affaire espagnole illustra l'acuité de cette préoccupation¹¹². En Espagne, la circoncision n'est prise en charge que sur prescription médicale. Lorsqu'elle est rituelle, elle ne peut être pratiquée que dans des cliniques privées dont les tarifs ne sont pas accessibles à tous. Ici, des parents, connaissant les limites du remboursement, se sont résolus à faire circoncire à domicile leur bébé de onze jours par une personne qui, moyennant 100 euros, utilisa une lame de rasoir et laissa le bébé sans soin. De graves complications mirent la vie de l'enfant en danger au point d'exiger une opération urgente et une transfusion. Les parents furent condamnés à quatre mois de prison pour délit

¹⁰⁹ C'est d'ailleurs en vertu d'une tradition de la famille royale d'Angleterre qui remonte au XVIII^e siècle que le grand rabbin de Londres a été choisi pour circoncire le prince Charles.

¹¹⁰ Voy. *supra* 9. Le site de la conférence des rabbins européens publiait néanmoins le 2 décembre 2014 les nouvelles lignes élaborées par le *Center of Disease control and Prevention* (CDC), organisme fédéral américain de la santé, et qui mettent en évidence que les bénéfices de la circoncision dépassent ses inconvénients. Disponible sur <http://www.confneurabbis.org/en/news/circumcision-benefits.html>

¹¹¹ H. PUTZKE, « Criminal Relevance of Circumcising Boys » *op. cit.*

¹¹² « Cuatro meses de carcel para unos padres por una circuncision casera a su bebé, ABC, edicion cataluna, <http://www.abc.es/catalunya/20140519/abci-cuatro-meses-carcel-para-201405191717.html>, <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/condenados-unos-padres-por-circuncidar-bebe-casa-3277051>

de lésion par imprudence grave. D'où la nécessité, en l'absence d'intervention de la sécurité sociale, de veiller à prévenir la clandestinité.

Plus généralement, l'intervention d'un médecin, pose inévitablement question. En l'absence de réglementation, il semble évident qu'il ne puisse être contraint de pratiquer une circoncision demandée par des parents uniquement soucieux du respect d'un rite religieux. Pire, il n'en a pas le droit, sauf à se couvrir par des hypothèses thérapeutiques. L'éthique médicale entre donc nécessairement en scène¹¹³ et la question de savoir si en l'état actuel des différentes réglementations le non-médecin, pour peu qu'il soit *mohel*, et dument enregistré, n'est pas plus en accord avec le droit en pratiquant une circoncision rituelle que le médecin dans un hôpital.

L'intervention du médecin soulève encore la question de l'assurance médicale. N'étant pas dans le cadre de la réalisation d'un acte médical, l'assurance du médecin n'est pas nécessairement censée couvrir le risque lié à des interventions motivées par d'autres considérations, fussent-elles religieuses et admises. Cela renvoie aux nombreux débats sur la chirurgie esthétique qui se sont penchés sur la finalité thérapeutique des « actes de soins »¹¹⁴.

En définitive, la réconciliation de l'intérêt supérieur de l'enfant avec les convictions religieuses des parents passe par une interrogation des modalités du rite et par des aménagements pratiques.

¹¹³ Ci-avant, n° 10. Sur le problème éthique posé au médecin, voy. not., D. JACQUEMIN, « La circoncision, aspect médical et éthique. Est-ce à la médecine de dire le sens ? », in R. BURNET et D. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 89-95. Un parallèle peut parfaitement se faire avec les demandes de reconstitution d'hymen, acte techniquement chirurgical mais non thérapeutique, sans réelle portée pour la santé, et simplement justifié par des coutumes religieuses.

¹¹⁴ La notion d'acte de soins analysée au regard de l'intervention d'une indemnisation a été beaucoup débattue en France dans un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation (Cass. (1^{re} Ch. civ.), 5 février 2014, voy. not. : commentaire de S. PORCHY-SIMON, « Inclusion des actes préparatoires et des actes de chirurgie esthétique dans le champ de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique », *D.*, 2014, pp. 697-701). La définition trop généreuse de la Cour de cassation a été recadrée par une loi du 22 décembre 2014 qui ajoute une restriction au principe à l'article L 1142-3-1 du code de la santé publique. Pour un commentaire de cette loi, voy. V. VIOUJAS, « L'exclusion des actes de chirurgie esthétique du dispositif de réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale », *D.*, 2014, pp. 2535 et 2536.

CONCLUSION

La circoncision ne peut être réduite à ses aspects juridiques, politiques ou médico-sanitaires. Ses dimensions symbolique, rituelle et identitaire sont évidemment incontournables. Comme toute tradition, est-elle à ce point un marqueur identitaire qu'elle doit demeurer figée ? L'idée de « vivre avec son temps » lui fait-elle nécessairement injure ? Au XIX^e siècle, un débat théologique divisa déjà la communauté juive. Le texte de la Genèse avait été traduit de deux manières différentes, la première recommandant de « couper la chair du prépuce », la seconde de seulement « circoncire dans la chair du prépuce ». Toute tradition peut évoluer et tout texte peut être interprété. D'ailleurs, un même texte, celui de la Genèse, a généré trois traditions bien différentes¹¹⁵. Abraham a fait alliance avec Dieu en circoncisant son fils de 8 jours, Isaac. Cela scella la tradition juive qui accompagne ce rite de naissance dans la communauté par l'annonce du prénom du fils. Aussi la *brit milah* célèbre-t-elle à la fois la naissance du fils et celle de la souffrance du peuple juif. Mais Abraham, dans la foulée, circoncit également son aîné, Ismaël, alors âgé de 13 ans, qui sera l'un des pères de l'Islam. La tradition musulmane voit depuis dans la circoncision un rite de passage à l'âge adulte. Les chrétiens, quant à eux, par souci de prosélytisme, ont abandonné la circoncision du corps au profit de celle du cœur. Saint-Paul avait en effet conscience que les Romains répugnaient à abandonner dans la douleur une partie de leur intimité. Un texte, trois interprétations, trois traditions.

Si l'alliance avec Dieu s'exprime de multiples façons, « encore faut-il que les communautés religieuses acceptent aussi d'un parler dans la transparence, de creuser leurs références théologiques afin de répondre aux déplacements contemporains de la pensée et des pratiques »¹¹⁶. Les religions doivent en effet entrer en dialogue avec la société, expliquer leurs pratiques et ne pas se fermer à toute évolution. En cela la circoncision n'a-t-elle aussi une dimension universelle : confronter un rite ancestral

¹¹⁵ Génèse, chapitre 17, versets 10-14.

¹¹⁶ M.-J. THIEL, *op. cit.*, p. 100.

– qui n’arrive pas en Europe à la faveur de l’immigration – à notre modernité contemporaine ? Cela permettrait en tout cas au rite de redevenir une affaire entre l’homme et Dieu, dans l’ombre de la vie privée mais pas hors la loi.

BRUYLANT