



HAL
open science

La circoncision en droit international, un rite religieux au filtre de l'intérêt supérieur de l'enfant

Gérard Gonzalez, Françoise Curtit

► To cite this version:

Gérard Gonzalez, Françoise Curtit. La circoncision en droit international, un rite religieux au filtre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Vincente Fortier. La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité, PUS, pp.107-123, 2016, Société, droit et religion en Europe. hal-02114874

HAL Id: hal-02114874

<https://hal.science/hal-02114874v1>

Submitted on 26 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CIRCONCISION ET SOURCES INTERNATIONALES, UN RITE RELIGIEUX AU FILTRE DE L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

Gérard GONZALEZ

Université de Montpellier, IDEDH (EA3976)

Françoise CURTIT

Université de Strasbourg / CNRS, DRES (UMR 7354)

La circoncision rituelle n'est pas une préoccupation directe des sources internationales des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pourtant, c'est de l'hémicycle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qu'est venue la première critique formalisée de la circoncision dans le domaine des sources internationales, ici européennes. Rite qu'ont en commun juifs et musulmans, la circoncision interpelle en ce sens qu'elle est un marqueur à vie inscrit dans la chair de l'enfant mineur dès son plus jeune âge sans que son consentement ne soit, ni ne puisse, être requis. Les sources internationales des droits humains entendent garantir l'homme et la femme, à égalité, contre les « actes de barbarie », préserver « la dignité et la valeur de la personne humaine » (Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948), admettre les droits égaux et inaliénables qui « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » (Préambule du PIDCP du 16 décembre 1966), mais ils se préoccupent peu du sort spécifique des enfants n'était la désormais célèbre Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et, plus récemment, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Néanmoins, malgré cette discrétion sur les droits des enfants, il ne faudrait pas en conclure qu'ils n'en ont aucun. D'ailleurs, comme les hommes et femmes adultes, ils sont des « personnes » et à ce titre bénéficient de l'ensemble des droits qui leur sont accessibles en fonction de leur maturité. Leurs droits cardinaux doivent leur être garantis ; parmi ceux-ci, le droit à la vie ou « roi des droits », l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé. Ils peuvent aussi jouir du droit à la vie privée et familiale, du droit de ne pas être soumis à des discriminations, de la liberté d'expression, d'association et de manifestation dans une certaine mesure, du droit à l'instruction. Ils doivent enfin pouvoir bénéficier de l'ensemble des droits procéduraux qui sont accessibles à tous justiciables. Bien plus, puisqu'aujourd'hui nombre de ces droits sont sources d'obligations négatives et positives renforcées de la part des États à leur égard, compte tenu de leur particulière vulnérabilité qui ne s'efface que graduellement jusqu'à l'âge adulte, détermination qui peut d'ailleurs poser problème. En revanche, certains droits leur sont fermés ou en tout cas ne leur sont pas accessibles directement. Tel est le cas essentiellement de la liberté de religion du mineur qui est souvent entravée et placée sous la dépendance des parents. Le rite de la circoncision peut entrer en conflit avec certains de ces droits. Les sources internationales potentiellement applicables au rite de la circoncision peuvent être identifiées et exploitées en fonction du triple constat que la circoncision est bien un rite, une manifestation des convictions religieuses (1) qui porte atteinte à l'intégrité physique et, peut-

être, psychique de l'humain (2), mettant ainsi en cause l'intérêt supérieur de l'enfant à un double niveau, celui de son intégrité physique et celui de son droit à la liberté de religion incluant le droit de changer de religion (3). Dans cette dernière partie, une place particulière sera consacrée à la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant et aux résolutions adoptées au sein du Conseil de l'Europe sur la question de la circoncision masculine.

1/ Les sources internationales applicables à la circoncision en tant que rite religieux

La garantie de la liberté de religion est toujours associée à ses manifestations par le culte, les rites, l'enseignement ou les pratiques¹. Il n'y a aucune définition de chacune de ces manifestations. Si le culte et l'enseignement sont assez aisément définissables, le premier parce qu'il est la forme organisée de la pratique collective de la liberté de religion, le second parce qu'il vise à transmettre la connaissance qui fait naître ou fortifie la foi, les rites et les pratiques renvoient à toutes sortes de manifestations qui peuvent accompagner le culte ou s'exercer individuellement.

La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérances et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 25 novembre 1981 (résolution 36/55) est le seul texte à énumérer diverses manifestations « entre autres » impliquées par ce texte, énumération déjà fort longue, mais non exhaustive. Selon l'article 6 de cette déclaration il s'agit de :

- « a) La liberté de pratiquer un culte et de tenir des réunions se rapportant à une religion ou à une conviction et d'établir et d'entretenir des lieux à ces fins;
- b) La liberté de fonder et d'entretenir des institutions charitables ou humanitaires appropriées;
- c) La liberté de confectionner, d'acquérir et d'utiliser, en quantité adéquate, *les objets et le matériel requis par les rites ou les usages d'une religion ou d'une conviction*²;
- d) La liberté d'écrire, d'imprimer et de diffuser des publications sur ces sujets;
- e) La liberté d'enseigner une religion ou une conviction dans les lieux convenant à cette fin;
- f) La liberté de solliciter et de recevoir des contributions volontaires, financières et autres, de particuliers et d'institutions;
- g) La liberté de former, de nommer, d'élire ou de désigner par succession les dirigeants appropriés, conformément aux besoins et aux normes de toute religion ou conviction;
- h) La liberté d'observer les jours de repos et de célébrer les fêtes et cérémonies conformément aux préceptes de sa religion ou de sa conviction;
- i) La liberté d'établir et de maintenir des communications avec des individus et des communautés en matière de religion ou de conviction aux niveaux national et international. »

Bien que détaillée, cette énumération est loin d'être exhaustive ; outre qu'elle n'est qu'exemplative, il est loisible de constater que les « rites et usages » ne sont évoqués qu'en rapport avec les « objets et le matériel utilisés » pour les pratiquer, renvoyant aux rites

¹ Article 18 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; article 18 du Pacte international sur les droits civils et politiques ; article 9 CEDH par exemple.

² Souligné par nous.

classiques accompagnant le culte ; en revanche, une pratique rituelle telle la circoncision n'est pas évoquée, même implicitement.

Du côté des textes conventionnels, il faut rechercher une éventuelle évocation de la circoncision, non dans les textes qui continuent de proclamer de façon classique la liberté de pensée, de conscience et de religion, mais du côté des quelques organes qui sont compétents pour leur interprétation, soit par des observations générales, soit par leur jurisprudence. Ainsi, dans le cadre du Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP), adopté dans le cadre des Nations unies et ratifié par 168 États, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a adopté, en 1993, une observation générale n°22 sur l'article 18 du Pacte énonçant le principe de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Selon le Comité :

« 4. [...] L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, *la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie* et l'utilisation d'une langue particulière communément parlée par un groupe ».

En revanche, devant ce comité qui, pour les États l'ayant accepté, peut recevoir des requêtes individuelles, il ne semble pas y avoir à ce jour de « jurisprudence » en rapport avec la circoncision masculine.

Dans le cadre de son travail de surveillance du respect des droits proclamés par le PIDCP, le Comité fonctionne également sur la base de rapports annuels. L'Allemagne a jugé nécessaire, dans le cadre de cette procédure des rapports par État, de clarifier la situation de la circoncision après le jugement du tribunal de Cologne du 7 mai 2012. Ainsi peut-on lire dans le compte rendu de la séance du 19 octobre 2012 consacré au rapport sur l'Allemagne, la déclaration suivante du représentant de ce pays :

« M. Volkmar Giesler, Directeur du Département de droit constitutionnel et administratif et de droit européen et international au Ministère fédéral de la justice de l'Allemagne, a évoqué le jugement d'un tribunal régional allemand qui a statué que la circoncision pouvait généralement être considérée comme punissable en vertu du droit pénal, en tant que forme de blessure corporelle, même si, dans cette affaire, le médecin accusé a finalement été acquitté. Peu après ce jugement, le Parlement allemand (*Bundestag*) a décidé, par un large consensus, que la pratique de la circoncision continuera d'être possible en Allemagne. Aussi, le Gouvernement fédéral a-t-il présenté un projet de loi qui assurera que les parents puissent donner leur consentement, qui aura valeur juridique, à la circoncision, pour autant qu'elle se fasse selon les règles de l'art. Grâce à ce projet de loi, la pénalisation de la circoncision ne sera plus concevable, a insisté M. Giesler. »

Il est très révélateur de la « sensibilité internationale » de voir l'Allemagne contrainte et soucieuse de se dédouaner de toute velléité pénalisant la circoncision devant l'instance des droits de l'homme la plus universelle. Il y a là un signe fort de la position dominante au sein de la « société internationale » au regard de ce rite religieux partagé par les juifs et les musulmans.

Au niveau régional on peut relever que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) dispose en son article 17-3 que « la promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans

le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme ». Certes il n'est question que des « valeurs traditionnelles », mais la circoncision peut aussi bien être acceptée comme une telle valeur « reconnue(s) par la Communauté », ici essentiellement musulmane ; c'est d'ailleurs tout le problème du combat mené depuis des années contre la « pratique traditionnelle » de la « circoncision féminine ». La notion de « devoir » de l'État renvoie ici à ce que l'on a coutume d'appeler les « obligations positives » de l'État dans le droit international des droits de l'homme et qui l'obligent à agir pour permettre l'exercice effectif d'un droit. Il n'y a pas de jurisprudence des organes africains sur les droits humains concernant la circoncision.

Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la garantie de la liberté de religion est énoncée de façon classique, à l'image des textes de la Déclaration universelle ou du PIDCP. L'intérêt de cet instrument de protection des droits humains tient à son mécanisme unique de garantie de droits « concrets et effectifs » et non pas « théoriques et illusoire »³ qui repose aujourd'hui tout entier sur le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si celle-ci a aujourd'hui développé une jurisprudence quantitativement et qualitativement très importante sur la liberté de religion, la question de la circoncision n'y a jamais directement été abordée. La jurisprudence offre ainsi des exemples de pugilats mortels ou ayant suscité une intervention policière musclée pendant une fête de circoncision⁴, de négligence médicale lors d'une intervention de circoncision⁵, ou encore d'atteinte à la liberté d'expression⁶, la circoncision étant notamment utilisée pour distinguer, dans le cadre d'un message ambigu, les croyants des non-croyants⁷. La mention finalement la plus pertinente peut être trouvée dans une affaire n'ayant rien à voir avec la circoncision, mais concernant la dissolution de l'association des Témoins de Jéhovah de Moscou sous des prétextes tous fallacieux que la Cour s'est employée à démonter, parfois avec une pointe d'ironie. Ainsi, pour répondre aux arguments du gouvernement qui faisait valoir que les enseignements et pratiques des Témoins de Jéhovah constituaient un danger pour la santé des citoyens, la Cour fait observer :

« 1. The Russian courts decided that participation in the activities of the applicant community had been damaging for the health of its followers because they had refused blood transfusions and also experienced strong emotions and personality changes.

2. The Court observes, on a general note, that *the rites and rituals of many religions may harm believers' well-being, such as, for example, the practice of fasting, which is particularly long and strict in Orthodox Christianity, or circumcision practised on Jewish or Muslim male babies*. It does not appear that the teachings of Jehovah's Witnesses include any such contentious practices ... Furthermore, as the Court has found above, the refusal of blood transfusion was an expression of the free will of the individual community members who exercised their right to personal autonomy in the sphere of health care protected both under the Convention and in Russian law. »⁸

L'intérêt de cette incise dans cet arrêt est d'identifier clairement la circoncision comme un rite

³ Selon l'expression employée par la Cour européenne depuis CEDH, 9 octobre 1979, n°6289/73, *Airey c/ Irlande*, §24.

⁴ Déc. 6 mars 2007, n°13252/02, *Amdi Dzeladinov et a c/ République yougoslave de Macédoine* ; CEDH, 27 mars 2007, n°32432/96, *Talat Tunç c/ Turquie* ; déc. 9 déc. 2014, n°40791/08, *Naci Kan Akan c/ Turquie*.

⁵ Déc. 17 septembre 2013, n°75466/10, *Sedat Açıkgöz c/ Turquie*.

⁶ CEDH, 21 février 2012, n°32131/08, *Tusalp c/ Turquie*.

⁷ CEDH, 19 déc. 2006, n° 57258/00, *Yarar c/ Turquie*.

⁸ CEDH, 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c/ Russie*, RTDH, 2010, p. 199-2017, note G. Gonzalez.

et, implicitement, d'en admettre la validité, en tout cas le caractère compatible avec l'exercice de la liberté de religion telle que garantie par la Convention. La seule interrogation, elle aussi implicite, pourrait venir de la remarque, à la fin du paragraphe, selon laquelle le refus de transfusion est la manifestation de la seule volonté des membres de la communauté (arguments développés §§135-141 de l'arrêt) et aussi, s'agissant des mineurs de moins de 15 ans dont les parents refusent les transfusions, de la constatation selon laquelle la loi russe permet de surmonter ce refus en recourant à un juge (§137). Mais établir un parallèle avec la question de la circoncision semble impossible et le raisonnement qui y conduirait par trop prospectif et aléatoire.

2/ Les sources internationales protectrices de l'intégrité de l'humain

Ces sources sont encore nombreuses et classiques. Tous les instruments internationaux concernant les droits humains interdisent la torture et les traitements inhumains et dégradants, interdiction qui relève d'ailleurs selon l'opinion communément admise aujourd'hui, d'une norme impérative du droit international, du *jus cogens*. La définition de la torture ne cadre pas du tout avec la pratique de la circoncision ; il en va de même des traitements inhumains et dégradants. Les définitions classiques de telles pratiques sont restrictives en ce qu'elles se réfèrent à une intention spécifique et à la présence d'une autorité officielle. Cependant plusieurs textes, tels qu'interprétés par la jurisprudence de leur(s) organes(s) de contrôle, (PIDCP, CEDH, CIADH) sont plus pertinents en ce qu'ils n'écartent pas l'application horizontale (entre particuliers) de ces interdictions : l'État a l'obligation positive d'empêcher le recours à de tels actes y compris par des personnes privées. On note aussi une évolution en ce sens dans le droit international pénal : dans le contexte spécifique de l'application du droit international humanitaire, les tribunaux pénaux internationaux considèrent que la présence d'une autorité publique n'est pas requise pour que s'applique l'incrimination de torture au titre des crimes entrant dans le champ de compétences de ces juridictions (TPY, 12 juin 2002, *Kunarac et autres*). Cependant ce contexte du droit international pénal ou du droit humanitaire, droit de la guerre et des conflits internes, ne concerne pas la question de la circoncision. En revanche, l'application horizontale de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants pourrait concerner le recours à une pratique non sécurisée de la circoncision, en dehors de tout contrôle médical et/ou de toutes règles d'hygiène élémentaire. La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérances et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction pose également en son article 5-5 que « Les pratiques d'une religion ou d'une conviction dans lesquelles un enfant est élevé *ne doivent porter préjudice ni à sa santé physique ou mentale ni à son développement complet* ».

S'agissant du PIDCP, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a, dans son observation générale n°20 (1992) sur l'article 7 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) souligné que cet article « a pour but de protéger la dignité et l'intégrité physique et mentale de l'individu. L'État partie a le devoir d'assurer à toute personne, par des mesures législatives ou autres, une protection contre les actes prohibés par l'article 7, que ceux-ci soient le fait de personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles, en dehors de celles-ci ou *à titre privé*. »

Parmi les nombreux textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe (outre les résolutions et recommandations spécifiques à la question de la circoncision), peu concernent la problématique de la circoncision sauf indirectement. Mais l'infliction d'un traitement médical ou une intervention de type chirurgical sans le consentement de l'intéressé est assimilée, sinon à un traitement inhumain ou dégradant, au moins à une violation de la vie privée de la personne concernée⁹. Toutefois la jurisprudence en la matière paraît peu pertinente s'agissant de la circoncision infligée dans le cadre de l'exercice de la liberté de religion par les parents du mineur.

C'est néanmoins sur ce levier de l'atteinte à l'intégrité physique que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'appuie pour remettre en question la « tolérance » à l'égard de la circoncision rituelle.

Dans sa résolution 1952 du 1^{er} octobre 2013¹⁰, l'Assemblée se déclare « particulièrement préoccupée par une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire. Ces pratiques comprennent notamment les mutilations génitales féminines, *la circoncision de jeunes garçons pour des motifs religieux*, les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués, ainsi que les piercings, les tatouages ou les opérations de chirurgie plastique auxquels les enfants sont parfois soumis ou contraints » (art. 2). Parmi les mesures préconisées aux États, on peut relever l'incitation « à instaurer des mesures ciblées de sensibilisation pour chacun de *ces types de violation* de l'intégrité physique des enfants, qu'il conviendra de mettre en œuvre précisément là où des informations peuvent être communiquées aux familles de façon optimale, comme le secteur médical (hôpitaux et médecins), les établissements scolaires, les communautés religieuses et les prestataires de services » (art. 7.2).

L'utilisation du terme « violation » en rapport avec l'intégrité physique sonne déjà comme une condamnation de ce type d'interventions. Néanmoins, s'agissant plus précisément de la circoncision, le texte invite à « définir clairement les conditions médicales, sanitaires et autres à respecter s'agissant des pratiques qui sont aujourd'hui largement répandues dans certaines communautés religieuses, telles que la circoncision médicalement non justifiée des jeunes garçons » (art. 7.5.2), ce qui semble plus aller dans le sens d'une pratique encadrée médicalement que proscrite comme violation de l'intégrité physique. Par ailleurs, le texte invite « à promouvoir un dialogue interdisciplinaire entre représentants de différents milieux professionnels, y compris des médecins et des représentants religieux, de façon à dépasser certaines méthodes traditionnelles prédominantes qui ne tiennent pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ni des techniques médicales les plus modernes » (art. 7.6) et aussi « à mener des actions de sensibilisation sur la nécessité de veiller à ce que les enfants participent

⁹ Par exemple CEDH, 8 nov. 2011, *V.C. c/ Slovaquie* (stérilisation forcée) ; CEDH, 24 juin 2014, *Petrova c/ Lettonie* (le prélèvement d'organes viole le droit à la vie privée) ; CEDH, 13 janvier 2015, *Elberte c/Lettonie* : prélèvement de tissus sur le corps d'un défunt sans le consentement de l'épouse (ici c'est l'épouse non consultée qui est victime de la violation de sa vie privée et de traitements inhumains et dégradants)

¹⁰ 31^e séance, Doc. 13297 ; selon le règlement de l'Assemblée, « une résolution exprime une décision de l'Assemblée sur une question de fond, dont la mise en œuvre relève de sa compétence, ou un point de vue qui n'engage que sa responsabilité. » (art. 25.1.b). Manifestement, la résolution 1952 correspond à ce deuxième cas de figure, l'expression d'un « point de vue qui n'engage que sa responsabilité ».

aux décisions concernant leur intégrité physique lorsque cela est approprié et possible, et à adopter des dispositions juridiques spécifiques pour que certaines interventions et pratiques ne soient pas réalisées avant qu'un enfant soit en âge d'être consulté » (art. 7.7). Le texte apparaît ainsi relativement mesuré à l'égard de la circoncision semblant prôner un meilleur encadrement médical plutôt qu'une stigmatisation devant déboucher sur une interdiction. Le problème vient de la présentation globalisante de certaines pratiques touchant à l'intégrité physique des enfants dont le travers apparaît clairement dans la recommandation 2023 (2013) adoptée par la même assemblée qui se félicite de la stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfants (pt. 2) mais pour relever aussitôt « 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) » (pt. 3) ce qui revient à placer sur un même niveau la circoncision et les autres pratiques visées dans la résolution 1952, notamment les mutilations génitales féminines. La tonalité militante de ces textes affaiblit leur portée. D'ailleurs, dans son rapport devant la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, le porteur de ces textes, Mme Rupprecht se focalise sur la question de la circoncision masculine des jeunes enfants et concède que sa position est le reflet de son « point de vue de militante pour les droits de l'enfant », évoquant « des arguments servant simplement les adultes qui souhaitent éviter une confrontation avec la "face sombre" de leurs propres religions, traditions et, finalement, identité »¹¹ ; cette argumentation combative obère quelque peu le caractère objectif de la présentation.

Le Comité des ministres a d'ailleurs recadré les choses dans sa réponse à la recommandation 2023 qui lui était adressée¹². Il souligne que « les pratiques mentionnées dans la Résolution 1952 (2013) ne sont aucunement comparables, étant donné que les mutilations génitales féminines sont clairement interdites par le droit international [...] Elles ne peuvent en aucun cas être mises sur un pied d'égalité avec des pratiques telles que la circoncision des jeunes garçons pour motifs religieux, pratique qui ne fait pas l'objet de dispositions juridiques analogues. La résolution signale certes qu'il y a des distinctions à faire, mais le Comité des ministres constate que le libellé de ce texte risque de prêter à confusion ». Recensant les nombreux textes internationaux sur la protection des enfants contre les interventions non justifiées médicalement, il « estime inutile pour l'instant toute activité normative supplémentaire ». Pour terminer, il déclare être en possession de nombreuses informations, grâce aux délégations du Comité de bioéthique, sur l'attention particulière apportée aux conditions dans lesquelles se déroulent les circoncisions, point dont il souligne « l'importance ». Il semble donc que, du côté des organes politiques du Conseil de l'Europe, le débat soit clôt. L'Assemblée parlementaire, pas plus d'ailleurs que le Comité des ministres sauf pour le fonctionnement interne et l'adoption de conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, ne disposent d'un pouvoir normatif et une résolution assortie d'une

¹¹ Rapport *Les droits des enfants à l'intégrité physique*, 6 sept. 2013, Doc. 13297, p. 7-8.

¹² Doc. 13463, 24 mars 2014. Selon l'article 25.1.a du règlement de l'Assemblée, « une recommandation consiste en une proposition de l'Assemblée, adressée au Comité des Ministres, dont la mise en œuvre échappe à la compétence de l'Assemblée mais relève des gouvernements. »

recommandation « ne font pas le printemps ».

Il faut néanmoins examiner un second point, sous un angle moins « militant » et plus « objectif », celui de la question du marquage physique à connotation religieuse irrémédiable d'un mineur sans son consentement, mais avec celui de ses parents.

3/ La collision avec l'intérêt supérieur de l'enfant

Le texte de référence est bien sûr ici la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par 194 États, soit un accord quasi unanime de la communauté internationale¹³ qui renforce sa portée obligatoire sur le plan conventionnel, mais aussi en tant que reflet du droit coutumier. L'une des dispositions phares de la Convention figure à l'article 3 qui pose le principe selon lequel « 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 » (art. 3§1).

Ce texte soulève donc des interrogations sur l'autonomie de l'enfant par rapport à ses parents (A), notamment au regard du droit à la liberté de religion (B) et par rapport à la santé de l'enfant (C).

A. L'autonomie de l'enfant mineur par rapport à ses parents

Si l'État est le garant de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce n'est qu'en second rang ou en substitution aux parents défaillants. D'ailleurs, l'article 3§2, immédiatement après l'énonciation du principe cardinal de respect par les États de l'intérêt supérieur de l'enfant, prévoit qu'ils « s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui ». Le texte renvoie, pour chaque droit et liberté, au rôle premier des parents qu'il s'agisse de l'éducation de l'enfant, de lui transférer leur identité culturelle, ethnique, religieuse, de veiller à sa santé, à son développement dans le milieu familial. Ainsi, le préambule fait référence au principe de la dignité de la personne humaine et les États se déclarent convaincus que, « la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin ». Toujours dans le préambule, il est souligné que « l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension » et, « tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant », les États proclament des droits qui lui sont spécifiques. Selon l'article 18 de la Convention, il est de la responsabilité première des parents d'élever l'enfant et d'assurer son développement, guidés en cela par « l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 18). Dans certains cas, l'État peut se substituer aux parents, notamment pour « protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités

¹³ Sont compris parmi les États qui ont ratifié la Palestine et le Saint-Siège ; en revanche ne l'ont pas ratifié la Somalie et ... les États-Unis !

physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux » (art. 19).

Ce n'est pas nouveau. Dans le domaine du droit à l'instruction, les textes internationaux proclament ce droit dans le cadre du respect du droit des parents d'inculquer à leurs enfants leurs convictions religieuses et philosophiques¹⁴ et la jurisprudence décrit les contours de cette sphère réservée des parents à l'égard de l'État instructeur¹⁵. Cela n'empêche pas l'enfant de revendiquer le respect de ses droits, mais cela se fait le plus souvent à l'égard de l'État, non à l'encontre de ses parents. Toutefois, dans la Convention de New York, l'enfant semble se voir dénier toute autonomie en matière de liberté de religion (art. 14) qui ne semble devoir s'exercer que par le filtre de l'autorité parentale, ce qui peut poser certaines difficultés. On peut toutefois relever que l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacré aux droits de l'enfant est muet sur le rôle des parents et semble attribuer une protection spécifique aux mineurs débarrassés, du moins en apparence, de ce filtre parental en se contentant de renvoyer au droit de l'enfant d'entretenir des relations et des contacts avec ses deux parents¹⁶.

B. La question de la liberté de religion

L'article 14 mérite une mention particulière pour la question de la circoncision puisque, s'il énonce de façon classique le droit de l'enfant à la « liberté de pensée, de conscience et de religion », il ajoute à cette formule l'obligation de l'État de respecter « 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 », l'État ne pouvant restreindre les manifestations de cette liberté, sans que l'on sache très bien s'il s'agit de celle des parents ou de l'enfant, que pour les raisons, elles aussi classiques, de préservation de « la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Il est évident que c'est sciemment que ce texte fait, dans ce domaine particulier, la part belle à l'autorité des parents pour inculquer à l'enfant leurs propres convictions, impression renforcée par le fait que le texte ne mentionne pas le droit, pourtant classique, de changer de religion qui semble ainsi refusé à l'enfant. De ce point de vue, la Convention des Nations unies demeure dans un schéma classique qui lie le choix spirituel de l'enfant à celui que souhaitent lui inculquer ses parents jusqu'à sa majorité civile, la majorité religieuse n'ayant pas vraiment acquis une reconnaissance juridiquement consacrée. La seule difficulté qui pourrait se présenter au regard de la circoncision est l'hypothèse d'un désaccord entre les parents sur le plan religieux dès lors qu'ils se partagent l'autorité parentale quand bien même seraient-ils séparés. De ce

¹⁴ Par exemple article 2 du Protocole 1 CEDH.

¹⁵ Par exemple dans le domaine des dispenses de cours d'instruction religieuse.

¹⁶ Selon l'article 24 Charte UE : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

point de vue néanmoins la Convention ne brille pas par sa clarté. L'article 9, qui envisage l'hypothèse d'une séparation des parents prévoit simplement que dans ce cas « toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues », ce qui ne permet pas de déterminer qui, en définitive décide. Cependant, à la lumière de l'article 12 selon lequel les États doivent donner « 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 », l'avis de l'enfant mature doit être entendu. L'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne renvoie à l'expression de l'opinion de l'enfant qui sera « prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ». On sait cependant que, pour la circoncision, l'immaturation du circoncis est, en principe la règle. Il ne semble pas y avoir de jurisprudence du Comité des droits de l'enfant sur cette question ; il n'y en a aucune de la Cour de Luxembourg, cette question de la circoncision n'entrant pas, pour l'heure, dans le champ de compétences de l'Union européenne.

La Convention européenne des droits de l'homme, elle, prévoit en son article 5 du Protocole 7 l'égalité des époux entre eux et « dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, dans le mariage et lors de sa dissolution » sauf mesures prises « dans l'intérêt de l'enfant ». Cet article n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence pertinente. En revanche, plusieurs affaires de garde d'enfants après une procédure de divorce ont été soumises à la Cour et suscitent des interrogations. Le principe est que, dans la désignation du domicile de l'enfant en cas de séparation, les juridictions internes ne peuvent s'appuyer sur la seule appartenance de l'un des parents à une religion, générant ainsi une décision discriminatoire¹⁷. En ce qui concerne le rite de la circoncision, une analyse de quelques affaires par analogie interpelle. La première concerne un père qui, ayant quitté la communauté des « Frères » à laquelle il appartenait avec son épouse, divorce et demande à bénéficier seul de l'autorité parentale et de la garde des enfants. Dans un long feuilleton judiciaire, la garde fut finalement confiée au père ; âgés de 2 et 7 ans au début de la procédure, les enfants furent confiés au père à l'âge de 10 et 13 ans après avoir eux-mêmes formulé ce souhait dans un courrier. La mère s'estimant lésée à cause de ses pratiques religieuses a vu sa requête rejetée par la Cour européenne au motif que la décision est fondée notamment sur les conclusions de « l'enquêtrice sociale et a fait notamment état des souhaits des deux garçons qui "rejetaient les pratiques religieuses et le mode de vie de leur mère" »¹⁸. Dans une autre affaire, la Cour juge dans une décision d'irrecevabilité, à propos d'une mère raëlienne divorcée se plaignant des mesures restrictives prises par le juge à l'égard de ses enfants âgés au moment du prononcé de l'ordonnance de 4 et 5 ans, que l'objectif de l'intérêt supérieur de l'enfant « passe en l'espèce aux yeux de la Cour par la conciliation des choix éducatifs prônés par chacun des parents et doit permettre d'assurer un équilibre satisfaisant entre les conceptions de chacun, en dehors de tout jugement de valeur et par le biais, le cas échéant, d'un encadrement minimal des pratiques religieuses

¹⁷ CEDH, 23 juin 1993, n°12875/87, *Hoffmann c/ Autriche*, Série A, n° 255-C ; CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c/ France*, RDP 2004, p. 843, obs. G. Gonzalez ; CEDH, 29 nov. 2007, n° 37614/02, *Ismailova c/ Russie* ; CEDH, 27 juill. 2010, n° 20739/05, *Gineitienė c/ Lituanie*.

¹⁸ CEDH, déc. 16 mai 2006, n° 31956/02, *Deschomets c/ France*.

personnelles »¹⁹. Enfin dans une troisième affaire, le père se plaint qu'un tribunal espagnol n'ait pas répondu à la question qu'il avait posée, de savoir à qui des deux parents il revenait de prendre une décision sur l'éducation religieuse de leur fille mineure. Cette absence de réponse irait à l'encontre du code civil qui prévoit que, à la demande de l'un des deux parents, le juge attribue au père ou à la mère le pouvoir de décision sur la question qui fait l'objet du litige. En outre, il conteste l'irrecevabilité de son recours d'*amparo* et estime que la motivation retenue remet en cause l'efficacité de ce recours. Il s'agit là de contestations procédurales concernant l'exercice de l'autorité parentale partagée au moment de la séparation. Par ailleurs, le père invoque une violation de l'article 9 de la Convention, estimant que l'absence de décision explicite du juge a entériné la décision de la mère de baptiser leur fille mineure âgée de 10 ans, et qu'il en est résulté pour celle-ci une atteinte au droit à sa liberté religieuse. Tous ses arguments sont jugés irrecevables car mal fondés ; s'agissant de la liberté de religion de la mineure, la Cour observe que « dans les circonstances de l'affaire, la Cour n'estime pas que la décision de la mineure sur le choix de la pratique religieuse appuyée par la mère titulaire de la garde de l'enfant et entérinée par les juridictions internes par des décisions suffisamment motivées, soit de nature à faire entrer en jeu l'article 9 de la Convention et partant à engendrer des obligations positives de l'État. Par conséquent, l'article 9 de la Convention ne trouve pas à s'appliquer à l'espèce »²⁰.

Ces décisions de la Cour européenne montrent clairement que, dès lors que l'intérêt de l'enfant a été pris en compte et que son sentiment a pu être recueilli, les États ne peuvent se voir reprocher au regard de la Convention leur ingérence dans la vie privée des parents ou la liberté de religion de l'enfant. Dès lors, compte tenu de l'âge des enfants au moment du recours au rite de la circoncision, l'impossibilité de recueillir leur sentiment éclairé devrait militer, en cas de désaccord entre les parents, pour l'interdiction de recourir à une intervention aux conséquences irréversibles. Dans le cas où leur avis pourrait être recueilli, et où il est appuyé par le parent qui en a la garde, la Cour semble prête à accepter une décision conjointe contre l'avis de l'autre parent. Elle ne saurait toutefois imposer à ce titre une obligation positive à l'État. Mais, encore une fois, l'âge de l'enfant habituellement requis pour la circoncision interdit d'attendre de lui un avis éclairé. Dans ce cas, une décision d'attente en cas de désaccord parental paraît plus en accord avec les exigences conventionnelles.

D'un point de vue plus général, la Convention sur les droits de l'enfant évoque à plusieurs reprises le respect de l'identité culturelle, ethnique, religieuse de l'enfant, qu'il s'agisse de l'éducation visant à « inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne » (art. 29-c), ou qu'il s'agisse de l'affirmation selon laquelle là « où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe » (art. 30). Selon l'article 5 de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérances et de discrimination fondées

¹⁹ Déc. 3 nov. 2005, n°61162/00, *F.L. c/ France*.

²⁰ Déc. 19 février 2013, n°38471/10, *Ruprecht c/ Espagne*.

sur la religion ou la conviction, « les parents ou, le cas échéant, les tuteurs légaux 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 ». Relève d'une même logique l'affirmation de la Cour européenne selon laquelle, s'agissant de l'incompatibilité entre l'adoption et la *kafala*, « en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »²¹.

Globalement, il ressort de toutes ces dispositions que, sauf éventuellement²² désaccord entre eux, la volonté des parents et elle seule prime en ce qui concerne l'orientation religieuse des enfants et les rites et pratiques qui y sont liés.

C. La santé de l'enfant

C'est une des préoccupations majeures de la Convention de 1989. Son évocation revient de façon récurrente dans la liste des obligations étatiques. Dès le préambule, les termes de la Déclaration des droits de l'enfant sont repris, selon lesquels « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». L'article 3§2 précité souligne ce devoir de l'État d'« assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être » puis la jouissance « du meilleur état de santé possible » (art. 24§1) prenant, à ce titre, « toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants » (art. 24§3). L'interdiction des mauvais traitements déjà évoquée va aussi dans le même sens. On peut relever que dans ses observations finales sur les rapports périodiques d'Israël, le Comité des droits de l'enfant, en 2013, sous l'intitulé « Pratiques préjudiciables », « se déclare préoccupé par les complications à court et à long terme qu'entraîneraient certaines pratiques traditionnelles de circoncision » et « recommande à l'État partie de conduire une étude sur les complications à court et à long terme qu'entraîne la circoncision »²³.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997, dite Convention d'Oviedo, fixe un certain nombre de principes en matière de consentement. Selon l'article 5, une intervention dans le domaine de la santé « ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé » après avoir reçu « préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques ». Et, pour une personne n'ayant pas la capacité de consentir, selon l'article 6, « une intervention ne peut être

²¹ CEDH, 4 oct. 2012, n°43631/09, *Harroudj c/ France*, §51.

²² Voir la décision *Ruprecht* préc.

²³ CRC/C/ISR/CO/2-4, 4 juillet 2013, *Observations finales concernant les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques d'Israël soumis en un seul document*, §§41-42.

effectuée [...] que pour son bénéfice direct »²⁴. Pour le mineur cependant réapparaît le filtre parental puisque « lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi » et « 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 ». La jurisprudence de la Cour européenne met aussi l'accent sur le consentement aux traitements médicaux²⁵ et, dans certains cas extrêmes, l'administration d'un traitement contraint viole l'article 3 de la Convention²⁶, mais il s'agit là de cas extrêmes.

Le débat au Conseil de l'Europe autour de la résolution 1952 et de la recommandation 2023, au sein de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable²⁷, ont largement démontré qu'il n'y avait pas de véritable consensus sur la question de la circoncision. La résolution 1952 a été adoptée par 78 voix contre 13 et 15 abstentions et, devant la Commission, les arguments se sont succédé sur les conséquences positives ou négatives pour la santé de l'enfant de la circoncision. C'est finalement le Comité des ministres qui semble avoir établi la limite acceptable de la critique ou de la contrainte nécessaire qui ne pourrait porter que sur « les conditions dans lesquelles se déroulent de telles interventions afin de limiter tout risque pour la santé et le bien-être de l'enfant »²⁸. Malgré le caractère spectaculaire des textes de *soft law* adoptés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, c'est là la seule injonction « molle » qui puisse être adressée aux États à la lumière de l'ensemble des sources internationales pertinentes au regard de l'importance de cette pratique rituelle pour les communautés juives et musulmanes.

²⁴ L'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, directement inspiré de la Convention d'Oviedo, prévoit que « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale » et que « dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés: a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi [...] ».

²⁵ Affaire *Témoins de Jéhovah de Moscou* préc.

²⁶ CEDH, gde ch., 11 juillet 2006, n°54810/00, *Jalloh c/ Allemagne*.

²⁷ AS/Soc (2014) PV 01 add 2rev, 11 avril 2014.

²⁸ Doc. 13463, 24 mars 2014.